



Det juridiske fakultet

Tilgang når man trenger det – Om sikkerhet for rettidig levering i offentlige anskaffelser

Hvordan kan oppdragsgivere benytte kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen i anbudsprosedyrer for å sikre seg rettidig levering?

Christian Hasselberg Ringkjøb

Masteroppgave i rettsvitenskap JUR-3902, høst 2021

Innholdsfortegnelse

1	Innledning.....	1
1.1	Tema, aktualitet og avklaringer	1
1.2	Rettskilder og metode.....	3
1.2.1	Denne oppgavens metode.....	3
1.2.2	Særlig om anskaffelsesreglene	4
1.2.3	Særlig om rettspraksis	5
1.2.4	Betydningen av prinsipper og formål i anskaffelsesretten	7
1.3	Offentlige myndigheters rolle i offentlige anskaffelser.....	9
2	Sikkerhet for rettidig levering i kvalifikasjonsfasen	10
2.1	Innledning.....	10
2.2	Krav til økonomisk og finansiell kapasitet	12
2.2.1	Adgangen til å stille krav til økonomisk og finansiell kapasitet	12
2.2.2	Betydningen av å stille krav til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet.....	14
2.3	Krav til arbeidsprosessen og tilbyders kapasitet.....	18
2.3.1	Innholdet i anskaffelsesforskriften § 16-5 om tekniske og faglige kvalifikasjoner 18	
2.3.2	Betydningen av krav til arbeidsprosessen og tilbyders kapasitet for å sikre levering 20	
2.4	Tilbyders oppfyllelse av kvalifikasjonskrav gjennom andre virksomheter.....	22
2.4.1	Innledning.....	22
2.4.2	Begrensninger på leverandørens avhengighet av underleverandører.....	23
2.4.3	Betydningen av underleverandører for tidsmessig levering.....	25
3	Sikkerhet for rettidig levering i tildelingsfasen.....	27
3.1	Innledning.....	27
3.2	Hvordan kommer sikkerhet for levering til uttrykk i tildelingsfasen?	28

3.2.1	«Leveringssikkerhet» og «forsyningssikkerhet».....	28
3.2.2	«Leveringstid».....	33
3.2.3	Kvalitet.....	34
3.2.4	Hvordan står begrepsbruken seg i lys av forutberegnelighetsprinsippet?.....	36
3.3	Begrensninger på adgangen til å vektlegge sikkerhet for rettidig levering i tildelingsfasen.....	36
3.3.1	Innledning.....	36
3.3.2	Adgangen til å vektlegge leverandørens egenskaper i tildelingsfasen.....	37
4	Avslutning.....	46
5	Referanseliste.....	48
5.1	Internasjonale rettskilder.....	48
5.1.1	Traktater og avtaler.....	48
5.1.2	Direktiver.....	48
5.1.3	Avgjørelser fra EU-domstolen.....	49
5.2	Norske rettskilder.....	50
5.2.1	Lov og forskrift.....	50
5.2.2	Forarbeider og rundskriv.....	50
5.2.3	Rettspraksis.....	51
5.3	Litteratur.....	52
5.3.1	Bøker.....	52
5.3.2	Elektronisk faglitteratur.....	53
5.3.3	Private utredninger.....	54
5.3.4	Nettressurser og nyhetsartikler.....	55

1 Innledning

1.1 Tema, aktualitet og avklaringer

Oppgavens tema er sikkerhet for levering til riktig tid i offentlige anskaffelser. I dette legger jeg både sikkerhet for å få levering når oppdragsgiver ønsker det, og sikkerhet for å få levering overhode. Den overordnede problemstillingen er hvordan oppdragsgivere kan benytte kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen for å sikre levering og levering til rett tid.

Kø, snø, pandemi eller grunnstøting i Suez-kanalen. Listen er uendelig lang over alt som kan lede til forsinkelser og uteblitt levering. Selv om det er vanskelig for innkjøpere å sikre seg at man får det man vil ha, og får det til rett tid, vil enhver oppdragsgiver ønske at det de kjøper leveres til riktig tid. Forsinkelser påfører både oppdragsgiver og leverandører store kostnader. Selv om det aldri vil være mulig å eliminere risikoen for at leverandøren misligholder ved å ikke levere til avtalt tid, har oppdragsgiver en rekke virkemidler tilgjengelige for å minimere denne risikoen.

Konseptuelt kan man inndele offentlige anskaffelser i tre faser. Fase 1, hvor man avklarer behov og bestemmer seg for hvilke krav som skal stilles i konkurransen. Fase 2, hvor man kunngjør og gjennomfører konkurransen. Fase 3, som består av kontraktsoppfølging.¹ Alle disse fasene kan være viktige for å sikre leveranse og leveranse til riktig tid. I fase 1 kan man for eksempel velge å redusere forventningene til ytelsen man ønsker levert, fordi man vil redusere risikoen for leveranseproblemer. I fase 2 må man foreta en samvittighetsfull undersøkelse av leverandører og tilbud, og foreta forskjellige avklaringer og forhandlinger (i den grad det er tillatt etter den valgte anskaffelsesprosedyren). I fase 3 kan man for eksempel ha mer eller mindre tett oppfølging av milepæler og eventuelle kontraktsbrudd.

Denne oppgaven knytter seg i hovedsak til fase 1, nærmere bestemt gjennom å vurdere hvordan man kan benytte kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier for å sikre leveranse og leveranse til rett tid.

Planen var opprinnelig kun å undersøke hvordan oppdragsgiver kan sikre seg *rettidig* levering. Når man undersøker de virkemidlene som brukes i offentlige anskaffelser for å sikre seg rettidig levering, viser det seg imidlertid at disse virkemidlene gjerne ikke kan skilles fra

¹ DFØ (u.å.)

virkemidler som bare skal sikre levering. Det er gjerne uklart om innkjøper bruker virkemidlene primært for å sikre levering eller primært for å sikre *rettidig* levering, eller begge deler. To eksempler er bruken av «forsyningssikkerhet» og «leveringssikkerhet» som tildelingskriterier. Et annet er bruken av kvalifikasjonskrav, som krav til finansiell kapasitet.

I tillegg til kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier, vil oppdragsgiver stille kravspesifikasjoner og kontraktsvilkår i anbudsdokumentene. Jeg vil i begrenset grad behandle hvordan disse brukes for å sikre leveranse og rettidig leveranse. Det er tenkelig at en oppdragsgiver kan øke sikkerheten for å få levering til riktig ved å redusere krav til ytelsen i kravspesifikasjonen. På den andre siden kan det tenkes at lavere kvalitet på ytelsen vil føre til forsinkelser gjennom feil ved ytelsen. Hvilke kravspesifikasjoner oppdragsgiver ønsker å oppstille til ytelsen er imidlertid en kommersiell vurdering som i begrenset grad reiser rettslige problemstillinger av relevans for oppgavens tema.

Kontraktsvilkår er i en noe annen kategori, da disse ofte vil være viktige for å sikre leveranse og få leveranse i tide. For det første vil det være i kontraktsvilkårene oppdragsgiver typisk vil fastsette tidspunkt for levering. For det andre vil milepæler for fremdrift, for eksempel ved entrepriseavtaler, typisk fastsettes som kontraktsvilkår. For det tredje vil det være i kontraktsvilkårene at kontraktsbruddsanksjoner vil fremgå. Sanksjoner ved forsinkelse eller uteblitt levering er naturligvis viktige for å gi leverandøren insentiver til å levere til riktig tid. På grunn av oppgavens omfang, har jeg ikke rom for å behandle hvordan kontraktsvilkår i offentlige anskaffelser kan brukes for å sikre leveranse og leveranse til rett tid.

Det å sikre levering og levering til riktig tid er relevant i et bredt spekter av forskjellige avtaler. Det kan gjelde levering til riktig tid av en enkeltstående ytelse, eksempelvis ved at en vei skal være ferdigstilt til et angitt tidspunkt, levering av en enkeltstående konsulentrapport eller et enkeltkjøp av en vareleveranse. Det kan også gjelde stabil eller kontinuerlig levering innenfor løpende kontrakt, for eksempel en rammeavtale for IT-support, medisiner til et sykehus, eller vedlikehold av kommunale veier vinterstid. I de sistnevnte tilfellene er det sikkerhet for uavbrutt levering som står i fokus. Tidspunktet for levering i slike avtaler vil typisk være todelt: for det første kontinuerlig levering og for det andre ekstra levering når det er økt behov. Tidselementet er ikke da nødvendigvis like klart uttrykt som i en kontrakt hvor tidspunktet for ferdigstilling er konkret angitt, typisk til en bestemt dato. Dersom kontinuerlig levering blir avbrutt eller ikke oppfylt, kan leveringen likefullt anses å ikke ha blitt levert til riktig tid, selv om man ofte vil bruke en annen terminologi. I IT-kontrakter kan

det for eksempel avtales festes grenser for akseptabel «nedetid». Når oppgaven tar for seg sikkerhet for levering til riktig tid, er det derfor i utgangspunktet ikke innbakt noen avgrensning mot ulike kontraktstyper.

I den videre fremstillingen vil punkt 1.2 gi noen metodiske betraktninger, og punkt 1.3 kommentere forholdet mellom det offentlige som innkjøper og regulerende myndighet. I kapittel 2 behandles kvalifikasjonsfasen og i kapittel 3 tildelingsfasen. I kapittel 4 gis det helt kort noen avsluttende bemerkninger.

1.2 Rettskilder og metode

1.2.1 Denne oppgavens metode

Oppgavens overordnede problemstilling er som nevnt hvordan oppdragsgivere kan benytte kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen for å sikre levering og levering til rett tid. Et svar på problemstillingen forutsetter delvis at man analyserer regelverket i kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen, og delvis at man identifiserer hvilke regler i disse fasene som kan benyttes for å sikre leveranse og leveranse i tide. Den metodiske tilnærmingen er for begge deler rettsdogmatisk metode. For sistnevnte – altså å identifisere hvilke regler som er relevante – fremstår ikke den rettsdogmatiske metoden i sin vanlige drakt, der man stiller spørsmålet om hva som er gjeldende rett, men heller at man ved å undersøke reglenes rettsvirkninger kan identifisere om regelen er relevant for å sikre at en ytelse leveres (til rett tid).

Oppgaven tar også sikte på å si noe om hvilke regler som kan være mer eller mindre effektive for å sikre (rettidig leveranse), eller hvordan reglene nærmere kan benyttes for effektivt å sikre (rettidig) leveranse. Både kapittel 2 og 3 inneholder derfor underkapitler som dels gjennomgår enkelte forsknings- og konsulentrapporter om blant annet årsaker til forsinkelser, og dels gir synspunkter på reglenes potensielle effektivitet fra et regelteknisk perspektiv. Disse kapitlene tar ikke sikte på å gi noen fullstendig analyse, men på å gi noen sentrale perspektiver.

1.2.2 Særlig om anskaffelsesreglene

Norge er tilsluttet EUs indre marked gjennom EØS-avtalen.² Det norske anskaffelsesregelverket er i hovedsak en gjennomføring av EUs anskaffelsesregelverk. I fastleggelsen av gjeldende rett på området for offentlige anskaffelser er EUs regelverk for offentlige anskaffelser sentralt. EUs anskaffelsesregelverk består av en rekke direktiver, som suppleres av traktatbestemmelsene om fri bevegelighet i Traktaten om Den europeiske unions virkeområde (TEUV). I oppgaven vil det hovedsakelig vises til EUs anskaffelsesdirektiv.³ Anskaffelsesdirektivet er gjennomført i anskaffelsesloven⁴ og anskaffelsesforskriften.⁵ I hovedsak gjennomføres anskaffelsesdirektivet i anskaffelsesforskriften del III som gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdi. Direktivene, loven og forskriften opererer med terskelverdier, hvor størrelsen på kontraktens verdi avgjør hvilket regelsett som kommer til anvendelse. Over EØS-terskelverdi må norsk rett tolkes i samsvar med direktivene, jf. prinsippet om EØS-konform tolkning. Regelverket for øvrig, gir likevel i stor grad uttrykk for de grunnleggende krav som stilles til anskaffelser etter EØS-avtalens hoveddel, selv om anskaffelsesforskriften del II går lenger enn det Norge er forpliktet til i henhold til EØS-avtalen.⁶ Under terskelverdi må norsk rett tolkes i samsvar med de fire friheter i EØS-avtalens hoveddel, forutsatt at anskaffelsen har et grenseoverskridende element. Ettersom anskaffelsesloven gjelder alle anskaffelser over kr. 100 000, jf. anskaffelsesloven § 2, vil man gjennom å opptre i tråd med de grunnleggende prinsipper for offentlige anskaffelser i anskaffelsesloven § 4, overholde pliktene etter EØS-avtalens bestemmelser om fri bevegelighet.

EUs anskaffelsesregelverk er vedtatt med grunnlag i EU-rettens regler om de fire friheter, som er inntatt i EØS-avtalens hoveddel og gjelder som norsk lov, jf. EØS-loven § 1.⁷

² Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, inntatt i Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).

³ Direktiv 2014/24/EU (heretter anskaffelsesdirektivet – direktivet)

⁴ Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven – loa.)

⁵ Forskrift av 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften – foa.).

⁶ Dragsten (2013) s. 54

⁷ Det følger av fortalen til EUs anskaffelsesdirektiv at direktivet er vedtatt med hjemmel i traktaten om Den europeiske unions virkeområde (TEUV). Det vises særlig til artikkel 53. nr. 1, artikkel 62 og artikkel 114, som gjelder det indre markedet. Videre følger det av fortalen at offentlige kontrakter skal inngås i overenstemmelse med prinsippene i TEUV om fri bevegelighet av varer, tjenester og uten etableringshindringer.

Direktivene gjelder også varer og tjenester som faller utenfor EØS-avtalen, jf. EØS-avtalen art. 65 nr. 1. Anskaffelsesregelverket får dermed anvendelse også på landbrukssektoren og fiskerisektoren. Gjennom lojalitetsprinsippet er medlemsstatene forpliktet til å overholde EØS-retten slik den til enhver tid gjelder.⁸ I tillegg forutsetter presumpsjonsprinsippet at norsk rett er i overenstemmelse med Norges folkerettslige forpliktelser. Så langt norske tolkningsprinsipper tillater det, skal presumpsjonsprinsippet benyttes aktivt for å komme til et resultat som er i tråd med EØS-retten.⁹

1.2.3 Særlig om rettspraksis

Betydningen av rettspraksis har to særtrekk i anskaffelsesretten. For det første at avgjørelser fra EFTA-domstolen og EU-domstolen er viktige. For det andre at også uttalelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) er viktige.

Utgangspunktet i norsk rett er at Høyesterett dømmer i siste instans.¹⁰ Ettersom EFTA-domstolens funksjon er rådgivende er ikke det formelle utgangspunktet endret ved inngåelsen av EØS-avtalen.¹¹ Høyesterett har forstått EFTA-domstolens rådgivende funksjon slik at norske domstoler ikke skal legge den rådgivende uttalelsen uprøvd til grunn, men må ta selvstendig stilling til EØS-retten.¹² Den rådgivende uttalelsen kan riktignok ikke fravikes uten videre. Det skal «gode og tungtveiende grunner» til for å fravike EFTA-domstolens rådgivende uttalelse.¹³ Dette gjelder også på området for offentlige anskaffelser ettersom anskaffelsesregelverket bygger på EØS-rettslige forpliktelser.¹⁴ Praksis fra EFTA-domstolen vil derfor være en tungtveiende rettskilde ved løsningen av anskaffelsesrettslige spørsmål.

⁸ EØS-avtalen art. 3.

⁹ Rt. 2000 s. 1811 (s. 1838)

¹⁰ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven) § 88

¹¹ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol (ODA). I ODA-avtalen artikkel 34 første ledd heter det at «Det hører inn under EFTA-domstolen å gi rådgivende uttalelser om fortolkning av EØS-avtalen».

¹² Rt. 2000 s. 1811 (s. 1820), Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 46) og HR-2016-2554-P (avsnitt 52)

¹³ HR-2016-2554-P avsnitt 77; I Rt. 2000 s. 1811 (s. 1820) fremgikk det at det skal legges «vesentlige vekt» på EFTA-domstolens rådgivende uttalelse. Dette ble blant annet begrunnet i at rettskildebruken i EØS-retten kan avvike fra den nasjonale, samt at EFTA-domstolen skal ha særlig kunnskap om EØS-retten, ettersom saksgangen involverer både norske myndigheter, andre stater, og andre EØS- og EU-organer. I Rt. 2013 s. 258 (avsnitt 94) ble det uttalt at Høyesterett ikke er avskåret fra å bygge på et avvikende syn, men at det kreves særlige grunner. Spørsmålet ble særlig aktuelt da Frostating lagmannsrett fravek den rådgivende uttalelsen fra EFTA-domstolen i LF-2015-187242.

¹⁴ Tilsvarende Trygstad (2017) s. 26

Norske domstoler vil også anse EU-domstolens avgjørelser som en relevant og tungtveiende rettskilde i anskaffelsesrettslige spørsmål. EØS-rettslige spørsmål skal avgjøres i samsvar med de avgjørelser EU-domstolen har truffet før inngåelsen av EØS-avtalen.¹⁵ I tillegg skal det tas «tilbørlig hensyn» til avgjørelser fra EU-domstolen etter inngåelsen av EØS-avtalen.¹⁶ Ettersom EU-domstolens avgjørelser gir uttrykk for gjeldende EU-rett, vil fravikelse av EU-domstolens forståelse kunne anses i strid med prinsippene om lojalitet og homogenitet i EØS-retten.¹⁷ I tillegg avgjør EU-domstolen et stort antall avgjørelser om anskaffelsesregelverket. Både EFTA-domstolen og norske domstoler vil derfor etterstrebe å komme til samme resultat som EU-domstolen.

