

UiO : **Det juridiske fakultet**

Poengberegning ved tildeling av offentlige kontrakter

– Rettslige krav til den matematiske sammenlikningen av pris og kvalitet

Kandidatnummer: 219

Leveringsfrist: 15. januar 2013

Antall ord: 39.483



Innholdsfortegnelse

DEL I – INNLEDNING

<u>1</u>	<u>AVHANDLINGENS TEMA</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>BEHOVET FOR BELYSNING AV TEMAET</u>	<u>3</u>
<u>3</u>	<u>KLARGJØRING AV METODEBRUK</u>	<u>4</u>
3.1	Innledning	4
3.2	Rettskildevekten til KOFA-praksis	4
3.3	Gjennomslagskraften til EU- og EØS-rettslige kilder	7

DEL II – POENGBEREGNING UNDER DET ENKELTE TILDELINGSKRITERIUM

<u>4</u>	<u>PROBLEMSTILLINGEN I DEL II</u>	<u>9</u>
<u>5</u>	<u>DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKTET: «RELEVANTE FORSKJELLER» MÅ REFLEKTERES</u>	<u>9</u>
<u>6</u>	<u>POENGSETTING AV PRIS</u>	<u>12</u>
6.1	Problemstillingen	12
6.2	Kan det stilles materielle krav til beregning av prispoeng?	13
6.2.1	Problemstillingen	13
6.2.2	Lov og forskrift om offentlige anskaffelser	14
6.2.3	Bygger KOFA på materielle krav?	18
6.2.4	Reelle hensyn: I hvilken grad bør det etterlates rom for innkjøpsfaglig skjønn?	21

6.2.5	Konklusjon	23
6.2.6	Er de materielle kravene deklarasjon?	23
6.3	Valg av grunnmodell	26
6.3.1	Innledning	26
6.3.2	Lineære modeller	26
a)	Beskrivelse	26
b)	Kan lineære modeller lovlig velges?	29
c)	Krav til kurvens helning	29
6.3.3	Forholdsmessige modeller	32
a)	Beskrivelse	32
b)	Kan forholdsmessighetsmodellen lovlig velges?	34
c)	Den tillatte avviksmarginen	36
6.4	Valg av poengskalaens oppløsningsgrad	39
6.4.1	Problemstillingen	39
6.4.2	Grensen for det tillatte avvik	41
a)	Betydningen av kriteriets relative vekt	41
b)	Den nærmere grensedragningen	42
c)	Konklusjon	44
6.4.3	Hvilken betydning har det at poengskalaens oppløsningsgrad har påvirket resultatet av konkurransen?	44
7	<u>POENGSETTING AV KVALITETSFORSKJELLER</u>	47
7.1	Innledning	47
7.2	I hvilken grad kan det stilles materielle krav til poengsetting av kvalitet?	48
7.3	Innplassering på skalaen: Valg og bruk av grunnmodell	52
7.3.1	Problemstillingen	52
7.3.2	Mulig grunnmodell: Fullskalaen	53
7.3.3	Mulig grunnmodell: Minimumsskalaen	55
7.3.4	Mulig grunnmodell: Skjønnsmessig innplassering	57
a)	Innledning	57
b)	Rt-1998-1398	59
c)	KOFA-praksis	61
d)	Lempes kravene når tilbudene er relativt like?	63
e)	Konklusjon	65

7.4	Valg av poengskalaens oppløsningsgrad	67
7.4.1	Problemstillingen	67
7.4.2	KOFA-praksis	68
7.4.3	Konklusjon	69

8 MÅ POENGBEREGNINGSMODELLEN KUNNGJØRES? 70

8.1	Innledning	70
8.2	Interne norske kilder	71
8.3	EØS-rettslige kilder	74
8.4	Konklusjon	77

9 OPPSUMMERING AV DEL II 78

DEL III – VEKTING AV KRITERIENE

10 PROBLEMSTILLINGEN I DEL III 82

11 HVA INNEBÆRER RELATIV VEKTING? 83

11.1	Den vanligste metoden: Angivelse av forholdstall	83
11.2	Hva kommuniserer man egentlig ved angivelse av forholdstall?	85

12 VEKTREGLENES BETYDNING FOR VALG AV GRUNNMODELLER 89

12.1	Problemstillingen	89
12.2	Rettslig utgangspunkt: Forbudet mot å forskyve tildelingskriterienes relative vekt	90
12.3	Hypotese	90
12.4	LB-2010-68992 (Søppelkjøring)	91

12.5	KOFA-praksis	93
12.5.1	KOFA-2008-106 (Rullestoler)	93
12.5.2	KOFA-2011-55, KOFA-2010-99, KOFA-2011-106 og KOFA-2008-67	94
12.5.3	KOFA-2011-201 (Bussrute)	95
12.6	Konklusjon	97

13 VEKTREGLENES BETYDNING FOR VALG AV POENGSKALAER: ER DET TILLATT Å GI NEGATIVE PRISPOENG? **98**

13.1	Problemstillingen	98
13.2	Er negative poeng som sådan forbudt?	99
13.3	Må poengskalaen ha et fiksert sluttunkt?	101
13.3.1	Innledning	101
13.3.2	KOFAs løsning	102
13.3.3	Matematiske argumenter	103
13.4	Konklusjon	107

14 ALTERNATIV VEKTINGSMODELL: PRISSETTING AV KVALITET **107**

14.1	Kvalitetsscore som tillegg/fradrag i prisen	107
14.2	Pris dividert på vektete poeng	111

DEL IV – POENGBEREGNING OG ERSTATNINGSRETTSLIG ÅRSAKSSAMMENHENG

15 INNLEDNING **113**

15.1	Problemstillingen	113
15.2	En umulig bevissituasjon?	114
15.3	Den videre drøftelsen	115

<u>16</u>	<u>KRAVET TIL BEVIS FOR ÅRSÅKSSAMMENHENG</u>	<u>115</u>
<u>17</u>	<u>ANVENDELSE AV ÅRSÅKSKRAVET – ET ANALYSEVERKTØY</u>	<u>118</u>
<u>18</u>	<u>VURDERING AV ÅRSÅKSSAMMENHENG VED ULOVLIG GRUNNMODELL</u>	<u>120</u>
18.1	Problemstillingen	120
18.2	Ulovlig grunnmodell for poengsetting av pris	121
18.2.1	Generelt	121
18.2.2	De klare tilfellene: Oppdragsgiver pliktet å velge saksøkers tilbud	121
18.2.3	De mer kompliserte tilfellene: Saksøker hadde flere lovlige valg	122
18.3	Ulovlig bruk av grunnmodell for kvalitetskriterier	124
18.3.1	Generelt	124
18.3.2	De klare tilfellene: Oppdragsgiver pliktet å velge saksøkers tilbud	125
18.3.3	De mer kompliserte tilfellene: Oppdragsgiver hadde flere lovlige valg	127
<u>19</u>	<u>ÅRSÅKSSAMMENHENG VED FOR GROV POENGSKALA</u>	<u>131</u>
19.1	Innledning	131
19.2	Det enkle: Priskriteriet	131
19.3	Det noe vanskeligere: Kvalitetskriterier	132
<u>20</u>	<u>ÅRSÅKSSAMMENHENG VED FORSKYVNING AV TILDELINGSKRITERIENES RELATIVE VEKT</u>	<u>133</u>
<u>21</u>	<u>KILDER</u>	<u>135</u>

Del I – Innledning

1 Avhandlingens tema

Temaet for denne avhandlingen er rettsreglene om hvordan oppdragsgiver skal beregne poeng for å kåre det beste tilbudet ved en offentlig anskaffelse.

Når offentlige organer kjøper varer og tjenester av en viss verdi, følger det av anskaffelsesregelverket at valg av medkontrahent må skje på en av flere bestemte måter. Vanligvis skal kontraktinngåelsen skje gjennom en anbudskonkurranse.¹ Konkurransen avsluttes med en tilbudsevaluering, hvor oppdragsgiver skal ta stilling til hvilket av tilbudene som skal aksepteres. Oppdragsgiver må på forhånd velge ett av to vurderingstemaer for tilbudsevalueringen: Enten hvilket tilbud som har lavest pris, eller hvilket tilbud som er det «økonomisk mest fordelaktige».² Det sistnevnte alternativet er klart mest vanlig i praksis. Når dette alternativet velges, må oppdragsgiver fastsette hvilke *tildelingskriterier* som skal utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet.³ I de aller fleste konkurranser består tildelingskriteriene av både pris og kvalitative kriterier, slik at målet blir å finne ut hvilket tilbud som tilbyr best valuta for pengene.

Etter å ha vurdert hvor godt et tilbud oppfyller hvert av tildelingskriteriene, må graden av oppfyllelse sammenliknes med de øvrige tilbudene, for å avdekke hvilket tilbud som samlet sett er det økonomisk mest fordelaktige. Sammenligningen skjer vanligvis gjennom poenggivning. Dette krever to operasjoner: Først må tilbudets uttellingen under hvert kriterium omsettes til poeng, og så må poengene veies mot hverandre og regnes sammen.

Problemstillingen i del II og III av avhandlingen er hvilke rettslige krav som stilles til disse to operasjonene. I del II drøftes hvilke krav anskaffelsesregelverket stiller til

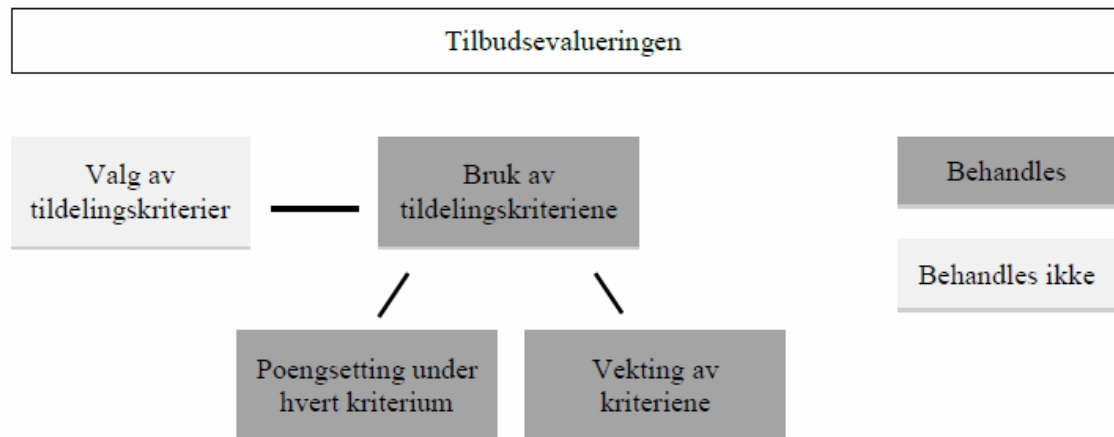
¹ Jf. forskrift om offentlige anskaffelser («foa.») §§ 5-1 og 14-1.

² Jf. foa. §§ 13-2 (1) og 22-2 (1).

³ Jf. foa. §§ 13-2 (2) og 22-2 (2). For en drøftelse av hvilke kriterier som er lovlige, se f.eks. Trygstad s. 73 flg.

poengberegning under det enkelte tildelingskriterium, og i del III visse materielle krav til vektingen av kriteriene. Fordi poengberegning under det enkelte kriterium og vekting av kriteriene i stor grad griper inn i hverandre, bør del II og III leses i sammenheng.

Illustrasjon av problemstillingene:



I den avsluttende del IV strekkes reglene enda lenger, og det drøftes om reglene gjør rettsanvenderen i stand til å slå fast hva som er *den riktige* poengberegningen, etter å ha konstatert at oppdragsgivers poengberegning var feil. Problemstillingen drøftes i lys av kravene til erstatningsrettslig årsakssammenheng.

Avhandlingen behandler rettstilstanden for klassisk sektor. Likevel vil framstillingen i det vesentlige være relevant også for forsyningssektorene. Jeg tar bare sikte på å dekke anskaffelser som er over EØS-terskelverdiene.⁴ I en del regneeksempler er det for enkelhets skyld brukt lavere verdier, men dette har ingen praktisk betydning.

Framstillingen vil være mindre relevant for anskaffelser under EØS-terskelverdiene og for uprioriterte tjenester, fordi slike anskaffelser omfattes av lempeligere krav til vektingen av tildelingskriteriene.

⁴ Disse følger av foa. § 2-2, og deres betydning for valg av regler følger av § 2-1.

2 Behovet for belysning av temaet

Valg av vinnertilbud er det endelige målet for enhver anbudskonkurranse, og det er poengberegningen som til syvende og siste avgjør hvilket tilbud som vinner. Derfor synes reglene om poengberegning umiddelbart å ha stor betydning for hvorvidt anskaffelsesregelverket oppfyller sine formål.

Anskaffelsesdirektivet for klassisk sektor introduserte et krav om relativ vektning av tildelingskriteriene,⁵ og dette kravet gjør det nødvendig å poengsette tilbudene. Som denne avhandlingen vil vise, vil reglene om relativ vektning bli nærmest illusoriske, og kan virke mot sin hensikt, hvis det ikke samtidig skjer en nokså inngående normering av poengberegningen under det enkelte kriterium. Det kan derfor virke påfallende at poengberegning i tildelingsfasen ikke er uttrykkelig regulert i de ellers så detaljerte autoritative rettskildene. Det skrevne regelverket kan sies å etterlate et tomrom som må fylles.

Problemstillingen er ikke viet særlig mye oppmerksomhet i den internasjonale juridiske litteraturen. I norsk litteratur er reglene om poengberegning først og fremst behandlet hos Trygstad, *Tildeling av offentlige kontrakter*. Boka gir en grundig framstilling av hvilke rettslige føringer som legges på tildelingsprosessen, herunder beregning og avveining av poeng. Trygstad konkluderer, kort sagt, med at poengberegningen i liten grad er rettslig regulert. Det har imidlertid skjedd mye siden boka kom ut i 2006. I de senere årene har problemstillingene kommet stadig oftere opp i nemnds- og rettspraksis, og rettstilstanden kan kanskje sies å være i endring.

De matematiske operasjonene man må foreta ved poengsetting og vektning av tildelingskriteriene, har de senere år vært underlagt grundige undersøkelser i økonomisk teori. Den økonomiske teorien har avdekket betydelige svakheter ved de modellene som brukes i praksis, og kommet med forslag til ideelle modeller.⁶ Avhandlingen er skrevet med en hypotese om at denne innsikten også har påvirket rettsreglene. Hypotesen går ut på at regelverket har beveget seg i retning av strengere krav til poengberegningen, slik

⁵ Direktiv 2004/18/EC art. 53 nr. 2.

⁶ Se særlig Bergman og Lundberg, samt Andersson og Lunander.

at flere av de vanlig brukte modellene etter hvert er blitt forbudt, og at regelverket kanskje beveger seg i retning av kun én tillatt idealmodell for beregning av prispoeng.

3 Klargjøring av metodebruk

3.1 Innledning

Avhandlingen skal gi en rettsdogmatisk framstilling av de norske reglene om poengberegning ved tildeling av offentlige kontrakter. Den bygger derfor på alminnelig anerkjent norsk rettskildelære, slik denne er framstilt hos for eksempel Eckhoff.⁷

Litteraturen om rettskildelære gir imidlertid ikke noen klar anvisning på den rettskildemessige betydningen av praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser («**KOFA**»). Denne problemstillingen kommer i stor grad på spissen i avhandlingens del II og III. Jeg velger derfor å klargjøre min bruk av KOFA-praksis som rettskildefaktor allerede her. Det er også nødvendig å kort presentere bruken av EU- og EØS-rettslige kilder.

3.2 Rettskildevekten til KOFA-praksis

Det synes klart at KOFA-praksis er *relevant* som rettskildefaktor.⁸ Det interessante spørsmålet blir hvilken *vekt* praksisen skal tillegges i møte med motstridende rettskildefaktorer.

I denne avhandlingen vil KOFAs praksis noen ganger komme i strid med min vurdering av de reelle hensyn. Slike hensyn vil først og fremst være behovet for å finne fram til

⁷ Eckhoff, Torstein. Rettskildelære, 5. utg. 2001 ved Jan E. Helgesen. Eckhoffs framstilling av rettskildelæren har i økende grad kommet under debatt de senere årene. Jeg kan imidlertid ikke se at mitt standpunkt til debatten påvirker den kildebruk jeg anlegger i denne avhandlingen. For en oversikt over debatten, se Bjarte Akseland, *Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning*. I: Jussens venner 2003, s. 8 flg.

⁸ Jf. Trygstad s. 24.

regler som oppfyller regelverkets grunnleggende formål⁹ og formålet bak enkelte bestemmelser. Ved diskusjoner om poengberegning kan dette hensynet ofte vurderes i lys av matematikk og logikk. De fleste steder hvor avhandling drøfter reelle hensyn, vil det være matematiske eller logiske normer som er målestokken. Selv om reelle hensyn som rettskildefaktor kritiseres i en del nyere innlegg i debatten om rettskildelæren,¹⁰ er det utvilsomt bruk for dem på det rettsområde denne avhandlingen behandler. Mange viktige rettsspørsmål er ikke forsøkt løst i de autoritative tekstene.

Spørsmålet blir derfor i hvilke situasjoner KOFAs praksis må få forrang framfor reelle hensyn. Løsningen vil selvsagt variere etter arten og styrken av slike hensyn; her er målet å finne fram til noen generelle retningslinjer.

Løsningen avhenger først og fremst av hvilken vekt norske jurister, fortrinnsvis domstolene, faktisk tillegger KOFA-praksis. Domstolene viser ofte til KOFAs avgjørelse av den tvisten domstolen har til behandling; dette er noe annet enn å bruke avgjørelsen som rettskildefaktor, og faller utenfor problemstillingen her. Det finnes to eksempler på at Høyesterett viser til KOFA-avgjørelser utenfor den foreliggende tvisten,¹¹ samt ett tilfelle hvor Høyesterett påpeker at den ikke kunne finne relevant KOFA-praksis.¹² Det fremgår ikke uttrykkelig av de to førstnevnte avgjørelsene at retten har tillagt KOFAs praksis noen vekt. Man vet derfor ikke om retten har tillagt dem normativ verdi, eller snarere viser til dem for å underbygge sitt eget standpunkt. I Rt-2007-983 påpeker førstevoterende at hun «er enig i» nemndas syn, noe som ikke ville vært naturlig dersom hun tilla dette selvstendig normativ vekt. Det virker snarere som om retten viser til nemndspraksis for å støtte oppunder sitt eget standpunkt. Dette tilsvarer måten Høyesterett ofte bruker juridisk litteratur på.

I lagmannsrettspraksis kan det se ut til at KOFA-praksis brukes mer aktivt som rettskildefaktor. LA-2011-100800 er et eksempel på en dom som viser til flere KOFA-

⁹ I det norske regelverket er et overliggende formålet effektiv ressursbruk, jf. lov om offentlige anskaffelser «**loa.**» § 1.

¹⁰ Se særlig Knut Bergo, *Høyesteretts forarbeidsbruk*. Oslo, 2000 s. 953 og Morten Kinander, *Trenger man egentlig reelle hensyn*. I: Lov og rett 2002 s. 224.

¹¹ Rt-2007-1783 (premiss 34) og Rt-2007-983 (premiss 103).

¹² Rt-2008-1705 (premiss 35).

avgjørelser fra andre saksforhold, og følger nemndas standpunkt uten nærmere diskusjon. Også flere andre lagmannsrettsavgjørelser bygger på generelle slutninger fra tidligere KOFA-avgjørelser, og synes å tillegge disse normativ vekt. Det er mulig at lagmannsretten jevnt over bruker KOFA-praksis som rettskildefaktor på en annen måte enn det Høyesterett gjør; dette er i så fall et eksempel på noe av det som diskuteres i debatten om rettens polysentri.¹³ Rettsdogmatiske framstillinger har tradisjonelt tatt sikte på å forutberegne hvordan Høyesterett vil løse et rettsspørsmål, uavhengig av om spørsmålet ville blitt løst annerledes i underinstansene. Fordi anskaffelsessaker sjelden kommer for Høyesterett, er det vel så verdifullt å kunne forutse hvordan de lavere instanser vil løse spørsmålene. Dette tilsier denne avhandlingen tillegger KOFA-praksis noe større vekt enn det Høyesterett antakelig vil gjøre.

Når det ikke finnes noe entydig svar på hvilken vekt norske domstoler faktisk tillegger KOFA-praksis, blir det rom for å avgjøre spørsmålet mer normativt: Hvilken vekt *bør* nemndspraksis tillegges?

Det viktigste argumentet *mot* å tillegge KOFA-praksis stor gjennomslagskraft overfor andre rettskildefaktorer, er at KOFAs avgjørelser ikke er rettslig bindende.¹⁴ Det er først når tvisten kommer til domstolene at den skal få et definitivt rettslig svar, og domstolene skal kunne overprøve nemnda i den enkelte sak. Dersom nemndas *tidligere* avgjørelser skulle binde domstolene, kan nemnda sies å få en rettslig funksjon den ikke er tiltenkt.

Det viktigste argumentet *for* å tillegge KOFA-praksis en viss rettskildevekt, er hensynet til innrettelse, forutberegnelighet og likebehandling. Anskaffelsesreglene anvendes daglig av mange mennesker, og deres kompliserte karakter fører til at det ofte oppstår tvister, ikke sjelden om tvilsomme rettslige spørsmål. KOFA realitetsbehandlet 122 saker i 2012,¹⁵ mens bare ti anskaffelsesrettslige tvister ble behandlet av

¹³ For et av mange bidrag i debatten, se f.eks. Hans Petter Graver, *Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover*. I: TfR 2000 s. 429 flg.

¹⁴ Kompetansen til å ilegge rettslig bindende gebyrer ved ulovlige direkte anskaffelser er fjernet ved forskrift FOR-2012-06-08-500.

¹⁵ <http://www.kofa.no/no/Statistikk/?month=0&year=2012> (besøkt 15.1.2013). I tillegg kommer en del klager som er avvist fordi de er ansett som ubegrunnede, eller klart ikke kunne føre fram.

lagmannsrettene samme år, og ingen av Høyesterett. KOFA er derfor i mye større grad enn domstolene i stand til å peke ut en stødig kurs og bidra til rettsavklaring.

Avgjørelsene blir publisert, og er lett tilgjengelige bl.a. på nemndas nettsider og hos Lovdata. Nemndas rådgivende avgjørelser følges i praksis av partene, og andre aktører innretter seg også etter nemndas praksis. Det kan derfor lett virke urettferdig og overraskende dersom domstolene løser rettsspørsmål annerledes enn KOFA tidligere har gjort. Evnen til rettsavklaring forsterkes ytterligere ved at nemnda som oftest følger egen praksis, og at nemnda og dens sekretariat består av høyt kvalifiserte jurister med spesialkompetanse, som begrunner sine løsninger strengt rettslig.

De ovennevnte hensyn tilsier at KOFA-praksis tillegges en viss vekt når den er langvarig og bred nok til at innrettelses- og likebehandlingshensynene gjør seg gjeldende. Evnen til å avklare rettstilstanden svekkes imidlertid noe ved at nemnda ikke alltid makter å følge en konsistent praksis, muligens pga. det store antallet saker den behandler. Skal man legge stor vekt på nemndas praksis, bør man derfor undersøke om denne er tilstrekkelig ensartet til å bidra til rettsavklaring. Jo bredere, mer langvarig og mer konsistent praksisen er, jo større rettskildevekt bør den ha.

Når nemndas praksis er rimelig bred og ensartet, og strekker seg over flere år, bør det derfor kreves klare holdepunkter i andre rettskildefaktorer for å fravike den. I slike tilfeller kan den lettere få gjennomslag overfor motstridende reelle hensyn.

3.3 Gjennomslagskraften til EU- og EØS-rettslige kilder

Gjennom EØS-avtalen er Norge forpliktet til å gjennomføre EUs direktiver om offentlige anskaffelser.¹⁶ Reglene i lov om offentlige anskaffelser, og forskrift om offentlige anskaffelser del III, er ment å ivareta denne EØS-rettslige forpliktelsen.¹⁷ Dette innebærer at EØS-rettens krav kan få betydning når rettstilstanden skal fastlegges.

¹⁶ For klassisk sektor: 2004/18/EC («anskaffelsesdirektivet»).

¹⁷ Jf. proposisjonen til loa. og foa., Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s. 9.

For spørsmålet om hvordan man fastslår innholdet i Norges EØS-rettslige forpliktelser, er det tilstrekkelig å vise til litteraturen.¹⁸ Det interessante spørsmålet er hvilken gjennomslagskraft EØS-retten har overfor de interne norske rettskildefaktorene.

