

Kristian Jåtog Trygstad

# Tildeling av offentlige kontrakter

Rettslige vurderinger i tildelingsfasen  
ved offentlige anskaffelser

2. utgave



GYLDENDAL  
JURIDISK



*Kristian Jåtog Trygstad*

# Tildeling av offentlige kontrakter

*Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved  
offentlige anskaffelser*



**GYLDENDAL**  
AKADEMISK

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2017

1. utgave 2006

2. utgave, 1. opplag 2017

ISBN 978-82-05-47396-6

Omslagsfoto: © Harri Tahvanainen / Gorilla / Samfoto

Omslagsdesign: Gyldendal Akademisk

Sats: Type-it AS

Brødtekst: Times New Roman 10,5/13,3 pkt

Boken har mottatt støtte fra Det faglitterære fond.

Alle henvendelser om boken kan rettes til

Gyldendal Akademisk

Postboks 6730 St. Olavs plass

0130 Oslo

[www.gyldendal.no/akademisk](http://www.gyldendal.no/akademisk)

[akademisk@gyldendal.no](mailto:akademisk@gyldendal.no)

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

# Forord

Spiren til denne boken ble sådd da jeg i 2003 var vitenskapelig assistent ved Universitetet i Oslo, Institutt for privatrett. Jeg var tilknyttet markedsrettsprosjektet ved instituttet, og tema for spesialoppgaven jeg skrev var den rettslige kontrollen av oppdragsgivers vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser.

Min opprinnelige plan var å oppdatere denne spesialoppgaven og foreta enkelte mindre justeringer, delvis basert på nyttige tilbakemeldinger fra Odd R. Tvedt og Sam E. Harris som var sensorer på oppgaven. Denne jobben viste seg imidlertid å være langt mer omfattende enn jeg først antok. Mens jeg skrev, ble det også klart at boken ikke ville bli ferdig før en ny forskrift om offentlige anskaffelser var utarbeidet. Jeg bestemte meg derfor for å basere presentasjonen av stoffet på de nye reglene for tildeling av kontrakter.

Selv om enkelte deler av den opprinnelige teksten er beholdt, er denne boken dermed i all hovedsak nyskrevet. Fremstillingen er søkt holdt à jour til og med 18. april 2006. Den nye forskriften om offentlige anskaffelser er forventet å trå i kraft sommeren 2006, men det er en viss risiko for at ikrafttredelsestidspunktet utsettes til januar 2007. Som det vil fremgå av de ulike drøftelsene, er de nye reglene for tildelingsfasen i all hovedsak en presisering av de tidligere reglene slik disse var kommet til uttrykk gjennom praksis fra EU-domstolen. Selv om fremstillingen min er basert på bestemmelsene i den nye forskriften, vil boken følgelig gi nyttig og dekkende veiledning også for rettstilstanden etter den tidligere forskriften.

Det er mange som fortjener en takk for å ha hjulpet meg underveis i dette bokprosjektet. Den største takken går til professor dr.juris. Lasse Simonsen som var veilederen min da jeg skrev spesialoppgaven, og som også har bistått med nyttige råd ved arbeidet med denne boken. Jeg er privilegert som har hatt anledning til å trekke vekslers på hans kunnskaper om anskaffelsesretten og presentasjon av juridiske arbeider.

En stor takk også til mine tidligere kolleger i Klagenemnda, nemndsmedlemmene og særlig sekretariatet ved Robert Myhre, Andreas Schei og Marianne Guettler Monrad, for interessante og konstruktive diskusjoner i det året jeg arbeidet der.

Helt til slutt takk til alle rundt meg som på ulike måter har oppmuntret meg, og gjort iherdige og til dels nytteløse forsøk på å få meg til å innse at det er flere måter å bruke døgnet på enn å skrive bok. Det finnes tross alt viktigere ting i livet enn offentlige anskaffelser. Svært mange!

Oslo, mai 2006  
Kristian Dahle Trygstad

# Forord til 2. utgave

Førsteutgaven av *Tildeling av offentlige kontrakter* ble gitt ut i forbindelse med at anskaffelsesforskriftene fra 2006 trådte i kraft. Nå har det kommet et nytt regelverk, og derfor har det vært naturlig å oppdatere boken.

Dagens regelverk er langt på vei en videreføring av de tidligere reglene om valg av tilbud, men noen forskjeller er det, og disse forskjellene bør brukerne være kjent med. I tillegg er det rettslige utgangspunktet et annet, og i årene som har gått etter førsteutgaven, er reglernes innhold belyst gjennom flere saker for norske og EU-rettslige tvisteløsningsorganer.