KOFA er opprettet med hjemmel anskaffelsesloven § 11 om tvisteløsningsorgan. KOFA er et rådgivende organ,¹⁸ som har til formål å løse tvister om offentlige anskaffelser på en effektivt, uhildet og grundig måte.¹⁹ Etter bestemmelsen skal KOFA avgi uttalelser om tvister som angår anskaffelsesloven og forskrifter i medhold av den.²⁰ KOFA er likevel gitt kompetanse til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr som vil være bindende for oppdragsgiver.²¹ I tillegg plikter oppdragsgivere som er omfattet av loven, å delta i prosessene for klagenemnda ved å inngi tilsvaret og delta i den øvrige saksbehandlingen.²² Funksjonen til KOFA er viktig for å overholde håndhevelsesdirektivets krav til at medlemsstatene sikrer at oppdragsgivernes beslutninger i offentlige kontrakter på en effektiv måte kan påklages.²³

KOFA består av jurister med særlig ekspertise på anskaffelsesregelverket. De omtvistede rettsspørsmålene undergis en grundig domstollignende prosess. I tillegg avgjør KOFA et stort antall saker og har dermed et bredt erfaringsmateriale. Avgjørelser fra KOFA er derfor relevante for løsningen av anskaffelsesrettslige spørsmål. Med mindre en avgjørelse fra KOFA gir uttrykk for en fast praksis, tilsier imidlertid den hierarkiske plasseringen at

¹⁵ EØS-avtalen art. 6 jf. ODA-avtalen art. 3 nr.1.

¹⁶ ODA-avtalen artikkel 3 nr. 2

¹⁷ Jf. henholdsvis EØS-avtalen art. 3 og EØS-avtalen art. 1.

¹⁸ Klagenemndforskriften § 1 første punktum.

¹⁹ Klagenemndforskriften § 1 andre setning.

²⁰ Prop.51 L (2015-2016) s. 85.

²¹ Klagenemndforskriften § 1 tredje punktum.

²² Klagenemndforskriften § 2

²³ Det er opp til leverandørene å velge om en tvist om offentlige anskaffelser skal bringes inn for KOFA eller de ordinære domstolene. I NOU 2010:2 s. 34 omtaler Håndhevelsesutvalget dette som et «tospolet system».

avgjørelser må tillegges begrenset rettskildeverdi utover argumentasjonens overbevisningskraft.²⁴

1.2.4 Betydningen av prinsipper og formål i anskaffelsesretten

Grunnleggende prinsipper spiller en større rolle i EU-retten enn i norsk rett.²⁵ Prinsipper for offentlige innkjøp følger av anskaffelsesdirektivet artikkel 18. I anskaffelsesloven § 4 inntas disse prinsippene i det som betegnes grunnleggende prinsipper for offentlige anskaffelser. Det fremgår av bestemmelsen at oppdragsgiver plikter å overholde prinsippene om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet. Før disse ble inntatt i direktivet, var de langt på vei utledet i rettspraksis fra bestemmelsene om fri bevegelighet. Prinsippene skal derfor fastlegges i samsvar med EØS-retten.²⁶ Prinsippene er en forutsetning for det indre markedets funksjon.²⁷ Prinsippene forbyr diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, motvirker slik diskriminering gjennom åpenhet og ivaretar fjerning av hindringer på etableringsadgang.²⁸ Manglende overholdelse av prinsippene anses som brudd på regelverket, og gir derfor oppdragsgivere og leverandører konkrete plikter og rettigheter.²⁹ Ved tolkningen av det øvrige regelverket vil prinsippene i tillegg fungere som tolkningsmomenter. En løsning som best harmonerer med prinsippene, vil ha de beste grunner for seg.³⁰

I tillegg til en egen prinsippbestemmelse, har anskaffelsesloven en formålsbestemmelse i § 1. I motsetning til prinsippene kan ikke formålsbestemmelsen utgjøre et selvstendig grunnlag for å etablere rettigheter og plikter for oppdragsgivere og leverandører. Formålsbestemmelsen har som rettskilde kun funksjon som tolkningsmoment i fastleggingen av det øvrige regelverket.³¹

Bestemmelsen fastslår at formålet med anskaffelsesloven er å «fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser» og «bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte».

²⁴ Se Trygstad (2017) s 30

²⁵ Sejersted (2011) s. 104

²⁶ Prop.51 L (2015-2016) s. 82

²⁷ Se bl.a. avsnitt 1 i fortalen til anskaffelsesdirektivet.

²⁸ Arrowsmith (2012)

²⁹ Se Trygstad (2017) s. 82 med videre henvisning til Rt. 2008 s. 1705 som ble avgjort på grunnlag av prinsippene om forutberegnelighet og likebehandling.

³⁰ Sejersted (2011) s. 104

³¹ Se Prop.51 L (2015-2016) s. 80 med henvisning til Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s. 66, og KOFA sak 2017/84 avsnitt 32

I offentlige virksomheter er ikke nødvendigvis insentivet til effektivitet og kostnadsbevissthet til stede på samme måte som i privat sektor. Regelverket om offentlige kontrakter skal derfor bidra til effektivitet og kostnadsbevissthet. Flertallet i forenklingsutvalget understreket at det må legges til grunn en vid forståelse av begrepet «effektiv bruk av samfunnets ressurser». Begrepet dekker mer enn effektivitet og kostnadsbevissthet. I tillegg skal offentlige innkjøp fremme brukervennlighet, miljø, innovasjon og andre viktige samfunnshensyn. Slik skal offentlige innkjøp bidra til å skape en bærekraftig offentlig sektor som gir verdiskaping, sysselsetting og velferd i samfunnet.³²

Formålet er også at offentlige innkjøp skjer på en måte som ikke undergraver allmennhetens tillit.³³ Offentlige kontrakter utgjør en vesentlig del av den nasjonale økonomien.³⁴ Offentlige kontrakter vil derfor være interessante for store deler av leverandørmarkedet. Private aktører vil potensielt legge ned betydelige ressurser i å konkurrere om oppdrag fra det offentlige. Dersom tildelingen av offentlige kontrakter skjer på en lite tillitsvekkende måte, vil dette bidra til mistillit. Tilsvarende vil offentlige produkter og tjenester som ikke tilfredsstiller befolkningens forventninger kunne skape mistillit.

Der formålet med anskaffelsesloven er å sikre best mulig forvaltning av fellesskapets midler, er realisering av det indre markedet det primære formålet med anskaffelsesdirektivet.³⁵ Hvorvidt effektiv ressursbruk har vært et formål i EUs anskaffelsesregelverk, har vært gjenstand for diskusjon i teorien.³⁶ Det gis ingen nærmere gjennomgang her av om anskaffelsesdirektivet har som formål å sikre effektiv ressursbruk, eller om dette formålet må anses som et rent nasjonalt formål, da det er utvilsomt at effektiv ressursbruk uansett er et formål etter norsk anskaffelsesrett, og at det heller ikke er tvilsomt at effektiv ressursbruk er et tillatt formål etter EØS-retten.

³² NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket. s. 69.

³³ Se Jf. Prop. 51 L (2015-2016) kapittel 10, merknader til § 1, med videre henvisning til Ot.prp.nr.62 (2005-2006) kapittel 9, merknader til § 1.

³⁴ Tall fra SSB viser at offentlige innkjøp i Norge utgjorde mer enn 611 milliarder kroner i 2020 (SSB, 2021) Dette er ca. 18 prosent av Norges BNP som dette året utgjorde 3413 milliarder kroner. Offentlige kontrakter utgjorde 14 % av BNP for EU-landene i 2019 (EU-kommisjonen, u.å.)

³⁵ NOU 2014:4 s. 65.

³⁶ To sentrale bidrag på hver sin side i debatten om formålene med anskaffelsesdirektivene er Arrowsmith (2012) og Graells (2015) særlig del 3.

1.3 Offentlige myndigheters rolle i offentlige anskaffelser

Offentlige myndigheter er de primære pliktsubjektene etter anskaffelsesregelverket ettersom regelverket nettopp skal ta høyde for særlige forhold ved det offentlige som markedsaktører – som at de forvalter fellesskapets ressurser og at de (i større eller mindre grad) er politisk styrte. EU-regelverket kommer til anvendelse på offentlige myndigheter både i rollen som innkjøper og i kraft av å være regulerende myndighet. Selv om disse to rollene er forskjellige, skiller EU-regelverket, herunder de anskaffelsesrettslige prinsippene, i liten grad mellom disse to rollene. Dette skyldes at både konkrete anskaffelser og generelle anskaffelsesregler kan være diskriminerende eller utgjøre hindringer på fri bevegelse.

Det er illustrerende at sikkerhet for (rettidig) levering i rettspraksis har blitt vurdert både for offentlige myndigheter som oppdragsgiver og som regulerende myndighet.

Et eksempel er sak C-324/93 (*Evans Medical*) for EU-domstolen. Domstolen tok stilling til om den konkrete oppdragsgiveren hadde anledning til å legge vekt på leverandørens mulighet til sikker levering av det narkotiske stoffet diacetylmorfin i tildelingsfasen. I samme avgjørelse vurderte domstolen hvorvidt faren for ulovlig salg av stoffet og nødvendigheten av å sikre landets forsyning av stoffet til medisinske formål, tilsa at myndighetene mer generelt kunne unntatt en slik type anskaffelse helt fra reglene for offentlige anskaffelser.³⁷

Mens *Evans Medical* gjaldt legemidler, har EU-domstolen i flere saker akseptert begrensninger på det frie markedet for å sikre et lands energiforsyning av hensyn til den offentlige sikkerhet.³⁸ Disse sakene fra energisektoren viser også at det kan være en glidende overgang mellom offentlige myndigheters rolle som oppdragsgiver og som regulerende myndighet. I en mellomposisjon kan man anse tilfeller hvor det offentlige utøver offentlig myndighet som aksjeeier i et nasjonalt selskap. Dette var tilfellet i sak C-503/99 (*Kommisjonen mot Belgia*) som gjaldt restriksjoner på den frie bevegelse av kapital³⁹ og

³⁷ I premiss 24 fremgår det at praksisen utgjør en restriksjon på den frie bevegelse jf. TEUV art. 30. I premiss 39 fremgår det at unntakene i TEUV 36 ikke kan begrunne begrensninger på fri bevegelse for å sikre en virksomhets fortsatte eksistens, men at hensynet til liv og helse kan gi unntak.

³⁸ Se sak C-72/83 (*Campus Oil*), sak C-347/88 (*Kommisjonen mot Hellas*) og sak C-398/98 (*Kommisjonen mot Hellas*) som gjaldt favorisering av statlige oljeraffineri i land som var avhengig av import av råolje og dermed særlig utsatt for avbrutt levering. Se Bjørnebye (2010) kap. 9 for en nærmere gjennomgang av offentlige myndigheters adgang til å gjøre unntak fra hovedregelen om fri bevegelse i det indre markedet på energiområdet.

³⁹ TEUV art. 63

etableringsfriheten⁴⁰. Saken omhandlet belgiske myndigheters aksjer i to strategisk viktige selskaper for belgiske myndigheter, henholdsvis SNTC og Distigaz.⁴¹ Aksjene ga den belgiske stat rett til innsigelser mot enhver transaksjon som gjaldt ledningsnettet, og andre strategiske beslutninger, i strid med landets energipolitikk.⁴²

Skillet mellom oppdragsgivers rolle som oppdragsgiver og regulerende myndighet er likevel nyttig, både fordi det reelt sett er en forskjell i rollen det offentlige opptre i, og fordi det kan få betydning for rettsanvendelsen. Reguleringer vil i alminnelighet ha større potensiale for å hindre samhandelen enn hva en bestemt anskaffelse vil ha. Det kan derfor antas at prøvingen av generelle nasjonale reguleringer vil være mer inngående enn prøvingen av bestemte krav som oppdragsgivere har stilt i konkrete anskaffelser. Det klareste uttrykket for dette er at det innkjøpsfaglige skjønn ikke gjelder når EU-domstolen eller EFTA-domstolen skal prøve om nasjonale reguleringer er i strid med EU/EØS-retten. Det innkjøpsfaglige skjønn gjelder bare for innkjøpsbeslutninger.

Det norske anskaffelsesregelverket regulerer ikke rollen som regulerende myndighet på annen måte enn at Stortinget har gitt diverse forskriftshjemler til regjeringen,⁴³ i tillegg til at Stortinget og andre offentlige myndigheter må unngå å vedta regler i strid med EØS-avtalen, jf. EØS-loven §§ 1 og 2.

Det er hovedsakelig offentlige myndigheters rolle som oppdragsgiver jeg ser nærmere på i det følgende.

2 Sikkerhet for rettidig levering i kvalifikasjonsfasen

2.1 Innledning

I dette kapittelet er spørsmålet hvordan oppdragsgiver kan bruke kvalifikasjonsfasen for å sikre seg levering til riktig tid.

⁴⁰ TEUV art. 49

⁴¹ Se premiss 19

⁴² Premiss 39

⁴³ Særlig sentralt er hjemmelen i anskaffelsesloven § 16 første ledd som gir departementet (Nærings- og fiskeridepartementet) kompetanse til å gi forskrifter til utfylling og gjennomføring av anskaffelsesloven.

Gjennom kvalifikasjonskravene stiller oppdragsgiver krav til egenskaper ved leverandørens virksomhet.⁴⁴ Kvalifikasjonsfasen skal utpeke de leverandørene som er kvalifisert til å inngi tilbud. En leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, skal avvises jf. § 24-2 (1) bokstav a. Dersom en leverandør anses kvalifisert til å delta i konkurransen, er leverandøren funnet skikket til å gjennomføre oppdraget. I så fall har man lagt til grunn at leverandøren vil være i stand til å oppfylle kontrakten, herunder levere ytelsen til riktig tid. Kvalifikasjonsfasen er derfor sentral for oppdragsgivers behov for å sikre seg levering til riktig tid i offentlige anskaffelser.

Dersom leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, er utgangspunktet at leverandørens tilbud vurderes opp mot de andre kvalifiserte leverandørers konkurrerende tilbud, etter hvilket tilbud som har høyest poengsum etter tildelingskriteriene.⁴⁵ Det vil derfor være viktig for oppdragsgiver å oppstille kvalifikasjonskrav som sørger for at leverandørene faktisk er i stand til å gjennomføre kontrakten.

I anskaffelsesforskriften kapittel 16 gjennomføres direktivets artikkel 58. I § 16-1 første ledd første punktum gis oppdragsgiver adgang til å oppstille kvalifikasjonskrav. Denne adgangen begrenses av at kravene «bare [kan] gjelde registrering, autorisasjoner mv., jf. § 16-2, økonomisk og finansiell kapasitet, jf. § 16-3, og tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. § 16-5» jf. andre punktum.

Videre følger det av § 16-1 (1) tredje punktum at kravene skal ha «tilknytning til og stå i forhold til leveransen». Ordlyden legger en begrensning på oppdragsgivers adgang til å stille kvalifikasjonskrav ut fra forholdsmessighet og relevans. Kravet må være proporsjonalt med anskaffelsens art, omfang, verdi og kompleksitet.⁴⁶ Hvilke kvalifikasjonskrav som er relevante beror på en konkret vurdering av hvorfor en leverandør kvalifiserer til å levere den aktuelle anskaffelsen ut fra de krav som stilles og slik de vurderes.⁴⁷ Dette er i tråd med de

⁴⁴ Jf. NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket. s. 180.

⁴⁵ Det vil riktignok kunne foretas en utvelgelse blant de kvalifiserte leverandørene dersom oppdragsgiver har fastsatt et tak på antall leverandører jf. foa. §§ 8-9 og 16-12. Denne utvelgelsen vil måtte gjøres ved å sette leverandørene opp mot hverandre basert på utvelgelseskriterier jf. Goller m.fl. (2017) s 144.

⁴⁶ P-2017-933 (P-933) Veileder til reglene om offentlige anskaffelser fra Nærings- og fiskeridepartementet, s. 169.

⁴⁷ P-2017-933 (P-933) s. 169.

grunnleggende prinsippene for offentlige anskaffelser, og ivaretar direktivets formål om å legge til rette for små og mellomstore bedrifters deltakelse i anbudskonkurransen.

2.2 Krav til økonomisk og finansiell kapasitet

2.2.1 Adgangen til å stille krav til økonomisk og finansiell kapasitet

I dette punktet er spørsmålet hvilken adgang oppdragsgiver har til å stille krav til økonomisk og finansiell kapasitet.

Det følger av foa. § 16-3 første ledd første punktum at det kan stilles krav som er «relevante» for å sikre at leverandørens har den økonomiske og finansielle kapasitet for å utføre kontrakten. Formålet med bestemmelsen er å sikre at leverandøren evner å tåle tap eller imøtekomme krav som måtte oppstå underveis i kontrakten.⁴⁸ Leverandøren skal potensielt gjøre store investeringer, for eksempel å få bygget ferger til fergesamband, fly til luftambulanse, eller anskaffe maskiner og ansette folk til bygg- og anleggsprosjekter. For oppdragsgiver vil det være viktig å sikre seg at leverandøren kan gjennomføre oppdraget uten å risikere å gå konkurs eller mangle likvide midler for oppfyllelse av kontrakten.

Oppdragsgiver kan derfor stille kvalifikasjonskrav som sikrer at leverandøren har den økonomiske og finansielle kapasiteten som kreves for å oppfylle sin del av kontrakten.

Oppdragsgiver står ikke fritt til å oppstille krav til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet. Det følger av § 16-3 (1) at de krav som kan oppstilles «inkluderer» krav til årlig minimumsomsetning som ikke overstiger «to ganger den anslåtte verdien av kontrakten» jf. bokstav a. I direktivet begrunnes denne begrensningen med at alt for strenge krav til økonomisk og finansiell kapasitet ofte utgjør en urimelig hindring for små og mellomstore bedrifters deltakelse i offentlige innkjøp.⁴⁹ Samtidig tilsier forholdsmessighetsprinsippet at det i noen tilfeller vil anses uforholdsmessig å stille krav som fullt ut innebærer en årlig minimumsomsetning på to ganger kontraktsverdien.⁵⁰ Kravet til årlig minimumsomsetning må derfor vurderes konkret i det enkelte tilfellet.⁵¹

Kravet til årlig minimumsomsetning gjelder ikke dersom oppdragsgiver har en «saklig grunn, for eksempel når det foreligger en særlig risiko på grunn av anskaffelsens karakter». Denne

⁴⁸ P-2017-933 (P-933) s. 172.