Det er i dag sikker rett at EØS-reglene ikke har direkte virkning i norsk rett.¹⁹ I de situasjoner hvor lov og forskrift om offentlige anskaffelser ikke på riktig måte gjennomfører anskaffelsesdirektivet, er man også utenfor de tilfeller som reguleres av forrangsregelen i EØS-loven § 2. Man kan derfor ikke uten videre legge EØS-retten til grunn. Spørsmålet blir om EØS-reglene likevel kan øve innflytelse på tolkningen av de interne norske rettskildefaktorene. En slik innflytelse på tolkningen kan EØS-kildene få i kraft av presumsjonsprinsippet²⁰ og det folkerettslige effektivitetsprinsippet.²¹ Disse tolkningsprinsippene strekker seg langt i å gi folkeretten forrang, og antakelig ekstra langt på EØS-rettens område.²² Dessuten vil det særegne EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform tolkning tale for å tolke norsk rett i samsvar med EØS-retten.²³

Det klareste eksempel på at tolkningsprinsippene *ikke* kan få gjennomslag, er der en lov- eller forskriftsregel ikke kan forstås på flere måter, og dermed vil bli helt uten innhold dersom den tolkes i samsvar med folkeretten.²⁴ En slik situasjon vil man sjelden eller aldri stå ovenfor ved anvendelse forskrift om offentlige anskaffelser del III, fordi regelverket på de fleste punkter ligger tett opp til ordlyden i anskaffelsesdirektivet. Av denne grunn vil de EØS-rettslige rettskildefaktorene spille en stor rolle i denne avhandlingen, på de punkter hvor EØS-retten kan tilsi strengere håndlegging av oppdragsgivers handlefrihet enn det de interne kildene gjør.

¹⁸ Se f.eks. EØS-rett s. 219 flg, Fredriksen (2011) s. 77 flg. samt Arnesen og Stenvik s. 23 flg.

¹⁹ Se EØS-rett s. 205 flg. med videre henvisninger.

²⁰ Se f.eks. Fleischer s. 360 flg.

²¹ Se f.eks. Arnesen og Stenvik s. 55-57.

²² Jf. proposisjonen til EØS-loven, Ot.prp.nr.79 (1991-1992) s. 4.

²³ Se f.eks. Christian Franklin, *Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning I*: Jussens Venner 2012 s. 269 flg. Franklin argumenterer for at prinsippet strekker seg lenger enn presumsjonsprinsippet.

²⁴ Jf. Ot.prp.nr.79 (1991-1992) s. 4 og Rt-2000-1811 (s. 1831).

Del II – Poengberegning under det enkelte tildelingskriterium

4 Problemstillingen i del II

Problemstillingen i del II er hvilke krav anskaffelsesregelverket stiller til oppdragsgivers beregning av poeng under det enkelte tildelingskriterium.

Forutsetningen for drøftelsen er at oppdragsgiver, på en lovlig måte, har klarlagt hvor godt hvert tilbud oppfyller det enkelte tildelingskriterium. Denne graden av oppfyllelse må deretter omsettes til poeng. Slik poengsetting kan tenkes å følge forskjellige matematiske eller skjematiske modeller, eller skje helt skjønnsmessig. Spørsmålet blir hvorvidt det finnes rettsregler som regulerer hvordan poengsettingen skal skje, og hva reglene i så fall går ut på.

I litteraturen dreier diskusjonene om tilbudsevaluering seg først og fremst om hvilke tildelingskriterier som er lovlige, og om oppdragsgivers subsumsjon av tilbudene under tildelingskriteriene. Så langt jeg kan se, er selve poengberegningen i svært begrenset grad diskutert i norsk, dansk, svensk og britisk litteratur.²⁵ Det finnes derfor en rekke mer eller mindre ubesvarte underproblemstillinger, og noen av dem vil avhandlingen ta stilling til.

5 Det rettslige utgangspunktet: «Relevante forskjeller» må reflekteres

Anskaffelsesdirektivet inneholder ingen uttrykkelige regler om hvordan poengsettingen under tildelingskriteriene skal skje. Det fremgår av art. 53 nr. 1 (a) at tildelingskriteriene skal brukes til å avgjøre hvilket tilbud som er det økonomisk mest

²⁵ Jeg har undersøkt Dragsten og Lindalen; Nielsen; Steinicke og Groesmeyer; EU udbudsretten; Falk; Arrowsmith. Heller ikke i det ledende, internasjonale tidsskriftet Public Procurement Law Review er det publisert mye relevant. Trygstad diskuterer problemstillingen på s. 178 flg., s. 191 flg og s. 198 flg.; han synes å legge til grunn at poengsettingen bare i begrenset grad er gjenstand for rettslig overprøving. Her kan det imidlertid ha skjedd en utvikling siden boka kom ut i 2006.

fordelaktige, men det sies intet om hvordan de skal brukes. Jeg har heller ikke funnet noen dommer fra EU-domstolene som stiller tydelige krav til poengberegningen.²⁶ Dette tilsier at det er opp til den enkelte stat å fastsette regler om hvordan poengberegningen skal skje, innenfor rammene av de generelle kravene i direktivets art. 2. Heller ikke den norske forskriften inneholder uttrykkelige krav til poengberegningen. Dette kan i utgangspunktet indikere at problemstillingen ikke er rettslig regulert, og dermed overlatt til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn.

I KOFAs praksis er det imidlertid stilt opp et krav om at den poengberegningen oppdragsgiver foretar, må *reflektere relevante forskjeller mellom tilbudene*. Den første avgjørelsen som uttrykkelig og utvetydig formulerer et slikt krav er KOFA-2005-201.²⁷ Nemnda uttaler i avsnitt 42 at

«Når det gjelder verdsettelsen av forskjeller mellom tilbudene, herunder karaktersetning av prisene, har oppdragsgiver et visst skjønn. Poengskalaene som benyttes, må imidlertid *være egnet til å premiere forskjeller av betydning* i tilbydernes priser, jf forutsetningsvis klagenemndas avgjørelse i sak 2003/201, ellers blir karaktersetningen vilkårlig.»²⁸ (Uthevet her)

Rettssetningen er gjentatt i en lang rekke senere nemndsavgjørelser. I senere avgjørelser har KOFA også begrunnet rettssetningen i kravet til forutberegnelighet i loa. § 5. Det samme kravet er stilt opp ikke bare for poengsetting av pris, men også poengsetting av kvalitative kriterier.

Ved første øyekast kunne det derfor se ut til at dette er et tilfelle hvor nemndspraksis er så bred, langvarig og ensartet at den bør tillegges ganske stor rettskildevekt. I det følgende skal avhandlingen bryte rettsetningen ned i dens mindre bestanddeler, og vise at doktrinen om *relevante forskjeller* er anvendt på en rekke rettslige problemstillinger av ganske ulik karakter. Ikke alle disse problemstillingene har et like godt tilfang av

²⁶ Visse krav kan kanskje utledes av Renco-dommen, som behandles under punkt 8.2, og SIAC-dommen, nevnt i punkt 7.2, men dommene gir svært begrenset veiledning.

²⁷ Lignende krav er tidligere uttalt mindre eksplisitt i KOFA-2004-294 og KOFA-2004-275.

²⁸ Det fremgår ikke hvordan nemnda mener dette kan utledes forutsetningsvis av KOFA-2003-201, og jeg kan heller ikke se hvordan det lar seg gjøre.

avgjørelser. Rettskildesituasjonen er derfor noe uklar i flere av de typetilfellene hvor kravet kan tenkes anvendt. Innholdet i kravet om å reflektere relevante forskjeller må belyses av også andre rettskildefaktorer enn KOFAAs praksis.

Et krav om at poengberegningen skal reflektere relevante forskjeller, er også stilt opp i en rekke avgjørelser fra det danske Klagenævnet for Udbud, se noe nærmere om dette i *EU Udbudsretten* s. 486-487. Danske nemndsavgjørelser kan ha argumentasjonsverdi i norsk rett, og synes også i praksis å tillegges en viss rettskildevekt der de norske kildene er tause eller knappe. De danske nemndsavgjørelsene om poengberegning inneholder på de fleste områder ingen andre argumenter enn de norske, og avhandlingen vil derfor ikke gjøre utstrakt bruk av Klagenævnets praksis. Et par steder underveis, hvor jeg anser dansk praksis for å ha noe større argumentasjonsverdi, vil jeg imidlertid vise til den.

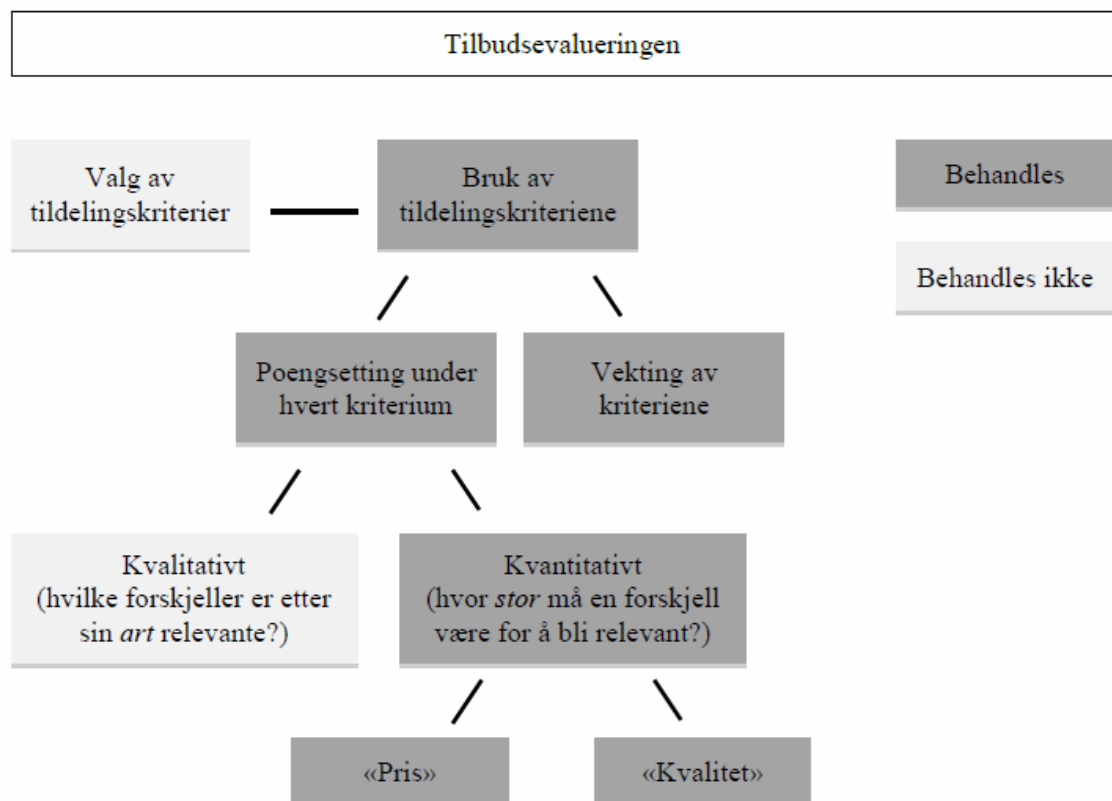
Nemndas praksis viser at «relevante forskjeller» er de ulikheter som har en viss betydning for hvor økonomisk fordelaktig et tilbud er. Hvorvidt en forskjell har en slik betydning for tilbudets økonomiske verdi, reiser etter min forståelse to hovedspørsmål: (i) Hvilke forskjeller er etter sin *art* relevante, og (ii) hvor *stor* må en slik forskjell være for at den skal regnes som relevant?

Svaret på det første spørsmålet avhenger av hvilke forskjeller som kan subsumeres under tildelingskriteriene, og beror derfor på tolkning både av tilbudene og tildelingskriteriene.²⁹ Denne prosessen foregår et steg før selve poengberegningen, og vil ikke behandles i denne avhandlingen. Avhandlingen konsentrerer seg i stedet om det andre hovedspørsmålet, som ofte kommer på spissen når tilbudenes grad av måloppnåelse skal omsettes til poeng. Spørsmålet om hvor stor en forskjell må være for å regnes som relevant, må løses på forskjellige måter for hhv. priskriteriet og de øvrige kriteriene. For å rendyrke analysen, vil avhandlingen bare forholde seg til to kriterier: «Pris» og «kvalitet». En slik todeling brukes i enkelte konkurranser. Andre konkurranser har flere kriterier og underkriterier, som f.eks. *leveringstid*, *brukervennlighet*, *oppgaveforståelse* m.v. Slike kriterier har til felles at de sjelden kan måles rent kvantitativt. Framstillingen vil derfor langt på vei være relevant for ulike kvalitative kriterier.

²⁹ Som illustrasjon, se KOFA-2010-116 (premiss 34) og nylig KOFA-2012-219 (premiss 34-36). At dette leddet i evalueringsprosessen også kan være nødvendig for priskriteriet, illustreres av KOFA-2011-78 (premiss 52-56).

Først skal avhandlingen analysere hvilke krav regelverket stiller til poengberegning under priskriteriet, og senere kravene til poengsetting av «kvalitet».

Illustrasjon av problemstillingene:



6 Poengsetting av pris

6.1 Problemstillingen

Problemstillingen i punkt 6 er hvilke krav regelverket stiller til poengberegning under tildelingskriteriet «pris».

Priskriteriet skiller seg fra de fleste andre tildelingskriterier ved at det kan måles og sammenliknes rent matematisk. I det følgende skal avhandlingen gjennomgå de to mest brukte matematiske modellene for beregning av prispoeng, og undersøke i hvilken grad disse oppfyller plikten til å reflektere relevante forskjeller.

Årsaken til at en gitt poengsum ikke nøyaktig reflekterer forskjellen i pris, kan enten være at oppdragsgiver har innplassert tilbudene et uegnet sted på poengskalaen, eller at poengskalaen er for grovmasket til å reflektere nyansene i tilbudene. Metoden oppdragsgiver bruker for å innplassere tilbudene på skalaen, kalles i denne avhandlingen for *grunnmodell*. Hvor grov- eller finmasket skalaen er, omtales som skalaens *opløsningsgrad*. For en fruktbar analyse er det avgjørende å skille mellom disse to fenomenene, og det vil denne avhandlingen gjøre, selv om retts- og nemndspraksis ikke alltid skiller dem uttrykkelig. Valg av grunnmodell drøftes i punkt 6.3 nedenfor, og valg av poengskalaens oppløsningsgrad i punkt 6.4. Først diskuteres imidlertid de mulige rettsgrunnlagene for å underkjenne en beregning av prispoeng.

Et alternativ til å poengsette pris, for så å sammenholde poengsummen med poengsummene for de øvrige kriteriene, er å transformere de øvrige kriteriene til tillegg i prisen. Denne metoden er svært lite brukt i praksis, og vil derfor ikke behandles i dybden. Metoden vil imidlertid brukes som sammenlikningsgrunnlag mot slutten av del II, for å illustrere noen av ufullkommenhetene ved de utbredte metodene.

6.2 Kan det stilles materielle krav til beregning av prispoeng?

6.2.1 Problemstillingen

Plikten til å reflektere relevante forskjeller begrunnes som oftest i kravet til forutberegnelighet i loa. § 5. Det er lite kontroversielt at en poengberegning kan underkjennes dersom den strider mot dette kravet. Ei heller vil det være kontroversielt å underkjenne en poengberegning som strider mot kravene til gjennomsiktighet, etterprøvbarhet og likebehandling i samme bestemmelse. Dette er imidlertid krav av nokså formell karakter, som i stor grad kan ivaretas ved å kunngjøre den poengberegningssmodellen oppdragsgiver akter å bruke. De er i prinsippet mindre egnet til å stille opp konkrete, faste krav til poengberegningen.

Spørsmålet blir derfor om regelverket går lenger: Kan man i visse tilfeller underkjenne en poengberegningssmodell som uhensiktsmessig, selv om den er forutberegnelig, gjennomsiktig, etterprøvbar og ikke-diskriminerende? Spørsmålet vil særlig komme på

spissen når en poengberegningsmodell har vært kunngjort i konkurransegrunnlaget, men rettsanvenderen anser den som uegnet for formålet. De hensiktsmessighetskrav man eventuelt kan stille til beregningsmodellens innhold, kalles i det følgende for *materielle krav*.

I utgangspunktet må de rettslige kravene til oppdragsgivers opptreden søkes i lov og forskrift om offentlige anskaffelser, tolket i lys av praksis. De spørsmålene som ikke er regulert der, er i utgangspunktet overlatt til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Men domstolene og KOFA kan også underkjenne oppdragsgivers skjønnsutøvelse på ulovfestet grunnlag, dersom denne er vilkårlig, usaklig, tilstrekkelig urimelig eller bygget på feil faktum.³⁰ Denne prøvelsesretten har sin bakgrunn i myndighetsmisbrukslæren i forvaltningsretten.³¹ Rommet for handlefrihet snevres med andre ord ytterligere inn av ulovfestede krav til oppdragsgivers opptreden. Materielle krav til poengberegningsmodellen kan således tenkes utledet av to primære rettsgrunnlag: Enten det skrevne regelverket, eller de ulovfestede kravene til oppdragsgivers skjønnsutøvelse. Begge innfallsvinkler belyses i det følgende.

6.2.2 Lov og forskrift om offentlige anskaffelser

Selv om verken lov eller forskrift om offentlige anskaffelser inneholder uttrykkelige krav om hvordan poengberegningen skal skje, kan det tenkes at det kan utledes visse argumenter fra det skrevne regelverket til løsning av spørsmålet om det kan stilles materielle krav til beregning av prispoeng.

Noen slutninger kan man trekke fra loven. Det fremgår av loa. § 1 at et formål ved både loven og tilhørende forskrifter er å bidra til økt verdiskapning i samfunnet «ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser». Dette skal oppnås ved anskaffelser som er basert på «forretningsmessighet» og likebehandling. Begrepet *forretningsmessighet* er ifølge forarbeidene bl.a. en henvisning til opptreden som sikrer

³⁰ Se Dragsten og Lindalen s. 256-257 og Trygstad s. 192. Jf. også Rt-2007-1783 (premiss 44) og en rekke KOFA-avgjørelser, f.eks. KOFA-2012-144 (premiss 48).

³¹ Jf. Dragsten og Lindalen s. 256-257 med videre henvisninger. Om myndighetsmisbrukslæren (og kritikk av begrepet), se Eckhoff og Smith s. 419 flg.

best mulig valuta for pengene.³² For at dette formålet skal kunne realiseres, må regelverket inneholde regler som stimulerer til at den enkelte anskaffelse gir god valuta for pengene.³³ Regler om en hensiktsmessig poengberegning kan stimulere til dette, ved å sikre at pris og kvalitet virkelig får den prioritet oppdragsgiver ønsker. Dette er et poeng som må hensyntas ved tolkningen av forskriftens regler om tilbudsevaluering. Det er imidlertid ikke meningen at det skal utledes plikter av formålsbestemmelsen alene,³⁴ og det er derfor begrenset hvilken betydning den kan tillegges. Den kan ikke anvendes som primært rettsgrunnlag for materielle krav til poengberegningen.

Videre stiller loa. § 5 (2) opp et grunnleggende krav om at anskaffelser, så langt det er mulig, skal baseres på «konkurransen». Dette kravet skiller seg noe fra de øvrige, mer formelle kravene i bestemmelsen. «Konkurransen» innebærer, etter en naturlig språklig forståelse, at det er mulig for en leverandør å bedre sine sjanser til å få kontrakten ved å levere bedre tilbud enn konkurrentene. Kravet er således et argument for at tilfeldigheter ikke skal kunne avgjøre hvem som får kontrakten,³⁵ selv om det skulle være kjent på forhånd at tilfeldigheter vil spille inn. Konkurranskravet kan derfor være et selvstendig rettslig grunnlag for overprøving av en poengberegningmodell som ikke i tilstrekkelig grad reflekterer tilbudenes virkelige økonomiske verdi. Noen skarp grense er det riktignok umulig å utlede av bestemmelsen alene. Kravet kaster imidlertid også lys over et viktig, grunnleggende formål ved regelverket, og kan på denne måten påvirke tolkningen av de øvrige bestemmelsene.

Mer spesifikke argumenter kan kanskje utledes av forskrift om offentlige anskaffelser. Paragraf 22-2, om kriterier for valg av tilbud, bestemmer i andre ledd at det økonomisk mest fordelaktige tilbudet skal utpekes gjennom «kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden». Når tildelingskriteriene skal utpeke det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, tilsier regelens formål at også *bruken* av dem må være egnet til å belyse dette vurderingstemaet. Bestemmelsen er et argument for at poengberegningen

³² NOU-1997-21 s. 114, i spesialmerknaden til § 1.

³³ Jf. også Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s. 21.

³⁴ Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s. 65, i spesialmerknaden til § 1.

³⁵ Det kan riktignok være tillatt å avgjøre konkurransen ved loddtrekning, dersom to eller flere tilbud har oppnådd samme score, jf. KOFA-2009-116. Men dette forutsetter at tilbudene har gjennomgått en viss grad av konkurranse.

må være i stand til å klargjøre hvilket tilbud som samlet sett oppfyller tildelingskriteriene i størst grad, og dermed tilbyr best valuta for pengene. Dette harmonerer godt med formålsbestemmelsen i loa. § 1, og konkurransekravet i § 5. Det bør derfor være mulig å argumentere for at en unøyaktig poengberegning av pris i visse tilfeller strider mot foa. § 22-2 (2).

Forskriftsbestemmelsen gjennomfører art. 53 i anskaffelsesdirektivet. Dette kan påvirke tolkningen av bestemmelsen, i kraft av presumsjonsprinsippet. Direktivets ordlyd tilsvarer ordlyden i forskriften: Når kontrakt skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal dette baseres på «various criteria linked to the subject-matter of the public contract in question».³⁶ Det kan derfor tenkes at EØS-retten stiller materielle krav om at poengberegningen faktisk reflekterer tilbudets økonomiske verdi. EF-domstolen kom i Sintesi-dommen (C-247/02) med en uttalelse som kan tyde på at den anser regelverket for å inneholde slike materielle krav til tilbudsevalueringen. Domstolen tok stilling til om Italia kunne ha en regel om at entreprisekontrakter alltid måtte tildeles den leverandøren som tilbyr lavest pris. Spørsmålet er ikke i seg selv relevant for reglene om poengberegning, men det kan belyse hvilke formål direktivet skal ivareta. Domstolen kommer til at en slik regel ikke er lovlig, fordi den

«deprives the contracting authorities of the possibility of taking into consideration the nature and specific characteristics of such contracts, taken in isolation, by choosing for each of them the criterion most likely to ensure free competition and thus to ensure *that the best tender will be accepted.*» (Premiss 40, uthevet her).

Dommen kan her sies å bygge på det syn at regelverket ikke bare skal sørge for forutberegnelighet og likebehandling, men også at det faktisk er det beste tilbudet som vinner.

En slik forståelse av dommen anlegges også hos Arrowsmith (2012) på s. 80-81, men hun kritiserer standpunktet. Forfatteren fremholder at direktivets formål først og fremst

³⁶ Art. 53 nr. 1 (a).

er å sikre konkurranse gjennom å fjerne restriksjoner på markedstilgangen, ikke å sikre at den enkelte anskaffelse gir best valuta for pengene. Sistnevnte skal være opp til den enkelte stat. Arrowsmith begrunner standpunktet bl.a. med henvisning til en rekke EU-dommer som utelukkende nevner målet om ikke-diskriminering.³⁷

Det er lett å være enig i at EU neppe har noe mål å sikre effektiv ressursbruk innad i den enkelte medlemsstat. Men selv om direktivets eneste formål er å sikre adgang til markedet, utelukker ikke dette at det stiller visse materielle krav til tilbudsevalueringen. Å beskytte mot vilkårlige utfall av konkurranser kan nemlig være en forutsetning for at konkurransedyktige leverandører skal være villig til å delta, og dermed en forutsetning for et velfungerende marked. Fortalen til anskaffelsesdirektivet trekker også i retning av at direktivet stiller visse materielle krav til tilbudsevalueringen. I premiss 46 tredje avsnitt, heter det følgende om bruken av tildelingskriteriene:

«Where the contracting authorities choose to award a contract to the most economically advantageous tender, they shall assess the tenders in order to determine *which one offers the best value for money*. [...] they must allow [...] *the value for money of each tender to be measured*.» (Uthevet her).

Uttalelsen viser at reglene om tilbudsevaluering ikke bare skal sikre forutberegnelighet og likebehandling, men også til en viss grad en evaluering som er i stand til å utpeke hvilket tilbud som tilbyr best valuta for pengene.