Det var disse endringene jeg opprinnelig så for meg å behandle i denne annenutgaven, sammen med justeringer som følge av at jeg har blitt elleve år klokere siden sist. Underveis i arbeidet så jeg imidlertid at det var behov for en grundigere behandling av reglene som gjelder for tilbudsevalueringen, og grensene mot det innkjøpsfaglige skjønnet. Selv om dette temaet er svært viktig i praksis, er det kun i begrenset grad behandlet i juridisk litteratur. Noen hederlige unntak er det likevel, blant annet Daniel Sipos' svært interessante masteroppgave *Poengberegning ved tildeling av offentlige kontrakter*.

Etter dette har fire kapitler om tilbudsevalueringen i førsteutgaven nå har blitt til 17 kapitler. Selv om det fortsatt er spor etter førsteutgaven, er endringene såpass omfattende at annenutgaven langt på vei er blitt en helt ny bok. Jeg håper selvfølgelig at jeg kan gi noen svar og nyttig veiledning for innkjøpere, advokater og dommere, og at boken bidrar til å klargjøre og opplyse den videre diskusjonen omkring disse temaene.

Det er flere som fortjener en takk. Gode kollegaer og samarbeidspartnere fra årene i Advokatfirmaet G-Partner og ALT advokatfirma har på ulike måter bidratt til å gi meg økt innsikt i temaene som behandles på de neste sidene. Det samme har sekretariatet og de andre nemndsmedlemmene i Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Jørgen Myhre har gitt detaljerte og svært nyttige innspill både på innhold, språk og struktur, og jeg har også fått nyttige innspill under-

veis fra Trond Gabrielsen og Thomas O. Strömbom. Denne hjelpen har utvilsomt bidratt til å heve nivået på boken, og de feilene som fortsatt måtte stå igjen, er utelukkende mitt ansvar.

Den største takken går likevel til familien hjemme: Thea, Even og Ida. Det er ingen spøk å skrive bok, og det er dere som har måttet leve med bokskrivning på kvelden og humørsvingningene som har fulgt med dette prosjektet. Tusen takk for tålmodigheten, distraksjonene og oppmuntringene underveis, nå er jeg ferdig!

Oslo, august 2017  
Kristian Jåtog Trygstad

# Innhold

## **Del I**

<b>Innledende betraktninger .....</b>	<b>19</b>
---------------------------------------	-----------

### **Kapittel 1**

<b>Tildeling av offentlige kontrakter .....</b>	<b>21</b>
---	-----------

### **Kapittel 2**

<b>Rettskildene .....</b>	<b>25</b>
---------------------------	-----------

2.1 Innledning .....	25
----------------------	----

2.2 Praksis fra EØS-rettslige domstolsorganer.....	26
--	----

2.3 Klagenemnda for offentlige anskaffelser .....	28
---	----

2.3.1 Innledning .....	28
------------------------	----

2.3.2 Avgjørelsens rettskildemessige betydning .....	29
--	----

### **Kapittel 3**

<b>Grunnlaget for valg av tilbud .....</b>	<b>31</b>
--	-----------

3.1 Innledning .....	31
----------------------	----

3.2 Lavest pris .....	32
-----------------------	----

3.3 Lavest kostnad .....	33
--------------------------	----

3.4 Det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet.....	35
--	----

3.4.1 Grunnlaget for valg av tilbud.....	35
--	----

3.4.2 Tildelingskriterienes karakter .....	36
--	----

3.5 Forholdet mellom grunnlagene for valg av tilbud .....	38
---	----

<b>Kapittel 4</b>	
<b>Den videre fremstillingen .....</b>	<b>41</b>
<b>Del II</b>	
<b>Krav til presentasjon av tildelingskriteriene .....</b>	<b>43</b>
<b>Kapittel 5</b>	
<b>Introduksjon.....</b>	<b>45</b>
<b>Kapittel 6</b>	
<b>Angivelse av tildelingskriteriene .....</b>	<b>47</b>
6.1 Tildelingskriteriene skal gjøres kjent i anskaffelsesdokumentene .....	47
6.2 Konsekvenser av at tildelingskriterier (ikke) er angitt.....	48
<b>Kapittel 7</b>	
<b>Tildelingskriterienes utforming .....</b>	<b>51</b>
7.1 Krav til utforming.....	51
7.2 Objektive tildelingskriterier.....	51
7.3 Klarhetskravet.....	54
7.3.1 Presentasjon av vilkåret .....	54
7.3.2 Klarhetskravets betydning for utformingen av tildelingskriteriene	56
7.3.3 Sammenlignbare tilbud.....	58
7.4 Dokumentasjon for oppfyllelse av tildelingskriteriene .....	62
7.5 Tildelingskriterienes innbyrdes styrkeforhold.....	64
7.5.1 Konkurranser etter forskriften del III.....	64
7.5.2 Konkurranser etter forskriften del II.....	66
<b>Kapittel 8</b>	
<b>Forbudet mot å endre tildelingskriteriene .....</b>	<b>69</b>
8.1 Utgangspunkter .....	69
8.2 Endringer før tilbudsfristens utløp.....	71
8.3 Endringer etter tilbudsfristens utløp i anbudskonkurranser .....	73
8.4 Kort om andre konkurranseformer .....	73