⁴⁹ Direktivets fortale premiss 83

⁵⁰ P-2017-933 (P-933) s. 173.

⁵¹ Ibid. s. 173.

adgangen til å fravike begrensningen bør ifølge direktivet bare unntaksvis benyttes. Eksempelvis der det er høy risiko i forbindelse med gjennomføringen av kontrakten, eller det vil være avgjørende at kontrakten gjennomføres riktig og til rett tid, fordi den utgjør en nødvendig forutsetning for gjennomføring av andre kontrakter.⁵² Dersom dette er tilfellet står offentlige oppdragsgivere friere til selvstendig å beslutte om krav til høyere minsteomsetning vil være hensiktsmessig og relevant, herunder å beslutte nivået, så fremt det er proporsjonalt.⁵³ Den rettslige prøvingen av om kvalifikasjonskravene er proporsjonale er begrenset.⁵⁴ Prøvingen av krav til leverandørene synes riktignok å underlegges en mer inngående prøving enn krav til ytelsen.⁵⁵

Videre følger det av § 16-3 (1) bokstav b at det kan oppstilles krav til selskapets regnskapsmessige balanse⁵⁶ forutsatt at metodene for hvordan dette vil bli vurdert er gjennomsiktede, objektive og ikke-diskriminerende.⁵⁷ Det kan dermed oppstilles krav til at tilbyderne legger frem opplysninger om forholdet mellom eiendeler og forpliktelse.⁵⁸ Et positivt resultat som viser høyere verdi av eiendeler enn forpliktelser vil gi ytterligere bevis på hvorvidt leverandørens finansielle kapasitet er tilstrekkelig.

Kravet til at metodene for hvordan leverandørens balanse i regnskapet vil bli vurdert er gjennomsiktede, objektive og ikke-diskriminerende, innebærer at oppdragsgiveren må angi metoden for hvordan leverandørens balanse vil bli vurdert.⁵⁹ I sak C-218/11 (Édukóvízig), fastslo EU-domstolen at det ikke vil være tilstrekkelig med en generell henvisning til

⁵² Ibid. s. 173.

⁵³ Ibid. s. 173.

⁵⁴ Oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn følger av at utformingen av kvalifikasjonskravene tillegger oppdragsgiver et «kan-skjønn», se eksempelvis foa. § 16-1 (1). Videre følger det av fast KOFA-praksis: se sak 2005/115 (premiss 42), sak 2008/84 (premiss 25) sak 2009/110 (premiss 42), sak 2011/239 (premiss 31); se Dragsten (2013) s. 323.

⁵⁵ Eksempler som illustrerer dette er sakene sak C-448/01 (Wienstrom), sak C-425/14 (Impresa Edilux) og sak C-552/13 (Grupo Hospitalario Quirón), som alle gjaldt krav i konkrete anskaffelser som uttalt eller reelt stilte krav til leverandørene som sådan, og som EU-domstolen foretok inngående prøving av opp mot henholdsvis tilknytningsvilkåret (Wienstrom), forholdsmessighet (Impresa Edilux) og likebehandling (Grupo Hospitalario Quiron). Til sammenligning var EU-domstolen svært tilbakeholden med å foreta noen form for subsumsjon i sak C-413/17 (Roche Lietuva), som gjaldt krav til selve ytelsen.

⁵⁶ I et regnskap vil balansen være summen av eiendeler, gjeld og egenkapital, (skatteetaten, u.å.)

⁵⁷ I tillegg følger det av bokstav c) at leverandøren har en relevant ansvarsforsikring. Eksemplene bestemmelsen viser til er etter ordlyden ikke uttømmende.

⁵⁸ Slik det uttrykkes i direktivbestemmelsen art. 58 nr. 3 tredje setning.

⁵⁹ P-2017-933 (P-933) s. 173.

balansen.⁶⁰ Vurderingen av balansen må bero på en vurdering av ett eller flere konkrete elementer.⁶¹ I litteraturen er bestemmelsen forstått slik at oppdragsgiver kan oppstille et sett med faktorer som grunnlag for en mer skjønnsmessig helhetsvurdering.⁶² Dette kan dermed legges til grunn at oppdragsgiver kan foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering av leverandørens regnskapsmessige balanse, forutsatt at metoden for vurderingen er angitt på en måte som er i tråd med de anskaffelsesrettslige prinsippene om gjennomsiktighet, objektivitet og ikke-diskriminering.

Som dokumentasjon for den økonomiske og finansielle kapasiteten oppstiller § 16-4 (1) at oppdragsgiver «blant annet [kan]» stille krav om at det fremlegges bankerklæringer, ansvarsforsikringsbevis, årsregnskap eller utdrag fra disse, regnskapets balanse, erklæring om virksomhetens totale omsetning for maksimalt de tre siste tilgjengelige regnskapsårene og kredittvurderingen. Bestemmelsen gir dermed oppdragsgiver et visst skjønn i valget av dokumentasjonskrav som skal gjelde for økonomiske og finansielle forhold.

2.2.2 Betydningen av å stille krav til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet

I dette punktet presenteres noen vurderinger av hvor effektivt krav til økonomisk og finansiell kapasitet kan være for å sikre (rettidig) leveranse.

I en rapport fra Samfunnsøkonomisk analyse på vegne av Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg, fant man at kostnadsoverskridelser og forsinket framdrift var en gjennomgående trend i større anleggsprosjekter.⁶³ Rapporten gjaldt erfaringer med bruk av utenlandske entreprenører. Det vises til at bruk av utenlandske entreprenører har ført med seg en høy risiko, men det slås fast at rapporten ikke gir grunnlag for å konkludere med at bruk av utenlandske entreprenører fører med seg flere forsinkelser og større kostnadsoverskridelser enn hva bruk av norske entreprenører gjør. For å underbygge dette vises det til at

⁶⁰ Premiss 27; Saken gjaldt det tidligere Direktiv 2004/18/EF.

⁶¹ Premiss 32

⁶² Se Dragsten (2020) s. 598, som fremholder at formuleringen antagelig ikke stenger for at oppdragsgiveren forbeholder seg en skjønnsfrihet i kvalifikasjonsvurderingen; tilsvarende Thue A., og Buan A. (2021) note 295 til anskaffelsesforskriften, som fremholder at det har vært adgang til en skjønnsmessig helhetsvurdering etter tidligere praksis, og at det nye regelverket ikke er til hinder for dette; Se Arrowsmith (2014) s. 1195 som forstår dagens direktiv slik at det er adgang til en skjønnsmessig helhetsvurdering så fremt dette er i overenstemmelse med det øvrige regelverket, men som understreker at dette ikke er helt klart.

⁶³ Kostøl og Måøy (2019)

anleggsbransjen i Norge generelt er preget av et høyt tvistenivå.⁶⁴ Det som er interessant i denne sammenhengen er at rapporten fastslår at det var påfallende hvordan de undersøkte anleggsprosjektene hadde opplevd at flere av entreprenørene hadde gått konkurs eller endt opp med at kontraktene var blitt hevet. Dette skyldtes ikke utfordringer som oppstod underveis i prosjektene, men at selskapenes økonomiske stilling var svært dårlig i utgangspunktet.⁶⁵ Kanskje noe overraskende viser rapporten at de finansielle problemene gjaldt hovedleverandørene i vel så stor grad som underleverandørene.

I 'Follobane-prosjektet' var det italienske selskapet Condotte hovedentreprenør. For oppdragsgiver, som var Bane Nor, ble det etter hvert klart at flere underentreprenører stanset arbeidet på grunn av manglende betaling fra hovedentreprenøren. Hovedentreprenøren, endte med å søke om konkursbeskyttelse på grunn av likviditetsproblemene.⁶⁶ I prosjektet 'E18 OPS Grimstad – Kristiansand' førte store forsinkelser og kostnadssprekk i prosjektet selskapet Reinhold Meister ut i konkurs.⁶⁷

Den østerrikske entreprenøren Alpine Bau, som både var hovedentreprenør i 'Fellesprosjektet E6 – Dovrebanen' og én av to hovedentreprenører i 'E6 Alta Vest' gikk også konkurs.⁶⁸ Selskapet meldte oppbud etter å ha mislyktes å få på plass finansiering av gjelden.⁶⁹ Dette var bare ett år etter at entreprenøren hadde blitt tildelt kontrakten i 'Fellesprosjektet E6 – Dovrebanen'. I østerriksk presse ble konkursen omtalt som en av de største selskapskollapsene i landet noensinne, med over 8.000 berørte kreditorer, og rundt 15.000 berørte ansatte rundt omkring i Europa.⁷⁰

I både 'E6 Langslett – Sørkjosen' og 'Utvidelse av Bekkelaget renseanlegg Oslo' ble kontrakten med hovedentreprenøren, Obras Subterrâneas (OSSA), hevet etter avdekking av

⁶⁴ Ibid. s. 26

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid. s. 8

⁶⁷ Ibid. s. 15; I prosjektet var Reinhold Meister underentreprenør. I et rettslig etterspill ble selskapet riktignok stevnet av en av hovedentreprenørene som mente at selskapet hadde inngått en avtale som innebar at de gikk fra å være underentreprenør til deltaker i prosjektet, noe som ville innebære en forpliktelse til å dekke 20 % av tapet. Kravet ble avvist av både tingretten og lagmannsretten, og deretter avvist av Høyesterett. Selskapet gikk likevel konkurs på grunn av budsjettsprekken i prosjektet.

⁶⁸ Ibid. s. 26

⁶⁹ Ibid. s. 12

⁷⁰ Bygg.no (2013)

flere kritikkverdige forhold, i tillegg til at arbeidet lå flere måneder bak fremdriftsplanen.⁷¹ I rapporten knyttes dette til lav gjennomføringskapasitet.⁷² Hva som menes med lav gjennomføringskapasitet fremgår ikke av undersøkelsen, men det kan antas at gjennomføringskapasiteten både vil kunne omfatte virksomhetens størrelse og organisasjon og virksomhetens interne systemer og kompetanse. For å vurdere virksomhetens størrelse ser man gjerne til selskapets omsetning.

I rapporten uttales det om de finansielle problemene i prosjektene

«Dette synes i liten grad å være konsekvenser av utfordringer i de respektive prosjektene, men at selskapenes økonomiske stilling var svært dårlig i utgangspunktet. Det er nærliggende å reise spørsmål ved om ikke dette var forhold som burde ha vært avdekket i anbudsprosessen».⁷³

Dette viser at selskapets økonomiske stilling er sentralt for å unngå forsinket framdrift i større offentlige anleggsprosjekter. I slike anbudskonkurranser bør oppdragsgiver derfor forsikre seg om at leverandøren har tilstrekkelig økonomisk og finansiell kapasitet til å utføre oppdraget. Det fremgår ikke av rapporten hvilke økonomiske og finansielle krav som ble stilt i de respektive prosjektene.

Alpine Bau hadde i 2009 en omsetning på 3,3 milliarder euro.⁷⁴ Til sammenligning var kontrakten firmaet ble tildelt i 'E6 Alta Vest' på 1,3 milliarder kroner.⁷⁵ OSSA hadde i 2015 en omsetning på 1,3 milliarder kroner. Selv om selskapet ikke er blant de største entreprenørene, var selskapets omsetning godt over to ganger verdien av kontrakten i 'E6 Langslett – Sørkjosen'.⁷⁶ Dette er illustrerende for hovedentreprenører i større anleggsprosjekter ofte ikke vil ha problemer med å ha en omsetning som utgjør opptil to ganger kontraktssummen. Gjennomgangen viser at økonomisk og finansiell kapasitet er en høyrisikofaktor når det gjelder å få levering til riktig tid i større bygg- og anleggsprosjekter.

⁷¹ Kostøl og Måøy (2019) s. 26

⁷² Ibid. s. 23

⁷³ Ibid. s. 26.

⁷⁴ Haakonsen (2011).

⁷⁵ Kostøl og Måøy (2019) s. 12.

⁷⁶ Tilbudet fra OSSA var på 416 millioner, s. 20; Selskapet hadde i 2012 en omsetning på drøyt 147 millioner euro – omsetningen utgjorde dermed godt over det dobbelte av kontraktens, (infoempresa.com, u.å). Norges største entreprenør, Veidekke, som også innga tilbud i konkurransen, hadde i 2019 en omsetning på 38,9 milliarder kroner (veidekke.no, u.å).

Dette faktagrunnlaget tilsier at det i hvert fall for bygg- og anleggsprosjekter vil kunne være forholdsmessig å stille strengere krav til økonomisk og finansiell kapasitet enn grensen på to ganger kontraktsverdien for leverandørens omsetning.

På den andre siden kan dette tas til inntekt for at en ikke skal se seg blind på betydningen av leverandørens omsetning. Omsetningen omfatter de samlede inntektene en virksomhet har i løpet av en periode. Den tar imidlertid ikke høyde for omkostningene, herunder betydningen av gjelden. I de nevnte sakene hadde leverandørene høy omsetning, men fikk likevel økonomiske problemer på grunn av stor gjeld og dårlig likviditet. Selv om en virksomhets omsetning kan si noe om likviditeten i et selskap ved at omsetningen vil kunne inngå i ny kapital som styrker likviditeten i selskapet, kan økt omsetning også føre med seg høyere kostnader som igjen fører til lavere likviditet. Derfor er selskapets gjeld, særlig selskaps kortsiktige gjeld, sentralt når likviditeten beregnes. I planleggingsfasen bør derfor oppdragsgiver være særlig oppmerksom på hva leverandørens gjeld består av. Dermed bør ikke oppdragsgiver nøye seg med å oppstille krav til leverandørens omsetning, men også oppstille krav til leverandørens balanse. Dette vil oppdragsgiver kunne gjøre ved å oppstille faktorer som gir grunnlag for å vurdere leverandørens regnskapsmessige balanse, i tråd med adgangen til dette i § 16-3 (1) bokstav b.

Gjennomgangen kan tyde på at den økonomiske og finansielle kapasiteten vil stå sentralt i store og langvarige oppdrag. I forlengelsen av dette vil slike oppdrag gjerne være komplekse og stille krav til leverandørens gjennomføringskapasitet. Intuitivt kan en tenke seg at det i alle kontraktstyper vil være en fordel med stor finansiell og operasjonell kapasitet, og høy gjennomføringskapasitet. Dette kan særlig tenkes å gjelde for tidskritiske oppdrag. Man kan tenke seg at stor kapasitet da vil være en fordel fordi leverandøren slipper å basere seg på underleverandører, noe som kan spare leverandøren for tid.

På den andre siden må man være forsiktig med å trekke generelle linjer fra større samferdselsprosjekter til andre anskaffelser. Det vil ikke være en fordel å stille strenge krav til økonomisk og finansiell kapasitet i anskaffelser hvor det ikke nødvendigvis forekommer et slikt behov. Strenge krav til økonomisk og operasjonell kapasitet vil i stedet kunne være med på å begrense konkurransen. Ettersom det må vurderes i den enkelte anskaffelse om de kvalifikasjonskravene som oppstilles oppfyller kravet i bestemmelsen om å ha «tilknytning til

og stå i forhold til leveransen», vil dette kunne være i strid med regelverket.⁷⁷ Et annet poeng, som jeg omtaler noe nærmere under, er at begrensninger på konkurransen kan føre til at tilbyder mister et insentiv til å konkurrere på kvalitet, noe som kan lede til feil og forsinkelser.

2.3 Krav til arbeidsprosessen og tilbyders kapasitet

2.3.1 Innholdet i anskaffelsesforskriften § 16-5 om tekniske og faglige kvalifikasjoner

Spørsmålet her er hvilken adgang oppdragsgiver har til å stille krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner.

Oppdragsgivers adgang til å oppstille krav til leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner følger av § 16-5. I dette inngår menneskelige og tekniske ressurser og erfaringer. I de fleste tilfeller vil det være naturlig å stille slike krav, blant annet for å unngå å bruke ressurser på tilbud fra useriøse aktører.⁷⁸ Bestemmelsens første ledd fastslår at det bare kan stilles krav som er relevante for å sikre at leverandøren har de tekniske og faglige kvalifikasjonene. Kravene skal sikre at leverandøren har kvalifikasjonene som skal til for å gjennomføre kontrakten. Krav som ikke er egnet til å slå fast om leverandøren oppfyller de tekniske og faglige kvalifikasjoner vil derfor ikke være relevante. Illustrerende er sak C-368/10 (Kommissjonen mot Nederland) hvor krav til miljø og sosial ansvarlighet ikke ble funnet relevant for å fastslå leverandørens tekniske og faglige dyktighet.⁷⁹

I tillegg til at kravene skal være relevante, må de ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen jf. § 16-1 og anskaffelsesloven § 4.⁸⁰ Kravene må altså være i tråd med forholdsmessighetsprinsippet. De kan for eksempel ikke være overdrevne sett hen til kontraktens verdi.⁸¹

I andre ledd heter det at «[Ved] anskaffelser av varer som inkluderer monterings- og installasjonsarbeid, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, kan oppdragsgiveren vurdere

⁷⁷ Foa. § 16-1 (1) tredje punktum

⁷⁸ P-2017-933 (P-933) s. 175.

⁷⁹ Premiss 107. Det ble vist til artikkel 48 (2) i dagjeldende direktiv 2004/18, som til forskjell fra någjeldende artikkel 58 (4), inneholdt en uttømmende opplisting av hvordan kravene til teknisk og faglig dyktighet kunne dokumenteres. Relevant i vårt tilfelle er uttalelsen om at et krav om bærekraftig innkjøp og virksomhetens sosiale ansvar ikke er relevant for å fastslå om leverandøren oppfyller de tekniske og faglige kvalifikasjoner.