Selv om Arrowsmith antakelig har rett i at direktivet ikke krever at hver enkelt kontrakt tildeles den objektivt sett beste tilbyder, taler derfor det meste for at direktivet likevel stiller visse materielle krav til poengberegningen, i form av at denne må være i stand til å kaste lys over tilbudenes økonomiske verdi med en viss nøyaktighet.

Presumsjonsprinsippet tilsier at den tolkningstil som måtte finnes i det norske regelverket, slår ut til fordel for EØS-rettens løsning. Det er imidlertid meget mulig at EØS-rettens materielle krav er mindre vidtgående enn de interne norske, og at de EØS-rettslige kildene derfor dekkes fullt ut av de interne norske rettskildefaktorene. EØS-

³⁷ Arrowsmith (2012) s. 76.

rettens eksistens gjør det like fullt tryggere å konkludere med at det er mulig å utlede visse materielle krav av det skrevne regelverket.

Til sist kan plikten til å kunngjøre den relative vektingen av kriteriene innebære at det må stilles visse krav til hvordan poengsettingen under hvert kriterium skjer. Kravet om relativ vektning ble innført ved anskaffelsesdirektivet art. 53 nr. 2, og er i norsk rett gjennomført ved foa. § 22-2 (2) fjerde punktum. Formålet bak kravet om kunngjøring av den relative vektingen er å gi leverandørene innsikt i hvordan deres tilbud vil bli bedømt.³⁸ For å sikre størst mulig grad av konkurranse, bør leverandørene kunne forutse hvor mye lavere pris de må tilby for å oppveie en gitt kvalitetsforskjell, og vice versa. Som det vil fremgå senere i avhandlingen,³⁹ vil en kunngjort relativ vektning gi lite informasjon om oppdragsgivers prioriteringer dersom poengberegningen under det enkelte tildelingskriterium ikke er representativ. Hensynet til vektreglenes effektivitet er således et argument for at poengberegningen må være normert.

Oppsummeringsvis kan det slås fast at det skrevne regelverket inneholder flere gode argumenter for at det må stilles visse materielle krav til poengberegningen. Argumentene har dels karakter av selvstendige rettsgrunnlag for overprøving, og dels av tolkningsargumenter som kaster lys over andre rettskildefaktorer. Ingen av dem gir alene grunnlag for noen særlig skarpskårne krav. I den grad slutningene kan sees i sammenheng, kan de imidlertid bli mer slagkraftige. Ikke minst kan de støtte opp om slutninger fra de mer formelle kravene i loa. § 5. De bør også sees i sammenheng med KOFA-, og rettspraksis, og kan på visse punkter tale for å utvikle denne praksisen i strengere retning.

6.2.3 Bygger KOFA på materielle krav?

KOFA har aldri anført de nettopp nevnte argumentene fra loven og forskriften som ledd i å underkjenne en uegnet poengberegningmodell. Som tidligere nevnt, forankrer nemnda som oftest sin overprøving av poengberegninger i kravet om forutberegnelighet

³⁸ Jf. anskaffelsesdirektivets fortale premiss 46 andre avsnitt.

³⁹ Se nærmere i punkt 11.2 nedenfor.

i loa. § 5. Nemnda har imidlertid i visse tilfeller også slått ned på uhensiktsmessige modeller i kraft av de ulovfestede kravene til oppdragsgivers skjønnsutøvelse.

I utgangspunktet synes nemnda å legge terskelen nokså høyt for å gripe inn i oppdragsgivers beregning av prispoeng. I KOFA-2012-63 uttales følgende i premiss 26:

«Ved valget av prisevalueringsmodell har oppdragsgiver i utgangspunktet et relativt vidt innkjøpsfaglig skjønn som klagenemnda i begrenset grad kan overprøve [...]»

Tilsvarende uttalelser finnes i en rekke avgjørelser.⁴⁰ Likevel finnes det flere avgjørelser hvor nemnda underkjenner prisevalueringer begrunnet i at de er lite egnede, uten å støtte seg til kravet om forutberegnelighet.

Problemstillingen kom i høyeste grad på spissen i KOFA-2010-43 (Departementenes servicesenter). Departementenes servicesenter hadde gjennomført en konkurranse om kjøp av reisebyråtenester, hvor tre leverandører deltok. En av dem klagde til KOFA over beregningen av poeng under tildelingskriteriet «pris». Klager hadde lavest total pris, men var likevel ikke den leverandøren som fikk høyest total score på priskriteriet. Kriteriet var delt opp i flere underkriterier, som ble poengsatt og vektet før de ble summert til en endelig pris, og det var en uheldig kombinasjon av disse som førte til det merkelige resultatet.⁴¹ Det er verdt å merke seg at poengberegningssmodellen i denne saken var kunngjort i konkurransegrunnlaget, og således var fullt ut forutberegnelig for leverandørene.

I vurderingen av om dette var et brudd på plikten til å premiere relevante forskjeller, deler nemnda seg i to. Flertallet på to nemndsmedlemmer finner i avsnitt 58 at dette var et brudd på regelverket:

⁴⁰ F.eks. KOFA-2012-144 (premiss 48), KOFA-2008-67 (premiss 49), KOFA-2007-157 (premiss 43) og mange andre.

⁴¹ Se avgjørelsens premiss 58.

«Det avgjørende for flertallet, er således at resultatet av innklagedes prismodell fremstår som vilkårlig ved at klagers tilbud som er ca 1,5 millioner kroner lavere i pris enn valgte leverandørs tilbud ikke har blitt gitt høyeste score på tildelingskriteriet « Pris », og at dette resultatet ikke er forklart eller lar seg forklare med grunnlag i de fremlagte opplysninger.» (Uthevet her)

Flertallets konklusjon er i samsvar med det som intuitivt framstår som det mest rettferdige og fornuftige: At den laveste prisen skal få best prisscore. Konklusjonen må sies å bygge på at det kan stilles visse rimelighetskrav til poengberegningen. Det nemnda slår ned på, er at poengberegningen ikke reflekterer den økonomiske realiteten.

Mindretallet kom til at poenggivningen ikke var i strid med regelverket. I premiss 60 trekker han bl.a. fram at «[i]nnklagde har forholdt seg til den score og vektning som konkurransegrunnlaget varsler», og at det ikke skjedde noen forskjellsbehandling. Mindretallets votum synes å bygge på at regelverket, i dette tilfellet, ikke stilte andre krav til poengberegningen enn at denne foregikk på en objektiv og forutberegnelig måte.

Når man leser flertallets og mindretallets votum i sammenheng, blir det nokså tydelig at dissensen skyldes uenighet om hvorvidt man skal kreve en rimelig og fornuftig poengberegning, eller bare kreve at den er forutberegnelig, saklig, objektiv og etterprøvable. Avgjørelsen er for så vidt et argument for at regelverket inneholder materielle krav til poengberegningen, men vekten svekkes muligens noe pga. dissensen. Mindretallets votum viser at det kan tenkes at nemnda vil anlegge motsatt syn i senere saker. Dessuten var misforholdet i saken åpenbart, og det er ikke gitt at modellen ville blitt underkjent i mindre ekstreme tilfeller.

I flere andre avgjørelser⁴² bygger imidlertid nemnda på tilsvarende resonnementer som flertallet i nettopp nevnte KOFA-2010-43, også i tilfeller hvor urimeligheten ikke er like ekstremt.

⁴² F.eks. KOFA-2009-279 (premiss 29) og KOFA-2004-275 (premiss 50). Se også KOFA-2007-131 (premiss 22) og KOFA-2008-193 (premiss 25), hvor problemstillingen imidlertid ikke kom på spissen.

Det finnes således en håndfull nemndsavgjørelser som åpenlyst bygger på at poengberegningen må være matematisk forsvarlig, uavhengig av den konkrete påregneligheten. Praksis er neppe bred nok til å utgjøre noe særlig godt rettskildegrunnlag alene, men trekker i samme retning som de slutninger som ovenfor er trukket fra loven, forskriften og EØS-rettslige kilder.

6.2.4 Reelle hensyn: I hvilken grad bør det etterlates rom for innkjøpsfaglig skjønn?

Et tradisjonelt argument mot å stille opp for strenge materielle krav til tilbudsevalueringen, er oppdragsgivers behov for skjønnsfrihet.⁴³ Spørsmålet blir om behovet for skjønnsfrihet er et hensyn som bør vektlegges når man fastlegger reglene om beregning av prispoeng. Problemstillingen vil komme på spissen flere ganger senere i avhandlingen.

Rekkevidden av det innkjøpsfaglige skjønn er et sentralt spørsmål ved reglene om tilbudsevaluering. Et av regelverkets grunnleggende formål er å oppnå effektive innkjøp. Innkjøpenes effektivitet må måles ut fra i hvilken grad, og til hvilken pris, oppdragsgiver oppnår sitt formål med anskaffelsen.⁴⁴ Fordi det er oppdragsgiver som er best skikket til å vurdere i hvilken grad formålet blir oppfylt, er det viktig å gi rom for innkjøpsfaglig skjønn. Dette kan sette grenser for hvilke materielle krav som bør stilles til tilbudsevalueringen.

Man kan imidlertid spørre seg – *de lege ferenda* – om det er like stort behov for skjønnsfrihet ved utregning av prispoeng. Denne utregningen forutsetter åpenbart færre skjønsmessige vurderinger enn evaluering av kvalitet. Penger er jo viktig for alle offentlige innkjøpere, og en krone er en krone. Oppdragsgivere vil selvfølgelig ha forskjellig prioritering av kvalitet kontra pris, men slike prioriteringer har oppdragsgiver frihet til å utøve gjennom vektingen av kriteriene. Hvordan denne prioriteringen deretter ivaretas ved poengsetting av priskriteriet, på en mest mulig nøyaktig og forutberegnelig måte, er et spørsmål om matematikk og logikk, ikke skjønn. Det finnes riktignok flere

⁴³ Se f.eks. Trygstad s. 179.

⁴⁴ Jf. proposisjonen til loa. og foa., Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s. 7.

alternative fremgangsmåter ved poengberegningen, men holdbarheten av disse kan vurderes objektivt, ved hjelp av enkle regneoperasjoner. Det tomrom regelverket etterlater er ikke en skjønnsmargin, men en feilmargin. Skal den kunngjorte vektingen av kriteriene ha noen mening, må poengsettingen av pris være normert i betydelig grad.⁴⁵ Dette vil tre klart fram i resten av avhandlingen.

Det finnes innslag av skjønn også ved evaluering av priskriteriet, i form av situasjoner hvor det må gjøres anslag eller verdivurderinger. Eksempler på slike situasjoner kan være prissetting av forbehold, vurdering av livssyklus-kostnader eller verdien av opsjoner, og anslag av total-kostnader ved rammeavtaler hvor oppdragsgiver vil kjøpe et ukjent antall enheter fra forskjellige priskategorier. Disse spesielle situasjonene kommer imidlertid et steg før anvendelsen av den matematiske grunnmodellen, og vil ikke bli behandlet her.

En mulig innvending mot dette resonnementet er at visse prisnivåer kan være viktigere for oppdragsgiver enn andre nivåer, f.eks. som følge av budsjettgrenser.⁴⁶ Dette er i utgangspunktet en viktig innvending. Men i de tilfeller poenget gjør seg gjeldende, må man kunne forlange at oppdragsgivers begrunner at det er slike hensyn som ligger bak poengberegningen. I den praksis jeg har gjennomgått, har jeg aldri sett at dette faktisk har skjedd. I det følgende vil framstillingen vise flere trekk ved prisevalueringen som er blitt kjent ulovlig, eller som kanskje burde blitt det. Disse trekkene synes sjelden å være utslag av bevisste, skjønnsmessige overveielser fra oppdragsgivers side. Snarere synes de, i mange tilfeller, å være resultat av dårlig matematisk håndverk. Det kan ikke være noe mål i seg selv at regelverket skal beskytte dette.

I spesialmerknadene til loa. § 8 slutter departementet seg til en uttalelse fra Regjeringsadvokaten om at oppdragsgiver ved tilbudsevalueringen har en kjerne av skjønn, som domstolene ikke bør overprøve.⁴⁷ Uttalelsene synes imidlertid å bare rette seg mot de mer kvalitative og skjønnspregede tildelingskriteriene. Forarbeidene synes derfor ikke å stenge for at det oppstilles strengere materielle krav til prisevalueringen.

⁴⁵ Jf. Bergman og Lunander s. 61-62.

⁴⁶ Se om dette Trygstad s. 180.

⁴⁷ Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s. 67.

Jeg vil på denne bakgrunn argumentere for at det er lite behov for å etterlate rom for skjønn når man fastlegger de materielle reglene om beregning av prispoeng. Det kan kanskje være grunn til å innrømme oppdragsgiver en viss feilmargin, men rettsanvenderen bør i så fall være oppmerksom på at det er en matematisk unøyaktighet man godtar, ikke en veloverveid utøvelse av skjønn. Dette innebærer at i situasjoner hvor unøyaktighetene lett kan elimineres, er det mindre grunn til å være tilbakeholden med overprøvingen. Det kan være grunn til å forvente, og kanskje også håpe, at prøvingsintensiteten skjerpes jo mer komfortable domstolene og andre rettsanvendere blir med de matematiske realitetene som ligger bak beregning av prispoeng. En slik tendens kan kanskje spores i KOFAs praksis de senere år.

6.2.5 Konklusjon

På bakgrunn av de ovenstående rettskildefaktorene synes det trygt å bygge på at regelverket stiller visse materielle krav til oppdragsgivers beregning av prispoeng. Slike krav kan dels utledes av det skrevne regelverket, og dels av ulovfestede krav til oppdragsgivers skjønnsutøvelse. Kravene om forutberegnelighet, etterprøvbarehet og likebehandling er således ikke de eneste skrankene for valg av beregningsmodell.

Essensen i de materielle kravene er at oppdragsgivers poengberegning må kaste lys over tilbudenes økonomiske verdi på en noen lunde nøyaktig måte, ved å samsvare med den matematiske realiteten. Senere vil avhandlingen analysere nemndspraksis og andre rettskilder ved de forskjellige problemstillingene som oppstår, hvor også de mer formelle kravene i loa. § 5 spiller inn, og på denne bakgrunn forsøke antyde grensene for oppdragsgivers handlefrihet.

6.2.6 Er de materielle kravene deklarasjon?

Selv om det kan oppstilles materielle krav til poengberegningen, uavhengig av den konkrete påregneligheten, er det ikke nødvendigvis utelukket at en kunngjøring av poengberegningssmodellen kan påvirke vurderingen av dens innhold. Kunngjøringen vil i prinsippet ivareta kravet om konkurranse, fordi leverandørene kan spise sine tilbud inn mot modellen. Er modellen velvalgt, vil dette innebære at tilbudene blir spisset inn

mot oppdragsgivers behov. Ved at oppdragsgiver på forhånd binder seg til en bestemt modell, reduseres risikoen for at poengberegningen tilpasses de innkomne tilbudene for å favorisere en av disse. Videre kan leverandørene, ved å delta, sies å ha godtatt den urimelighet som modellen måtte medføre. I dette punkt er problemstillingen om de materielle kravene til oppdragsgivers poengberegningsmodell lempes dersom modellen har vært kunngjort. For å trekke en parallell til privatretten, kan det spørres om regelverkets materielle krav er helt eller delvis *deklaratoriske*.

I KOFA-2008-67 (Alarmsystem) viser nemnda, under drøftelsen av en poengberegningsmodells lovlighet, uttrykkelig til at modellen var kunngjort i konkurransegrunnlaget. Departementenes servicesenter hadde arrangert anbudskonkurranse om levering av alarm- og adgangskontrollsystem for departementsbygningene. Ved poengsetting av priskriteriet benyttet oppdragsgiver en forholdsmessighetsmodell, hvor billigste tilbud fikk 10 poeng og de resterende forholdsmessig lavere score. Dette ble kunngjort i konkurransegrunnlaget. Modellen medførte at valgte leverandørs tilbud, som var 27,98% dyrere enn klagers tilbud, fikk 21,9% færre poeng (7,81). Det forelå altså et avvik på 6,08 prosentpoeng.

Klager anførte at dette var i strid med plikten til å premiere relevante forskjeller, men fikk ikke medhold av nemnda. Etter å ha presentert den forholdsmessige modellen, uttaler KOFA bl.a. følgende i premiss 51:

«Etter klagenemndas syn må en slik fremgangsmåte sies å være egnet til å premiere relevante forskjeller mellom tilbudene, og utpeke det beste tilbudet. Ut fra dette kan klagenemnda ikke se at det kan reises noen vesentlig innvending mot den beregningsmodell innklagede har benyttet. *Det ble i konkurransegrunnlaget informert om tildelingskriterienes vekt og om den poengskala som ville bli brukt.*» (Uthevet her.)

Selv om nemnda viser til *poengskalaen*, fremgår det av sammenhengen at det er den forholdsmessige grunnmodellen den omtaler. Avviket i saken var ganske stort (6,08 prosentpoeng). Slik jeg leser avgjørelsen, er den derfor et eksempel på at kravene til

poengberegningens presisjon lempes når modellen er kunngjort på forhånd. God forutberegnelighet kan så å si oppveie mangelen på matematisk presisjon.

Avgjørelsen utgjør ikke i seg selv noe godt rettskildegrunnlag for en konklusjon i denne retning. Løsningen kan imidlertid sies å være i samsvar med reelle hensyn: Når både oppdragsgiver og leverandørene på forhånd vet hvordan konkurransen vil avgjøres, og leverandørene ved å delta kan sies å ha godtatt konkurransens vilkår, er det mindre grunn til rettslig overprøving.

Men selv om mye kan tale for at kravene til modellen lempes når den er kunngjort på forhånd, er det rimelig klart at det må også i slike situasjoner settes en grense. I KOFA-2010-43, omtalt under punkt 6.2.3 ovenfor, kom flertallet til at poengberegningen var ulovlig til tross for at modellen var kunngjort på forhånd. Flertallets konklusjon har, etter min mening, gode grunner for seg: Det bør ikke tillattes at konkurransen glir ut i vilkårlighet, bare fordi leverandørene var kjent med dette på forhånd. Stor grad av vilkårlighet vil i praksis stenge konkurransen for de leverandørene som ikke er villige til å konkurrere om flaks, kanskje fordi de nettopp kan levere de mest konkurransedyktige tilbudene. Dette strider mot det grunnleggende kravet om konkurranse i loa. § 5. Regelverkets krav til poengberegningen skal dessuten ikke bare ivareta leverandørens interesser, men også sikre effektiv bruk av det offentliges midler.⁴⁸

Det synes derfor klart at regelverket inneholder en kjerne av materielle krav, som ikke kan fravikes ved å kunngjøre en avvikende modell. Utenfor denne kjernen, i ytterkant av de materielle kravene, taler imidlertid mye for at reglene er deklarasjonelle. I praksis innebærer dette at når poengberegningen følger en på forhånd kunngjort modell, kan det være grunn til å godta noe større avvik fra det matematiske idealet enn ellers.

⁴⁸ Jf. Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s. 7.

6.3 Valg av grunnmodell

6.3.1 Innledning

Når en oppdragsgiver skal velge metode for å beregne poeng under tildelingskriteriet «pris», må denne først ta stilling til hvilken grunnleggende modell som skal brukes for å innplassere tilbudene på poengskalaen.

Ovenfor er det konkludert at det kan stilles visse materielle krav til poengberegningen, og at disse i grove trekk går ut på poengberegningen til en viss grad må samsvare med den økonomiske realiteten. Oppdragsgiver må derfor velge en grunnmodell som ivaretar dette kravet, i tillegg til de mer formelle kravene i loa. § 5.

Det kan raskt slås fast at rent skjønnsmessige innplasseringer på skalaen ikke vil godtas,⁴⁹ med mindre innplasseringen faktisk skulle vise seg å være noen lunde representativ.⁵⁰ Ei heller vil skjematisk innplasseringer, basert på tilbudenes rangforhold, oppfylle regelverkets krav.⁵¹ Innplasseringen må altså følge en eller annen matematisk modell. De to klart mest utbredte alternativene er lineær og forholdsmessig beregningsmodell. I det følgende behandles først den lineære, og deretter den forholdsmessige. Først gis en faktisk redegjørelse av hvordan modellen virker, og deretter drøftes rettslige problemstillinger ved modellen.

6.3.2 Lineære modeller

a) Beskrivelse

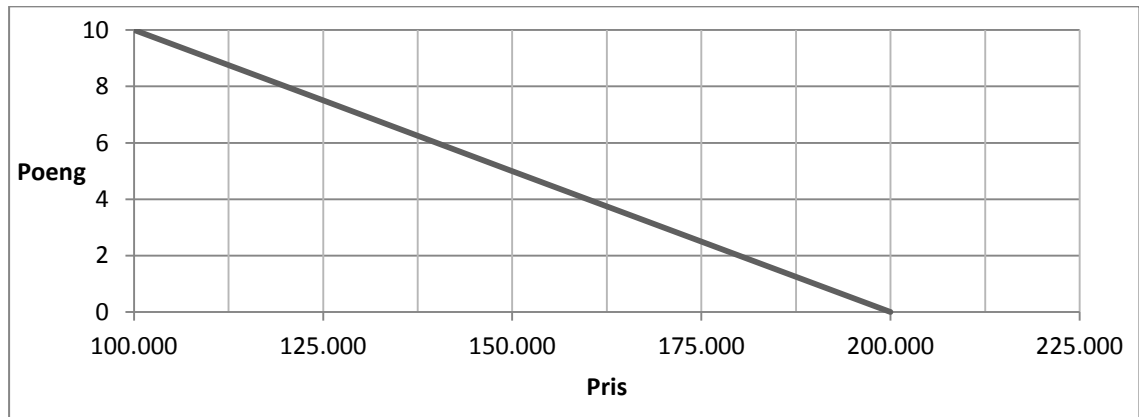
En lineær beregningsmetode innebærer at en ytterligere prisforskjell alltid gir like stort utslag på poengscoren, uavhengig av hvor stor prisforskjellen allerede er. Med andre ord er hver krone verdt like mange poeng. Modellen kan illustreres grafisk på følgende

⁴⁹ Se f.eks. KOFA-2007-30 (premiss 40 og 41). Kjernen i regelverkets materielle krav og reglenes formål taler også med styrke for denne konklusjonen.

⁵⁰ I KOFA-2007-150 (premiss 39) ble en skjønsmessig poengsetting av pris på en skala fra 1-5 godtatt, fordi den ikke var utslag av «et vilkårlig skjønn». Uttalelsen synes bygge på en mildere norm enn nemndas øvrige praksis, men både anførselene og drøftelsen er svært knappe.

⁵¹ Se KOFA-2009-192 (premiss 25), KOFA-2010-335 (premiss 100 flg.) og KOFA-2010-171 (premiss 40). Også denne konklusjonen har solid støtte i regelverkets formål og materielle krav.

måte, anvendt i en konkurranse hvor 10 er høyeste prisscore, og laveste tilbudte pris er kr. 100.000:



Standarden settes av billigste tilbud, som får full score, mens de resterende får lineært lavere score basert på hvor mye dyrere de er. Hvor stor poenguttelling en gitt prisforskjell medfører, avhenger av kurvens helning. Jo slakere kurven er, jo mindre poengmessig betydning får en gitt prisforskjell mellom to tilbud. Kurvens helning avhenger av hvor den bryter den horisontale aksene, altså hvor mye dyrere et tilbud må være for å få 0 poeng. Dette er noe oppdragsgiver må velge, og valget påvirker hvor mange kroner hvert kvalitetspoeng vil bli verdt i avveiningen av pris og kvalitet.⁵² I grafen ovenfor er det bestemt at grensen for 0 poeng skal gå ved tilbud som er 100% dyrere enn billigste.