---

<b>Del III</b>	
<b>Krav til tildelingskriterienes innhold</b> .....	75
<b>Kapittel 9</b>	
<b>Utgangspunkter</b> .....	77
<b>Kapittel 10</b>	
<b>De grunnleggende prinsippenes betydning</b> .....	81
10.1 Innledning .....	81
10.2 Bruk av de grunnleggende prinsippene .....	82
10.3 Tidligere erfaring fra oppdrag for oppdragsgiver .....	85
10.4 Geografisk plassering .....	88
10.5 Kostnader ved skifte av leverandør .....	89
10.6 Naturlige konkurransefortrinn .....	91
10.7 Plikten til å gi dekkende informasjon som utjevner konkurransefortrinn .....	93
<b>Kapittel 11</b>	
<b>Tilknytning til leveransen</b> .....	95
11.1 Introduksjon.....	95
11.2 Rekkevidden av kravet om tilknytning .....	96
11.3 Særlig om tildelingskriterier med tilknytning til andre trinn i livssyklusen.....	98
<b>Kapittel 12</b>	
<b>Adgangen til å premiere samfunnshensyn</b> .....	101
12.1 Problemstillingen .....	101
12.2 Tilknytningskravets betydning .....	102
12.3 Hvor fremtredende kan miljøhensynene være? .....	104
<b>Kapittel 13</b>	
<b>Fremme av sosiale hensyn</b> .....	109
13.1 Introduksjon.....	109
13.2 Fremme av sosiale hensyn gjennom tildelingskriteriene .....	110
13.3 Fremme av sosiale hensyn gjennom spesifikasjoner.....	112
13.4 Fremme av sosiale hensyn gjennom kontraktsvilkår.....	113

13.4.1 Innledning .....	113
13.4.2 Tidspunkt for vurderingen av kontraktsvilkår .....	115
13.4.3 Forbehold mot kontraktsvilkår .....	115
13.4.4 Antesipert mislighold .....	116
13.4.5 Forholdet mellom antesipert mislighold og manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav .....	118
<b>Kapittel 14</b>	
<b>Hvordan bør oppdragsgiver benytte adgangen til å fremme samfunnshensyn? .....</b>	<b>121</b>
<b>Kapittel 15</b>	
<b>Tildelingskriterier som premierer leverandørens egenskaper. ....</b>	<b>127</b>
15.1 Introduksjon .....	127
15.2 De kryssende hensyn .....	128
15.2.1 Det tradisjonelle utgangspunktet .....	128
15.2.2 Innvendinger mot det tradisjonelle utgangspunktet .....	129
15.3 Hvilke egenskaper som lovlig kan vektlegges i tildelingsfasen .....	131
15.3.1 Utgangspunkter .....	131
15.3.2 Egenskaper som har «stor betydning for utførelsen av kontrakten» .....	132
15.3.3 Skillet mellom generelle og oppdragsspesifikke egenskaper .....	132
15.3.4 Kan de samme egenskapene bedømmes både i kvalifikasjons- og tildelingsfasen? .....	134
15.3.5 Typetilfelle 1: Oppdrag hvor leverandørens egenskaper har direkte innvirkning på kvaliteten på tilbudte ytelser .....	136
15.3.6 Typetilfelle 2: Oppdrag hvor oppdragsgiver har et særlig behov for sikkerhet for at leverandøren er i stand til å levere .....	137
15.4 Særlig om forskriften del II .....	139
<b>Kapittel 16</b>	
<b>Sammensetningen av tildelingskriteriene .....</b>	<b>141</b>
16.1 Problemstillingen .....	141
16.2 Den rettslige kontrollen med utvalget av tildelingskriterier .....	141
16.3 Særlig om tildelingskriterier som ikke er benyttet .....	143