⁸⁰ Dragsten (2020) s. 603

⁸¹ Arrowsmith (2014) s. 1213.

leverandørens faglige kvalifikasjoner på grunnlag av hans ferdigheter, effektivitet, erfaring og pålitelighet knyttet til utførelsen av slike tjenester og arbeider». Når det i ordlyden heter «kan» er dette naturlig å forstå slik at oppstillingen av vurderingsmomenter ikke er uttømmende.⁸²

I § 16-6 som gjelder dokumentasjon for leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner heter det at «oppdragsgiveren bare kan stille krav om at følgende dokumenter fremlegges [...]». Listen av dokumentasjon som oppstilles er etter ordlyden uttømmende regulert. Dette ble bekreftet i EU-domstolens avgjørelse i sak C-76/16 (Ingsteel/Metrostav).⁸³ Ettersom hvilken dokumentasjon som kan oppstilles er uttømmende regulert, følger grensen for hvilke krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner som kan oppstilles etter § 16-5 implisitt av adgangen til å stille dokumentasjonskrav. Selv om dokumentasjonskravene i utgangspunktet angir formen for kvalifikasjonskravene, begrenses den materielle adgangen til å stille krav til tekniske og faglige kvalifikasjoner i realiteten av hvilke dokumentasjonskrav som er tillatt etter § 16-6.⁸⁴

For det første vil det være aktuelt å stille krav til leverandørens erfaring med tilsvarende prosjekter tidligere. På listen over hvilke dokumentasjonskrav som kan oppstilles følger det av bokstav a) at oppdragsgiver kan be om en oversikt over bygge- og anleggsarbeidene som leverandøren har utført i løpet av de siste fem årene, sammen med attester for tilfredsstillende utførelse av de viktigste arbeidene. For vareleveranser gjelder dette for de siste tre årene, herunder opplysninger om kontraktens verdi, tidspunkt for levering eller utførelse og navn på mottaker jf. bokstav b).

For det andre vil det være aktuelt å stille krav til leverandørens interne ressurser. Eksempelvis vil det være aktuelt å stille krav om heltidsansatt prosjektleder, eller annet kritisk personale. I bokstav c) åpnes det for å kreve dokumentasjon med beskrivelse av teknisk personell eller tekniske enheter. I forlengelsen av dette følger det av bokstav f) at det kan kreves opplysninger om utdanning og faglige kvalifikasjoner. Beskrivelsen av utdanningen og de

⁸² Se Arrowsmith (2014) s. 1211. Dette står i motsetning til forståelsen av det tidligere direktiv 2004/18 der listen i tilsvarende artikkel 48 (2) måtte anses uttømmende.

⁸³ Premiss 32; Til forskjell fra bestemmelsen om dokumentasjon for leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet hvor oppdragsgiver har en viss frihet; Saken gjaldt det tidligere anskaffelsesdirektivet, direktiv 2004/18/EF, men forståelsen må anses relevant etter gjeldende direktiv.

⁸⁴ Dragsten (2020) s. 605

faglige kvalifikasjonene til leverandørens ledelse, nøkkelpersonell og annet relevant personell, vil danne grunnlag for vurderingen av om leverandørens formelle kompetanse er tilstrekkelig for å utføre kontrakten.⁸⁵

Videre vil det være aktuelt å stille krav til at tilbyder har et visst antall ansatte som jobber med prosjektet. Det følger av bokstav h) at oppdragsgiver kan be om beskrivelse av leverandørens gjennomsnittlige årlige arbeidsstyrke og antallet medarbeidere i ledelsen i løpet av de siste tre årene. I tillegg kan oppdragsgiver be om beskrivelse av hvor stor del av kontrakten som leverandøren vurderer å sett bort til underleverandører jf. bokstav j.

2.3.2 Betydningen av krav til arbeidsprosessen og tilbyders kapasitet for å sikre levering

Kvalifikasjonskrav vil gjerne være minimumskrav som enten er oppfylt eller ikke. Særlig i mindre anskaffelser vil vektlegging av antall ansatte i kvalifikasjonsfasen kunne gå på bekostning av fleksibilitet. Illustrerende er klagenemndas avgjørelse i sak 2021/886. Saken gjaldt en rammeavtale på to år, med opsjon på forlengelse med to år, med en estimert verdi på 12 millioner kroner over. Avtalen gjaldt malearbeid og legging av gulvbelegg. I konkurransegrunnlaget inngikk «Beskrivelse av tilbydd bemanning på kontrakten, og kompetansenivå» i tildelingskriteriet omtalt som «oppdragsforståelse».⁸⁶ I oppdragsgivers spesifisering fremgikk det at bemanningen skulle tilpasses det enkelte oppdrag, og at overbemanning ikke ville bli akseptert.⁸⁷ Klager hadde angitt at det som utgangspunkt alltid skulle være minimum to stykk håndverkere per oppdrag for sikkerhetsskyld. I tildelingen premierte oppdragsgiver derfor valgte leverandør for at bemanningen i større grad enn i klagers tilbud kunne være færre enn to arbeidere på noen oppdrag.⁸⁸ Klageren anførte at dette var galt fordi utgangspunktet om at det alltid skulle være minimum to stykk på hvert oppdrag bare var et utgangspunkt.⁸⁹ KOFA hadde ingen innvendinger til innklagedes forståelse av klagers tilbud.⁹⁰

Saken viser hvordan vektlegging av antall ansatte i tilbudsevalueringen gir oppdragsgiver større fleksibilitet i valg av tilbyder. Oppdragsgivers fleksibilitet i tildelingsfasen vil

⁸⁵ P-2017-933 (P-933) s. 177.

⁸⁶ Premiss 3

⁸⁷ Premiss 23

⁸⁸ Premiss 24

⁸⁹ Premiss 12

⁹⁰ Premiss 24

begrenses av kravet til at tildelingskriterier ikke gir oppdragsgiver ubegrenset valgfrihet.⁹¹ Dersom kravet til interne ressurser var et kvalifikasjonskrav, ville det i større grad innebærer minimumskrav, som enten ville vært oppfylt eller ikke. Å heller vektlegge antall ansatte i tilbudsevalueringen vil være særlig egnet i mindre anskaffelser, hvor økt fleksibilitet ikke setter behovet for forutsigbarhet i fare i like stor grad som i større prosjekter hvor forutsigbarhetshensynet gjør seg særlig gjeldende. I mindre anskaffelser vil også konkurranseprinsippet kunne settes i fare ved for store krav til interne ressurser. Som det fremgår nedenfor, er effekten av krav til interne ressurser i kvalifikasjonsfasen diskutabelt i de tilfeller hvor konkurransen begrenses.

Ovenfor har vi sett at lav gjennomføringskapasitet, som både vil kunne omfatte virksomhetens størrelse og organisasjon og virksomhetens interne systemer og kompetanse, er en stor risiko for forsinkelser i større anleggsprosjekter. I en rapport utarbeidet av Oslo Economics på vegne av Kommunal- og moderniseringsdepartementet, som gjaldt lovpålagte kvalifikasjonskrav i plan- og bygningsloven, fremgikk det at krav til interne ressurser, for eksempel krav til utdanningsnivå og arbeidserfaring, kan føre til lavere kvalitet på ytelsen dersom det reduserer konkurransen.⁹²

I rapporten legges det til grunn at en forenklet antakelse er at omtrent en tredjedel av alle byggefeil skyldes mangel på kompetanse.⁹³ Det vises til at tiltak som retter seg mot aktørenes manglende kompetanse vil kunne redusere byggefeil, men bare i den grad aktørene som berøres av tiltakene er de aktørene som forårsaker byggefeilene.⁹⁴ Rapporten anbefaler imidlertid ikke å stille strengere krav til kompetanse. Forklaringen det vises til er at strengere krav til yrkesregulering svekker konkurransen, noe som gir et lavere antall markedsaktører, og som dermed gir leverandørene et svakere insentiv til å ta på seg kostnaden for å øke kvaliteten på byggearbeidet.⁹⁵ I stedet vises det til undersøkelser som tyder på at kvaliteten ikke vil være dårligere ved lavere yrkesrestriksjoner.⁹⁶ Strengere yrkesregulering kan derfor føre til at

⁹¹ Jf. foa. § 18-1 (5).

⁹² Oslo Economics (2020) s. 7.

⁹³ Ibid. s. 24

⁹⁴ Ibid. s. 35

⁹⁵ Ibid. s. 7.

⁹⁶ Ibid. s. 65.

kvaliteten på ytelsen reduseres.⁹⁷ Heller enn å innføre lovpålagte kvalifikasjonskrav, anbefaler rapporten derfor å innføre hyppigere kontroll og økte sanksjoner for byggefeil.⁹⁸

Dette kan tas til inntekt for at krav til interne ressurser som fører til en reduksjon i konkurransen, har en negativ effekt på ytelsens kvalitet. Det er riktignok usikkert hvorvidt dette er overførbart til andre typer kontrakter. I tillegg kan ikke konsulentrapporter behandles som forskning. Det kan likevel være gode grunner for at oppdragsgivere, også innenfor andre sektorer enn byggebransjen, har et bevisst forhold til om kravene som stilles til tilbyders interne ressurser reduserer konkurransen i markedet. I verste fall vil redusert konkurranse kunne føre til lavere kvalitet på ytelsen slik at det oppstår forsinkelser.

2.4 Tilbyders oppfyllelse av kvalifikasjonskrav gjennom andre virksomheter

2.4.1 Innledning

Tilbyder kan støtte seg på kapasiteten til andre virksomheter, uavhengig av den rettslige forbindelsen mellom dem, for å oppfylle oppdragsgivers krav til leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet eller tekniske og faglige kvalifikasjoner, jf. foa. § 16-10 (1).⁹⁹ Bestemmelsen åpner for at leverandøren ikke behøver å oppfylle kvalifikasjonskravene ved å besitte de etterspurte kvalifikasjonene selv, så fremt leverandøren faktisk råder over den andre virksomhetens kompetanse ved utførelsen av leveransen.¹⁰⁰ Slik kan mindre aktører både konkurrere om den offentlige kontrakten i samarbeid med andre, eller ta del i anskaffelsen som underleverandører. Dette ivaretar direktivets formål om å gjøre offentlige kontrakter mer tilgjengelig for små og mellomstore bedrifter.¹⁰¹ Hovedregelen er derfor at tilbyder skal anses kvalifisert til å gjennomføre kontrakten, også dersom oppfyllelse av kvalifikasjonskravene fordrer at leverandøren støtter seg på andre virksomheter.¹⁰² I en situasjon hvor kvalifikasjonskravene oppfylles gjennom støtte fra andre virksomheter, må tilbyder legge frem en forpliktelseserklæring fra disse virksomhetene jf. foa. § 16-10 (2). I tillegg plikter

⁹⁷ Ibid. s. 6

⁹⁸ Ibid. s. 8.

⁹⁹ Jf. anskaffelsesdirektivet artikkel 63

¹⁰⁰ P-2017-933 (P-933) s. 180

¹⁰¹ Se direktivets fortale premiss 78.

¹⁰² Se C-63/18 (Vitali) premiss 24.

oppdragsgiver å kontrollere at underleverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene, og at det ikke foreligger andre grunner for avvisning av denne virksomheten jf. foa. § 16-10 (3).

Det følger av foa. § 16-10 (4) at dersom tilbyder støtter seg på andre virksomheter for å oppfylle kravene til økonomisk og finansiell kapasitet, kan oppdragsgiver kreve solidarisk ansvar for utførelsen av kontrakten. I situasjoner som angår leverandørens tekniske og faglige kvalifikasjoner, følger det av § 16-10 (5) at en leverandør som støtter seg på andre virksomheter for å oppfylle faglige krav kvalifikasjoner, skal sørge for at disse virksomhetene utfører de oppgavene som krever slike kvalifikasjonene.

Generelt er det ingen leverandører som ikke også er avhengig av andre leverandører for levering av nødvendige innsatsfaktorer, og ikke alle tilbyders leverandører anses som underleverandører etter anskaffelsesregelverket. Hva som er en underleverandør i anskaffelsesrettslig forstand er imidlertid ikke definert i verken lov eller forskrift, og heller ikke anskaffelsesdirektivet. Hvem som er underleverandør, vil variere ut fra hva slags anskaffelse det er tale om. Vanligvis forstås underleverandør som en leverandør som utfører én eller flere deler av kontraktsforpliktelsen mellom hovedleverandør og oppdragsgiver.¹⁰³ For eksempel vil støttetjenester som regnskap, bedriftshelsetjenester eller levering av mat til de ansatte, falle utenfor. Til illustrasjon angir NTK 15 at adgangen til å stille krav til underleverandører gjelde underleverandører som deltar i utførelsen av selve kontrakten, det vil si at det er inngått avtale med leverandørene om levering av varer eller tjenester i forbindelse med arbeidet som hovedleverandøren skal levere i henhold til kontrakten.¹⁰⁴

2.4.2 Begrensninger på leverandørens avhengighet av underleverandører

Oppdragsgivere ønsker ofte å begrense leverandørens frihet til å benytte underleverandører for å oppfylle kontrakten.¹⁰⁵ Slike begrensninger er normalt begrunnet i kamp mot arbeidslivskriminalitet og/eller tjenestens kvalitet.¹⁰⁶ En side ved å sikre tjenestens kvalitet er at det kan innebære økt risiko for forsinkelser om en leverandør som er funnet kvalifisert og

¹⁰³ P-2017-933 (P-933) s. 213

¹⁰⁴ Kaasen (2018) s. 96

¹⁰⁵ Strömbom (2020) s. 73

¹⁰⁶ Se C-63/18 (Vitali) og foa. § 19-3 for kamp mot arbeidslivskriminalitet og C-406/14 Wroclaw og C-94/12 (Svm Costruzioni 2) for tjenestens kvalitet.

egnet til å gjennomføre anskaffelsen, setter bort gjennomføringen av kontrakter til andre aktører.

Begrensning av leverandørens frihet til å benytte underleverandører skjer gjerne gjennom krav til at tilbyder gjennomfører en bestemt del av kontrakten på egen hånd. Dette er bare tillatt når slike begrensninger ivaretar legitime formål og overholder proporsjonalitetsprinsippet.¹⁰⁷

I sak C-406/14 (Wroclaw) og C-63/18 (Vitali) kom EU-domstolen til at bestemmelser med generelt prosentfaste begrensninger på bruk av underleverandører var uforholdsmessig, og dermed ikke i overenstemmelse med direktivet. Wroclaw-saken, som ble avsagt under 2004-direktivet, gjaldt en klausul i konkurransegrunnlaget om at tilbyder måtte utføre minst 25 prosent av bygge- og anleggsarbeidet med egne midler.¹⁰⁸ Formålet med klausulen var å sikre at de deler av kontrakten som krevde særlig kompetanse og fagkunnskaper ble gjennomført av tilbyder.¹⁰⁹ Etersom prosenten var «fastsat abtastk» og «uden nogen angivelse af den særlige karakter af de opgaver, som er berørt» var klausulen i strid med regelverket.¹¹⁰ I Vitali-saken hadde selskapet Vitali blitt utelukket fra en anbudskonkurranse på bakgrunn av en nylig vedtatt bestemmelse i italiensk lovgivning om at underleverandører ikke kunne utføre mer enn 30 prosent av ytelsen.¹¹¹ Italienske myndigheters begrunnelse for regelen var at underentrepriser var et middel for den italienske mafia for å realisere kriminelle hensikter. Ved å begrense hvor stor del av kontrakten som kunne settes bort til underleverandører ønsket man å gjøre offentlige innkjøp mindre attraktivt for kriminelle organisasjoner.¹¹² Domstolen slo fast at bestemmelsen innebar «et generelt og abstrakt forbud» uten mulighet til å foreta en konkret vurdering.¹¹³

Dette bør ikke forstås dithen at det aldri vil kunne oppstilles generelle terskler for bruk av underleverandører. Enhver offentlig regulering vil nødvendigvis måtte fremstå generell.¹¹⁴ I stedet må dette forstås slik at en begrensning på bruk av underleverandører, om det er gjennom nasjonal lovgivning eller i konkurransegrunnlaget, må bero på om begrensningen er

¹⁰⁷ Se for eksempel C-63/18 (Vitali) og C-298-15 (Borta); Se Strömbom (2020) s. 74.

¹⁰⁸ Wroclaw premiss 16

¹⁰⁹ Premiss 19

¹¹⁰ Premiss 35

¹¹¹ Premiss 9

¹¹² Premiss 32

¹¹³ Premiss 40

¹¹⁴ Losnedahl (2021)

egnet og nødvendig for å oppnå det formålet som begrensningen skal ivareta.¹¹⁵ I Vitali-saken begrenset italiensk lovgivning bruk av underleverandører til kun 30 prosent, og bestemmelsen var unntaksfri. I avgjørelsen trekkes det frem at det formålet som italiensk lovgivning ønsket å oppnå kunne oppnås med «mindre restriktive foranstaltninger».¹¹⁶ Avgjørelsen må derfor forstås slik at dersom restriksjonen går utover hva som er nødvendig for å oppfylle formålet, vil begrensningen være i strid med direktivet. Derfor kan det legges til grunn at det er forholdsmessigheten mellom det formål som skal ivaretas og restriksjonen på bruk av underleverandører som er det sentrale for vurderingen av om restriksjonen er lovlig, ikke hvorvidt en bestemmelse er generell og abstrakt.