Dersom modellen er utformet slik at et tilbud som er 100% dyrere enn billigste tilbud får 0 poeng, vil modellen gi prosentvise poengforskjeller som samsvarer med det prosentvise avviket i pris. Et tilbud som er 10% dyrere enn det billigste, vil få 10% færre poeng (f.eks. 9 av 10). Denne modellen oppnås ved å regne ut poeng etter følgende formel, der P er prisen som evalueres, L er laveste pris og 10 er høyeste mulige score:

$$Poeng = 10 - \frac{10x(P - L)}{L}$$

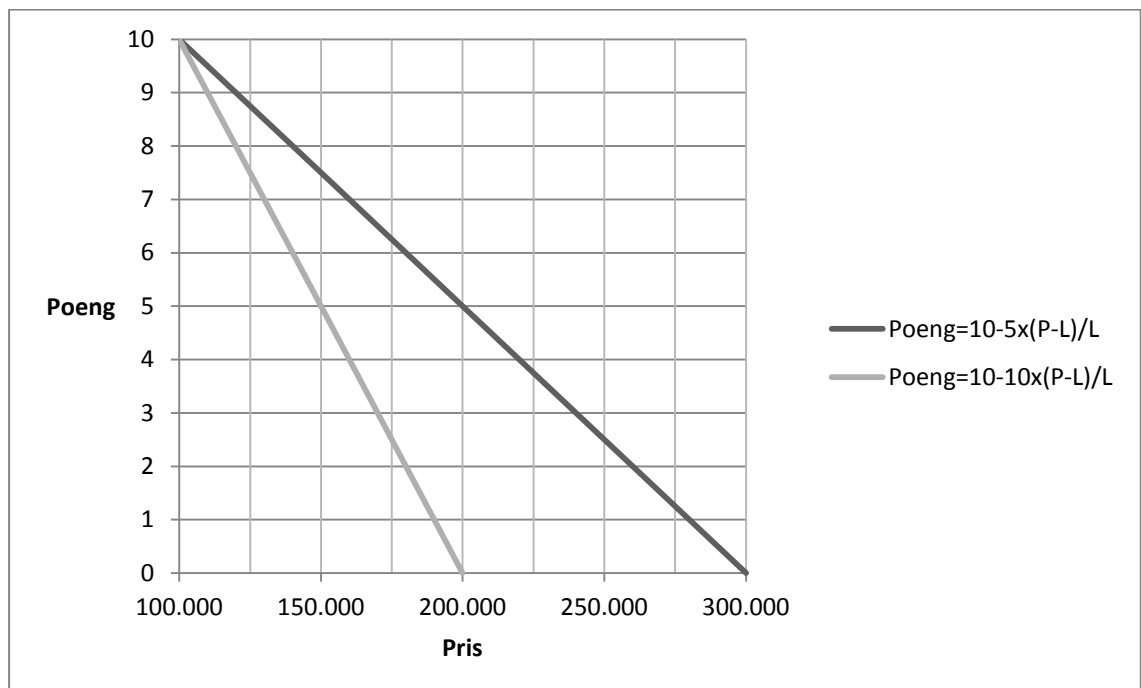
⁵² Jf. punkt 11 nedenfor.

Denne helningsgraden kalles i det følgende for *proporsjonalhelning*.

I praksis brukes imidlertid også slakere kurver, f.eks. kurver som bryter den horisontale aksene ved 300%. Dette medfører at den prosentmessige forskjellen i poeng blir mindre enn den prosentmessige forskjellen i pris. Modellen oppnås ved å senke multiplikasjonsfaktoren i formelen over, f.eks. slik:

$$Poeng = 10 - \frac{5x(P - L)}{L}$$

Sistnevnte formel vil gi 0 poeng først ved priser som er 300% så høye som den laveste. Hver krone har bare halvparten så stor innvirkning på scoren som ved proporsjonalhelningen. Forskjellen i helning kan framstilles grafisk på følgende måte, for en situasjon hvor 10 er høyeste poengscore og billigste pris er kr. 100.000:



Lovligheten av de forskjellige gradene av helning drøftes nedenfor under punkt c).

b) Kan lineære modeller lovlig velges?

Problemstillingen i dette punkt er om regelverket godtar at oppdragsgivere bruker den lineære beregningsmodellen ved beregning av prispoeng.

Reelle hensyn taler for å besvare problemstillingen bekreftende: At hver krone i forskjell produserer en like stor poengforskjell, er best i samsvar med kjernen i regelverkets materielle krav til poengberegningen, nemlig at denne skal reflektere prisforskjellene på en nøyaktig måte. Ved valg av proporsjonalhelning, vil den lineære skalaen innebære at den prosentmessige forskjellen mellom poengsummene nøyaktig tilsvarende den prosentmessige forskjellen mellom tilbudte priser. Når leverandørene på bakgrunn av tildelingskriterienes angitte vekt skal ta stilling til hvor høye priser de kan kreve, er det mest forutberegnelig at en prisforskjell på $x\%$ gir seg utslag i en uttelling på $x\%$ under priskriteriet.

KOFA har i en rekke saker godtatt bruk av lineære modeller, og har aldri slått ned på disse på generelt grunnlag. Praksisen er såpass bred og konsistent at den kan tillegges en viss rettskildewekt. Det er vanskelig å finne rettskildedefaktorer som trekker i motsatt retning. Konklusjonen må derfor bli at den lineære beregningsmodellen lovlig kan velges.

c) Krav til kurvens helning

Også lineære beregningsmodeller kan produsere avvik mellom forskjeller i pris og forskjeller i tildelte poeng. Dette vil oppstå dersom kurven har en annen helning enn proporsjonalhelning. Er kurven slakere, vil en gitt prisforskjell resultere i færre poengs forskjell, og motsatt hvis den er brattere. Problemstillingen her er hvor store slike avvik regelverket godtar. Sagt på en annen måte: Hvilke krav stiller regelverket til den lineære kurvens helning?

De avvik som oppstår ved å velge slakere eller brattere kurver, kan i prinsippet oppveies gjennom vektingen av tildelingskriteriene, slik at man beholder proporsjonaliteten mellom en gitt prisforskjell og en tilsvarende kvalitetsforskjell. Derfor har kurvens helning ikke noen betydning i seg selv, så lenge oppdragsgiver tilpasser vektingen til helningen, og opplyser om dette på forhånd. Bruker man en slakere kurve, må man øke priskriteriets relative vekt for å

bevare forholdet mellom pris og kvalitet. For at forholdet skal bli forutberegnelig, må man kunngjøre at det er dette som ligger bak vektingen. Dette er således et tilfelle hvor regelverkets materielle krav bør være deklarasjonelle. Det skjer imidlertid sjelden at oppdragsgiver uttrykkelig tilpasser evalueringsmodellen til en brattere eller slakere kurve. Derfor får det i praksis stor betydning hvilke deklarasjonelle krav regelverket stiller.

Etter min mening taler mye for at bare proporsjonalhelningen godtas når oppdragsgiver ikke har kunngjort noe annet. Denne resulterer jo i en poengsum som står nøyaktig i forhold til forskjellen i pris. Ethvert avvik fra helningen vil føre til at prispoengene gir mindre nøyaktig uttrykk for de reelle prisforskjellene, noe som igjen forrykker tildelingskriterienes vekt.⁵³ Dette er lite forutberegnelig for leverandørene, og strider mot essensen i regelverkets materielle krav til poengsettingen. Det er vanskelig å se at oppdragsgiver skal ha behov for å bruke avvikende helninger. Det eneste mulige problemet ved proporsjonalhelningen er at den når 0 poeng ved tilbud som er dobbelt så dyre som det billigste, og således er nødt til å operere med negative poeng for å reflektere prisforskjeller utover dette. Hittil har den rådende oppfatningen vært at negative poeng ikke er tillatt, men under punkt 13 nedenfor argumenteres det for at denne oppfatningen bør revideres.

Spørsmålet om kurvens helning er berørt i KOFA-2011-203. Her var det anvendt en lineær modell hvor tilbud først fikk 0 poeng hvis de var 150% dyrere enn billigste tilbud. Klager hadde en (for meg) uklar anførsel om at denne modellen innebar at det var avstanden mellom beste og dårligste tilbud som avgjorde poengforskjellene i konkurransen. Klager fikk ikke medhold. Etter å ha presentert den valgte poengberegningsmodellen, uttaler nemnda følgende i premiss 135:

«Etter klagenemndas oppfatning er det dermed det beste tilbudet som reelt sett setter grensen for hvordan de øvrige skal bedømmes, i alle fall ned til tilbud som er 150% dårligere enn dette. Dette må ut fra de opplysningene klagenemnda har i foreliggende sak, anses som en tilstrekkelig vid skala til at innklagede var i stand til å premiere de relevante forskjellene mellom tilbudene. Klagenemnda

⁵³ Jf. punkt 11 nedenfor.

kan da ikke se at det aktuelle poengberegningssystem skulle måtte anses usaklig eller uforsvarlig, eller på annen måte i strid med regelverket.»

Nemnda godtar altså her en slakere helning enn proporsjonalhelningen.

Helningsvinkelen blir imidlertid ikke uttrykkelig drøftet av nemnda, og den tar ikke stilling til de resultater den medførte. Det var heller ikke uttrykkelig anført at det var noe galt med helningen. Dette reduserer avgjørelsens overbevisningsverdi.

Rettskildeværdien til én enkelt avgjørelse er uansett liten.

Den lineære skalaens helning kom i større grad på spissen i KOFA-2009-279. Her hadde oppdragsgiver anvendt en lineær skala som ga 0 poeng først ved tilbud som var 200% dyrere enn billigste tilbud. Klager anførte at dette førte til resultater som var i strid med plikten til å premiere relevante forskjeller, og fikk medhold av nemnda. Etter å ha redegjort for det avviket helningen medførte, uttaler nemnda følgende i premiss 29:

«På denne bakgrunn er ikke tvilsomt at poengforskjellen mellom tilbyderne når det gjelder tildelingskriteriet pris, fremstår som betydelig mindre enn det den reelle priskforskjellen tilsier. *Dersom prisevalueringsmodellen gjenspeilte relevant forskjell i pris skulle leverandøren med den høyeste prisen ha oppnådd en score på omtrentlig 4,45 poeng, utregnet på bakgrunn av laveste pris. I oppsummeringsmatrisen har leverandøren fått totalscore 7,82. Legges 4,45 poeng til grunn, får leverandøren totalscore 6,70.*» (Uthevet her).

Det nemnda gjør i den uthevede delen av sitatet, er å sammenlikne scoren i konkurransen med en poengberegning som nøyaktig representerer forskjellen i pris. Den holder med andre ord konkurransens resultat opp mot det resultat proporsjonalhelningen ville gitt. Dette kan kanskje indikere at nemnda anser sistnevnte som et utgangspunkt, og bare er villig til å akseptere visse avvik fra dette utgangspunktet. Den helningen som ble underkjent i denne saken, vil produsere like store prosentvise avvik i alle saker, fordi avviket følger av den matematiske modellen. Avgjørelsen er dermed et argument for at slike helninger aldri er tillatt. Den har imidlertid liten rettskildevækt alene.

De to nemndsavgjørelsene er ikke direkte motstridende, fordi avviket fra proporsjonalhelningen var mindre i den første avgjørelsen enn i den siste. Umiddelbart kunne man tro at dette indikerer at nemnda vil trekke grensen for den tillatte helningen et sted mellom de helninger avgjørelsene behandler. Denne slutningen er imidlertid svært usikker, fordi kurvens helning ikke uttrykkelig problematiseres i den førstnevnte avgjørelsen. Som vist innledningsvis, taler regelverkets materielle hensiktsmessighetskrav og kravet til forutberegnelighet i loa. § 5 for at man ikke tillatter store avvik fra proporsjonalhelningen. Disse rettskildefaktorene bør veie tyngre enn den førstnevnte nemndsavgjørelsen.

Også i KOFA-2009-249 måler nemnda den lineære modellens resultat opp mot en nøyaktig, prosentmessig fordeling av poeng: «Hvis innklagede hadde benyttet metoden, hvor prosentvise forskjeller i pris blir gjenspeilet i samme prosentvise forskjeller i poeng, ville klager blitt tildelt 19,02 poeng» (premiss 23). Avviket i saken var imidlertid på hele 11,8 prosentpoeng, og det var noe uklart hvordan beregningen egentlig hadde foregått. Dette gjør avgjørelsen lite egnet til å trekke opp grensene for den lovlige helningsgraden. Den kan imidlertid leses som en bekreftelse på at nemnda anlegger proporsjonalhelningen som en målestokk for kurvens tillatte helning.

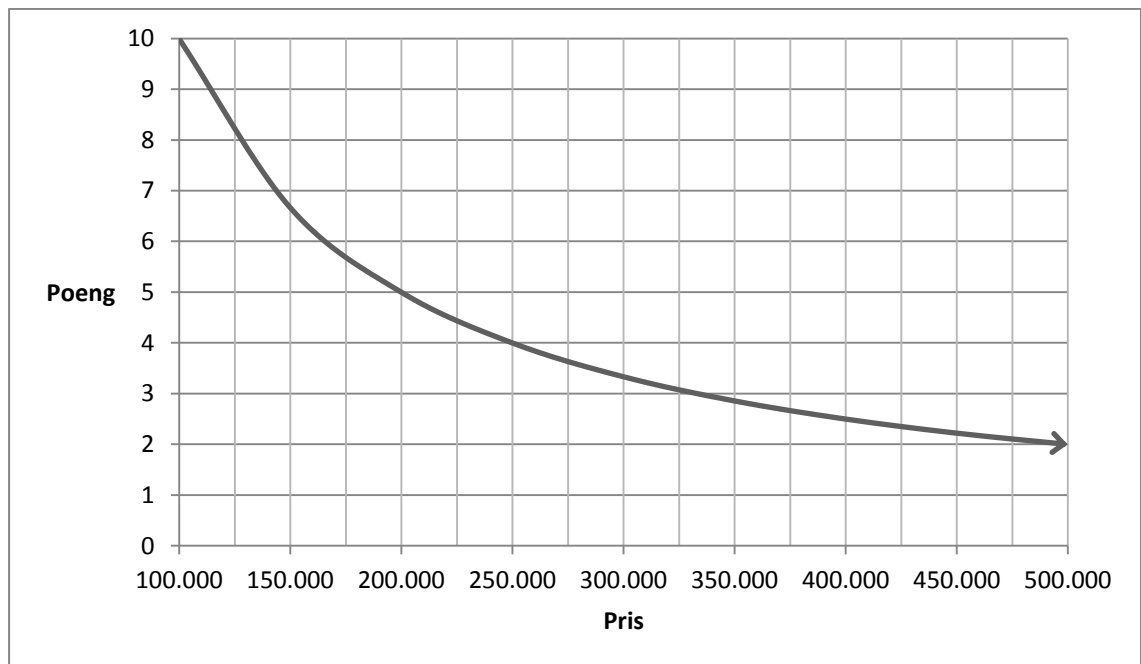
Konklusjonen blir at rettskildebildet er noe uklart, men at de beste grunner taler for at kun proporsjonalhelningen er tillatt som deklarasjonsnorm.

Det kan tenkes at nemnda og domstolene vil godta små avvik fra proporsjonalhelningen, f.eks. kurver som når 0 poeng ved tilbud som er 105% dyrere enn det billigste. Kurver med så små avvik brukes imidlertid ikke i praksis, og problemstillingen vil neppe komme på spissen.

6.3.3 Forholdsmessige modeller

a) Beskrivelse

En forholdsmessig modell medfører at en ytterligere prisøkning får mindre innvirkning på poengsummen jo høyere prisdifferensen allerede er. Sagt med andre ord: En «dyr» krone har mindre innvirkning på poengberegningen enn en «billig» krone. Modellen kan illustreres grafisk på følgende måte:

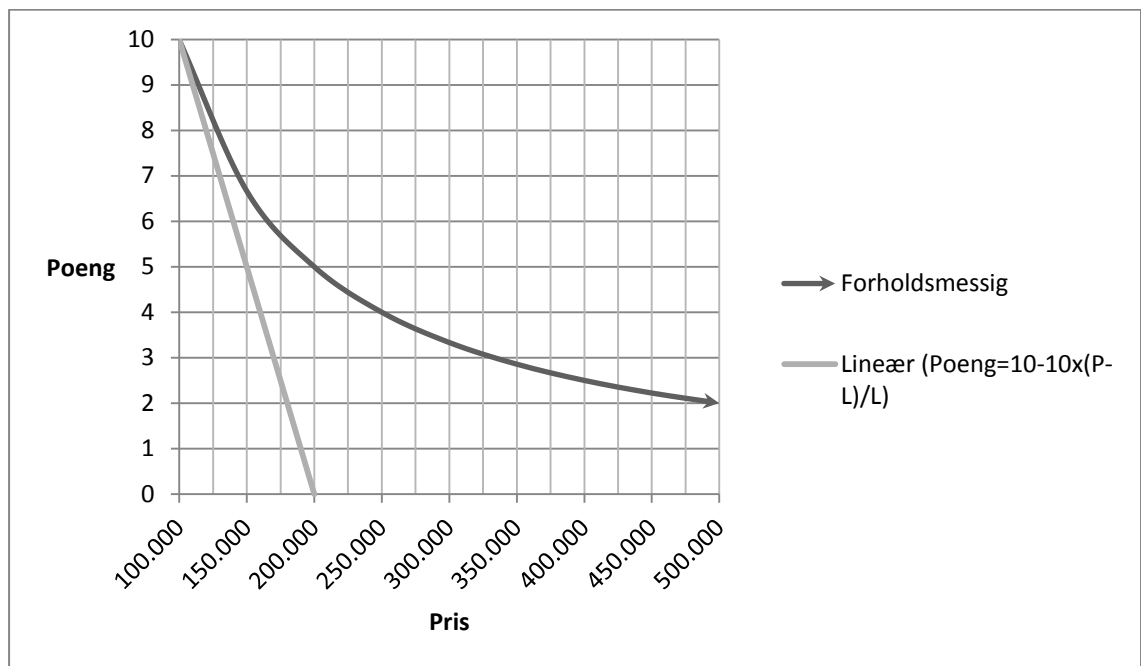


Modellen oppnås ved å regne ut poeng etter følgende formel, der L er laveste tilbudte pris, P er prisen som evalueres og 10 er høyeste mulige poengsum:

$$Poeng = \frac{10 \times L}{P}$$

Hvilken score et tilbud får, avhenger altså av forholdstallet mellom tilbudets pris og laveste pris i konkurransen. Kurvens helning følger av selve formelen, og vil være den samme hver gang modellen brukes. Modellen innebærer at det er umulig å få 0 poeng.

Metoden kan grafisk sammenliknes med den lineære modellen på nedenstående måte. Her er det for den lineære kurven valgt proporsjonalhelning. Grafen tar utgangspunkt i en situasjon hvor 10 er høyeste poengsum, og laveste pris er kr. 100.000:



b) Kan forholdsmessighetsmodellen lovlig velges?

Reelle hensyn tilsier etter min mening at det *ikke* skal være tillatt å bruke forholdsmessighetsmodellen.

Den forholdsmessige modellen innebærer at jo større prisforskjellen er, jo mindre vil en ytterlige prisøkning påvirke tilbudets poengscore. En slik beregning medfører at jo høyere prisen allerede er, jo mer vil oppdragsgiver kunne komme til å betale for en ytterligere kvalitetsøkning. Dette gir en leverandør som vet at sin pris er mye høyere enn laveste pris, oppfordring til å skru opp prisen ytterligere mot å tilby noe bedre kvalitet. En slik leverandør kan, litt enkelt sagt, tilby mindre kvalitet per krone enn de billigste, og likevel øke sin sjanse til å vinne konkurransen. Modellens resultat vil dermed føre til at kvalitet blir vektlagt høyere enn den kunngjorte vektingen av kriteriene tilsier. I virkeligheten fungerer oppdragsgivers betalingsvillighet som oftest motsatt: Budsjettgrenser og begrensede ressurser medfører at jo høyere prisen er, jo mindre villig blir oppdragsgiver til å betale ekstra for en gitt kvalitetsøkning. Prinsippet om synkende grensenytte tilsier at betalingsvilligheten for ekstra kvalitet er avtakende, ikke økende.⁵⁴ Forholdsmessighetsmodellen er derfor dårlig egnet til å ivareta de

⁵⁴ Se i denne retning Bergman og Lundberg s. 54.

materielle kravene til poengberegningen som kan utledes av regelverket; modellen kan føre til nokså vilkårlige resultater. Det kan også virke overraskende for leverandørene at høy pris i så liten grad påvirker poengene, og dermed kan modellen stride mot kravet om forutberegnelighet i loa. § 5.

På tross av de hensyn som er gjennomgått ovenfor, finnes det en rekke KOFA-avgjørelser som godkjenner bruk av forholdsmessighetsmodellen, senest KOFA-2012-144 (premiss 53). Nemnda har aldri slått ned på modellen på generelt grunnlag. Modellen har også blitt uttrykkelig godtatt i en lagmannsrettsdom, om enn med lite drøftelse.⁵⁵ KOFAs praksis er så bred, langvarig og konsistent at den må tillegges en viss rettskildevekt. Den nevnte lagmannsrettsdommen trekker i samme retning. Det er all grunn til å tro at enkelte oppdragsgivere har innrettet seg etter nemndas praksis. At praksisen har vært egnet til å skape innrettelse, kommer også til uttrykk ved at f.eks. Oslo kommunes veileder⁵⁶ på s. 9 framholder at slike modeller er lovlige. Innrettelseshensynet tilsier at KOFAs praksis på det nåværende tidspunkt må veie tyngre enn de reelle hensyn. Å forby forholdsmessighetsmodellen er antakelig så positivrettslig at det bør skje gjennom lov- eller forskriftsendring, eller en gradvis utvikling i praksis.

KOFAs praksis kan kanskje sies å åpne for en utvikling som går i retning av å forby den forholdsmessige modellen. Nemnda stiller nemlig krav til det resultatet modellen medfører, i form av at de poengforskjeller den produserer ikke må avvike for mye fra den faktiske forskjellen i pris. Dette kan åpne for å snevre inn den tillatte bruken av modellen, og over tid gå i retning av å forby den, ved å stille gradvis strengere krav til resultatet. Hvor store avvik regelverket tillater, behandles i neste punkt.

⁵⁵ LB-2010-68992 (søppelkjøringsdommen). Anke til Høyesterett ikke tillatt fremmet; ikke tilstrekkelig grunn til å fremme saken, jf. HR-2011-2323-U.

⁵⁶ Oslo kommunes veileder i utforming og evaluering av tildelingskriterier.

c) Den tillatte avviksmarginen

Det finnes som nevnt mange KOFA-avgjørelser som godtar bruk av forholdsmessige poengberegningsmodeller. Men når man skal forsøke antyde en grense for det tillatte avvik, er det først og fremst to avgjørelser som er interessante.

KOFA-2008-67 (Alarmsystem) gjaldt en anbudskonkurranse om levering av alarm- og adgangskontrollsystem for departementsbygningene. Ved poengsetting av priskriteriet benyttet oppdragsgiver en forholdsmessighetsmodell, hvor billigste tilbud fikk 10 poeng og de resterende forholdsmessig lavere score. Modellen medførte at valgte leverandørs tilbud, som var 27,98% dyrere enn klagers tilbud, fikk 21,9% færre poeng (7,81 mot 9,53). Klager anførte at resultatet var i strid med plikten til å premiere relevante forskjeller, og at oppdragsgiver pliktet å bruke en lineær modell. Dette var nemnda ikke enig i. Om valget mellom forskjellige poengberegningsmodeller, uttaler nemnda følgende i premiss 49:

«I den foreliggende sak er det klart at ulike beregningsmodeller ville gi forskjellig poengscore til de tre tilbyderne. I utgangspunktet ligger det imidlertid til oppdragsgivers skjønn å avgjøre hvilken beregningsmodell som skal benyttes ved poenggivning av pris. Poengberegningen må likevel sikre at relevante forskjeller mellom tilbudene gjenspeiles i de poengene tilbudene gis [...]»

Nemnda bygger altså på at den forholdsmessige modellen lovlig kan velges, til tross for at den kan føre til andre resultater enn den lineære. Den viser likevel til kravet om å premiere relevante forskjeller. Slik jeg leser uttalelsen, betyr dette at nemnda bare vil godta et visst avvik fra den matematiske realiteten.

I premiss 51 konkluderer nemnda med at den forholdsmessige beregningsmodellen i denne konkurransen må «sies å være egnet til å premiere relevante forskjeller mellom tilbudene, og utpeke det beste tilbudet.»

I denne saken var avviket mellom forskjell i pris på den ene side, og forskjellen i poeng på den andre side, nokså stort (6,08 prosentpoeng). Avgjørelsen er derfor et argument for at de avvik modellen medfører, må godtas i ikke ubetydelig grad. Men som vist

under punkt 6.2.6 ovenfor, legger nemnda vekt på at poengberegningsmodellen var kunngjort på forhånd, og dermed forutberegnelig. Det er derfor ikke gitt at et like stort avvik ville blitt godtatt dersom modellen ikke var kunngjort.