<b>Del IV</b>	
<b>Bedømmelsen av de ulike tildelingskriteriene</b> .....	145
<b>Kapittel 17</b>	
<b>Introduksjon</b> .....	147
17.1 Tema for bokens del IV og V.....	147
17.2 Rettslige krav og det innkjøpsfaglige skjønnet.....	148
17.3 Den videre fremstillingen.....	150
<b>Kapittel 18</b>	
<b>Fastleggelse av tilbudenes innhold</b> .....	151
18.1 Tilbudet.....	151
18.2 Utgangspunkter for tolkning av tilbudet.....	151
18.3 Bedømmelsen av tilbud slik de fremstår ved tilbudsåpning.....	152
18.4 Uklarhetsregelen og presumsjonsprinsippet.....	154
18.5 Betydningen av bindende opplysninger om tilbudt ytelse.....	156
<b>Kapittel 19</b>	
<b>De rettslige rammene for evalueringen</b> .....	159
19.1 Rettslig utgangspunkt.....	159
19.2 Relevant praksis fra EU-domstolen og Underretten.....	161
19.2.1 EU-domstolens prøving av evalueringen.....	161
19.2.2 Overordnede krav til evalueringen.....	162
19.2.3 ATI-vilkårene.....	164
19.2.4 Utvikling av ATI-vilkårene.....	167
19.2.5 ATI-vilkårene – status i dag.....	172
19.2.6 Særlig om konkurranser som gjennomføres etter forskriften del II.....	173
19.3 Norsk rettspraksis.....	175
19.4 Klagenemndas praksis.....	180
<b>Kapittel 20</b>	
<b>Relevansen av domstolenes prøving av forvaltningsavgjørelser</b> .....	181
20.1 Sammenligningen med overprøving av skjønsmessige forvaltningsavgjørelser.....	181
20.2 Overordnet om domstolsprøving av forvaltningsavgjørelser.....	182
20.3 Prøving av forvaltningens fastleggelse av hjemmelsgrunnlaget.....	183

20.4 Prøving av forvaltningens bedømmelse av de faktiske omstendighetene .....	186
20.5 Prøving av utfallet av saken.....	187

## **Kapittel 21**

<b>Rettslige krav og innkjøpsfaglig skjønn .....</b>	<b>191</b>
21.1 Rettslige krav til evalueringen.....	191
21.2 En alternativ fremgangsmåte – Klagenemndas tilnærming .....	194
21.3 Særlig om innkjøpsfaglig skjønn .....	196
21.3.1 Bakgrunn .....	196
21.3.2 Kvantitative og kvalitative tildelingskriterier.....	197
21.3.3 Rettslige krav til vurderinger som hører inn under det innkjøpsfaglige skjønnet.....	200
21.4 Tildelingskriterienes rammer for evalueringen.....	202
21.4.1 Klarhetskravets betydning .....	202
21.4.2 Adgangen til å konkretisere tildelingskriterienes innhold i evalueringen .....	203
21.4.3 Tildelingskriteriene som rammer for evalueringen.....	206
21.5 Særlig om anskaffelser etter forskriften del II .....	210

## **Kapittel 22**

<b>Identifisering av relevante forskjeller mellom tilbudene .....</b>	<b>213</b>
22.1 Utgangspunkter for vurderingen.....	213
22.2 Identifisering av relevante forskjeller mellom tilbudenes priser .....	214
22.2.1 Generelt.....	214
22.2.2 Priskriterier som rammer for evalueringen .....	214
22.2.3 Fastleggelsen av tilbudenes priser.....	219
22.2.4 Særlig om håndtering av avvik .....	220
22.2.5 Vurderinger med innslag av skjønn .....	222
22.3 Identifisering av relevante forskjeller mellom de tilbudte ytelsene ....	225
22.3.1 Generelt.....	225
22.3.2 Tildelingskriteriene som rammer for evalueringen.....	226
22.3.3 Eksempler på fastleggelse av tilbudenes innhold .....	228
22.3.4 Vurderinger med innslag av skjønn .....	232
22.4 Særlig om prognoser .....	233