Anskaffelsesforskriften § 16-10 sjette ledd gjør unntak fra hovedregelen i første ledd om at oppdragsgivere fritt kan benytte underleverandører, ved at offentlige oppdragsgivere kan kreve at «bestemte kritiske oppgaver utføres direkte av anbyderen selv» i monterings- og installasjonsarbeid, tjenester, samt bygge og anleggsarbeider.¹¹⁷ En naturlig forståelse av dette er at det må spesifiseres hva som må utføres direkte av tilbyder. Dette beror på en konkret vurdering. Oppgaven anses kritisk dersom den angår sentrale elementer, som i vesentlig grad bidrar til oppfyllelse av kontrakten, med det kvalitetsnivå og til den pris som er krevd av oppdragsgiveren.¹¹⁸ Dersom unntaket kommer til anvendelse, må det i tråd med EU-domstolens praksis, fremgå klart av konkurransegrunnlaget hvilke «bestemte» oppgaver som forbeholdes tilbyderen.¹¹⁹ En generell prosentsats, eller et krav om at alle kritiske oppgaver skal utføres av leverandøren selv, vil ikke kunne inntas dersom begrensningen ikke anses nødvendig for å ivareta formålet.

2.4.3 Betydningen av underleverandører for tidsmessig levering

Unntaket fra hovedregelen om at oppdragsgivere fritt kan benytte underleverandører, gir oppdragsgiver et redskap til å begrense bruk av underleverandører på kritiske områder. Slik

¹¹⁵ Vitali premiss 38 flg.

¹¹⁶ Premiss 42

¹¹⁷ Bestemmelsen tilsvarende direktivets artikkel 63 (2); I tillegg til unntaksbestemmelsen i foa. § 16-10 (6) er det inntatt en identisk bestemmelse i foa. § 19-2 (2) som gir oppdragsgivers adgang til å begrense bruk av underleverandører gjennom kontraktsvilkår; Videre er det i foa. § 19-3 inntatt en regel om antall ledd i leverandørkjeden kan begrenses til maksimalt to ledd. Denne bestemmelsen har ingen tilsvarende regel i direktivet. På bakgrunn av linjene trukket opp i Vitali, har ESA innledet en prosess om forholdsmessigheten av bestemmelsen. Ettersom dette gjelder kontraktsvilkår, redegjøres det ikke nærmere for dette her. For mer om dette temaet, se Losnedahl (2021).

¹¹⁸ P-2017-933 (P-933) s. 181.

¹¹⁹ Strömbom (2020) s. 76

balanserer bestemmelsen hensynet til konkurranse og oppdragsgivers bekymring for at forsinkelser skal oppstå ved at tilbyder setter bort oppgaver til andre aktører.

Ved at bestemmelsen begrenser oppdragsgiver til å kun forbeholde kritiske oppgaver til hovedleverandøren, må unntaket fra hovedregelen anses å balansere risikoen for mindre kvalifiserte underleverandører og lavere kvalitet på grunn av mindre konkurranse på en god måte. Som vist til ovenfor, vil ofte oppdragsgiver ønske å unngå at en leverandør som er funnet egnet og kvalifisert setter bort gjennomføringen av kontrakten til andre aktører. Det er tvilsomt hvorvidt det skulle være tjenlig for oppdragsgiver begrense bruken av underleverandører. I tidskritiske prosjekter kan det være tenkelig at det vil være en fordel at leverandøren ikke har behov for underleverandører. Fag og bransjer blir imidlertid mer og mer spesialiserte. I større og mer kompliserte prosjekter vil det derfor ikke være mulig å gjennomføre anskaffelser uten underleverandører.¹²⁰ Det kan dermed tenkes at begrensninger på bruk av underleverandører vil kunne hindre dynamikken i leverandørmarkedet.

I forlengelsen av dette vil begrensninger på bruk av underleverandører hindre deltakelsen i anbudskonkurransen for små og mellomstore bedrifter, og dermed en vesentlig andel av leverandørmarkedet. Som vist til ovenfor, er det holdepunkter for at begrensninger på konkurransen vil kunne føre til at kvaliteten på tjenestene synker, og slik skape forsinkelser.¹²¹

På den andre siden kan en fri adgang til å bruke underleverandører i enkelte markeder medføre en samordning blant markedsaktørene på en slik måte at det kan bli konkurransebegrensende – det vil si at det lett kan oppstå karteller eller lignende ordninger mellom leverandørene, der leverandørene kan regne med at de uansett får en del av kontrakten som underleverandør dersom de ikke vinner tilbudet som hovedleverandør. Dette vil kunne hindre nye aktører i å ta del i konkurransen. EU-domstolen har imidlertid i liten grad vektlagt dette momentet.¹²²

Videre vil det være grunn for oppdragsgiver til å vektlegge manglende bruk av underleverandører til ulempe for tilbyder. Illustrerende for hvordan underleverandører kan anses å bidra til større sikkerhet for levering til riktig tid er Rt. 2007 s. 1783 (NIDA). Saken omhandlet et mindre samferdselsprosjekt. Kommunen ønsket sikkerhet for ferdigstilling av

¹²⁰ Strömbom (2020) s. 77

¹²¹ Oslo Economics (2020) s. 6

¹²² Se C-425/14 (Impresa Edliux)

en ulykkesutsatt sykkelvei innenfor den angitte tiden for levering. Det at tilbyder ikke skulle benytte seg av underleverandører ble vektlagt til ulempe for klager ettersom virksomheten hadde få ansatte.¹²³ Det ville dermed blitt ansett som sikrere å få levering til riktig tid dersom tilbyder hadde støttet seg på andre virksomheter.

3 Sikkerhet for rettidig levering i tildelingsfasen

3.1 Innledning

I dette kapittelet er spørsmålet hvordan oppdragsgivers kan bruke tildelingsfasen for å sikre seg levering til riktig tid.

I tildelingsfasen avgjør oppdragsgiver hvilket tilbud som skal velges.¹²⁴ Der vurderingen i kvalifikasjonsfasen omhandler tilbyder, innebærer tildelingsfasen en vurdering av tilbudet. Den leverandøren som etter oppdragsgivers vurdering har levert det beste tilbudet basert på tildelingskriteriene skal tildeles kontrakten.¹²⁵ Direktivet omtaler det beste tilbudet som det «økonomisk mest fordelaktige tilbud».¹²⁶ Hva som er det «økonomisk mest fordelaktige tilbud» skal avgjøres av oppdragsgiver på grunnlag av «laveste pris», «den laveste kostnaden», eller «det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet», jf. § 18-1 (1). Ved å velge kriteriet «den laveste pris» som grunnlag for vurderingen er utgangspunktet at det ikke skal legges vekt på andre hensyn enn pris.¹²⁷ Tilsvarende innebærer kriteriet «den laveste kostnaden» at det skal legges vekt på produktets livssyklus-kostnader.¹²⁸ Ved å benytte «det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet» gis det adgang til å belønne andre kvalitative sider ved tilbudet.¹²⁹

Hvilket tilbud som skal velges ut fra dette beror på tildelingskriterier. Tildelingskriteriene skal være i overensstemmelse med de grunnleggende prinsippene om gjennomsiktighet, ikke-

¹²³ Premiss 40

¹²⁴ Trygstad (2017) s. 21

¹²⁵ Gøller mfl. (2017) s. 161.

¹²⁶ Begrepet «det økonomisk mest fordelaktige tilbud» brukes ikke i bestemmelsen som angivelse på grunnlaget for valg av kontrakt. Begrepet brukes imidlertid i direktivets fortale premiss 89. I tillegg må det sees på som et bakenforliggende utgangspunkt for de tre alternativene for tildeling, jf. P-2017-933 pkt. 26.2.

¹²⁷ Foa. § 18-1 (1) bokstav a;

¹²⁸ Foa. § 18-1 (1) bokstav b.

¹²⁹ Foa. § 18-1 (1) bokstav c.

diskriminering og likebehandling.¹³⁰ Kriteriene skal ha tilknytning til leveransen,¹³¹ være objektive slik at det ikke gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet,¹³² og være gjort kjent for leverandørene.¹³³ Dette innebærer at kriteriene må være angitt på en slik måte at oppdragsgiver faktisk er i stand til å sammenligne tilbydernes oppfyllelse av kriteriene på en transparent og objektiv måte.¹³⁴ I tillegg må tildelingskriteriene følges opp av dokumentasjonskrav som gjør det mulig å etterprøve tilbudets troverdighet.¹³⁵

Et ulovlig tildelingskriterium i konkurransegrunnlaget er en feil som ikke kan rettes opp uten å støte an mot prinsippene om likebehandling og forutberegnelighet. Ved en slik feil vil derfor oppdragsgiver ha plikt til å avlyse konkurransen.¹³⁶

I det følgende ses det nærmere på hvordan sikkerhet for levering har kommet til uttrykk i tildelingsfasen i praksis. Det vises til at begrepsbruken ikke er entydig, og at sikkerhet for levering til riktig tid viser seg på ulike måter. Det reflekteres over hvordan dette står seg i forhold til prinsippet om forutberegnelighet. I tillegg undersøkes det hvilken adgang oppdragsgiver har til å vektlegge oppdragsgivers egenskaper i tildelingsfasen, og hvordan dette står seg i forhold til ulike kontraktstyper.

3.2 Hvordan kommer sikkerhet for levering til uttrykk i tildelingsfasen?

3.2.1 «Leveringssikkerhet» og «forsyningssikkerhet»

I dette punktet klargjøres bruken av de to begrepene «forsyningssikkerhet» og «leveringssikkerhet» innen anskaffelsesretten. Begge begrepene gjelder sikkerhet for levering til riktig tid, slik jeg har definert dette innledningsvis som levering til angitt tid for ferdigstillelse eller stabil levering innenfor en løpende kontrakt.

Sak C-324/93 (Evan Medical) gjaldt forsyning av stoffet diacetylmorfin til medisinsk bruk. EU-domstolen fastslo at oppdragsgiver hadde anledning til å vektlegge leverandørens mulighet til å *sikre løpende forsyning* i tildelingen av en offentlig kontrakt. Dette omtalte

¹³⁰ EU-domstolens sak C-546-16 (Montte SL) premiss 31.

¹³¹ Jf. § 18-1 (3) 4. ledd

¹³² Jf. § 18-1 (3) 5. ledd

¹³³ Jf. § 14-1 (3) bokstav d punkt 4, forutsetningsvis § 18-1 (6), og C-19/00 (SAIC) premiss 42.

¹³⁴ C-448/01 (Wienström) premiss 51

¹³⁵ HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen) avsnitt 90

¹³⁶ C-448/01 (Wienström) premiss 95

domstolen som «forsyningssikkerhet».¹³⁷ På tilsvarende måte ble begrepet «forsyningssikkerhet» benyttet i sak C-72/83 (Campus Oil), som gjaldt restriksjoner på det indre markedet for å sikre stabil forsyning av råolje til Irland.¹³⁸ Samme forståelse viser seg også ved bruken av «forsyningssikkerhet» i KOFA sak 2011/313 som gjaldt leverandørens evne til å garantere for forsyningssikkerheten av medikamenter til et apotek ved kriser som «brann i lokalt lager mv.». Dette er riktignok den eneste saken med treff i KOFAs register over avgjorte saker hvor «forsyningssikkerhet» brukes som begrep fremfor «leveringssikkerhet».

I Rt. 2007 s. 1783 (NIDA) ble det økonomisk mest fordelaktige tilbud vurdert på grunnlag av «Pris» (70%), «Byggetid» (20%), «Kvalitet» (5%) og «Leveringssikkerhet» (5%). I saken ble «leveringssikkerhet» benyttet som tildelingskriterium for å angi et «mål for hvor sikkert det var at arbeidet ville være ferdigstilt på det tidspunkt tilbyderen anga».¹³⁹ Klager fikk 0 poeng uttelling på «leveringssikkerhet». Begrunnelsen for klagers lave uttelling på leveringssikkerhet var et klager kun hadde to ansatte, og ikke hadde angitt bruk av underleverandører i sitt tilbud. Oppdragsgiver la derfor til grunn at det syntes vanskelig at firmaet skulle klare å levere god nok kvalitet og at leveringssikkerheten kunne opprettholdes.¹⁴⁰

Hva som i saken var selve innholdet i leveringssikkerhet som tildelingskriterium fremstår ikke fullstendig klargjort i konkurransegrunnlaget. Klager anførte da også forgjeves at poengtildelingen ikke var etterprøvable eller forutberegnelig, og ga rom for en vilkårlig avgjørelse.¹⁴¹ Dokumentasjonskravet for antall ansatte fremgikk som et underpunkt under kvalifikasjonskrav. Lagmannsretten mente dette var misvisende at dokumentasjon på antall ansatte måtte regnes som et kvalifikasjonskrav. Det samme gjaldt for flere av de andre dokumentasjonskravene som gjaldt teknisk kapasitet. Ifølge lagmannsretten var det klart at

¹³⁷ Premiss 14. «Forsyningssikkerhed» på dansk eller «security of supply» på engelsk som er offisielle språk i EU-domstolen.

¹³⁸ Se for eksempel premiss 4, premiss 34, og premiss 44; Tilsvarende brukes «forsyningssikkerhet» som begrep i C-234/03 (Contse SA), sak C-347/88 (Kommissjonen mot Hellas), sak C-398/98 (Kommissjonen mot Hellas), sak C-503/99 (Kommissjonen mot Belgia), sak C-483/99 (Kommissjonen mot Frankrike) og sak C-463/00 (Kommissjonen mot Spania).

¹³⁹ Premiss 33

¹⁴⁰ Rt. 2007 s. 1783 (NIDA) avsnitt 42

¹⁴¹ Jf. de grunnleggende kravene i dagjeldende anskaffelseslov § 5.

disse dokumentasjonskravene, herunder dokumentasjonskravet for antall ansatte, ikke skulle vært kvalifikasjonskrav, men i stedet være en del av tildelingsfasen.¹⁴²

I forlengelsen av dette avviste lagmannsretten at antall ansatte var blitt vurdert i kvalifikasjonsfasen, og slo derfor fast at klager ikke kan høres med at antall ansatte som kriterium var blitt vurdert både i kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen. Lagmannsretten må derfor forstås slik at man ville hatt langt vanskeligere for å anse vurderingen som lovlig dersom det var holdepunkter for at antall ansatte allerede var blitt vurdert i kvalifikasjonsfasen. Dette kan forstås slik at lagmannsretten ville godtatt øvrige dokumentasjonskrav, eksempelvis økonomisk og finansiell kapasitet, i en vurdering av leveringssikkerhet som tildelingskriterium, dersom dette ikke var blitt vurdert i kvalifikasjonsfasen. Høyesterett problematiserte ikke hvorvidt dokumentasjonskravet for foretakets totale bemanning var et kvalifikasjonskrav eller tildelingskrav, fordi det måtte godtas at vurderingen til dels skjedde ut fra de samme momenter som inngår i en kvalifikasjonsprosedyre.¹⁴³ Dette åpner for at en rekke momenter vil kunne inngå i begrepet «leveringssikkerhet».

I alle fall viser dette at leveringssikkerhet som tildelingskriterium ble gitt det innholdet som dokumentasjonskravet for teknisk kapasitet gjaldt. Dette inneholdt også en ytterligere beskrivelse som var inntatt i konkurransegrunnlaget under tildelingskriterier, som gjaldt krav til leverandørens tiltaksklasse på de ulike fagområde, krav om minst toårig medlemskap i bransjeforening, krav til internkontroll, og krav til leverandørens økonomiske og finansielle situasjon. Selv om det ikke var fullstendig klargjort hva leveringssikkerhet tok sikte på i konkurransegrunnlaget, viser dette at «leveringssikkerhet» som tildelingskriterium kan ha et vidt anvendelsesområde. Det er likevel verdt å merke seg at det som til slutt ble avgjørende var tilbyders bemanning.

I KOFA sak 2019/30 var det aktuelle tildelingskriteriet «Fremdrift og leveringssikkerhet». Til forskjell fra Rt. 2007 s. 1783 (NIDA) hvor «leveringssikkerhet» som tildelingskriterium ikke egentlig var presentert nærmere enn de krav som fulgte med de tilhørende dokumentasjonskravene, fulgte det med en nærmere presentasjon av kriteriet. Det fremgikk her at tilbyder ville bli vurdert på bakgrunn av hvordan man planla «å gjennomføre prosjektet

¹⁴² LH-2006-160351, pkt. «Vekt på talet på tilsette i tildelingsfasen».

¹⁴³ Premiss 41-42

innenfor de angitte rammer», «deres dokumenterte evne og vilje til å gjennomføre og følge opp leveranser» og «hvordan kapasiteten for oppdraget opprettholdes».¹⁴⁴

Leveringssikkerheten gjaldt altså sikkerhet for levering til rett tid. Også her forstår man mer av hva som ligger i begrepet ved å se til de tilhørende dokumentasjonskravene. Disse innebar blant annet en redegjørelse for tilbyders «gjennomførbarhet og gjennomføringstid», «fremdriftsplan [med] tydelige milepæler», «nøkkelpersoners erfaring, samarbeidsevne og hvordan de vil kunne bidra til gode prosesser i koordinering, samarbeid og gjennomføring av oppdraget».¹⁴⁵ Dette viser at leveringssikkerhet som tildelingskriterium også i denne avgjørelsen omfatter en rekke faktorer ved leverandøren og dennes arbeidsform. Også i denne avgjørelsen, slik som i Rt. 2007 s. 1783 (NIDA), var egenskaper ved leverandørens personell en fremtredende faktor ved leveringssikkerhet.

At kvaliteten på leverandørens personell gjerne er inntatt som en viktig faktor for tilbyders leveringssikkerhet underbygges av KOFA sak 2017/41. Her var «Leveringssikkerhet som gjelder tilbudte ressurser (nøkkelpersonell)» inntatt som et underkriterium under tildelingskriteriet «Kompetanse». Det var leveringssikkerheten til det tilbudte nøkkelpersonell ved uforutsette hendelser som her måtte dokumenteres av tilbyder.¹⁴⁶ Egenskaper ved leverandørens personell var dermed av avgjørende betydning for tilbyders leveringssikkerhet.