I KOFA-2011-176 (Venøs prøvetaking) hadde et helseforetak arrangert anbudskonkurranse om levering av utstyr for venøs prøvetaking. Klager anførte bl.a. at den forholdsmessige beregningsmodellen for priskriteriet ikke i tilstrekkelig grad premierte relevante forskjeller mellom tilbudene. Klager fikk ikke medhold. Om den konkrete bruken av poengberegningsmodellen uttaler nemnda følgende i premiss 70:

«Nemnda kan heller ikke se at den konkrete bruken av prisevalueringsmodellen i foreliggende sak fremstår som upåregnelig. Det vises til at klager har opplyst om at *den faktiske forskjellen mellom tilbudsprisene var 19 prosent, mens prisberegningsmodellen gav en differanse i poeng på 16 prosent. Dette gir en uoverensstemmelse på 3 prosentpoeng.* I sak 2008/67 godtok klagenemnda en uoverensstemmelse på 6,08 prosentpoeng. Etter dette har nemnda kommet til at prisberegningsmodellen benyttet i foreliggende sak i tilstrekkelig grad har sikret at relevante forskjeller mellom tilbudene ble gjenspeilet i poengene tilbudene fikk.» (Uthevet her).

Uttalelsen viser at nemnda vurderer forholdsmessighetsmodellens utslag opp mot hva en prosentmessig tildeling av poeng ville gitt – altså det resultat en lineær modell med proporsjonalhelning gir. Henvisningen til sak 2008/67 kan tilsi nemnda anser grensen for å ligge på rundt 6 prosentpoeng. En så nøyaktig grensedragning var imidlertid ikke nødvendig for resultatet, og slutningen blir således noe usikker.

De to avgjørelsene danner ikke noe godt rettskildegrunnlag for en skarp grensedragning. Det kan således lett tenkes at andre rettskildefaktorer veier tyngre. En slik rettskildefaktor kan være reelle hensyn, som bør ha en viss vekt når det ikke finnes autoritative kilder til løsning av spørsmålet. Reelle hensyn kan muligens tilsi at det stilles strengere krav til matematisk nøyaktighet enn det KOFA hittil har gjort. Ideelt sett bør det ikke finnes noe avvik overhodet. Når oppdragsgiver poengsetter prisen, bidrar dette til å bestemme hvor mye oppdragsgiver er villig til å betale for

kvalitetsforskjellene i konkurransen. Hvis prispoengene blir unøyaktig fastsatt, kan dette innebære at oppdragsgiver prioriterer kvalitet og pris annerledes enn det som fremgår av den på forhånd kunngjorte vektingen av kriteriene.⁵⁷ Det innebærer at konkurransen kan få et til dels vilkårlig utfall, som det er umulig for leverandørene å forutse. Jo større avvik regelverket godtar, jo større sannsynlighet er det for at vinnertilbudet ikke blir det tilbudet som – i henhold til den kunngjorte vektingen – er økonomisk mest fordelaktig. Dette undergraver hensynet til forutberegnelighet og konkurranse, og kan dessuten føre til mindre effektive innkjøp. Ved poengsetting av et tilbud på kr. 10 mill., medfører et avvik på 6 prosentpoeng at en prisforskjell på kr. 600.000 ikke reflekteres i poenggivningen. Når man vet at det ikke er uvanlig med ti ganger så høye priser i entreprisekonkurranser, innser man raskt behovet for normering av poengberegningen.

En mulig innvending mot å stille strengere krav til valget av grunnmodell, er hensynet til å lette oppdragsgivers byrde ved gjennomføring av konkurranser. Det synes imidlertid ikke å være mer byrdefullt å bruke en lineær beregningsmodell. Som drøftet under punkt 6.2.4 ovenfor, bør heller ikke oppdragsgivers behov for skjønnsfrihet kunne legitimere dårlig matematisk håndverk. Det er således ikke lett å se tungtveiende reelle hensyn som taler mot et skjerpet krav.

På denne bakgrunn taler avveiningen av de reelle hensyn, etter min mening, for at det stilles krav om en enda mer representativ poengberegning enn det nemnda hittil har krevd. Nøyaktig hvor grensen bør gå, er vanskelig å fastsette, og grensen kan endre seg over tid. Det må erkjennes at den forholdsmessige poengberegningssmodellen med nødvendighet produserer avvik i størrelsesordenen 6 prosentpoeng i mange tilfeller, jf. den ovenstående grafiske sammenlikningen av forholdsmessig og lineær modell. Skal man stille mye strengere krav, vil det derfor innebære at den forholdsmessige modellen i praksis blir forbudt, fordi bruken av den sjelden vil gi lovlige resultater. Det kan etter min mening være grunn til å imøtese en gradvis utvikling i skjerpende retning, som over tid medfører at den forholdsmessige beregningsmodellen faller ut av bruk.

⁵⁷ Jf. framstillingen av forbudet mot å forskyve tildelingskriterienes vekt under punkt 12 idel III nedenfor.

Dersom det på forhånd er kunngjort at den forholdsmessige modellen vil bli brukt, vil flere av de ovenstående hensynene mot miste noe av sin vekt. Leverandørene vil da i prinsippet kunne forutberegne hvordan deres priser vil bli poengsatt, og konkurrere på bakgrunn av denne kunnskapen. Dette kan tale for at representativitetskravet til en viss grad er deklarasjonskarakterisk, slik at det godtas større avvik når modellen på forhånd er kunngjort. Som nevnt ovenfor, kan KOFA-2008-67 (Alarmsystem) muligens være et eksempel på dette. Det er likevel en kjensgjerning at den forholdsmessige modellen kan gi ganske vilkårlige resultater, som stemmer dårlig med de reelle økonomiske forhold. Den praktiske muligheten til å forutberegne disse resultatene bør ikke overvurderes. Den tillatte avviksmarginen bør derfor være begrenset, selv om modellen er kunngjort på forhånd.

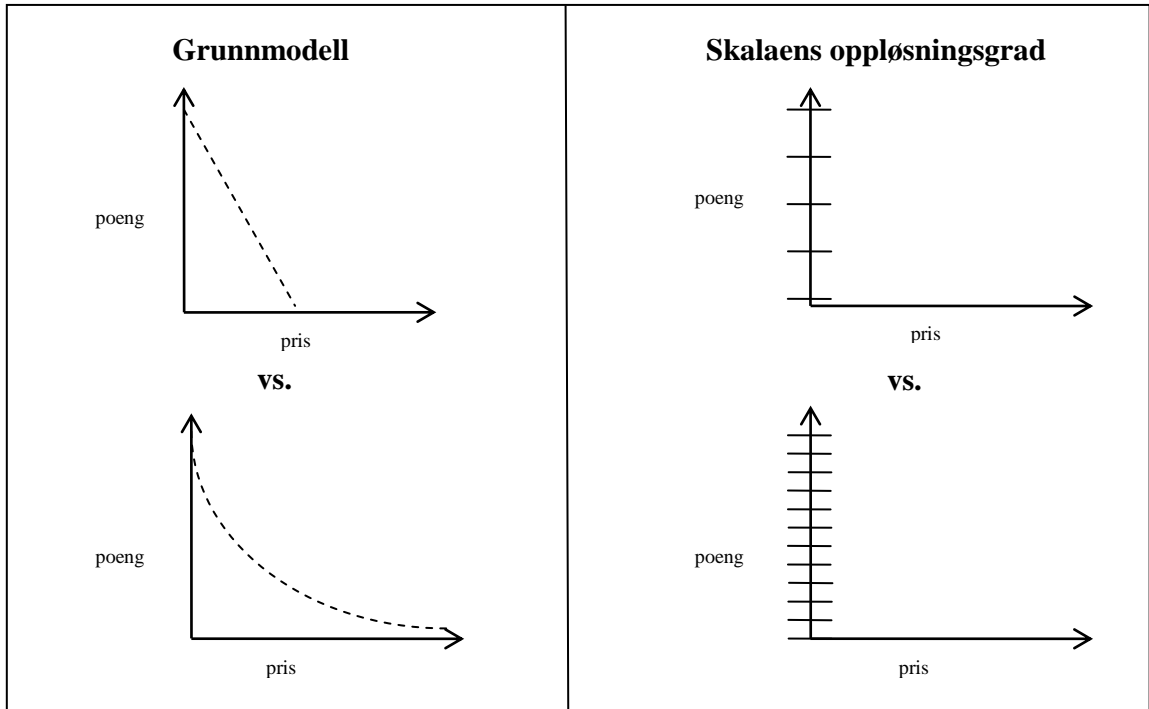
6.4 Valg av poengskalaens oppløsningsgrad

6.4.1 Problemstillingen

Problemstillingen under dette punktet er hvor finmasket regelverket krever at poengskalaen for priskriteriet skal være.

Forutsetningen for drøftelsen er at oppdragsgiver har overholdt de ovenfor beskrevne regler om valg av grunnmodell. Tilbudene er dermed riktig plassert i forhold til hverandre på kurven, og spørsmålet som gjenstår er hvordan deres plassering på kurven skal omregnes til konkrete poeng. Selv om tilbudene er riktig plassert i forhold til hverandre, er det fortsatt risiko for at forskjellen mellom tilbudene ikke reflekteres nøyaktig i poengene de får, som følge av at poengskalaen er for grovmasket. Den rettslige problemstillingen blir dermed hvor finmasket poengskalaen må være for at den skal overholde plikten til å reflektere relevante forskjeller. Spørsmålet blir, mer konkret, hvor store avvik mellom forskjeller i pris og forskjeller i poeng det godtas at skalaen produserer.

Illustrasjon av de to forskjellige problemstillingene:



Det er ikke nevneverdig vanskeligere å foreta en finmasket poengsetting av pris, enn det er å foreta en grovmasket. Alt som skal til, er å regne ut poengene med tilstrekkelig mange desimaler, og unnlate å runde av. Én desimal vil ofte være nok med mindre konkurransen er svært jevn, og det er sjelden nødvendig med mer enn to desimaler. Samtidig vil dette bidra til å oppfylle målet om en mest mulig representativ poengberegning. Mye kan derfor tale for at regelverket bør kreve at oppdragsgiver regner ut poengene med så små avvik at konkurransen får «riktig» utfall.

Målet i det følgende er å undersøke om regelverket virkelig stiller et slikt krav. Det rettslige grunnlaget vil være plikten til å reflektere relevante forskjeller, slik denne kan utledes av KOFA-praksis og andre rettskildefaktorer. Først, i punkt 6.4.2, analyseres spørsmålet i lys av det vurderingstema KOFA hittil har anlagt, nemlig hvor stort prosentmessig avvik som skal godtas. Deretter, i punkt 6.4.3, diskuteres hvorvidt man i stedet bør anlegge et annet vurderingstema.

6.4.2 Grensen for det tillatte avvik

a) Betydningen av kriteriets relative vekt

Det kan tenkes at den relative vekten til kriteriet som poengsettes påvirker hvor strenge krav som bør stilles til poengskalaens oppløsningsgrad.

Det virker umiddelbart naturlig at kriteriets vekt påvirker vurderingen. Jo større relativ vekt kriteriet som bedømmes har, jo større betydning vil avviket få i den endelige poengavregningen. Jo større vekt som legges på priskriteriet, jo større betydning kan avviket få for hvor mye oppdragsgiver ender opp med å betale for kvalitetsforskjellene. Styrken av de hensyn som bærer kravet om en nøyaktig poengberegning, øker derfor proporsjonalt med kriteriets vekt.

KOFA tillegger tildelingskriteriets relative vekt betydning i sak KOFA-2005-50 (Etterstad vgs). Oslo Kommune hadde gjennomført en åpen anbudskonkurranse for bygge- og anleggsarbeider i forbindelse med utbygging av Etterstad videregående skole. Klager anførte bl.a. å være usaklig forskjellsbehandlet. Klager tilbød lavest pris og fikk 10 av 10 prispoeng, men også en noe dyrere leverandør oppnådde samme score. Klagenemnda bygger på at prisforskjellen mellom de to var ca. 2,35%,⁵⁸ og uttaler følgende i premiss 43:

«I en konkurranse som denne, hvor prisen har stor betydning i vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbud (60%), bør imidlertid poengberegningen etter klagenemndas oppfatning i størst mulig grad gi uttrykk for de reelle prisforskjeller. Grensen for når det foreligger usaklig forskjellsbehandling i slike poengberegninger, er imidlertid vanskelig å angi eksakt og må bero på en konkret vurdering av det enkelte tilfellet.»

Dette momentet er fulgt opp i KOFA-2007-157 (Sorteringsreoler), hvor det var anført at oppdragsgivers poengskala resulterte i en prisscore som ikke reflekterte relevante

⁵⁸ Prisforskjellens størrelse var noe uklar i saken, men for denne analysens del er det tilstrekkelig å konstatere at nemnda tok utgangspunkt i en forskjell på ca. 2,35%.

forskjeller. I den konkrete vurderingen viser nemnda til KOFA-2005-50, og uttalte bl.a. følgende i premiss 45:

«I nærværende sak er prisen tillagt mindre vekt (35%). Klagenemnda har, etter en konkret vurdering av ovennevnte forhold, kommet til at innklagedes karakterskala ikke utgjør brudd på kravet til likebehandling i lovens § 5.»

Disse to nemndsavgjørelsene har ikke i seg selv noen vesentlig rettskildevekt. De er imidlertid i samsvar med den intuitive forståelsen presentert innledningsvis, og momentet har etter min mening gode grunner for seg: Jo større vekt priskriteriet har, jo større virkning får en uegnet poengberegning, noe som tilsier at det raskere bør slås ned på den.

Også dansk klagenemndspraksis synes å legge vekt på kriteriets relative vekt ved vurderingen av hvilke avvik som skal godtas. I KfU-9-1-2012 uttaler Nævnet at det «finder af de anførte grunde, at pointmodellen – som muligt kan anvendes uden problemer i andre sammenhænge – i det foreliggende tilfælde, hvor pris vægter 70%, ikke er egnet til at sikre den fastsatte vægning af priskriteriet». I KfU-19-5-2009 uttaler den at «[n]år underkriteriet pris vægtes med 50%, betyder en pointmodel med anvendte trinbredde, at betydningen af pris ikke kommer tilstrækkeligt til udtryk ved vægtingen [...]».

Etter dette taler de beste grunner for at tildelingskriteriets relative vekt tillegges betydning når det poengskalaens oppløsningsgrad vurderes i lys av det prosentmessige avvik skalaen produserer.

b) Den nærmere grensedragningen

Den ovenfor nevnte KOFA-2005-50 (Etterstad vgs.) er tilsynelatende interessant for hvor grensen for det tillatte avviket trekkes av KOFA. Som nevnt bygde nemnda på at prisforskjellen – som ikke resulterte i noen forskjell i poeng – var ca. 2,35%. Hvorvidt dette avviket var lovlig, konkluderer nemnda slik med:

«Slik saken er opplyst kommer klagenemnda, under tvil, til at det i dette tilfellet ikke er usaklig forskjellsbehandling å gi lik poengsum til klager og innklagede når klagers tilbud var ca 2,35% billigere.» (Premiss 44)

At nemnda er i tvil, skulle tilsi at dette er et grensetilfelle. Derfor taler avgjørelsen for at prisforskjeller noe større enn 2,35% i mange tilfeller må premieres når priskriteriet vektet så mye som 60%.

I KOFA-2007-157 (Sorteringsreoler) hadde Posten Norge AS gjennomført en konkurranse om kontrakt på levering av sorteringsreoler. Klager anførte at relevante forskjeller under tildelingskriteriet «pris» ikke var premiært. Klagers tilbud hadde en pris som var 3,09 % lavere enn tilbudet til valgte leverandør, men begge hadde fått 6 av 6 poeng. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at først ved et avvik på 5 % fra beste tilbudspris ville karakteren 5 bli gitt.

Som forklart under punkt a) ovenfor, kom nemnda til at avviket måtte godtas, under henvisning til Etterstad vgs.-avgjørelsen. Dette bekrefter at nemnda bygger vurderingen på det prosentvise avviket mellom forskjell i pris og forskjell i score, samt at den ser hen til hvor store avvik som tidligere er godtatt. At nemndspraksis på denne måten er konsistent, styrker til en viss grad dens rettskildevekt.

Avgjørelsen er et eksempel på at avvik over 3% er blitt godtatt. Nemnda legger imidlertid vekt på at priskriteriet her bare var vektet 35%. Det kan tilsi at grensen ikke trenger ligge så høyt i saker hvor priskriteriet er vektet høyere.

De to foregående avgjørelsene vurderer hvorvidt de tildelte poengene burde vært variert mer. KOFA-2010-32 (Vannforsyningsanlegg) slår ned på det motsatte, nemlig at det var for stor avstand i poeng i forhold til hva de reelle prisforskjellene skulle tilsi. Saken gjaldt en anbudskonkurranse for anskaffelse av planleggings- og prosjekteringstjenester for vannforsyningsanlegg. Det meldte seg to anbydere, som leverte hvert sitt tilbud. Deres priser ble oppgitt som timepriser, og den dyreste var 1,75% dyrere enn den andre (776 kr. mot 762,38 kr.). De ble gitt henholdsvis 10 og 9 prispoeng, altså en forskjell i poeng på 10 %. KOFA bedømmer avviket på følgende måte:

«Etter klagenemndas vurdering fremstår det som uventet og lite forutberegnelig at en så liten prisforskjell gir en såpass stor poengforskjell. Innklagede har begrunnet poenggivningen med at det var valgt en beregningsmodell uten bruk av desimaltall, og at også de øvrige tildelingskriteriene er poengsatt med hele tall. Dette endrer imidlertid ikke det forhold at prisforskjellen er gitt langt høyere poengmessig uttelling enn det prisforskjellen isolert sett skulle tilsi.»
(Premiss 16)

På denne bakgrunn kommer nemnda til at plikten til å premiere relevante forskjeller ikke var overholdt. I denne avgjørelsen ble dermed et avvik på 8,25 prosentpoeng (poengforskjell på 10% - prisforskjell på 1,75%) underkjent.

c) Konklusjon

Av de ovennevnte avgjørelsene er det bare én som har underkjent avvik som følge av poengskalaens oppløsningsgrad. Avviket i saken var på 8,25 prosentpoeng. Det finnes også et par andre avgjørelser som underkjenner for grove poengskalaer, men i disse er avviket vesentlig større.⁵⁹ De er derfor lite egnet til å trekke grensen for det tillatte.

De to avgjørelsene som godtar avvik på hhv. 2,35% og 3,09%, synes å være avsagt under tvil. Dette kan indikere at grensen går omtrent her, og at nemnda vil trekke grensen et sted mellom 2 og 3 prosent, avhengig av priskriteriets vekt. Det må imidlertid erkjennes at kildegrunlaget denne konklusjonen bygger på, er spinkelt. Som det vil fremgå i neste punkt, kan andre rettskildedefaktorer tale for å anlegge et helt annet vurderingstema ved vurderingen av hvor finmasket poengskalaen må være.

6.4.3 Hvilken betydning har det at poengskalaens oppløsningsgrad har påvirket resultatet av konkurransen?

I enkelte situasjoner vil det kunne påvises at en mer finmasket poengskala ville medført at konkurransen fikk et annet utfall. Det kan spørres om dette påvirker vurderingen av

⁵⁹ 28,7 prosentpoeng i KOFA-2007-30; 46,01 prosentpoeng i KOFA-2009-192.

poengskalaens lovlighet. Bør oppdragsgiver ha plikt til å anvende en poengskala som er så finmasket at den ikke forrykker resultatet av konkurransen, uavhengig av størrelsen på avviket den produserer?

Reelle hensyn taler i stor grad for å besvare spørsmålene bekreftende. De fleste vil være enig i at dersom alt annet er likt, bør et tilbud som er marginalt billigere enn de andre, vinne konkurransen. For hva skulle ellers være avgjørende? Dersom man tillater at den lille prisforskjellen ikke får avgjøre konkurransen, åpner man for at det i stedet blir vilkårlighet eller ulovlige hensyn som avgjøre konkurransen. På tilsvarende måte bør et tilbud som gir marginalt mer kvalitet per krone enn de øvrige, vinne konkurransen – selv om forskjellen er liten. Dette er best forenlig med målene om forutberegnelighet og konkurranse. Fordi det ikke er mer byrdefullt for oppdragsgiver å foreta en tilstrekkelig finmasket poengsetting, er det vanskelig å finne gode motargumenter mot de ovenstående hensyn.

KOFA ser imidlertid ikke ut til å dele denne oppfatningen. Problemstillingen har, så vidt jeg kan se, kommet på spissen i én nemndsavgjørelse: KOFA-2009-241. Norges vassdrags- og energidirektorat hadde arrangert anbudskonkurranse om rammeavtale på kjøp av gravemaskiner. Ved evalueringen av priskriteriet ble det brukt en poengskala fra 1 til 10 med én desimal for selve tildelingskriteriet, mens underkriteriene ble poengsatt med tre desimaler.

Både klager og valgte leverandør fikk 9 poeng på priskriteriet, til tross for at klager tilbød en noe lavere pris (prisene fremgår ikke av avgjørelsen). Dette resulterte i lik poengsum etter den endelige vektingen, og konkurransen ble avgjort med loddtrekning i valgte leverandørs favør. Klager anførte at det var i strid med plikten til å premiere relevante forskjeller at det ikke var benyttet tre desimaler, og påviste at ved bruk av tre desimaler ville deres tilbud fått 9,013 poeng, mens valgte leverandørs tilbud ville fått 8,958 poeng. Siden det kun ble brukt én desimal, ble disse poengsummene rundet henholdsvis opp og ned til 9. Hvis det hadde blitt brukt mint to desimaler, ville konkurransen altså fått et annet utfall.

Klager fikk ikke medhold av KOFA:

«Denne forskjellen er så liten at klagenemnda ikke kan se at innklagede har unnlatt å sikre at relevante forskjeller mellom tilbudene gjenspeiles i de poeng innklagede har gitt tilbudene. Klagenemnda kan derfor ikke se at innklagedes bruk av forskjellig antall desimaler ved avrunding av henholdsvis underkriterier og tildelingskriterier medfører et brudd på kravet til forutberegnelighet i lovens § 5.» (Premiss 26)

Det kan nok diskuteres om det virkelig var forutberegnelig for deltakerne i konkurransen at laveste pris ikke skulle vinne, når tilbudene scoret likt på kvalitetskriteriene. For meg er det vanskelig å være enig i at en prisforskjell som er stor nok til å avgjøre konkurransen, ikke skal regnes som «relevant». Det er fornuftig nok at regelverket ikke slår ned på bagatellmessige avvik. Men et avvik som forrykker resultatet av konkurransen, bør ikke anses som en bagatell, jf. de reelle hensyn som er diskutert ovenfor. Etter å ha sett hvor like prisene var, kunne oppdragsgiver uten problemer byttet til en utregning med to desimaler. Det er derfor vanskelig å se hvilke reelle hensyn som kan begrunne en frihet til å velge en poengskala som er så unøyaktig at den forrykker resultatet av konkurransen.

Avgjørelsen synliggjør, etter min mening, at avvikets absolutte størrelse ikke bør være det eneste avgrensningskriteriet når en rettsanvender tar stilling til hvorvidt en forskjell er stor nok til å være «relevant». Man bør også se hen til konsekvensene av avviket.

I den omtalte saken var avviket mellom de poengene som ble gitt, og de poengene som ville blitt gitt ved bruk av tre desimaler, bare 0,055 poeng: $(9 - 8,958) + (9,013 - 9)$. Dette tilsvarer 0,55% av poengskalaen fra 1-10. Dersom rammeavtalen som ble inngått skulle være verdt f.eks. kr. 10 mill., vil avviket tilsvare kr. 55.000. Det kan ikke utelukkes at nemnda, dersom avviket var enda større, ville lagt vekt på at beregningen var avgjørende for konkurransen utfall.

Spørsmålet blir om KOFAs løsning i saken kan anses som uttrykk for rettstilstanden. *De lege ferenda* er jeg ikke i tvil om at en poengskala som er så grov at den forrykker resultatet av konkurransen, bør stemples som ulovlig. *De lege lata* er imidlertid

rettskildebildet noe uklart. De autoritative rettskildefaktorene inneholder ingen uttrykkelige argumenter i noen retning. Kravene til forutberegnelighet og konkurranse i loa § 5 kan imidlertid sies å tale for en plikt til å regne ut poengene så nøyaktig at det er det tilbudet som i størst grad oppfyller tildelingskriteriene som vinner, selv om forskjellen er liten. Kjernen i regelverkets materielle hensiktsmessighetskrav trekker med styrke i samme retning. Tildelingskriteriene skal brukes til å utpeke «det økonomisk mest fordelaktige» tilbudet, jf. foa. § 22-2 (2). Det kan sies å stride mot ordlyden i dette kravet å ikke velge billigste tilbud, når tilbudene er bedømt å være like gode på kvalitet. På denne bakgrunn bør KOFA-2009-241 ikke tillegges avgjørende vekt.