<b>Kapittel 23</b>	
<b>Uttelling – en introduksjon</b> .....	241
23.1 Overordnet om krav til uttelling.....	241
23.2 Uttelling på kvantitative tildelingskriterier .....	242
23.3 Uttelling på kvalitative tildelingskriterier .....	244
23.4 Lik uttelling – fastsettelse av uttellingen på en tilstrekkelig nyansert måte .....	247
<b>Del V</b>	
<b>Det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet</b>	251
<b>Kapittel 24</b>	
<b>Introduksjon</b> .....	253
24.1 Det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet .....	253
24.2 Kort om terminologi .....	255
24.3 Rettslige utgangspunkter .....	256
<b>Kapittel 25</b>	
<b>Overordnet om evalueringsmetoder</b> .....	261
25.1 Valg av evalueringsmetode .....	261
25.2 Uttelling på kvalitative tildelingskriterier .....	264
25.3 Et illustrerende eksempel på utfordringer med poengberegningsmetoder .....	266
25.3.1 Klagenemndas avgjørelse i sak 2005/104.....	266
25.3.2 Analyse av begrunnelsen ved bruk av den beregnede betalingsvilligheten.....	267
25.3.3 Klagenemndas vurdering .....	269
25.4 Beslutninger som treffes ved valg av evalueringsmetoder .....	270
25.4.1 Utgangspunkter.....	270
25.4.2 Maksimal uttelling – endogene og eksogene metoder.....	270
25.4.3 Premiering av relevante forskjeller mellom tilbudene.....	272
<b>Kapittel 26</b>	
<b>Lineære poengberegningsmetoder</b> .....	277
26.1 Metoden .....	277
26.2 Poengutslag og betalingsvillighet .....	279

26.3	Fastsettelse av referansepris – hva skal til for å få full uttelling? .....	280
26.4	Metodens nyansering og hvilken prisforskjell som tilsvarer ett poeng	285
26.4.1	Stigningstallets betydning for beregnet betalingsvillighet.....	285
26.4.2	Direkte fastsettelse av stigningstallet.....	286
26.4.3	Indirekte fastsettelse av stigningstall .....	291
26.4.4	Oppsummering .....	294
26.5	Særlig om negative poeng .....	295
26.5.1	Problemstillingen .....	295
26.5.2	Endrer minuspoeng tildelingskriterienes vekt? .....	299
26.5.3	Endring av poengberegningemetode for å unngå minuspoeng ....	304
26.5.4	Oppsummering .....	305

## **Kapittel 27**

<b>Forholdsmessige poengberegningemetoder</b> .....	307
27.1 Metoden .....	307
27.2 Konsekvenser ved bruk av metoden .....	309

## **Kapittel 28**

<b>Samlede betraktninger om krav til poengberegningemetoder</b>	317
28.1 Innledning .....	317
28.2 Kan man standardisere poengberegningen? .....	318
28.3 Krav til poengberegningemetodenes utslag.....	322
28.3.1 Utgangspunkter .....	322
28.3.2 Prøving av om poengberegningemetoder gir lovlige utslag.....	324

## **Kapittel 29**

<b>Andre evalueringemetoder</b> .....	329
29.1 Innledning .....	329
29.2 Beregning av pris pr. kvalitetspoeng (pris/poeng) .....	329
29.2.1 Metoden .....	329
29.2.2 Konsekvenser ved bruk av metoden .....	331
29.2.3 Krav til bruk av metoden .....	334
29.2.4 Tillegg – matematisk beregning av metodens betydning for tildelingskriterienes vekt.....	336
29.3 Prising av tilbudenes oppfyllelse av tildelingskriteriene.....	338
29.3.1 Metoden .....	338

---

29.3.2 Beregning av prisutslag.....	340
29.3.3 Krav til bruk av metoden .....	342
29.4 Evaluering ved bruk av prosaredegjørelser .....	344

**Kapittel 30**

<b>Etterfølgende fastsettelse av evalueringsmetoder .....</b>	<b>347</b>
30.1 Tema for dette kapitlet .....	347
30.2 Skal evalueringsmetoder beskrives i konkurransegrunnlaget? .....	348
30.2.1 Bakgrunn .....	348
30.2.2 Hensyn for og mot forhåndsinformasjon om fremgangsmåten ...	349
30.2.3 EU-domstolens avklaring i Dimarso-saken .....	352
30.3 Tidspunkt for fastsettelse av evalueringsmetoder .....	356
30.3.1 EU-domstolens avklaring i Dimarso-saken .....	356
30.3.2 Nærmere om «bedømmelsesmetode» og unntaket når det ikke er mulig å fastsette denne før tilbudene åpnes.....	357
30.3.3 Konsekvenser ved brudd på plikten til å fastsette bedømmelsesmetoden før tilbudsåpning .....	360

**Kapittel 31**

<b>Uavgjort? .....</b>	<b>361</b>
------------------------	------------

<b>Litteraturliste.....</b>	<b>365</b>
-----------------------------	------------

<b>Doms- og saksregister.....</b>	<b>367</b>
-----------------------------------	------------

<b>Stikkordsregister .....</b>	<b>373</b>
--------------------------------	------------



# Del I

## Innledende betraktninger