På bakgrunn av disse avgjørelsene kunne en tenke seg at det ville vært nyttig å bruke «forsyningssikkerhet» som begrep om sikkerhet for å få levering overhode. Dette kan være anskaffelser som gjelder stabile leveranser uten avbrudd, eksempelvis et lands energiforsyning, eller en rammeavtale om levering av legemidler til et apotek. Til forskjell ville «Leveringssikkerhet» da i større grad være nærliggende å bruke om kontrakter hvor det er snakk om en engangsyttelse, for eksempel som et mål på hvor sikkert det er at arbeidet vil være ferdigstilt på det angitte tidspunktet slik som i NIDA-saken. Dette taler for at «leveringssikkerhet» vil brukes om tilfeller som gjelder sikkerhet for levering til et bestemt angitt tidspunkt. Dette underbygges av omtalen av Rt. 2007 s. 1783 i KOFA sak 2008/120,

¹⁴⁴ Premiss 4

¹⁴⁵ Se nærmere premiss 5

¹⁴⁶ Premiss 5

hvor man forsto «leveringssikkerhet» i dommen som sikkerheten for at den aktuelle «leveringstid/byggetid» vil overholdes.¹⁴⁷

KOFA sak 2017/41 og KOFA sak 2020/946 viser imidlertid at det ikke er et noe entydig skille mellom begrepene «forsyningssikkerhet» og «leveringssikkerhet».

KOFA sak 2017/41 gjaldt Nye Veiers kjøp av miljøovervåkning på en veistrekning. I saken viser «leveringssikkerhet» seg som «tilbyders evne til å holde aktiviteten i gang hvis uforutsette hendelser inntreffer».¹⁴⁸ Måten «leveringssikkerhet» som begrep benyttes, minner om hvordan begrepet «forsyningssikkerhet» ble brukt i Evans/MacFarlan og Campus Oil. Saken viser at «leveringssikkerhet» også brukes mer generelt om sikkerhet for levering, også i tilfeller som gjelder kontinuerlig levering av et produkt eller en tjeneste, og ikke bare i tilfeller som gjelder rettidig levering.

KOFA sak 2020/946 gjaldt en rammeavtale for levering av legemidler til de regionale helseforetakene på vegne av Sykehusinnkjøp HF. I saken ble «leveringssikkerhet» som tildelingskriterium brukt som betegnelse på at leverandøren skulle ha «[...] inntil 6 mnd sikkerhetslager i EU/EØS beregnet på det norske markedet».¹⁴⁹ Formålet med kriteriet er ikke opplyst i saken, men det er naturlig å legge til grunn at man ønsket kontinuerlig og uavbrutt levering av legemidler. Dette taler for at det ikke er riktig å legge til grunn at «forsyningssikkerhet» i større grad enn «leveringssikkerhet» er rette betegnelse på stabil eller kontinuerlig levering innenfor en kontrakt. I saken hadde vinneren av konkurransen opplyst å konsekvent ha minimum 6 måneders forventet salg tilgjengelig på lager, og at man ville passe på å ha produkter tilgjengelig på lager minst 2 måneder før avtalestart for å «tilsikre at produktet er tilgjengelig og kan distribueres rettidigt».¹⁵⁰ Dette er interessant, fordi det tyder på at leverandøren forstod bruken av «leveringssikkerhet» i begge de to betydningene vi har sett at det brukes: rettidig levering og uavbrutt levering.

Disse avgjørelsene viser at det ikke er et klart skille bruk av begrepene «forsyningssikkerhet» og «leveringssikkerhet». Begge begrepene benyttes om sikkerhet for stabil levering uten avbrudd. Det er imidlertid vanskelig å finne eksempler på at «forsyningssikkerhet» brukes om

¹⁴⁷ Premiss 54

¹⁴⁸ Premiss 5

¹⁴⁹ Premiss 11

¹⁵⁰ Premiss 17

levering til rett tid når det ikke er tale om en løpende kontrakt. Forskjellen mellom de to begrepene kan derfor hevdes å vise seg ved at «leveringssikkerhet» i større grad enn «forsyningssikkerhet» er naturlig å benytte om rettidig levering, men heller ikke dette kan anses ubestridelig.

En annen måte bruken av begrepene skiller seg på er at det er at «forsyningssikkerhet» gjennomgående brukes av EU-domstolen, mens «leveringssikkerhet» brukes om tilsvarende saker i norsk rett. Dette underbygges av at KOFA sak 2011/313 er den eneste saken med treff i KOFAs register over avgjorte saker hvor «forsyningssikkerhet» brukes som begrep fremfor «leveringssikkerhet». Dette taler for at det er nærliggende å bruke «leveringssikkerhet» som et generelt begrep, også om tilfeller som tradisjonelt betegnes «forsyningssikkerhet» i EU-retten. Det taler imidlertid imot dette at «leveringssikkerhet» som begrep ikke brukes særlig ofte i kvalifikasjonsfasen, samtidig som det er på det rene at sikkerhet for levering, herunder til riktig tid, er i kjernen av kvalifikasjonsfasen. Det må derfor legges til grunn at bruken av begrepene «forsyningssikkerhet» og «leveringssikkerhet» ikke skiller seg fra hverandre på en entydig måte.

3.2.2 «Leveringstid»

Begrepene «forsyningssikkerhet» og «leveringssikkerhet» skiller seg fra «leveringstid» som begrep, men heller ikke dette er helt entydig. Både «forsyningssikkerhet» og «leveringssikkerhet» er begreper som gjelder sikkerhet for levering. Til forskjell fra dette vil ikke leveringstid som tildelingskriterium først og fremst gjelde sikkerhet for levering, men gjelde spørsmålet om hvilken leverandør som kan levere ytelsen til raskest tid. I en anskaffelse hvor det viktigste for oppdragsgiver er hurtig levering, eksempelvis levering av hurtigtester for Covid-19 da pandemien brøt ut, vil «leveringstid» være naturlig å benytte som et høyt vektet tildelingskriterium. Vurderingene av «leveringstid» og «leveringssikkerhet» eller «forsyningssikkerhet» vil likevel ha nær sammenheng.

Det nære forholdet mellom «leveringstid» og «leveringssikkerhet» viser seg i Rt. 2007 s. 1783 (NIDA), ved at «leveringssikkerhet» gjelder sikkerheten for at den angitte leveringstiden vil overholdes. KOFA uttalte derfor i sak 2008/120 at tildelingskriteriet «leveringssikkerhet» i Rt. 2007 s. 1783 (NIDA) måtte forstås som en samlet beskrivelse av leverandørenes tilbudte

byggetid og sikkerheten for at denne kunne overholdes.¹⁵¹ Det kan hevdes at realiteten i dette likevel er at «leveringssikkerheten» gjelder sikkerheten for at den angitte byggetiden kunne overholdes. Dette viser uansett hvordan «leveringssikkerhet» ikke er et entydig begrep, og at ulike aktører vil kunne ilegge begrepet «leveringssikkerhet» ulikt innhold.

I KOFA sak 2008/120 uttalte nemnda at oppdragsgiver vil være tjent med å la byggetiden være gjenstand for markedskonkurranse, fordi det da er opp til leverandørene selv å angi hva som er realistisk leveringstid.¹⁵² Dersom oppdragsgiver angir leveringstidspunkt kan det tenkes at risikoen for forsinkelser øker ved at tilbyderne presses sine egne grenser for mye. Det er tenkelig at en leverandør som selv anslår hvor lang tid ferdigstillelse av kontrakt vil ta, angir en mer realistisk leveringstid i forhold til sin egen kapasitet. I forlengelsen av dette er det naturlig å forestille seg at konkurranse om leveringstid vil skape et større insentiv til å angi en tidlig ferdigstillelse enn i tilfeller hvor dette allerede er angitt av oppdragsgiver. Dette vil kunne føre til raskere levering av ytelsen, men samtidig er det ikke utenkelig at dette også vil kunne øke risikoen for forsinkelser ved at tilbyderne presser sine egne grenser for mye.

3.2.3 Kvalitet

Sikkerhet for levering går hånd i hånd med bruk av tildelingskriteriet «kvalitet». Dette kommer av at kontraktsytelsens kvalitet og eventuelle mangler er to sider av samme sak, og at disse kriteriene har nær forbindelse til om oppdragsgiver får ytelsen til rett tid. Derfor ser man også at «Leveringssikkerhet» og «Kvalitet» som tildelingskriterier brukes en del om hverandre.

For det første kan «leveringssikkerhet» falle inn under vurderingen av kvaliteten på ytelsen. Illustrerende er KOFA sak 2020/946 ved at «leveringssikkerhet» inngikk som et underkriterium i tildelingskriteriet «Kvalitet». Tildelingskriteriene i KOFA saken var «Pris» og «Kvalitet». Sistnevnte var inndelt i flere underkriterier, deriblant «Leveringssikkerhet». I saken ble «leveringssikkerhet» som tildelingskriterium brukt som betegnelse på at leverandøren skulle ha «[...] inntil 6 mnd sikkerhetslager i EU/EØS beregnet på det norske markedet av tilbudte produkter». Tildelingskriteriet om «Leveringssikkerhet», altså sikkerheten for at leverandøren ville levere kunne levere, ble med andre ord vurdert ut fra

¹⁵¹ Premiss 54

¹⁵² Premiss 54

leverandørens overkapasitet. Dette er illustrerende for at et tildelingskriterium om overkapasitet kan være egnet når det kommer til å sikre kontinuerlig levering av et produkt.

For det andre viser sammenhengen mellom kriterier om «kvalitet» og «leveringssikkerhet» seg ved at de i utlysninger omtales i sammenheng, også der hvor «leveringssikkerhet» og «kvalitet» er to ulike tildelingskriterier. Rt. 2007 s. 1783 er illustrerende for dette ved at «kvalitet» og «leveringssikkerhet» gjennomgående er en del av samme vurdering. Alle leverandørene fikk hver for seg lik uttelling på de to kriteriene.¹⁵³ Også andre steder i avgjørelsen omtales de to kriteriene i sammenheng.¹⁵⁴ Hvordan «leveringssikkerhet» skiller seg fra «kvalitet» som angitt kriterium fremstår derfor uklart i denne avgjørelsen.

Videre ser man sammenhengen mellom disse to tildelingskriteriene når man ser hva som ble inngikk i kriteriet om «leveringssikkerhet» i Rt. 2007 s. 1783, og sammenholder det med KOFA sak 2014/53. Sistnevnte avgjørelse gjaldt tjenester knyttet til vannbårne varmeanlegg. Under tildelingskriteriet «Kvalitet» vektla oppdragsgiver erfaringen til tilbyders personell, tilbyders oppgaveforståelse, tilbyders utstyr og metode for gjennomføring av prosjekter, herunder metode for rensing og varmeanlegg og system for vannbehandling.¹⁵⁵ Mange av disse vurderingsmomentene vil også kunne inngå i et kriterium om «leveringssikkerhet». Eksempelvis angis tilbyders bemanning og utstyr under «leveringssikkerhet» i Rt. 2007 s. 1783. Det er nærliggende å forstå dette slik at underkriterier som man finner eksempel på under kriteriet «kvalitet», også kan brukes under kriteriet «leveringssikkerhet» og vice versa.

Avgjørelsene viser at tildelingskriteriene «kvalitet» og «leveringssikkerhet» vil være nærliggende å benytte for å sikre seg levering til riktig tid. I forlengelsen av dette viser avgjørelsene at en rekke underkriterier vil være aktuelle å vektlegge i tildelingsfasen for å sikre seg levering, enten dette betegnes «kvalitet» eller «leveringssikkerhet», eksempelvis kvaliteten på personellet, oppdragsforståelse eller overkapasitet.

¹⁵³ Premiss 8

¹⁵⁴ Både i klager og innklagedes anførsler i henholdsvis avsnitt 17 og avsnitt 21, og i domspremissene i avsnitt 40, avsnitt 41, avsnitt 42 og avsnitt 43.

¹⁵⁵ Se premiss 3

3.2.4 Hvordan står begrepsbruken seg i lys av forutberegnelighetsprinsippet?

Forutberegnelighetsprinsippet skal sikre at leverandørene kan stole på at anskaffelsesreglene blir fulgt, at informasjonen fra oppdragsgiver er korrekt og at anskaffelsesprosessen gjennomføres på en måte som er forutsigbar for leverandørene. Dette er både viktig for å sikre reell konkurranse og for at leverandørene kunne vurdere om det er aktuelt å bruke tid og ressurser på å utarbeide tilbud.¹⁵⁶ Kravet til forutberegnelighet er derfor viktig for å sikre leverandørenes og allmenhetens tillit til anskaffelsesprosessen, jf. formålet til anskaffelsesloven i § 1.¹⁵⁷ Innbakt i kravet til forutberegnelighet ligger et klarhetskrav.¹⁵⁸ Kravet til klarhet som innebærer at alle tildelingskriterier må være utformet så presist at alle rimelig opplyste og normalt påpasselige leverandører forstår tildelingskriteriene på samme måte.¹⁵⁹ Vurderingen av om kravet til klarhet er oppfylt beror på en helhetsvurdering hvor det ses hen til hva den konkrete konkurransen angår og utformingen av konkurransegrunnlaget.

Dersom oppdragsgiver oppstiller tildelingskriterier på en måte som gjør at leverandørene forstår bruken av dem på flere måter, slik leverandørens formuleringer kunne tyde på i KOFA 2020/946, vil dette kunne være i strid med forutberegnelighetsprinsippet. Uklarheten må kompenseres med et mer utfyllende konkurransegrunnlag hvor det fremgår hva som menes med de ulike tildelingskriteriene. På samme vis som tildelingskriteriet «kvalitet» i seg selv gir begrenset veiledning, og må tolkes for den enkelte anskaffelse basert på øvrige opplysninger anbudsdokumentene, som dokumentasjonskravene, bør også tildelingskriteriene «forsyningssikkerhet» og «leveringssikkerhet» klargjøres nærmere i anbudsdokumentene.

3.3 Begrensninger på adgangen til å vektlegge sikkerhet for rettidig levering i tildelingsfasen

3.3.1 Innledning

Dersom en leverandør er funnet kvalifisert til å delta i konkurransen, er leverandøren per definisjon funnet egnet til å gjennomføre oppdraget. I så fall har man lagt til grunn at

¹⁵⁶ NOU 2014:4 pkt. 10.4.5

¹⁵⁷ NOU 2014:4 pkt. 10.5.

¹⁵⁸ Dragsten (2020) s. 22

¹⁵⁹ Sak C-19/00 (SIAC Construction) premiss 42; I dommen ble dette uttrykt i relasjon til prinsippet om likebehandling, men kravet til klarhet kan også utledes av prinsippet om forutberegnelighet. I KOFA sak 2008/120 var det ikke klart hva leverandørene kunne forvente, og dermed forelå det et brudd på prinsippet om forutberegnelighet (premiss 57).

leverandøren vil klare å levere i henhold til kontrakten. Tradisjonelt ble dette forstått slik at vurderingen av leverandørens egnethet til å utføre kontrakten, måtte holdes adskilt fra vurderingen av det beste tilbudet i tildelingsfasen.¹⁶⁰ Vurderingen av leverandørens egenskaper er derfor en vurdering som i utgangspunktet hører til kvalifikasjonsfasen.

Et strengt skille mellom kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen, som ikke tillater at leverandørens egenskaper kan tillegges betydning i tildelingen, vil innebære at en vesentlig del av tilbudet utelates fra vurderingen.¹⁶¹ En kunne da tenke seg at en ville måtte stille strengere kvalifikasjonskrav for å sikre seg levering til riktig tid. Som vist til ovenfor er det ikke nødvendigvis noen korrelasjon mellom strengere kvalifikasjonskrav og høyere kvalitet på ytelsen, ettersom redusert konkurranse kan føre til at man tar bort et insentiv for leverandøren til å legge penger i kvaliteten på ytelsen.¹⁶² Dersom hele vurderingen av leverandørens egenskaper tillegges kvalifikasjonsfasen vil dette i praksis kunne innebære at en setter et minimumsnivå på ytelsen, heller enn å velge det tilbudet som har det beste forholdet mellom pris og kvalitet.¹⁶³

Gjeldende direktiv gir oppdragsgiver en begrenset adgang til å vektlegge leverandørens egenskaper i tildelingsfasen. I det følgende ses det nærmere på rekkevidden av denne adgangen.

3.3.2 Adgangen til å vektlegge leverandørens egenskaper i tildelingsfasen

Spørsmålet i det følgende er hvilken adgang oppdragsgiver har til å vektlegge tildelingskriterier som knytter seg til sikkerhet for levering til riktig tid, men som samtidig står i et spenningsforhold til utgangspunktet om at vurderingen av leverandørens egenskaper hører til kvalifikasjonsfasen som omtalt i punktet over.

I artikkel 67 nr. 2 bokstav b heter det at oppdragsgiveren kan oppstille tildelingskriterier som

«[for eksempel omfatter] organiseringen, kvalifikasjonene, og erfaringen til det personalet som er utpekt til å gjennomføre kontrakten, dersom kvaliteten på det

¹⁶⁰ Se eksempelvis sak C-31/87 (Beentjes) premiss 15; Se også Trygstad (2017) s. 128.

¹⁶¹ Trygstad (2017) s. 130

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ibid.

utpekte personalet kan ha en vesentlig betydning for nivået på gjennomføringen av kontrakten».

Anskaffelsesforskriften § 18-1 (3) gjennomfører direktivet i norsk rett. Her heter det at tildelingskriteriene «[for eksempel kan omfatte] den tilbudte bemanningens organisering, kvalifikasjoner og erfaringer, forutsatt at kvaliteten på bemanningen er av stor betydning for utførelsen av kontrakten». Ettersom direktivet bruker betegnelsen «vesentlig», kan ordlyden i anskaffelsesforskriften tale for å legge til grunn en strengere terskel enn direktivet ved å bruke betegnelsen «stor betydning». Det vil imidlertid være vanskelig å se for seg at det vil være grunnlag for å komme til en terskel som ikke er den samme for direktivet og forskriften. Direktivet er sentralt for tolkningen av forskriften både fordi forskriften gjennomfører direktivet i norsk rett, men også fordi direktivet er en kodifisering av tidligere praksis, slik at den samme praksisen som er relevant for fastleggningen av terskelen etter direktivet vil være relevant for fastleggelsen av terskelen etter forskriften. Det må derfor legges til grunn at forskriften ikke innebærer en innsnevring av adgangen til å legge vekt på forhold ved leverandørens egenskaper ved bruk av fortalens ordlyd sammenlignet med direktivet.