Det som derimot kan så tvil om konklusjonen, er at et krav som skissert ovenfor er nokså positivrettslig. Det kan diskuteres om man bør stille opp en så skarpskåren forpliktelse uten uttrykkelige holdepunkter i de autoritative rettskildefaktorene. Kravet er imidlertid bare en videreføring av den grense KOFA har trukket opp. Forpliktelsen er lite byrdefull, og griper ikke inn i oppdragsgivers egentlige skjønnsfrihet. På denne bakgrunn ser jeg ikke sterke rettskildemessige motforestillinger mot å skjerpe inn vurderingstemaet.

Konklusjonen bør derfor være at oppdragsgiver plikter å anvende en poengskala som er finmasket nok til ikke å påvirke utfallet av konkurransen. I praksis innebærer dette å utforme poengskalaen med så mange desimaler at en ytterligere nyansering ikke vil gi konkurransen et annet utfall.

7 Poengsetting av kvalitetsforskjeller

7.1 Innledning

Når de tilbudte prisene er riktig poengsatt, gjenstår det å poengsette den tilbudte kvalitet. Først når begge deler er poengsatt, er det mulig å vekte kriteriene mot hverandre for å ta stilling til hvilket tilbud som tilbyr best valuta for pengene.

På samme måte som for priskriteriet, må man først ta stilling til *hvilke* forskjeller som skal tas i betraktning, og deretter hvordan disse forskjellene skal omsettes til poeng. I denne avhandlingen drøftes bare sistnevnte.

I likhet med poengberegning av pris, kan poengberegning av kvalitet spaltes opp i to operasjoner: Først må man innplassere tilbudene på en tenkt, trinnløs poengskala. Dette kalles her valg av grunnmodell. Deretter må man ta stilling til hvor finmasket skalaen skal være, og dermed hvor nøyaktig den reflekterer de relative forskjellene.⁶⁰ I det følgende behandles valg og bruk av grunnmodell i punkt 7.3, og deretter valg av poengskalaens oppløsningsgrad i punkt 7.4. Først diskuteres i hvilken grad regelverket inneholder materielle krav også til poengsetting av kvalitetsforskjeller.

7.2 I hvilken grad kan det stilles materielle krav til poengsetting av kvalitet?

På samme måte som for priskriteriet, er det klart nok at en poengsetting av kvalitetsforskjeller kan underkjennes hvis den strider mot de grunnleggende kravene til forutberegnelighet, gjennomsiktighet, etterprøvnbarhet og likebehandling i loa. § 5. I dette punkt drøftes hvorvidt det også finnes rettslig grunnlag for en ren rimelighetssensur av poengberegningen.

Tidligere i avhandlingen er spørsmålet besvart bekreftende for poengberegning av pris.⁶¹ De slutninger som for priskriteriet er trukket ut av loa. §§ 1 og 5, foa. § 22-2 og anskaffelsesdirektivet, gjør seg i utgangspunktet gjeldende også for de kvalitative kriteriene. Dette taler for et materielt krav om at også oppdragsgivers poengberegning av kvalitet må være egnet til å belyse tilbudenes økonomiske verdi på en noen lunde nøyaktig måte.

For kvalitetskriterier er det imidlertid vanskeligere å finne en objektiv målestokk for vurderingen. Ved beregning av kvalitetspoeng blir grensen mellom vurdering av tilbudenes egenskaper på den ene side, og på den annen side hvordan graden av

⁶⁰ I praksis foregår nok operasjonene oftest i motsatt rekkefølge. I denne avhandlingen behandles de likevel i samme rekkefølge som under den tilsvarende drøftelsen for priskriteriet.

⁶¹ Punkt 5.2.1.

oppfyllelse skal omsettes til poeng, mindre klar. Hvor god uttelling en kvalitetsforskjell skal ha, avhenger av hvor stor betydning den har for oppdragsgiver. Dette gir vurderingen et subjektivt element som ikke finnes ved poengberegningen av pris. Her er det derfor større behov for å etterlate et rom for innkjøpsfaglig skjønn.

KOFA-praksis synes likevel å stille visse krav til rimelighet også ved beregning av kvalitetspoeng. I KOFA-2004-275 hadde Avinor gjennomført en konkurranse om kjøp av flyplassbelysning. Blant tildelingskriteriene var «gjennomføringsevne», med underkriteriet «kompetanse/erfaring». Tilbydernes erfaring skulle poengsettes basert på intervaller av år: 1-10 år ga ett poeng, 11-15 år ga to poeng osv. Klager hadde 14 års erfaring, og fikk dermed to av fem poeng. Klager anførte at dette utgjorde en ulovlig poengberegning, fordi beregningen ikke premierte relevante forskjeller.

Nemnda presiserer rettstilstanden i premiss 50, og uttaler bl.a.:

«Rangeringen eller poenggivningen skal reflektere en faktisk forskjell i verdi på tilbudene for innklagede. [...] De grunnleggende kravene i lov om offentlige anskaffelser § 5 skal også overholdes ved evalueringen.»

Kravet om at poenggivningen skal reflektere en faktisk forskjell i verdi, blir ikke begrunnet i kravene til forutberegnelighet mv. Tvert om nevner nemnda at kravene i loa. § 5 «også» skal overholdes. Det tilsier at nemnda her utøver en sensur av poengsettingens rimelighet, ikke dens forutberegnelig. Det ville heller ikke vært mulig å begrunne resultatet i mangel på forutberegnelighet eller objektivitet, fordi poengberegningen var helt i tråd med opplysningene i konkurransegrunnlaget.

Et materielt krav synes også å ha blitt anvendt av nemnda i KOFA-2009-148 (Kopimaskiner). Hof kommune hadde arrangert konkurranse om kontrakt på levering av kopimaskiner. Tildelingskriteriene i konkurransen ble vurdert på en skala fra 1 til 10, bortsett fra tildelingskriteriet «kravspesifikasjon». Sistnevnte ble vurdert etter hva jeg vil kalle en serie av minimumsskalaer: Det var fem spesifikasjonskrav, og for hver av disse som var oppfylt fikk tilbudet to poeng, mens det fikk null poeng for kravene som

ikke var oppfylt. Klager anførte at dette utgjorde en ulovlig poengberegning, og fikk medhold av nemnda (premiss 44):

«Etter klagenemndas mening medfører dette at den evalueringsmetoden innklagede har benyttet ved evalueringen av tildelingskriteriet « *Kravspesifikasjon* » er for unyansert, og at modellen ikke fanger opp relevante forskjeller mellom tilbudene.»

Nemnda bygger altså direkte på at evalueringsmetoden var for «unyansert», uten å gå veien om kravet til forutberegnelighet. Avgjørelsen er således enda et eksempel på at nemnda stiller visse krav til poenggivningens hensiktsmessighet og rimelighet.

Også The General Court i EU har, i anskaffelsessaker hvor EU-organer opererer som oppdragsgiver, stilt opp et forbud mot «manifest errors of assessment» og «misuse of powers».⁶² Videre uttalte EF-domstolen i SIAC-saken at «the award criteria must be applied objectively and uniformly to all tenderers».⁶³ Så langt jeg kan se, har disse kravene først og fremst betydning for oppdragsgivers subsumsjon av tilbudene under tildelingskriteriene. Men dermed kan de også gjøre det lettere å overprøve den konkrete poengberegningen.

I en rekke avgjørelser har KOFA på tilsvarende måte uttalt at de skjønnsmessige vurderingene av kvalitet vil bli overprøvd dersom de er «usaklige», «vilkårlige», eller «uforholdsmessige».⁶⁴ Dette synes å gjelde både subsumsjonen under tildelingskriteriene og beregningen av poeng basert på graden av oppfyllelse. Sammen med de slutninger man kan trekke av loven, forskriften og direktivet, danner de ovennevnte kildene et ganske solid rettskildegrunnlag for at anskaffelsesregelverket til en viss grad stiller materielle krav til beregningen av kvalitetspoeng. Kravets nærmere innhold vil belyses i det følgende.

⁶² Se f.eks. T-514/09 (premiss 121) med videre henvisninger. Avgjørelsene bygger på EUs interne anskaffelsesregelverk (Rådets finansforordning 1605/2002 del V), og er derfor ikke direkte EØS-relevante, men kan likevel ha argumentasjonsverdi.

⁶³ C-19/00 (premiss 44). Se også Trygstad s. 167 og Arrowsmith s. 519.

⁶⁴ Jf. f.eks. KOFA-2009-174 (premiss 67) og KOFA-2011-131 (premiss 107).

Det er verdt å være oppmerksom på at ved poengsetting av kvalitet, flyter rimelighet og forutberegnelighet ofte sammen. Sammenliknet med poengsetting av pris, er det vanskelig å ha en klar oppfatning på forhånd om hvordan kvalitetsforskjeller vil bli poengsatt. Dette innebærer at når en poengsetting under et kvalitetskriterium blir stemplet som «uventet» eller lignende, vil det overraskende momentet ofte være at poengsettingen virker urimelig.

De materielle kravene til poengsetting av kvalitet bør være delvis deklarasjonsmessig, på tilsvarende måte som for priskriteriet.⁶⁵ De argumentene som tidligere er anført for den tilsvarende problemstillingen under priskriteriet, gjør seg i utgangspunktet gjeldende også her.

I enkelte situasjoner vil oppdragsgiver, ved å kunngjøre en beregningsmodell på forhånd, kunne sikre objektivitet, forutberegnelighet og konkurranse ved poengberegningen av kvalitet. Dette gjør seg først og fremst gjeldende ved kvalitetskriterier som lett kan kvantifiseres, f.eks. «leveringstid» og «erfaring». I slike tilfeller kan oppdragsgiver f.eks. kunngjøre hvilken poengsum nærmere angitte kvantitative spenn vil gi. Avinor-saken, behandlet i forrige punkt, gir et eksempel på dette. Som saken illustrerer, må det likevel trekkes en grense mot særlig urimelige resultater, selv om resultatet var fullt forutberegnelig for leverandørene. Mye taler altså for at også poengberegning av kvalitetskriterier reguleres av en kjerne av materielle krav som ikke er deklarasjonsmessige.

Ved kvalitetskriterier som ikke så lett lar seg kvantifisere, vil det på den annen side være vanskelig å kunngjøre noe generelt om hvordan oppdragsgiver vil poengsette kvalitet. Enkelte ganger vil det imidlertid være mulig å spesifisere hvilken uttelling bestemte egenskaper vil få, f.eks. hvor mange ekstrapoeng som vil gis for taklukk i en tilbudt buss. En slik kunngjøring vil ivareta hensynet til forutberegnelighet og konkurranse. Jo nærmere oppdragsgiver spesifiserer hvilken uttelling bestemte egenskaper vil få, jo mindre grunn er det til å underkjenne vurderingen rettslig.

⁶⁵ Jf. punkt 6.2.6 ovenfor.

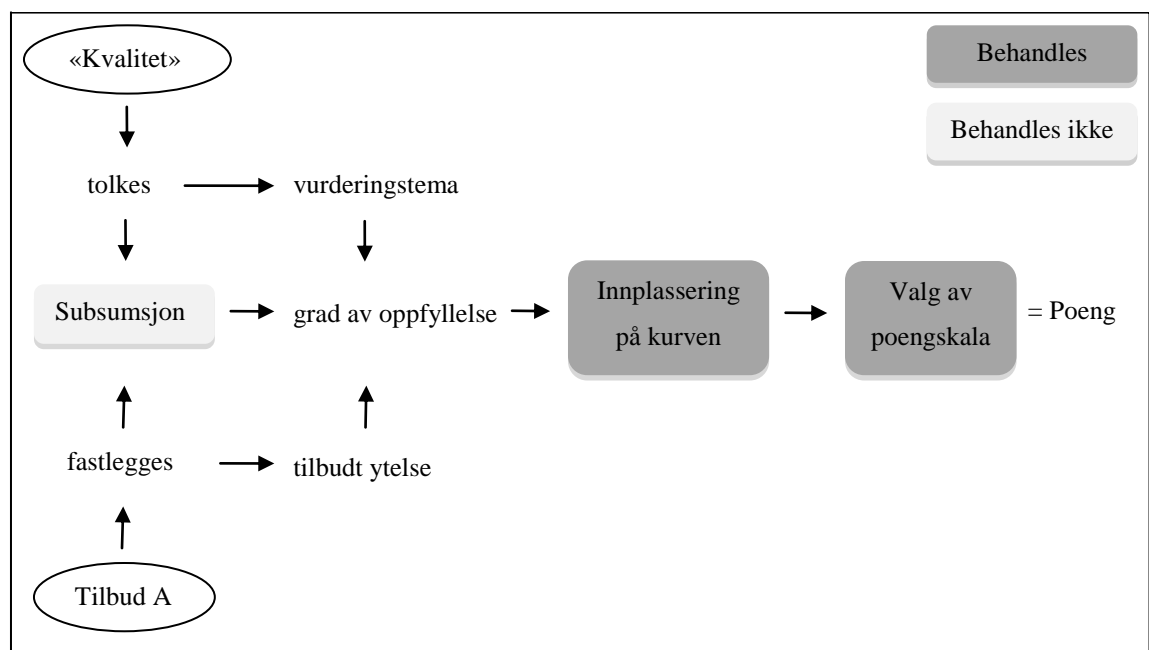
7.3 Innplassering på skalaen: Valg og bruk av grunnmodell

7.3.1 Problemstillingen

I dette punkt er problemstillingen hvilke krav regelverket stiller til oppdragsgivers innplassering av kvalitative egenskaper på poengskalaen. Den grunnmodell som velges, må være i stand til å ivareta de materielle kravene regelverket stiller, i tillegg til kravene til forutberegnelighet, likebehandling, gjennomsiktighet og etterprøvbarehet.

Når oppdragsgiver skal ta stilling til i hvilken grad et tilbud oppfyller et kvalitativt tildelingskriterium, vil vurdering langt på vei tilsvare den vurderingen man foretar for å ta stilling til hvorvidt en forskjell etter sin art er relevant: Oppdragsgiver må tolke tildelingskriteriet, fastlegge innholdet i tilbudet, og så subsumere tilbudet under det vurderingstema man har tolket seg fram til.⁶⁶ I det følgende drøftes ingen av disse operasjonene. Tema her er hvilke krav som stilles til oppdragsgivers innplassering av tilbudene *etter* at de er subsumert under tildelingskriteriet. Framstillingen forutsetter altså at de relevante faktiske forskjellene mellom tilbudene er identifisert på en lovlig måte, og spørsmålet blir hvilke krav regelverket stiller til innplassering av disse forskjellene på poengkurven.

Illustrasjon av rettsanvendelsesprosessen ved poengsetting under kvalitetskriterier:



⁶⁶ Se til illustrasjon KOFA-2011-146 (premiss 40).

Det må imidlertid erkjennes at grensegangen mellom subsumsjon og innplassering på kurven i en del tilfeller er uklar, og at framstillingen på enkelte punkter vil befinne seg i grenseland mellom disse to problemstillingene. Å holde fast ved det prinsipielle skillet kan imidlertid bidra til en klarere forståelse av reglene. De to neste punktene vil vise typetilfeller hvor skillet mellom problemstillingene trer klart fram, mens det tredje punktet nedenfor viser hvordan problemstillingene kan gli sammen.

7.3.2 Mulig grunnmodell: Fullskalaen

Ved kvalitative tildelingskriterier kan man sjelden anvende noen rent matematisk grunnmodell for å poengsette forskjellene mellom tilbudene. Det kan samtidig være vanskelig å plassere kvalitative egenskaper rent skjønnsmessig på en mer eller mindre finmasket skala, når man senere kan bli nødt til å begrunne hvorfor poengene ble som de ble. Av denne grunn kan det kanskje virke fristende å benytte seg av en mer skjematisk modell.

Det er ofte lettere å rangere tilbudene etter kvalitet enn å nøyaktig utmåle avstanden mellom dem. Av denne grunn kunne det umiddelbart virke hensiktsmessig å bruke en fullskala, dvs. en skala som har like mange trinn som det er tilbud, og hvor tilbudene blir plassert på skalaen etter deres innbyrdes rangering. Oppdragsgiver trenger da bare rangere den tilbudte kvalitet, uten å foreta noen nyansering av avstanden mellom tilbudene.

Det gjør seg imidlertid gjeldende sterke motforestillinger mot denne modellen. Man må ha in mente at poengsetting av de kvalitative kriteriene representerer hvor mye oppdragsgiver er villig til å betale for kvalitetsforskjellene mellom tilbudene. Veier «pris» og «kvalitet» f.eks. 50% hver, må oppdragsgiver være forberedt på å betale inntil halve prisspennet for forskjellen på beste og mellomste kvalitetsscore. Ved bruk av lineær grunnmodell med proporsjonalhelning, vil halve prisspennet tilsvare 50% av laveste tilbudte pris. Forskjellen på beste og mellomste kvalitet kan vise seg å være liten, dersom tilbudene i konkurransen er nokså like. Ved bruk av fullskalaen kan derfor oppdragsgiver ende opp med å betale svært mye for en liten kvalitetsforskjell. Den gir med andre ord vilkårlige resultater i enkelte tilfeller.

Regelverkets materielle krav om en viss nøyaktighet i poengsettingen, og kravet om forutberegnelighet i loa. § 5, taler med styrke mot å godta fullskalaen. Det samme gjør formålet bak reglene om kunngjøring av relativ vekting, fordi modellen kan medføre at forholdet mellom pris og kvalitet blir svært tilfeldig, slik at den kunngjorte vektingen mister sin informasjonsverdi. Selv om modellen skulle være kunngjort på forhånd, vil den ofte virke så vilkårlig at den bør underkjennes.

På tross av de ganske enkle poenget illustrert ovenfor, ser man noen eksempler på at skalaen brukes i praksis. Et slikt tilfelle var til behandling i KOFA-2011-1.

Tildelingskriteriet «kvalitet» var poengsatt ved at det var like mange poeng som tilbud, og tilbudene ble plassert fra øverst til nederst på skalaen i samsvar med en rangering av hvor gode de var. Dette var ikke nyansert nok for nemnda:

«Det har formodningen mot seg at det skal være forholdsmessig like stor kvalitetsmessig avstand mellom hvert av tilbudene i konkurransen. I et slikt tilfelle må det være opp til innklagede å vise at modellen har ført til et relevant og forsvarlig resultat.» (Premiss 43)

Med dette resonnementet slipper nemnda å gripe inn i det innkjøpsfaglige skjønn og ta stilling til hvorvidt forskjellen i kvalitet virkelig var så stor som poengene skulle tilsi. I stedet bygger den på en slags presumsjon om at dette ikke var tilfellet, og spiller ballen over til oppdragsgiver, ved å kreve at denne påviser at resultatet er rimelig. Saken er et eksempel på at rettsanvenderen også ved kvalitetskriterier kan overprøve poengberegningssmodellen som sådan, uten å ta stilling til den nøyaktige verdien av kvalitetsforskjellene i konkurransen. Avgjørelsen viser at nemnda er på linje med de slutninger som ovenfor er trukket fra loa. § 5 og regelverkets materielle rimelighetskrav.

Konklusjonen blir etter dette at fullskalaen i de fleste tilfeller vil lede til ulovlige resultater, og at den derfor ikke bør brukes.

7.3.3 Mulig grunnmodell: Minimumsskalaen

En annen form for skjematisk modell for poengberegning av kvalitet er minimumsskalaen. Dette er en skala hvor alle tilbud får samme score, forutsatt at de oppfyller visse minstekrav. Ved bruk av denne skalaen trenger oppdragsgiver bare ta stilling til om den tilbudte kvaliteten er over et visst nivå eller ikke. Det kan føles lettere for oppdragsgiver å gjøre dette, enn å skulle foreta en helt skjønnsmessig innplassering av tilbudene som man senere kan bli nødt til å begrunne.

Ulempen ved minimumsskalaen er imidlertid at med mindre tilbudene som hhv. oppfyller og ikke oppfyller minstekravet er veldig like, vil forskjeller i kvalitet bli uten betydning i vurderingen. Det er derfor grunn til å anta at skalaen i de fleste tilfeller vil produsere store avvik mellom poengene som gis og de faktiske forskjellene mellom tilbudene, og dermed komme i strid med plikten til å premiere relevante forskjeller. Dette tilsier at skalaen vanligvis ikke bør brukes. Det kan imidlertid tenkes at den vil være kurant i situasjoner hvor oppdragsgivers nytte av en egenskap ikke øker utover et bestemt nivå. Skal oppdragsgiver f.eks. anskaffe en buss, og er villig til å betale ekstra for takluke men ikke har noen preferanser for hvordan takluka skal være utformet, kan det være hensiktsmessig å bruke en enten-eller-modell: De leverandørene som tilbyr takluke får en poengsum som tilsvarer oppdragsgivers betalingsvillighet for takluke, mens de som ikke tilbyr takluke ikke får noen poeng.

En form for minimumsskala ble behandlet i KOFA-2004-294. Tvisten var foranlediget av en anbudskonkurranse hvor tre prekvalifiserte leverandører konkurrerte om kontrakt på oppføring av lokaler til en tingrett. Under tildelingskriteriet «leveringstid» hadde oppdragsgiver konstatert at alle tre leverandører oppfylte minimumskravet til leveringstiden, og gitt alle 40 av 40 poeng, til tross for at tilbudt leveringstid varierte mellom 31. mars og 1. juni. Dette utgjorde ifølge KOFA en ulovlig bruk av poengskalaen. Nemnda uttaler at

«Det kan ikke generelt legges til grunn at alle tilbud som oppfyller minstekravet skal få samme skår. Innklagede kan da heller ikke gi samtlige leverandører maksimal uttelling på dette kriteriet alene fordi de har gitt tilbud innenfor maksimalavviket på 6 måneder som var angitt for tildelingskriteriet. Med en så

finmasket skala som innklagede har valgt med 40 mulige poeng, må det være mulig å la forskjellene i tilbudt leveringstidspunkt reflekteres i poenggivningen.» (Premiss 67).

Nemndas standpunkt synes å være godt i tråd med regelverkets materielle krav om at poengberegningen kaster lys over tilbudenes økonomiske verdi.⁶⁷ Det kunne antakelig også vært begrunnet i kravene om forutberegnelighet og konkurranse i loa. § 5.

Kopimaskinsaken (KOFA-2009-148) er behandlet tidligere i avhandlingen. Som påpekt der, underkjente nemnda at tildelingskriteriet «kravspesifikasjon» ble poengsatt ved at et tilbud fikk to poeng for hvert spesifikasjonskrav som var oppfylt, og null for dem som ikke var oppfylt (premiss 44):

«Etter klagenemndas mening medfører dette at den evalueringsmetoden innklagede har benyttet ved evalueringen av tildelingskriteriet « Kravspesifikasjon » er for unyansert, og at modellen ikke fanger opp relevante forskjeller mellom tilbudene.»

Det er lett å være enig i denne konklusjonen. Poengberegningen var jo bare egnet til å skille mellom de tilbudene som hhv. oppfylte og ikke oppfylte spesifikasjonskravenes minstekrav, og ikke egnet til å skille mellom hvor godt eller dårlig de oppfylte kriteriene. Også i denne saken kunne nemnda slå ned på beregningsmetoden som sådan, uten å ta stilling til det enkelte tilbuds økonomiske verdi.

Som de to avgjørelsene viser, vil minimumsskalaen produsere uholdbare resultater i enkelte tilfeller. Antakelig skjer det bare unntaksvis at minimumsskalaen produserer representative poengsummer, nemlig ved enten-eller-situasjoner hvor oppdragsgiver ikke er villig til å betale noe for en ekstra økning i kvalitet, og samtidig ikke er villig til å betale noe for kvalitet som er under minstenivået. I slike situasjoner kan det være lovlig å bruke modellen, særlig dersom den er kunngjort på forhånd. Av denne grunn

⁶⁷ Trygstad s. 185 synes å oppfatte begrunnelsen som en henvisning til reglene om tildelingskriterienes utforming. Slik jeg leser begrunnelsen, kan den også oppfattes som en henvisning til reglene om bruk av kriteriene. Det er mulig at overgangen mellom de to problemstillingene er flytende.

kan man ikke konkludere med at skalaen helt generelt er forbudt, men derimot med at bruk av den i de fleste konkurranser vil bli kjent ulovlig.

7.3.4 Mulig grunnmodell: Skjønnsmessig innplassering

a) Innledning

Når skjematiske modeller i de fleste situasjoner er ute av stand til å ivareta regelverkets krav, blir løsningen at tilbudene i stedet må innplasseres på skalaen etter skjønn.

Dette kan gjøres ved at oppdragsgiver ser for seg best tenkelig kvalitet på markedet – et «idealtilbud» – og lar dette representere full score, mens tilbudene i konkurransen poengsette lenger ned på skalaen basert på hvor nær idealtilbudet de er. Det kan også tenkes at det beste tilbudet i konkurransen plasseres på topp, mens de andre innplasseres etter hvor nær de er det beste tilbudet. Denne løsningen står imidlertid i fare for å redusere forutberegneligheten av kriterienes vekt, fordi det blir vanskeligere å forutse hvor stort kvalitetsspenn poengskalaen representerer.⁶⁸

Dansk nemndspraksis bygger på at det ikke er tillatt å poengsette kvalitative tilbud etter hvor godt de gjør det i forhold til hverandre. Det er *påbudt* å poengsette dem i forhold til et tenkt idealtilbud, ifølge KfU. I KfU-12-2-2007 uttaler Nævnet følgende på s. 22: «Tildelingen af points for tilbuddenes opfyldelse af i hvert fald de kvalitative underkriterier skal således ske ud fra tilbuddenes forhold til de pågældende underkriterier og ikke du fra tilbuddenes forhold til hinanden.» Se også *EU Udbudsretten* s. 488 med videre henvisninger. Som framstillingen av vektningssystemet under punkt 11 vil vise, har et slikt påbud gode grunner for seg: Det er nødvendig for å opprettholde proporsjonaliteten mellom pris- og kvalitetskriteriene, og dermed hvor mange kroner hvert kvalitetspoeng er verdt. KOFA stiller imidlertid ikke noe slikt krav.⁶⁹ KOFA-2011-201 kan tvert om se ut til å bygge på det stikk motsatte syn, nemlig at kvalitetskriteriet *må* poengsettes med utgangspunkt i beste tilbud i konkurransen. Som det vil fremgå under punkt 12.5.3, taler mye for at dette synet ikke bør opprettholdes. For å redusere usikkerheten, kan det anbefales at oppdragsgiver kunngjør hva som vil være målestokken ved poengsetting av kvalitet.

⁶⁸ Jf. punkt 11.2 nedenfor.

⁶⁹ Se f.eks. KOFA-2008-67 (premiss 45).

Det er klart at skjønnsmessig innplassering er en lovlig grunnmodell for kvalitative kriterier. Problemstillingen blir hvilke krav regelverket stiller til *bruk* av grunnmodellen, altså oppdragsgivers skjønnsmessige innplassering.

Problemstillingen er for så vidt parallell med bruk av poengberegningsmodellene under priskriteriet. Den store forskjellen er at mens bruken av priskriteriet kan vurderes opp mot en objektiv målestokk – nemlig matematikk og logikk – mangler man en slik objektiv målestokk for overprøving av oppdragsgiver bruk av kvalitetskriteriene. Det som skal avgjøre innplasseringen, er jo hvor attraktivt tilbudet er for oppdragsgiver. Dette gir vurderingen et subjektivt element, og innebærer at oppdragsgivers vurderinger i seg selv må tillegges vekt.

På dette punkt kan det bli nær sagt umulig å skille mellom subsumsjon under tildelingskriteriet på den ene side, og poengberegning på den annen side. En overprøving av poenggivningen vil ofte kreve at rettsanvenderen også tar stilling til hvor verdifulle de faktiske forskjellene er. Adgangen til å overprøve poengberegningen vil således i mange tilfeller samsvare med adgangen til å overprøve oppdragsgivers subsumsjon av tilbudene under tildelingskriteriene. Mye tilsier derfor at man her må vise mye større respekt for det innkjøpsfaglige skjønn enn man må ved priskriteriet.⁷⁰ Dette er også lagt til grunn i KOFA-praksis, som i utgangspunktet stiller seg avvisende til å overprøve skjønnsmessige vurderinger av hvor mange poeng som skal gis.⁷¹ Også proposisjonens spesialmerknader til loa. § 8 forutsetter at evalueringen av kvalitet i begrenset grad er gjenstand for rettslig overprøving.⁷² Det er intet som tilsier at dette ikke også omfatter selve poengberegningen.

Likevel synes det rimelig klart at det må settes visse rettslige grenser for den skjønnsmessige plasseringen av tilbudene. Regelverket skal jo sikre en viss grad av forutberegnelighet, likebehandling, konkurranse og etterprøvbarhet, og inneholder også visse materielle rimelighetskrav. I det følgende undersøkes hvilke rettslige grenser som kan oppstilles.

⁷⁰ Jf. også Trygstad s. 165 flg.

⁷¹ Se f.eks. KOFA-2011-131 (premiss 107 flg.).

⁷² Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s. 67, jf. også punkt 6.2.4 ovenfor.

KOFA og domstolene vil også kunne overprøve vurderingen av faktum og tolkningen av både tildelingskriteriene og tilbudene, men dette faller som nevnt utenfor denne avhandlingens rammer. Håndhevelse av oppdragsgivers plikt til å begrunne valg av leverandør⁷³ kan være en effektivt erstatning for overprøving av skjønnet,⁷⁴ men også dette faller utenfor avhandlingens rammer.

b) Rt-1998-1398

Torghatten-dommen i Rt-1998-1398⁷⁵ gir et viktig eksempel på hvordan Høyesterett har gått fram for å overprøve oppdragsgivers vurdering av verdien til tilbudte egenskaper. Momentene oppdragsgiver la vekt på var ikke poengsatt, men avveid mot hverandre på en formløs måte. Problemstillingen i dommen grenser derfor opp mot subsumsjon av tilbudet under tildelingskriteriet, samt en overprøving av vektingen av momentene. Høyesteretts fremgangsmåte kan imidlertid også anvendes ved overprøving av en poengberegning. Dommen gir holdepunkter for at når en rettsanvender kan overprøve oppdragsgivers vurdering av tilbudenes verdi, en vurdering det kan være nødvendig å gripe inn i også når det er selve poengberegningen som overprøves. Dommen har således en viss interesse for problemstillingen som drøftes her.

Saksøker, Torghatten, hadde tapt en anbudskonkurransen om konsesjon og tilskudd til fergedrift på en bestemt strekning, til tross for at deres tilbud var kr. 221.000 billigere enn vinnerens. Dette utgjør rundt 1% av anbudssummene. Oppdragsgiver hadde bl.a. lagt vekt på at Torghattens tilbudte fartøy hadde en servicefart på 27 knop mot vinnerens 28 knop, noe som innebar en forskjell i overfartstid på ca. ett minutt. Dette burde ifølge Høyesterett ikke blitt avgjørende. Retten viser til at momentene *standard*, *størrelse* og *alder* talte i Torghattens favør, og at overfartstiden derfor ikke burde bli avgjørende:

⁷³ Jf. foa. §§ 22-3 jf. 20-16.

⁷⁴ Slik også Trygstad s. 180-181.

⁷⁵ Det var dissens 3-2 om erstatningsutmålingen, men enstemmighet om de spørsmål som drøftes her.

«Det er imidlertid ikke anført at Torghatten ville få problemer med å holde de fastsatte rutetidene. Hensynet til passasjerene tilsa dermed at de tre andre momentene burde tillegges størst vekt.» (S. 1407)

Og videre:

«Konklusjonen så langt er dermed at av de momentene som var uttrykkelig angitt i kravsspesifikasjonen, var det bare servicefart som talte i [valgte leverandørs] favør. Men da den neppe ville få betydning for passasjerene, gir dette en sterk presumsjon for at Torghatten skulle ha vært valgt.» (S. 1407-1408)

Det Høyesterett etter min forståelse gjør her, er å ta selvstendig stilling til den økonomiske verdien av egenskapene ved tilbudet. Retten konkluderer med at en prisforskjell på kr. 221.000 og bedre standard, størrelse og alder på fartøyet, var mer verdifullt enn en overfartstid som er ett minutt kortere. Dette innebærer en overprøving av det innkjøpsfaglige skjønnet; vanligvis er det jo oppdragsgiver som er best egnet til å prioritere hva som er økonomisk mest fordelaktig. Man kan imidlertid hevde at retten her ikke går så fryktelig langt i denne overprøvingen: De fleste vil være samstemte i at den lille forskjellen i overfartstid er mindre betydningsfull enn forskjellene i pris, standard, størrelse og alder til sammen. Dommen er derfor et argument for at oppdragsgivers poengsetting kan overprøves iallfall når den er åpenbart urimelig.

Det er verdt å legge merke til at Høyesterett anfører *passasjerenes* interesse, og ikke kommunens interesse, som målestokk for vurderingen. Dermed anlegger den et vurderingstema som det er lettere for domstolen å overprøve: Det ville være kommunen som var best skikket til å ta stilling til hva som var i *dens* interesse, mens domstolene kan være like skikket til å ta stilling til hva som er i *innbyggernes* interesse. Denne teknikken kan tenkes å skape større rom for overprøving av en poengberegning.

Torghatten-dommen er eldre enn dagens forskrift, og ble avgjort med rettslig grunnlag i alminnelig forvaltningsrett. Retten la imidlertid også vekt på alminnelige anbudsrettslige prinsipper. Vurderingstemaet ved overprøvingen ser ut til å være

omtrent det samme som dagens anskaffelsesregler stiller opp, og dommen bør derfor ha relevans i anskaffelsessaker. Den type konsesjonsavtale dommen gjelder, vil i fremtiden omfattes av anskaffelsesregelverket, dersom Kommisjonens forslag til direktiv om dette blir vedtatt.⁷⁶ På grunn av den store utviklingen som har skjedd siden domstidspunktet, med en betydelig mer intensiv rettslig regulering av offentlige anbudskonkurranser, kan det nok være grunn til å anta at Høyesterett vil anlegge en enda mer intensiv prøving i anskaffelsessaker i dag.

c) KOFA-praksis

KOFAs arbeidsmåte kan sette grenser for hvilke muligheter den har til å underkjenne en poengberegning av kvalitet. Et eksempel på dette gir KOFA-2011-201 (Bussrute). I en konkurranse om kontrakt på bussruteproduksjon var bussene kvalitet poengsatt skjønnsmessig. Klager hadde fått til sammen 0,33 poeng mer enn valgte leverandør, på en skala fra 0-6. Klager anførte at poengforskjellen skulle vært større, og la fram dokumentasjon på at deres tilbudte egenskaper hadde en markedsverdi som betydelig oversteg valgte leverandørs tilbudte egenskaper (de eksakte tallene er sladdet i avgjørelsen). Nemnda sa seg ikke villig til å overprøve dette:

«Etter nemndas syns forutsetter en reell overprøving av hvorvidt innklagede har gått utenfor grensene for sin skjønnsfrihet ved at klager bare har fått 0,33 poeng høyere poengsum enn valgte leverandør, en teknisk ekspertise som nemnda ikke besitter.» (Premiss 126).

Tilsvarende henvisninger til manglende teknisk ekspertise finnes i flere avgjørelser.⁷⁷ Når tekniske og faglige vurderinger er nødvendig for å etterprøve oppdragsgivers poengberegning, kan nok domstolene anlegge en høyere prøvingsintensitet, fordi de har en arbeidsmåte som er mer egnet til å belyse slike spørsmål. Domstolene kan bygge på sakkyndige vitnemål, eller settes med sakkyndige meddommere.⁷⁸

⁷⁶ Se 2011/0437 (COD).

⁷⁷ Se f.eks. KOFA-2012-52 (premiss 63).

⁷⁸ Som et eksempel på at en domstol satt med sakkyndige meddommere går grundig til verks i vurderingen av tekniske og faglige spørsmål, se RG-2012-25.

Selv om de faktiske forskjellene mellom tilbudene er klarlagt på en forsvarlig måte, kan behovet for å respektere oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn sette begrensninger i overprøvingen av poengsetting. KOFA-2010-169 (Matvarer) kan sees som et eksempel på dette. Tvisten gjaldt et helseforetak som hadde arrangert anbudskonkurranse om rammeavtale på levering av visse matvarer. Blant tildelingskriteriene var «Leveringskvalitet og kvalitetssikring», hvor bl.a. grad av leveranser levert i tide (servicegrad) var relevant. Klager hadde garantert en servicegrad på 98%, mens valgte leverandør ikke kunne anses å ha lovet mer enn 97%, som var en kravspesifikasjon. Klager anførte at denne skulle hatt bedre uttelling under tildelingskriteriet fordi den lovet høyere servicegrad.

Dette var nemnda ikke enig i, med følgende begrunnelse i premiss 76:

«Innklagede har forklart at bakgrunnen for at leverandørene ikke ble gitt ulik poengscore på dette punktet, var at begge leverandørene beskrev en servicegrad som oversteg oppdragsgivers krav. At klager garanterer en servicegrad på 98% har dermed ikke blitt gitt ytterligere uttelling, da det verken var hensiktsmessig eller behov for å gradere tilbudene på dette punktet.»

Det ser ut til å være respekten for det innkjøpsfaglige skjønn som bærer konklusjonen. En servicegrad på ytterligere 1% *kan* jo subsumeres under tildelingskriteriet, og de fleste vil vel mene at den ytterligere servicegraden har en økonomisk verdi. Likevel kan mye tale for å overlate denne vurderingen til oppdragsgiver. Det er oppdragsgiver som er nærmest til å avgjøre i hvilken grad forskjellen virkelig har betydning. Avgjørelsen kan være et eksempel på at det ikke skal skje noen rettslig finjustering av oppdragsgivers poengberegning.

Selv om respekten for oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn legger en demper på prøvingsintensiteten, synes nemnda likevel å være villig til å gripe inn når urimeligheten når et visst nivå. I KOFA-2012-122 (Vaskeri) hadde en kommune arrangert anbudskonkurranse om kontrakt på vaskeritjenester. Under tildelingskriteriet «kvalitet, levering og service» hadde oppdragsgiver vurdert noen underpunkter, bl.a. «leveringsgaranti», hvor klager fikk 23 poeng mens valgte leverandør fikk full score

med 80 poeng. Oppdragsgiver begrunnet forskjellen i avstanden til reservevaskeri. Det var ca. 126 km. til klagers reservevaskeri, og ca. 50 km. til valgte leverandørs reservevaskeri. Det var omtvistet om det overhodet var adgang til å legge vekt på denne forskjellen, noe nemnda ikke trengte ta endelig stilling til, fordi poengforskjellen uansett var for høy:

«Avstand til reservevaskeri har i det foreliggende tilfellet ført til en poengforskjell på 71,25 % for punktet "leveringsgaranti", som totalt utgjorde 14,25 % av tildelingskriteriet. Reservevaskeri fremstår som et underordnet element ved anskaffelsen, og reservevaskeri var ikke nevnt i angivelsen av tildelingskriteriet i konkurransegrunnlaget.» (Premiss 39)

Avstand er et kvalitativt moment som til en viss grad kan vurderes matematisk. Skal man våge å prosentregne på det, ble her en forskjell i avstand ca. 60% gitt en forskjell i poeng på 71,25%, noe som gir et avvik på i overkant av 10 prosentpoeng. Forskjellens økonomiske verdi kan imidlertid også bero på skjønnsmessige elementer som regnestykket ikke reflekterer. Oppdragsgiver begrunnet den store poengforskjellen med at man i akutte tilfeller kunne forvente lavere aksjonstid fra valgte leverandør. I slike akutte situasjoner kan det tenkes at betydningen av avstand er eksponentiell. På denne bakgrunn synes unøyaktigheten i poengberegningen ikke å være mer enn moderat.

Avgjørelsen kan således være et eksempel på at i tilfeller hvor nemndas arbeidsmåte ikke setter begrensninger, kan den være villige til å gå poengberegningen nokså nøye etter i sømmene. Men det er mulig at den høye prøvingsintensiteten skyldes at kriteriet til en viss grad kan bedømmes kvantitativt, slik at nemnda tilsynelatende har en objektiv målestokk å forholde seg til. Nemndas henvisning til konkurransegrunnlaget kan dessuten tilsi at poengsettingen ville blitt godkjent dersom den var varslet der, og at det således ikke er kjernen i regelverkets materielle krav som rammer poengberegningen.

d) Lempes kravene når tilbudene er relativt like?

Jo likere tilbudenes kvaliteter er, jo vanskeligere er det å skille mellom dem på en representativ måte når de skal innplasseres på poengskalaen. Ofte vil poengskalaen

være såpass grovmasket at de fineste nyansene ikke er nok til å utgjøre et poengs forskjell. Derfor kan det, etter en ureflektert betraktning, virke hensiktsmessig å godta at en gitt kvalitetsforskjell får større utslag ved anskaffelse av ting som typisk er ganske like i kvalitet. Dette ville bidra til at poengene varieres i større grad, og at de forskjellene som finnes faktisk tillegges betydning i vurderingen.

KOFA bygger på et slikt syn i KOFA-2008-46. Hedmark fylkeskommune arrangerte anbudskonkurranse om kjøp/ leie og drift av kopimaskiner. De kvalitative kriteriene ble vurdert på en skala fra 1 til 5 poeng uten desimaler, som så ble regnet om til tillegg i prisen. Klager anførte at denne skalaen var for grovmasket, på den måte at små forskjeller i kvalitet kunne medføre et relativt stort avvik i poeng. Til dette kommenterer KOFA bl.a. følgende (premiss 44):

«Hvor store forskjeller som må kreves for at det skal kunne gis en poengdifferanse på ett poeng vil kunne variere med anskaffelsens art, og hvor store forskjeller det vanligvis er mellom tilbudene i en bestemt bransje. I tilfeller hvor tilbudene stort sett er ganske like, må det kunne aksepteres at det kreves mindre forskjeller for å gi ett poengs differanse enn i tilfeller hvor forskjellene mellom tilbudene er store. I dette tilfellet har klager selv fremhevet at produktene i bransjen er svært like. Klagenemnda finner etter dette at innklagedes poenggivning ikke har vært uforholdsmessig eller er i strid med kravene i lovens § 5, herunder kravet til forutberegnelighet.»

Problemet med et slikt synspunkt er at den relative vektningen av kriteriene blir forskjøvet. Hvis alle tilbudene i en konkurranse er ganske like kvalitetsmessig, og det derfor aksepteres at en liten forskjell i kvalitet gis et relativt stort utslag i poeng, medfører dette at kvalitetsforskjellen får større betydning i forhold til de øvrige tildelingskriteriene enn angivelsen av den relative vekten skulle tilsi. Dette harmonerer dårlig med forbudet mot å forskyve kriterienes relative vekt.⁷⁹ Oppdragsgiver risikerer i et slikt tilfelle å betale uforholdsmessig mye for en kvalitetsforskjell, noe som kan være lite forutberegnelig. Skal en slik poengberegning bli forutberegnelig, bør den

⁷⁹ Dette forbudet er nærmere behandlet i punkt 12.2.

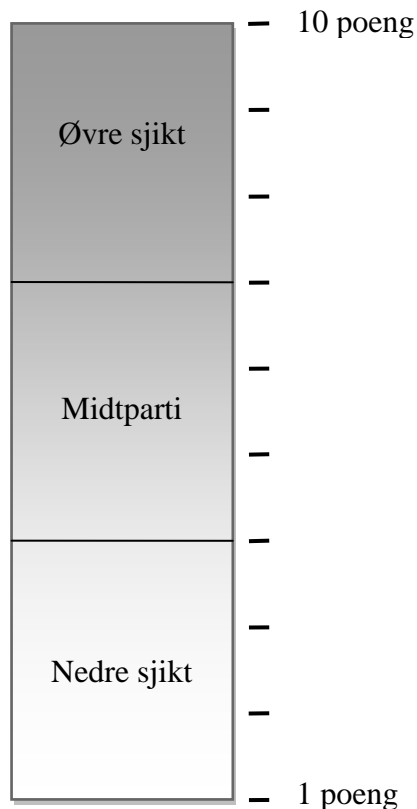
kunngjøres på forhånd, slik at leverandørene innser at prisspenet i konkurransen korresponderer med et relativt lite kvalitetsspenn, og kan tilpasse sine tilbud om pris og kvalitet på denne bakgrunn.

Av denne grunn stiller jeg meg skeptisk til å anlegge nemndas synspunkt. Så vidt jeg kan se, er ikke dette synspunktet gjentatt i noen andre KOFA-avgjørelser. Synspunktet har derfor ikke noe godt rettskildegrunnlag. Etter min mening må hensynet til vektreglenes effektivitet veie tyngre enn denne ensomme nemndsavgjørelsen. Det kan derfor neppe være riktig å akseptere at kvalitetsforskjeller får større uttelling i tilfeller hvor de evaluerte tilbudene er ganske like. For å unngå at mindre kvalitetsforskjeller blir uten betydning i poenggivningen, kan oppdragsgiver i stedet anlegge en mer finmasket poengskala, noe som ikke forrykker kriterienes relative vekt.

e) Konklusjon

De ovenstående avgjørelsene tilsier at vurderingen av hvor stor forskjell det er mellom tilbudene, og dermed deres plassering i forhold til hverandre på skalaen, bare i begrenset grad er rettslig regulert. Vurderingen er, med andre ord, langt på vei overlatt til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn. Torghatten-dommen viser at de åpenbare feilplasseringer kan overprøves. Vaskerisaken indikerer at de mer moderate misforhold i visse tilfeller kan bli overprøvd, iallfall når de kan vurderes kvantitativt. Utover dette tyder nemndspraksis på at de finere nyansene i poengberegningen ikke er gjenstand for rettslig overprøving. Nemndas praksis er godt i samsvar med den antakelsen som ble presentert innledningsvis.

Det er ikke lett å si noe generelt om hva som skal til for at en poengberegning blir kjent ulovlig; dette må i stor grad bero på rettsanvenderens skjønnsmessige vurdering i den enkelte sak. Det er vanskelig å stille opp generelle retningslinjer på bakgrunn av det foreliggende kildematerialet, og det er definitivt ikke mulig å stille opp skarpskårne grenser. Man kan kanskje, som en svært forenklet illustrasjon, se for seg en todeling av skalaen i et øvre og nedre sjikt, med et nøytralt midtparti. Rettsanvenderen kan slå ned på at et tilbud som hører hjemme i det øvre sjiktet er plassert i det nederste, og vice versa, men neppe slå ned på den interne plasseringen i sjiktet.



Om man også bør behandle skalaens midtparti på samme måte, dvs. foreta en tredeling, kan være mer tvilsomt. Dette vil nok variere fra sak til sak. Dersom et tilbud er plassert helt nederst i midtsjiktet, men det er ført bevis for at det tilbudte produktet er det beste på markedet og således ligger nær «idealtilbudet» som representerer toppen av skalaen, er det grunn til å slå ned på poengsettingen.

Målestokken for vurderingen vil være rettsanvenderens oppfatning av avstanden mellom tilbudet som evalueres og «idealtilbudet» som setter standarden; i domstolenes tilfelle kan denne oppfatningen støtte seg på sakkyndige vitnemål eller meddommere. Dersom kvalitetsforskjellen har en konstaterbar markedsverdi, kan denne være et sammenlikningsgrunnlag, etter at det er klarlagt hvor mange kroner hvert kvalitetspoeng tilsvarer. Denne fremgangsmåten må brukes med forsiktighet, fordi det kan tenkes at oppdragsgiver verdsetter forskjellen annerledes enn markedet.⁸⁰ Men

⁸⁰ Slik også, i en annen sammenheng, Trygstad s. 206.

dersom misforholdet er stort, og oppdragsgiver ikke kan begrunne dette, kan avviket fra markedsverdi være en indikasjon på at poengene er vilkårlig fastsatt.

To- eller tredelingen av skalaen er, som nevnt, utelukkende ment som en svært forenklet illustrasjon. I praksis vil selvfølgelig ikke rettsanvenderen operere med en skarp grense mellom skalaens tre partier. Det er også viktig å understreke at rettsanvenderen sjelden kan se for seg nøyaktig hvilken poengsum tilbudet burde hatt. Jeg tror likevel illustrasjonen, i mangel av skarpere avgrensningskriterier, et stykke på vei kan kaste lys over de vurderingene som må foretas. Det ligger i sakens natur at jo finere poengskalaen er, jo lettere vil det være for rettsanvenderen å påvise at et tilbud er plassert på feil nivå.

7.4 Valg av poengskalaens oppløsningsgrad

7.4.1 Problemstillingen

Selv om tilbudene er riktig plassert i forhold til hverandre på en tenkt kurve, i samsvar med reglene fastlagt ovenfor, er det fortsatt risiko for at poenggivningen ikke blir representativ. Dette kan skje fordi poengskalaen er for grovmasket, f.eks. slik at to eller flere tilbud havner på samme poengsum til tross for at oppdragsgiver har identifisert visse forskjeller mellom dem. Problemstillingen i det følgende er hvilke krav regelverket stiller til poengskalaens oppløsningsgrad.