Det følger av direktivets fortale at egenskaper ved personalet som skal utføre kontrakten, bør kunne vektlegges i tildelingsfasen dersom det er nærliggende å anta at kvaliteten på tilbyders personell vil påvirke kvaliteten, og dermed verdien på kontrakten. Som eksempler vises det i fortalen til intellektuelle tjenester som konsulenttjenester eller arkitekttjenester.¹⁶⁴

Ved å lese direktivets ordlyd i sammenheng med fortalen, er det naturlig å legge til grunn at vilkåret om at kvaliteten på bemanningen er av «vesentlig betydning for utførelse av kontrakten», er oppfylt dersom egenskaper ved leverandøren har betydning for kontraktens økonomiske verdi. Dette vil være tilfelle når kvalifikasjonsfasen ikke er tilstrekkelig til å ivareta oppdragsgivers behov, slik at leverandørens egenskaper vil kunne innvirke på tilbudenes økonomiske verdi.¹⁶⁵

I EU-domstolen, Høyesterett og KOFA er det flere eksempler på at domstolene har akseptert tildelingskriterier som blant annet har hatt til formål å sikre leveranse eller rettidig leveranse. Samtidig har det vært flere avgjørelser hvor slike tildelingskriterier ikke er blitt tillatt.

¹⁶⁴ Direktiv 2014/48/EU fortalens premiss 94

¹⁶⁵ Trygstad (2017) s. 132.

Det tradisjonelle utgangspunktet om et skarpt skille mellom kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen fulgte av sak C-31/87 (Beentjes) for EU-domstolen.¹⁶⁶ I sak C-324/93 (Evans Medical), som gjaldt innføring av det smertestillende stoffet diacetylmorfin til medisinsk bruk i Storbritannia, åpnet EU-domstolen for at leverandørens sikkerhet for løpende forsyning kunne hensyntas i tildelingsfasen.¹⁶⁷ EU-domstolen aksepterte dermed forsyningssikkerhet som tildelingskriterium. I sak C-234/03 (Contse SA), som omhandlet tjenester for respiratorbehandling i hjemmet, var spørsmålet om det var adgang til å vektlegge omfattende egenproduksjon i nærheten av anvendelsesstedet. Domstolen viste til at forsyningssikkerhet var et tillatt kriterium i utvelgelsen av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, jf. sak C-324/93 (Evans Medical), men at kriteriet i den gjeldende saken ikke var egnet til å oppnå det angitte formålet.¹⁶⁸ Ettersom det er et nært forhold mellom begrepene «forsyningssikkerhet» og «leveringssikkerhet» i norsk praksis, er det naturlig å også se «leveringssikkerhet» på bakgrunn av dette.

I Rt. 2007 s. 1783 (NIDA) tok Høyesterett stilling til om «leveringssikkerhet» kunne brukes som tildelingskriterium, og om den konkrete vurderingen av dette kriteriet var lovlig. Saken gjaldt byggingen av ny gang- og sykkelvei langs en ulykkesutsatt skolevei. Oppdragsgiver ønsket derfor å vektlegge sikkerheten for at oppdraget ville ferdigstilles til riktig tid. Høyesterett la til grunn at det var «maktpåliggende» for oppdragsgiver å få ferdig veien til det tidspunkt som var angitt av tilbyderne.¹⁶⁹ Det ble vist til at EU-domstolen i *Evans Medical* aksepterte «forsyningssikkerhet» som tildelingskriterium ut fra hensynet til menneskers liv og sunnhet. Tilsvarende måtte hensynet til liv og sikkerhet begrunne et tildelingskriterium om leveringssikkerhet.¹⁷⁰ Høyesterett konkluderte med at det i den konkrete saken ikke var tvilsomt at leveringssikkerhet var et lovlig tildelingskriterium. Henvisningen til hensynet til liv og sikkerhet innebærer riktignok at dommen ikke kan anses å gi noen ubetinget adgang til å operere med krav til leverandørens egenskaper i tildelingsfasen. Videre aksepterte Høyesterett at vurderingen av leveringssikkerhet i tildelingen til dels skjedde på grunnlag av

¹⁶⁶ Premiss 15.

¹⁶⁷ Premiss 44: «[...] kan forsyningssikkerheden indgå i de kriterier, der [...] skal lægges til grund ved afgørelsen af, hvad der er det økonomisk mest fordelagtige tilbud» og premiss 50: «kan tildele kontrakten under hensyntagen til de bydende virksomheter mulighed for på betryggende måde at sikre de løbende forsyninger til den pågældende medlemsstat».

¹⁶⁸ Premiss 61.

¹⁶⁹ Premiss 35.

¹⁷⁰ Premiss 37.

de samme momenter som ville inngå i kvalifiseringsfasen.¹⁷¹ Høyesterett gikk ikke nærmere inn på hvordan disse momentene viste seg.

Det tradisjonelle utgangspunktet om et skarpt skille mellom kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen fikk for alvor støtte i sak C-532/06 (*Lianakis*). Saken gjaldt en offentlig kontrakt om å utføre en undersøkelse av matrikkelmåling, byplanlegging og gjennomføringsplan vedrørende bydelen. Spørsmålet var hvorvidt oppdragsgiver i tildelingsfasen hadde adgang til å ta hensyn til tilbyders erfaring, dets personale og utstyr, samt evne til å «gjennomføre undersøgelsen inden for den fastsatte tid».¹⁷² EU-domstolen viste til at selv om dagjeldende direktiv i teorien ikke forbød å vurdere tilbyders egnethet og tildelingen av kontrakten til samme tid, var dette to ulike prosedyrer regulert av to ulike regelsett.¹⁷³ Deretter slo domstolen fast at tildelingskriteriene utelukkende skal gjelde identifiseringen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og ikke evalueringen av tilbyders evne til å gjennomføre kontrakten.¹⁷⁴ EU-domstolen viste så til at kriteriene i saken vedrørte tilbudsgivers erfaring, kvalifikasjoner og evne til å gjennomføre kontrakten innenfor den fastsatte tid.¹⁷⁵ Domstolen la til grunn at dette var kriterier som gjaldt tilbyders evne til å utføre kontrakten, og som derfor ikke kunne ha status som tildelingskriterier.¹⁷⁶ Avgjørelsen bekreftet dermed det tradisjonelle utgangspunktet om at det må legges til grunn at leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene er egnet til å gjennomføre kontrakten, og kan samtidig i sin ytterste konsekvens forstås som en fullstendig avvisning av adgangen til å vektlegge leverandørens egenskaper i tildelingsfasen.

I sak C-199/07 (*Kommisjonen mot Hellas*) gjentok domstolen, under henvisning til *Lianakis*, at kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen er to ulike vurderinger underlagt to ulike regelsett.¹⁷⁷ Det ble slått fast at kriterier som ikke har til hensikt å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbud, men som gjelder tilbyders evne til å gjennomføre kontrakten, ikke kan anvendes i tildelingsfasen.¹⁷⁸ Det er unaturlig å legge til grunn at tilbyders egenskaper vil knytte seg til tilbudets verdi, uten å samtidig knytte seg til tilbyders evne til å gjennomføre kontrakten.

¹⁷¹ Premiss 41.

¹⁷² Premiss 22.

¹⁷³ Premiss 26.

¹⁷⁴ Premiss 30.

¹⁷⁵ Premiss 31

¹⁷⁶ Premiss 32

¹⁷⁷ Premiss 51

¹⁷⁸ Premiss 55

Hvordan dette skal forstås er ikke helt klart ettersom det er vanskelig å se for seg hvordan leverandørens egenskaper ikke samtidig vil kunne gjelde tilbyders evne til å gjennomføre kontrakten og tilbudets verdi. Dette kan dermed forstås som en fullstendig avvisning av adgangen til å vektlegge leverandørens egenskaper i tildelingsfasen.

I etterkant av disse sakene tok KOFA i sak 2008/120 stilling til om bruk av «kompetanse» som tildelingskriterium var tillatt. Ettersom det er nærliggende å sidestille «kompetanse» med evne til å gjennomføre en kontrakt, lå dette i kjernen av det som var kommet til uttrykk i EU-domstolen. KOFA måtte derfor ta stilling til om *Lianakis-doktrinen* skulle forstås som en avvisning av adgangen til å vektlegge leverandørens egenskaper i tildelingsfasen.

Klagenemnda startet med å slå fast at *Lianakis-saken* kunne forstås som en avvisning av bruk av tilbyders egenskaper, herunder erfaring, personell og utstyr, som tildelingskriterier overhode.¹⁷⁹ EU-domstolens uttalelse om at tildelingskriteriene utelukkende skal gjelde identifiseringen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og ikke evalueringen av tilbyders evne til å gjennomføre kontrakten, ble imidlertid forstått slik at man først og fremst utelukker bruk av tildelingskriterier som er sentrale i evalueringen av tilbyders evne til å gjennomføre kontrakten. Ifølge nemnda vil kriterier som gjelder identifiseringen av det økonomisk mest fordelaktige tilbudet kunne tillates. Dette vil være aktuelt i kontrakter hvor leverandørens tilbud kan variere ut over kontaktens «basis-krav» fordi oppdraget krever innovasjon og kreativitet, og særlig ved konsulenttjenester, totalentrepriser, prosjekteringsoppdrag hvor man lettere vil kunne skille mellom kvalifikasjoner og tilbudskvalitet.¹⁸⁰

I den konkrete subsumsjonen kom nemnda til at innklagede hadde brutt dagjeldende forskrift. Innklagede hadde kunngjort kriteriet «kompetanse» både som kvalifikasjonskriterium og tildelingskriterium uten at det var angitt noen klar forskjell i vurderingstemaene. Ettersom konkurransegrunnlaget ikke klargjorde godt nok at «kompetanse» som vurderingstema skulle gjelde noe mer og noe annet som tildelingskriterium enn som kvalifikasjonskrav, var det ikke klart hva leverandørene kunne forvente, og derfor var dette et brudd med det grunnleggende kravet til forutberegnelighet.¹⁸¹

¹⁷⁹ Premiss 56

¹⁸⁰ Premiss 56

¹⁸¹ Premiss 57; jf. § 4 i den någjeldende anskaffelsesloven.

Klagenemndas avgjørelse viser hvordan det var mulig å forene *Lianakis-saken* med adgangen til å vektlegge leverandørens egenskaper i tildelingsfasen. Dersom et kriterium både var oppstilt i kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen, måtte det være en forskjell mellom vurderingene i de ulike fasene. Dette betyr at det ville vært tillatt å vektlegge leverandørens egenskaper i tildelingsfasen, så fremt tildelingskriteriet var egnet til å utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbud, og dersom det var mulig å differensiere vurderingen i tildelingsfasen fra vurderingen i kvalifikasjonsfasen. Senere KOFA-praksis bekreftet denne forståelsen.¹⁸² Dette kan riktignok ikke forstås som en motsetning til Høyesteretts uttalelse i *NIDA* om at vurderingen av leveringssikkerhet i tildelingen til dels vil kunne skje ut fra de samme momentene som inngår i en kvalifikasjonsprosedyre. At det skal være mulig å differensiere vurderingen mellom de to fasene, kan ikke forstås som et generelt forbud mot å vurdere de samme momentene i begge fasene som gjelder absolutt. Dette må i stedet forstås slik at jo større graden av overlapp er mellom vurderingen i de to fasene, jo større sannsynlighet er det for at vilkåret om vesentlig betydning ikke er oppfylt. For oppdragsgiver innebærer dette at man må tenke på at momenter som går igjen i de to fasene må vektlegges på en annen måte i tildelingsfasen enn i kvalifikasjonsfasen.

I etterkant av *Lianakis* kom også EU-domstolen med en moderering i sak C-601/13 (*Ambisig*). Saken gjaldt levering av intellektuelle tjenester i tilknytning til utdanning og konsulentbistand. Personellets erfaring og kompetanse var derfor sentralt for kvaliteten på kontraktsytelsen.¹⁸³ Det ble dermed lagt til grunn for konklusjonen at tildelingskriterier som gjelder personellets tekniske og faglige kvalifikasjoner, kan være avgjørende for vurderingen av kvaliteten på kontraktsgjenstanden.¹⁸⁴

Direktivets ordlyd svarer til EU-domstolens løsning i *Ambisig*. Dette fjerner tvilen om hvorvidt *Lianakis-doktrinen* medfører en fullstendig avvisning av adgangen til å vektlegge leverandørens egenskaper i tildelingsfasen. Forhold som i utgangspunktet hører til kvalifikasjonsfasen kan derfor også vektlegges i tildelingsfasen dersom det er av «vesentlig betydning» for kvaliteten på ytelsen. Rekkevidden av dette må naturligvis bero på en konkret

¹⁸² Se henholdsvis sak 2008/92 premiss 97, sak 2012/153 premiss 45, sak 2012/186 premiss 43 og sak 2015/15 premiss 29.

¹⁸³ Premiss 31.

¹⁸⁴ Premiss 33.

vurdering i det enkelte tilfelle sett hen til direktivets bestemmelse sammenholdt med de avgjørelsene som er oppstilt.

Ettersom direktivet ble vedtatt med en ordlyd som svarer til EU-domstolens løsning i *Ambisig*, er tjenester som forutsetter et behov for kreative eller tekniske evner i kjernen av bestemmelsen. I slike anskaffelser vil leverandørens egenskaper være av avgjørende betydning for kvaliteten på utførelsen av kontrakten, slik som EU-domstolen la til grunn i *Ambisig*.

I litteraturen er det fremholdt at EU-domstolens syn i *Lianakis* fortsatt er relevant.¹⁸⁵ Et av formålene bak direktivet er å gjøre det lettere for små og mellomstore bedrifter å delta ved offentlige innkjøp.¹⁸⁶ Dersom tilbyders erfaring skal kunne vektlegges i tildelingsfasen, vil tilgangen til markedet for nye aktører begrenses, slik at det legges begrensninger på konkurransen.¹⁸⁷ Større fleksibilitet i vurderingen av tilbydernes egenskaper i tildelingsfasen, svekker hensynet til likebehandling mellom små og mellomstore bedrifter og større aktører. Dette tilsier at *Lianakis* fortsatt bør anses relevant for den konkrete vurderingen av adgangen til å legge vekt på leverandørens egenskaper etter gjeldende direktiv. Det bør derfor utvises forsiktighet med å gi art. 67 nr. 2 rekkevidde utover de tilfeller som faller klart innenfor bestemmelsens kjerne.

Ambisig sammenholdt med *Lianakis* tilsier at adgangen til å vektlegge tilbyders egenskaper i tildelingsfasen først og fremst gjelder anskaffelser som har elementer i seg av å være en tjeneste som forutsetter et visst behov for kreative eller tekniske evner. Eksempler på slike tilfeller er konsulent- og rådgivningstjenester, som totalentrepriser i bygge- og anleggskontrakter hvor prosjektering og andre tjenestelementer inngår i oppdraget, eller en kommunes anskaffelse av advokattjenester.¹⁸⁸ I disse tilfellene vil tilbyders bemanning klart nok ha vesentlig betydning for utførelsen av kontrakten, slik at leverandørens egenskaper er av betydning for utførelsen av kontrakten. På den andre siden vil et slikt tjenestelement bare unntaksvis gjøre seg gjeldende i varekontrakter, transportoppdrag eller i bygge- og anleggskontrakter hvor innholdet i kontrakten er detaljert beskrevet.

¹⁸⁵ Graells (2014) med videre henvisning til Orthmann (2014).

¹⁸⁶ Direktivets fortale premiss 2.

¹⁸⁷ Orthmann (2014) s. 12.

¹⁸⁸ Dragsten (2013) s. 380.

3.3.2.1 Nærmere om adgangen til å vektlegge «leveringssikkerhet» eller «forsyningssikkerhet» i tildelingsfasen

Som vist til har både EU-domstolen og Høyesterett akseptert å legge vekt på «leveringssikkerhet» og «forsyningssikkerhet» i tildelingsfasen i *Evans Medical*, *Contse SA* og *NIDA*. Disse avgjørelsene kom imidlertid før *Linakis*. Det er lagt til grunn at direktivet sammenholdt med *Ambisig* og *Lianakis*, tilsier at adgangen til å vektlegge tilbyders egenskaper i tildelingsfasen først og fremst gjelder anskaffelser som har elementer i seg av å være en tjeneste som forutsetter et visst behov for kreative eller tekniske evner. Spørsmålet er derfor om gjeldende direktiv kan forstås slik at det fortsatt er adgang til å vektlegge «leveringssikkerhet» eller «forsyningssikkerhet» i tildelingsfasen.

Leveringssikkerhet eller forsyningssikkerhet er ikke tatt med i oppregningen av mulige tildelingskriterier i bestemmelsen. Leveringssikkerhet knytter seg direkte til leverandørens evne til å oppfylle kontrakten, og dette vil derfor være helt sentralt for kvalifikasjonsfasen. *Lianakis-doktrinen* tilsier at det skal være mulig å differensiere vurderingen mellom de to fasene. For å overskride terskelen etter dagens direktiv må det derfor være snakk om et særlig behov for leveringssikkerhet.¹⁸⁹ En slik forståelse er i overenstemmelse med saksforholdet i både *Evans Medical*, *Contse SA* og *NIDA*, som gjaldt legitime hensyn. Dette tilsier at adgangen til å oppstille tildelingskriterier om «leveringssikkerhet» eller «forsyningssikkerhet» i tildelingsfasen for å ivareta sikkerheten for levering til riktig tid, bare vil gjelde når det er saksforhold som tilsier at det foreligger et særlig behov for dette. Dette innebærer at leverandørens egenskaper kan vektlegges i tildelingsfasen også i kontraktstyper hvor oppdraget er detaljert beskrevet, og hvor et tjenesteelement bare unntaksvis gjøre seg gjeldende.

Ovenfor har vi sett at sikkerhet for levering til riktig tid kan vise seg på ulike måter i praksis. Å benytte «leveringssikkerhet» som en generell betegnelse på det som ovenfor er omtalt som sikkerhet for levering til riktig tid, kan imidlertid lede galt av sted. Som vist til, følger det av praksis at sikkerhet for levering til riktig tid kommer til uttrykk på flere måter i tildelingsfasen, eksempelvis gjennom krav til kvaliteten på personellet, oppdragsforståelse eller krav til overkapasitet. Dermed vil oppdragsgivers ønske om å vektlegge sikkerhet for levering til riktig tid kunne ha ulik betegnelse. Det kan derfor heller ikke ubetinget legges til

¹⁸⁹ Trygstad (2017) s. 137.

grunn at et tildelingskriterium om «leveringssikkerhet» eller «forsyningssikkerhet» bare gjelder i særlige tilfeller. Dette beror på det konkrete innholdet i kriteriet som oppstilles.

Tilbyders bemanning er ofte et vurderingstema, enten ved at bemanningens egenskaper er et underkriterium av andre tildelingskriterier som «leveringssikkerhet» i Rt. 2007 s. 1387, eller som i KOFA sak 2019/30 hvor det aktuelle tildelingskriteriet var «Fremdrift og leveringssikkerhet», og gjaldt tilbyders dokumenterte evne og vilje til å gjennomføre og følge opp leveranser. Dokumentasjonskravene innebar blant annet en redegjørelse for tilbyders «gjennomførbarhet og gjennomføringstid», «fremdriftsplan [med] tydelige milepæler», «nøkkelpersoners erfaring, samarbeidsevne og hvordan de vil kunne bidra til gode prosesser i koordinering, samarbeid og gjennomføring av oppdraget». Som nevnt var også tilbyders bemanning fremtredende i KOFA sak 2017/41 hvor «Leveringssikkerhet som gjelder tilbudte ressurser (nøkkelpersonell)» var inntatt som et underkriterium under tildelingskriteriet «Kompetanse». Egenskaper ved leverandørens personell vil ofte være av avgjørende betydning for sikkerheten for levering til riktig tid. Uavhengig av om denne vurderingen betegnes som «leveringssikkerhet» eller på andre måter, vil vektlegging av tilbyders bemanning være i tråd med direktivet så fremt bemanningens organisering, kvalifikasjoner og erfaring kan ha en vesentlig betydning for nivået på gjennomføringen av kontrakten.

Dette viser hvordan det som omtales som sikkerhet for levering i denne oppgaven, og som enkelte andre steder omtales som «leveringssikkerhet», kan være i tråd med § 18-1 (3) bokstav b ved at innholdet i vurderingen av «leveringssikkerhet» er tilbyders bemanning.

Når det kommer til de andre måtene vi har sett at sikkerhet for levering til riktig tid kommer til uttrykk, herunder oppdragsforståelse eller krav til overkapasitet, må det ses hen de øvrige bestemmelsene § 18-1 (3). Det følger av bokstav a at ved tildeling på grunnlag av det beste forhold mellom pris og kvalitet kan tildelingskriteriene «for eksempel omfatte kvalitet, inkludert tekniske, estetiske og funksjonelle egenskaper, tilgjengelighet, universell utforming og miljømessige, sosiale og innovative egenskaper». Videre følger det av bokstav c at tildelingskriteriene også kan omfatte «kundeservice, teknisk bistand og leveringsbetingelser, for eksempel leveringsmåte og tid for levering eller ferdigstillelse».

Som vi har sett er gjerne «kvalitet» og «leveringssikkerhet» en del av samme vurdering, og kan blant annet omfatte overkapasitet, tilbyders oppgaveforståelse, tilbyders utstyr og metode for gjennomføring av prosjekter. Dette er egenskaper som vil kunne falle inn under de øvrige kriteriene det er adgang til å vektlegge etter § 18-1 (3), eksempelvis «kvalitet» i bokstav a

eller «leveringsbetingelser» i bokstav c. For å avgjøre om det er adgang til å vektlegge «leveringssikkerhet» bør det ses på hva som menes med «leveringssikkerhet» i det konkrete tilfellet. Adgangen til å benytte slike kriterier i tildelingsfasen vil da først og fremst bero på om kriteriene har tilknytning til leveransen jf. loa. § 18-1 (4), ikke gir oppdragsgiver en ubegrenset valgfrihet, jf. loa. § 18-1 (5) og er i tråd med de grunnleggende kravene i loa. § 4.

Det er dermed grunnlag for å slå fast at selve betegnelse av «leveringssikkerhet» eller «forsyningsikkerhet» ikke er det avgjørende for hvorvidt de kan brukes som tildelingskriterier. I stedet må se på hva det er som i realiteten er innbakt i tildelingskriteriene når disse betegnelse benyttes.

4 Avslutning

Oppgaven startet med å slå fast at det aldri vil være mulig å eliminere risikoen for forsinkelser. Derfor vil det heller aldri være mulig å gi et klart svar på hvordan oppdragsgivere kan benytte kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen i anbudsprosedyrer for å sikre seg rettidig levering. Oppdragsgiver har imidlertid en rekke virkemidler i kvalifikasjonsfasen og tildelingsfasen som kan tas i bruk for å øke sikkerheten for at levering skjer til riktig tid. Oppgaven har undersøkt noen av disse virkemidlene.

Hvilke virkemidler som vil bidra til sikkerhet for levering til riktig tid vil variere med hvilken kontraktstype det er snakk om. Gjennomgangen viser at den økonomiske og finansielle kapasiteten vil være sentral i store og langvarige oppdrag, men at man må være forsiktig i å oppstille krav til økonomisk og finansiell kapasitet for kontrakter hvor virkningen av det er usikker. I tillegg er det holdepunkter for at oppdragsgiver bør være forsiktig med å stille faglige og tekniske krav som begrenser konkurransen på en slik måte at leverandørene mister et insentiv til å konkurrere på kvalitet, noe som kan lede til feil og forsinkelser. Videre er det vist til at leverandøren kan støtte seg på andre virksomheter for å oppfylle kvalifikasjonskravene, men at oppdragsgiver vil kunne ha et ønske om å hindre at en leverandør som er funnet kvalifisert og egnet til å gjennomføre anskaffelsen, setter bort gjennomføringen av kontrakter til andre aktører. Dette kan imidlertid tenkes å hindre dynamikken i leverandørmarkedet, noe som både vil kunne begrense konkurransen, og som vil kunne være et problem i komplekse kontrakter der fag og bransjer er særlig spesialiserte.

Tildelingskriterier vil særlig kunne ha betydning for sikkerheten for levering til riktig når det gjelder anskaffelser som har elementer i seg av å være en tjeneste med et visst behov for

kreative eller tekniske evner. Dersom dette ikke er tilfellet, vil også adgangen til å oppstille tildelingskriterier være begrenset. Betydningen vil derfor være mer begrenset i varekontrakter eller i bygge- og anleggskontrakter hvor innholdet i kontrakten er detaljert beskrevet, og hvor et slikt tjenesteelement bare unntaksvis gjøre seg gjeldende. I slike kontraktstyper vil det først og fremst være i særlige tilfeller at tildelingsfasen kan benyttes for å sikre seg levering til riktig tid.

5 Referanseliste

5.1 Internasjonale rettskilder

5.1.1 Traktater og avtaler

EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Inntatt i Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol. Inntatt i Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
TEUV	Traktaten om Den europeiske Unions funksjonsmåde. Konsolideret utgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).

5.1.2 Direktiver

Direktiv 2004/18/EF	EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting. [Anskaffelsesdirektiv] [Innkjøpsdirektivet 2004]
Direktiv 2014/24/EU	EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF. [anskaffelsesdirektivet 2014]
Direktiv 2014/25/EU	EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDS DIREKTIV 2014/25/EU av 26. februar 2014 om innkjøp foretatt av enheter som driver virksomhet innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester, og om

oppheving av direktiv 2004/17/EF
[Forsyningsvirksomhetsdirektivet 2014]

5.1.3 Avgjørelser fra EU-domstolen

C-72/83 (Campus Oil)	ECLI:EU:C:1984:256
C-31/87 (Beentjes)	ECLI:EU:C:1988:422
C-347/88 (Kommissjonen mot Hellas)	ECLI:EU:C:1990:470
C-324/93 (Evans Medical)	ECLI:EU:C:1995:84
C-398/98 (Kommissjonen mot Hellas)	ECLI:EU:C:2001:565
C-483/99 (Kommissjonen mot Frankrike)	ECLI:EU:C:2002:327
C-503/99 (Kommissjonen mot Belgia)	ECLI:EU:C:2002:328
C-19/00 (SIAC Construction)	ECLI:EU:C:2001:553
C-463/00 (Kommissjonen mot Spania)	ECLI:EU:C:2003:272
C-448/01 (Wienstrom)	ECLI:EU:C:2003:651
C-234/03 (Contse SA)	ECLI:EU:C:2005:644
C-532/06 (Lianakis)	ECLI:EU:C:2008:40
C-199/07 (Kommissjonen mot Hellas)	ECLI:EU:C:2009:693
C-368/10 (Kommissjonen mot Nederland)	ECLI:EU:C:2012:284
C-218/11 (Édukóvízig)	ECLI:EU:C:2012:643
C-94/12 (Swm Costruzioni 2)	ECLI:EU:C:2013:646
C-552/13 (Grupo Hospitalario Quirón)	ECLI:EU:C:2015:713
C-601/13 (Ambisig)	ECLI:EU:C:2015:204
C-406/14 (Wroclaw)	ECLI:EU:C:2016:562

C-425/14 (Impresa Edilux)	ECLI:EU:C:2015:721
C-298-15 (Borta)	ECLI:EU:C:2016:921
C-76/16 (Ingsteel/Metrostav)	ECLI:EU:C:2017:549
C-546-16 (Montte SL)	ECLI:EU:C:2018:752
C-413/17 (Roche Lietuva)	ECLI:EU:C:2018:865
C-63/18 (Vitali)	ECLI:EU:C:2019:787

5.2 Norske rettskilder

5.2.1 Lov og forskrift

Lov

Anskaffelsesloven	Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (Anskaffelsesloven)
EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

Forskrift

Anskaffelsesforskriften	Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (Anskaffelsesforskriften – FOA)
Klagenemndforskriften	Forskrift 15.11.2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser (Klagenemndforskriften)

5.2.2 Forarbeider og rundskriv

Proposisjoner

Ot.prp.nr.71 (1997-1998)	Om lov om offentlige anskaffelser
Ot.prp.nr.62 (2005-2006)	Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser

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

Offentlige utredninger

NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser

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

Rundskriv

P-2017-933 (P-933) Veileder til reglene om offentlige anskaffelser fra Nærings- og fiskeridepartementet.

5.2.3 Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 2000 s. 1811 (Finanger I)

Rt. 2007 s. 1783 (NIDA)

Rt. 2008 s. 1705 (Trafikk og anlegg)

Rt. 2013 s. 258 (STX)

HR-2016-2554-P (Holship)

HR-2019-1801-A (Fosen-Linjen)

Lagmannsrettspraksis

LH-2006-160351

LF-2015-187242

Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

Sak 2005/115

Sak 2008/84

Sak 2008/92

Sak 2008/120

Sak 2009/110

Sak 2011/239

Sak 2011/313

Sak 2012/153

Sak 2012/186

Sak 2014/53

Sak 2015/15

Sak 2017/41

Sak 2017/84

Sak 2019/30

Sak 2020/946

Sak 2021/886

5.3 Litteratur

5.3.1 Bøker

Arrowsmith (2014)

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement Volume 1*. 3. utg., Sweet & Maxwell (London 2014).

Bjørnebye (2010)

Bjørnebye, Henrik, *Investing in EU Energy Security*, Wolters Kluwer 2010.

Dragsten (2013)

Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser – regelverk, praksis og løsninger*. Universitetsforlaget 2013.

- Dragsten (2020) Dragsten, Marianne. *Anskaffelsesloven med forskrift – Kommentanutgave*. 1. utg. Universitetsforlaget 2020.
- Goller m.fl. (2017) Goller, Morten, mfl., *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*. 2. utg. Gyldendal 2017.
- Graells (2015) Graells, Albert Sánchez, *Public procurement and the EU Competition Rules*. Hart publishing 2015.
- Kaasen (2018) Kaasen, Knut, *Tilvirkningskontrakter – Med kommentarer til NTK 15 og NF 15*. Universitetsforlaget 2018.
- Sejersted (2011) Sejersted, F., Arnesen F., Rognstad, O., Kolstad, O. *EØS-rett*. 3. utg. Universitetsforlaget 2011.
- Trygstad (2017) Trygstad, Kristian Jåtog, *Tildelingen av offentlige kontrakter – Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*. 2. utg. Gyldendal 2017.
- Strömbom (2020) Strömbom, Thomas Oskar. Bruken av underleverandører i offentlige anskaffelser. I Trygstad, Kristian Jåtog og Bakken, Espen I (red.). *Offentlige kontrakter – aktuelle tema* (s. 71-87). Gyldendal 2020.

5.3.2 Elektronisk faglitteratur

- Arrowsmith (2012) Arrowsmith, Sue. The purpose of the EU Procurement Directives: Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies. *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 14, 1-47. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1528887000000872> [hentet 11.10.2021]
- Graells (2014) Graells, Albert Sánchez. CJEU KEEPS LIANAKIS INTERPRETATION RELEVANT UNDER DIRECTIVE 2014/24 (C-641/13). *How to Crack a Nut –*

A blog on EU economic law.

howtocrackanut.com/blog/2014/10/cjeu-keeps-lianakis-interpretation.html [hentet 5.10.2021]

Losnedahl (2021)

Losnedahl, Trygve Harlem. The tug'o war for subcontracting in public procurement. *EU Law Analysis – Expert insight into EU law developments*, 4.05.2021. <https://eulawanalysis.blogspot.com/2021/05/the-tug-o-war-for-subcontracting-in.html> [hentet 5.10.2021]

Orthmann (2014)

Orthmann Mark. The experience of the Bidder as Award Criterion in EU Public Procurement Law. *Humboldt Forum Recht* (1/2014). <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/lf/oe/hfr/deutsch/2014-01.pdf> [hentet 8.11.2021]

Thue A. og Buan A. (2021)

Thue, Anders og Buan, Anne. Norsk Lovkommentar: Anskaffelsesforskriften. Gyldendal Rettsdata (rettsdata.no) 2021. (hentet 08.11.2021).

5.3.3 Private utredninger

Kostøl og Måøy (2019)

Kostøl, Fredrik og Måøy, Jonas. Erfaringer med bruk av utenlandske entreprenører i store, offentlige anleggsprosjekter (*Rapport utarbeidet for Entreprenørforeningen Bygg og Anlegg EBA, 21-2019*). Samfunnsøkonomisk analyse 31.10.2019. Tilgjengelig som PDF: <https://www.eba.no/siteassets/bilder/rapporter-og-publikasjoner/03-09-2019-utenlandske-entreprenorer.pdf> [hentet 1.10.2021]

Oslo Economics (2020)

Ukjent forfatter. Utredning av kvalifikasjonskrav i bygge- og anleggsbransjen (*Rapport utarbeidet for Kommunal- og moderniseringsdepartementet, 2020-252-1230*). Oslo Economics 18.12.2020. Tilgjengelig som PDF: <https://www.regjeringen.no/contentassets/a2959f186ce64>

095b33fba26bf2619b4/oslo-economics-2020-utredning-av-kvalifikasjonskrav-i-bygge-og-anleggsbransjen.pdf
[hentet 1.10.2021]

5.3.4 Nettressurser og nyhetsartikler

- Bygg.no (2013) Ukjent forfatter. *Alpine Bau stopper all aktivitet i Norge*. Byggindustrien – Bygg.no, 19.06.2013, <https://www.bygg.no/alpine-bau-stopper-all-aktivitet-i-norge/108754/> [hentet 11.12.2021]
- DFØ (u.å.) Direktoratet for forvaltning og økonomistyring. *Anskaffelsesprosessen steg for steg*. U.å. <https://anskaffelser.no/anskaffelsesprosessen/anskaffelse-sprosessen-steg-steg> [hentet 4.12.2021]
- EU-kommisjonen (u.å.) EU-kommisjonen. *Performance per policy area. Public Procurement*. U.å. https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm [hentet 4.12.2021]
- Haakonsen (2011) Haakonsen, Anders. *Kåfjordbrua til Alpine Bau*. Teknisk ukeblad, 1.03.2011, <https://www.tu.no/artikler/kafjordbrua-til-alpine-bau/246751> [hentet 11.12.2021]
- Infoempesa.com (u.å.) Oversikt over spanske selskapers økonomiske nøkkeltall. *Turnover Obras subterraneeas SA*. <https://www.infoempesa.com/en-in/es/company/obras-subterraneeas-sa> [hentet 11.12.2021]
- Skatteetaten (u.å.) Skatteetaten. *Årsregnskap*. U.å. <https://www.skatteetaten.no/bedrift-og-organisasjon/starte-og-drive/rutiner-regnskap-og-kassasystem/arsregnskap/> (hentet 10.12.2021)

SSB (2021)

Statistisk sentralbyrå. *Statistikkbanken – Offentlig forvaltnings inntekter og utgifter – 10807: Offentlige innkjøp (mill. kr)*, 1995 – 2020, 2021.

<https://www.ssb.no/statbank/table/10807/> (hentet 10.12.2021)

Veidekke.no (u.å.)

Veidekke. *Fakta om Veidekke*. U.å.

<http://veidekke.no/om-oss/article8949.ece> [hentet 11.12.2021]