Ved den tilsvarende problemstillingen for priskriteriet ble konklusjonen at regelverket krever at poengskalaen er finmasket nok til ikke å forrykke utfallet av konkurransen. Hypotesen er at det også ved kvalitetskriteriene stilles visse krav til poengskalaens oppløsningsgrad. Her er det imidlertid sjelden mulig å vurdere matematisk hvorvidt skalaens oppløsningsgrad påvirker konkurransens utfall, så vurderingen må nødvendigvis bli noe annerledes.

7.4.2 KOFA-praksis

Det finnes færre nemndsavgjørelser som problematiserer poengskalaens oppløsningsgrad for kvalitetskriterier enn for priskriterier. Det finnes imidlertid et par eksempler.

KOFA-2009-148 (Kopimaskiner), som er behandlet flere ganger tidligere i avhandlingen, kan også betraktes som et eksempel på at KOFA stiller krav til poengskalaens oppløsningsgrad.

I denne saken var det anvendt en skala med bare to trinn: 0 eller 2 poeng. Som nemnda framholder, vil en så grovmasket skala lett innebære at forskjeller i tilbudt kvalitet ikke gjenspeiles i poengene. Dette innebærer igjen en risiko for at oppdragsgiver betaler uforholdsmessig mye for en liten kvalitetsforskjell, eller ofrer uforholdsmessig mye kvalitet i bytte mot lavere pris. Ikke bare fører dette til dårligere innkjøp for oppdragsgiver; det kan også oppleves vilkårlig og uforutberegnelig for leverandørene.

I KOFA-2004-275 (Avinor) behandlet nemnda en sak hvor Avinor hadde gjennomført en konkurranse med forhandling om kjøp av flyplassbelysning. Som nevnt tidligere i avhandlingen, besto tildelingskriteriene bl.a. av «gjennomføringsevne», hvor «kompetanse/erfaring» var et underkriterium. Tilbydernes erfaring skulle poengsettes basert på intervaller av antall års erfaring: 1-10 år ga ett poeng, 11-15 år ga to poeng osv. Klager hadde 14 års erfaring, og fikk dermed to av fem poeng. Klager anførte at dette utgjorde en ulovlig poengberegning, fordi beregningen ikke premierte relevante forskjeller.

Om dette uttaler nemnda følgende i premiss 51:

«I dette tilfellet har forskjeller i antall års erfaring fått relativ [sic] store utslag poengmessig også for leverandører med mange års relevant erfaring uten at det er godtgjort at dette har betydning for verdien av det enkelte tilbud. [...] Forskjeller i antall års erfaring er etter klagenemndas vurdering tillagt uforholdsmessig stor vekt. Denne måten å evaluere kompetanse på, er etter klagenemndas oppfatning usaklig.»

Nemndas konklusjon virker naturlig.⁸¹ Når kompetanse-/erfaringskriteriet avveies mot priskriteriet, vil 20% av førstnevnte antakelig tilsvare en ganske stor prisforskjell. Det er lite forutberegnelig – og lite hensiktsmessig – at oppdragsgiver skal være villig til å betale så mye for ett års ekstra erfaring. Årsaken til det uforholdsmessige utslaget er ikke bruk av grunnmodellen, men derimot valget av poengskalaens trinn. Den eneste måten å unngå slike utslag på, er å anvende en mer finmasket skala. Saken er derfor et eksempel på at nemnda stiller krav til poengskalaens oppløsningsgrad også ved kvalitetskriterier. Avgjørelsen synliggjør for øvrig at overprøvingen av poengskalaens oppløsningsgrad tar utgangspunkt i de konkrete resultater den produserer. Det som gjorde resultatet så urimelig i dette tilfellet, er at en av leverandørene havet helt i enden av et intervall. Hadde utslaget vært mindre ekstremt, ville skalaen neppe blitt underkjent.

7.4.3 Konklusjon

De to ovenstående nemndsavgjørelsene utgjør ikke noe særlig solid rettskildegrunnlag for en regel om poengskalaens oppløsningsgrad ved kvalitetskriterier. Det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i loa. § 5, og de materielle hensiktsmessighetskravene som kan utledes av loven og forskriften, trekker imidlertid i samme retning. De nemndsavgjørelsene som stiller krav til poengskalaens oppløsningsgrad ved *priskriteriet*, kan også gi en viss støtte til et tilsvarende krav for kvalitetskriterier; de bærende hensyn er de samme. Det synes derfor trygt å bygge på at regelverket stiller visse krav til poengskalaens oppløsningsgrad også for kvalitetskriterier. Valg av antall trinn på skalaen er mindre skjønnspreget enn innplasseringen av tilbudene, og det kan derfor være grunn til en mer intensiv overprøving.

Det er imidlertid nær sagt umulig å si noe generelt om hvor terskelen ligger, utover at poengskalaen ikke må være så grov at den produserer åpenbare misforhold mellom kvalitetsforskjeller og tildelte poeng. Det finnes ingen avgjørelser som antyder noen

⁸¹ Trygstad s. 194 framholder at standpunktet virker «noe strengt»; det synes jeg ikke lenger er tiffelle i dag.

grense for hvor mange trinn poengskalaen skal ha. Mens man for priskriteriet kan antyde en prosentmessig grense for det tillatte avviket, eller kreve at poengskalaen er så finmasket at den ikke forrykker utfallet av konkurransen, er disse kravene svært sjelden mulig å anvende på kvalitetskriterier. Det er imidlertid verdt å være oppmerksom på at det i praksis er nokså vanlig å bruke 5 trinn, og at nemnda aldri har slått ned på dette.

Antakelig er det heller ikke riktig å stille opp en fast grense for hvor mange trinn kvalitetsskalaer skal ha. Som KOFA-2004-275 viser, kan vurderingen avhenge av de konkrete resultat skalaen produserer. Dette innebærer at grensen antakelig vil variere fra kontraktsonråde til kontraktsonråde, og fra tildelingskriterium til tildelingskriterium. Avgjørelsen viser også at ved kriterier som kan måles kvantitativt, er det lettere å vurdere hvorvidt skalaen medfører uforholdsmessige resultater.

For kvalitetsforskjeller som ikke lar seg kvantifisere, er det i utgangspunktet vanskelig å ta stilling til hvor stort misforholdet mellom kvalitetsforskjellen og poengforskjellen er. Men dersom kvalitetsforskjellen har en konstaterbar markedsverdi, kan rettsanvenderen ta utgangspunkt i denne, og vurdere om poengskalaen er så grovmasket at det blir et åpenbart misforhold mellom markedsverdien og kvalitetsforskjellens prisekvivalens i konkurransen. I en konkurranse hvor «pris» og «kvalitet» veier 50% hver, hvor prisspennet viser seg å bli på kr. 10 mill., og hvor kvalitet poengsettes på 5 trinn, vil hvert kvalitetstrinn være verdt kr. 2 mill. I mange tilfeller vil dette neppe være i stand til å reflektere relevante forskjeller. Som nevnt tidligere i avhandlingen, er det grunn til å utvise forsiktighet ved anvendelse av markedsverdisynspunktet. Men et stort misforhold som ikke lar seg begrunne, kan være en indikasjon på at poengskalaen ikke oppfyller regelverkets krav til oppløsningsgrad.

8 Må poengberegningsmodellen kunngjøres?

8.1 Innledning

I det foregående har avhandlingen vist at selv om regelverket har beveget seg i skjerpene retning, har oppdragsgiver fortsatt en rekke valgmuligheter ved beregning av

poeng. Utøvelsen av denne valgfriheten kan påvirke konkurransens utfall. Men avhandlingen har også vist at dersom oppdragsgiver frivillig kunngjør hvordan poengene vil bli beregnet, kan dette bedre forutberegneligheten, og redusere behovet for å underkjenne en ikke-optimal beregningsmodell. På denne bakgrunn kan det tenkes at et *krav* om kunngjøring av modellen kan ivareta behovet for normering av poengberegningen. Et kunngjøringskrav kan tenkes å omfatte grunnmodellen for poengsetting av pris, hvorvidt det er beste tilbud eller et tenkt idealtilbud som setter standarden for poengsetting av kvalitet, og hvor finmaskede poengskalaene vil være. Problemstillingen i dette punkt er hvorvidt det kan stilles opp et slikt krav.

Det tradisjonelle syn i både praksis og litteraturen er at et slikt krav er utelukket.⁸² I det følgende gjennomgås rettskildesituasjonen, og det drøftes om økt innsikt i sammenhengen mellom poengberegning og relativ vekting kan tilsi at det tradisjonelle synet modifiseres.

8.2 Interne norske kilder

Forskrift om offentlige anskaffelser inneholder ingen uttrykkelig plikt til å oppgi poengberegningsmodellen i konkurransegrunnlaget. Forskriften inneholder imidlertid, i § 22-2 (2) fjerde punktum, en plikt til å kunngjøre *den relative vekten av kriteriene*. Spørsmålet blir hvilke slutninger man kan trekke ut av denne bestemmelsen for spørsmålet om det foreligger en plikt til å kunngjøre poengberegningsmodellen. Kan man trekke analogislutninger fra bestemmelsen, slik at den blir et argument for å stille opp en plikt til å kunngjøre poengberegningsmodellen? Eller må man snarere tolke bestemmelsen antitetisk, slik at den blir et argument *mot* en slik plikt?

Det er vanskelig å finne solide holdepunkter for en antitese. Årsaken til at forskriften uttrykkelig krever kunngjøring av vekten, men ikke poengberegningsmodellen, kan meget vel være at det bare er førstnevnte som reguleres i forskriften. Som tidligere nevnt, gjør ikke forskriften noe forsøk på å regulere poengberegningen under det

⁸² Se f.eks. Arrowsmith samt Steinicke og Groesmeier, som siteres i neste punkt.

enkelte tildelingskriterium. Bestemmelsen gjennomfører den likelydende art. 53 nr. 2 i anskaffelsesdirektivet, og heller ikke direktivet regulerer beregning av poeng.

Bestemmelsens formål kan tvert om tale for en analogislutning: Som det vil fremgå i punkt 11.2 senere i avhandlingen, vil en angivelse av kriterienes vekt ofte gi lite informasjon dersom man ikke samtidig vet noe om hvordan poeng under de enkelte kriterier vil bli beregnet. Derfor vil formålet bak plikten til å kunngjøre kriterienes vekt i mye større grad bli ivaretatt dersom oppdragsgiver samtidig kunngjør poengberegningsmodellen. Dette vil sikre forutberegnelighet for leverandørene, og forhindrer at oppdragsgiver kan omgå den angitte vektingen ved å tilpasse poengsettingen av det enkelte kriterium. Derfor taler formålet bak foa. § 22-2 (2) fjerde punktum til en viss grad for at oppdragsgiver bør plikte å oppgi også poengberegningsmodellen i konkurransegrunnlaget. At dette ikke på noen måte har kommet til uttrykk i forskriftsteksten, reduserer imidlertid slutningens vekt. Mye taler for at en helt generell plikt til å kunngjøre poengberegningsmodellen vil være for positivrettslig til at den kan stilles opp uten forankring i forskriftens ordlyd.

Spørsmålet om det eksisterer noen plikt til å kunngjøre poengberegningsmodeller, er berørt en håndfull ganger i praksis. KOFA-2009-225 er, så vidt jeg kan se, den første norske nemndsavgjørelsen som uttrykkelig drøfter spørsmålet. En forskningsinstitusjon arrangerte anbudskonkurranse om kontrakt på leie av kontorlokaler. Anskaffelsen falt utenfor virkeområdet til forskrift om offentlige anskaffelser, men det var i konkurransegrunnlaget opplyst at forskriftens del I og II ville bli fulgt, og nemnda bygde derfor på at oppdragsgiver måtte overholde kravene der. En av leverandørene anførte at det var i strid med regelverket at oppdragsgiver ikke hadde opplyst om poengmatrisen for evalueringen, som var fastsatt før tilbudsfristen løp ut. Forskriftens del II inneholder ikke noen generell plikt til å kunngjøre tildelingskriterienes relative vekt. Paragraf 13-2 (2) fjerde punktum pålegger oppdragsgiver å kunngjøre «prioriteringen eller vektingen» av kriteriene, men bare dersom denne faktisk er fastsatt på forhånd. Oppdragsgiver står med andre ord fritt til å bestemme vektingen etter at konkurransegrunnlaget er utformet.⁸³ Dermed kommer ikke hensynet til å effektivisere

⁸³ Se nærmere Trygstad s. 209-210.

vektreglene på spissen. På denne bakgrunn synes nemndas konklusjon å være forsvarlig:

«når det i forskriften uttrykkelig er fastsatt at opplysningsplikten gjelder for «*prioriteringen eller vektingen av kriteriene* », mens evalueringsmodeller ikke er nevnt, vil det tale mot ordlyden også å omfatte evalueringsmodeller.» (Premiss 34).

Løsningen er gitt tilsutning uten nærmere redegjørelse i KOFA-2009-254 (premiss 42) og KOFA-2009-279 (premiss 26), som begge gjaldt anskaffelser under EØS-terskelverdiene. I KOFA-2011-176 (premiss 66) bygger imidlertid nemnda på at samme løsning også må gjelde anskaffelser som reguleres av forskriften del III:

«Nemnda finner ingen grunn til å skille mellom bestemmelsene når det gjelder forståelsen av kunngjøringspliktens rekkevidde.» (Premiss 66).

Som det vil ha fremgått ovenfor, kan en god grunn til å skille mellom bestemmelsene være at regelen i forskriftens del III må sees i sammenheng med den strengere plikten til å binde opp kriterienes relative vekt på forhånd. Nemndas konklusjon kunne derfor vært diskutert noe nærmere. I KOFA-2010-169 (premiss 104) følger nemnda opp konklusjonen, uten noen særlig begrunnelse. Løsningen er videre gitt tilslutning uten nærmere diskusjon i Borgarting lagmannsretts dom LB-2010-68992 (søppelkjøringsdommen).⁸⁴ Dette gir standpunktet en viss rettskildemessig tyngde. Selv om standpunktets begrunnelse etter min mening kunne vært grundigere, må det antakelig anses som uttrykk for gjeldende rett etter de interne norske rettskildedefaktorene isolert sett. Spørsmålet blir om det vil være forenlig med EØS-retten å opprettholde standpunktet fullt ut.

⁸⁴ Lagmannsrettens flertall begrunner standpunktet med en naken henvisning til KOFA-2008-67. Jeg kan ikke se at spørsmålet er berørt i denne nemndsavgjørelsen.

8.3 EØS-rettslige kilder

Den ovenfor behandlede § 22-2 i forskrift om offentlige anskaffelser gjennomfører art. 53 i anskaffelsesdirektivet. Forskriftsbestemmelsen ser ut til å være en nokså nøyaktig gjennomføring av direktivbestemmelsen. Det innebærer at hvilke slutninger som kan trekkes av ordlyden og formålet til direktivbestemmelsen, samsvarer med de slutninger som ovenfor er trukket av foa. § 22-2.

Den EØS-rettslige rettstilstanden kan imidlertid se ut til å være noe mindre klar enn det norsk nemnds- og rettspraksis kanskje kan gi inntrykk av.

Den europeiske førsteinstansdomstolens dom T-4/01 (Renco)⁸⁵ kan inneholde argumenter til løsning av spørsmålet. Generalsekretariatet for rådet hadde gjennomført en konkurranse om rammeavtale på renovasjon og vedlikehold av deres lokaler. En av tilbyderne stevnet oppdragsgiver for førsteinstansdomstolen med krav om erstatning, begrunnet i at gjennomføringen av konkurransen var ulovlig. Saksøker anførte bl.a. at priskriteriet var evaluert annerledes enn konkurransegrunnlaget skulle tilsi, ved at det for beregning av de tilbudte priser var brukt en formel som ikke fremgikk av konkurransegrunnlaget og som ikke var forutberegnelig. Saksøker anførte også at beregningsmodellen var uegnet, fordi den ledet fram til en pris som ikke tilsvarte den faktiske kostnaden ved kontrakten. Saken gjelder en modell for beregning av de tilbudte priser, ikke egentlig en poengberegningsmodell. Begge typer modeller har imidlertid direkte betydning for tilbudenes prisscore, og dommen er derfor relevant for spørsmålet som drøftes her. Slik er den også oppfattet i litteraturen⁸⁶ og i KOFA-praksis.⁸⁷

Domstolen var ikke enig i at evalueringen var ulovlig. Etter å ha påvist at beregningsmodellen var egnet til å identifisere relevante forskjeller i de tilbudte prisene, uttaler den følgende i premiss 86:

⁸⁵ Dommen bygger på det tidligere direktivet om bygge- og anleggskontrakter 93/37/EEC, som EUs organer pliktet å følge jf. daværende finansforordning av 21. desember 1977 art. 56. Domstolens uttalelser er såpass løse fra direktivet at de må ha relevans også under dagens anskaffelsesdirektiv, selv om kunngjøringsreglene nå er noe annerledes.

⁸⁶ Se Arrowsmith s. 521.

⁸⁷ Se f.eks. KOFA-2009-225 (premiss 37).

«The court finds that, although the formula stated in paragraph 85 above was not given in the contract documents, *the use of such a formula was nevertheless foreseeable and reasonable*, particularly in the light of the duration of the contract in this case.» (Uthevet her.)

Dommens resultat forutsetter at det ikke eksisterer noen helt generell plikt til å kunngjøre poengberegningsmodellen. Dommen er anført som støtte for resultatet i KOFA-2009-225.⁸⁸ Men domstolens konklusjon er konkret begrunnet. Uttalelsen i premiss 86 kan sies å bygge på den forutsetning at kravet til forutberegnelighet *kan* nødvendiggjøre å kunngjøre en beregningsmodell, dersom modellen i seg selv framtrer som uventet eller ufornuftig. Her kan problemstillingen sies å grense opp mot en plikt til å velge poengberegningsmodeller som er egnet til å reflektere relevante forskjeller. Et krav om kunngjøring av ikke-optimale modeller kan kanskje avbøte at man i EU-retten bare i begrenset grad stiller materielle krav til poengberegningsmodellen.⁸⁹

Spørsmålet om det eksisterer noen plikt til å kunngjøre poengberegningsmodellen, er til en viss grad diskutert i internasjonal juridisk litteratur. Arrowsmith (2005) viser på s. 521 til EU-domstolens dom i sak C-470/99 (Universale-Bau), hvor domstolen bygger på at dersom det på forhånd er utviklet en metode for å vurdere *kvalifikasjonskravene*, måtte denne kunngjøres i konkurransegrunnlaget. Arrowsmith framholder at dette taler for at det samme må gjelde for tildelingskriteriene. Det er ifølge henne unaturlig at det skal gjelde *strengere* krav for kvalifikasjonsfasen enn tildelingsfasen. Forfatteren inntar likevel det motsatte standpunktet. Hun påpeker at mens direktivet ikke inneholder spesifikke kunngjøringskrav for kvalifikasjonskravene, gjør det dette for tildelingskriteriene, noe som kan utelukke at det stilles opp flere på ulovfestet grunnlag. Arrowsmith konkluderer slik på s. 521:

«The legal position is thus currently unclear, but the better view—supported by *Clyde Solway*, and consistently with *Renco*—is that the explicit disclosure obligation is exhaustive.»

⁸⁸ Se premiss 37.

⁸⁹ Jf. punkt 6.2.2 ovenfor.

Den nevnte *Clyde Solway* er en skotsk dom fra Inner House i Court of Session, altså Skottlands høyeste domstol i sivile saker. Den har sikkert stor betydning for problemstillingen i britisk rett, men bør ikke tillegges avgjørende betydning ved fastlegging av rettstilstanden i EØS-retten og norsk rett. Norge er bundet til direktivet slik dette må tolkes i lys av de EU-/ EØS-rettslige kildene, og blir ikke fri denne forpliktelsen selv om regelverket skulle tolkes snevrere i andre EØS-land. Det er selvfølgelig et mål at reglene skal tolkes likt i alle EØS-land, men dette bør løses på det overordnede EU-/EØS-nivå, ikke ved å se hen til andre staters gjennomføring.⁹⁰ Dette medfører at Arrowsmiths noe usikre standpunkt har begrenset argumentasjonsverdi for norsk retts vedkommende.

Steinicke og Groesmeyer inntar samme standpunkt, men også disse forfatterne gir uttrykk for en viss tvil:

«Det gjelder formentlig ikke krav om, at der skal ske offentliggjørelse af pointmodeller.» (s. 1285)

Dette begrunner forfatterne med en naken fotnotehenvielse til en avgjørelse av det danske Klagenævnet for Udbud.⁹¹ På samme måte som den skotske dommen nevnt ovenfor, bør ikke denne nasjonale nemndsavgjørelsen ha noen vekt ved tolkning av direktivet. I neste setning viser forfatterne selv til motargumentet om at en plikt til å kunngjøre poengmodellen vil gi økt gjennomsiktighet, og dette underbygger inntrykket av at standpunktet er avsagt under tvil. Heller ikke disse forfatternes synspunkt bør derfor ha noen særlig argumentasjonsverdi for norsk retts vedkommende.

Ingen av forfatterne nevner at hensynet til vektreglenes effektivitet kan tale for at også poengberegningmodellen kunngjøres. Dette kan skyldes at poengberegningens betydning for den relative vektningen av tildelingskriteriene i liten grad er belyst i

⁹⁰ I denne retning også EØS-rett s. 251 og Fredriksen (2010) s. 283-285; disse argumenterer for at norsk rettspraksis ikke bør ha rettskildevikt når norske domstoler tolker EØS-regler. I forlengelsen av dette synes det naturlig å heller ikke legge vekt på andre EØS-staters dommer. Arnesen og Stenvik uttaler på s. 63-64 at man ikke kan utelukke at nasjonale rettskildefaktorer på noen områder påvirker de folkerettslige, men at et slikt synspunkt må anvendes med «atskillig varsomhet».

⁹¹ KfU-3-1-2002 (AC-Trafik). Denne avgjørelsen nøyer seg med å kort konstatere at det verken i direktivet eller EU-reglene for øvrig er noe slikt krav (under «Ad påstand 2»).

internasjonal litteratur. Det kan være åpent for at de usikre standpunktene i litteraturen bør modifieres noe når dette nye argumentet tas i betraktning. I stedet for å ta et enten-eller-standpunkt, kan et fornuftig mellomstandpunkt være å kreve kunngjøring i visse tilfeller. Renco-dommen synes som nevnt å holde åpent for dette. Det er verdt å merke seg at regelverket dommen er avsagt under, hadde lempeligere krav til kunngjøring av tildelingskriterienes innbyrdes betydning⁹² enn det dagens anskaffelsesdirektiv har. Hensynet til vektregelens effektivitet gjorde seg derfor ikke gjeldende. Dette tilsier at det i dag kan være grunn til å stille strengere krav enn det var grunn til da dommen ble avsagt.

Etter dette kan man neppe være helt trygg på at EU-domstolen aldri vil kreve at en poengberegningsmodell kunngjøres i konkurransegrunnlaget, dersom innsikten i forholdet mellom poengberegning og relative vekting i større grad tas i betraktning. Noen *generell* kunngjøringsplikt synes det imidlertid ikke å være rettslig grunnlag for. En kunngjøringsplikt vil antakelig være forbeholdt spesielle tilfeller, hvor poengberegningssmodellen fraviker det som er vanlig og anerkjent, og således truer med å gjøre vektingen av kriteriene mindre gjennomslagskraftig. I slike tilfeller vil det nok være tilstrekkelig å kunngjøre det element i poengberegningssmodellen som er problematisk, f.eks. at kvalitetsskalaen representerer et forholdsvis lite kvalitetsspekter, slik at små kvalitetsforskjeller vil få stor betydning i den endelige avveiningen.

8.4 Konklusjon

Den usikkerheten som synes å herske hva angår de EØS-rettslige kildene, kan tale for at det norske standpunktet til problemstillingen må nyanseres noe. Ved første øyekast kan det kanskje virke tvilsomt om dette er et tilfelle hvor presumsjonsprinsippet vil være anvendelig: De norske rettskildedefaktorene etterlater ikke mye tolkningstilsvil. I praksis har imidlertid presumsjonsprinsippet fått gjennomslag selv ovenfor motstridende høyesterettsdommer, og ført til prejudikatendringer.⁹³ I nyere litteratur er det også

⁹² Jf. 93/37/EEC art. 30 nr. 2.

⁹³ Jf. Arnesen og Stenvik s. 105-106, med videre henvisning til praksis. Riktignok synes dette å være tilfeller hvor folkeretten har utviklet seg *etter* at prejudikatet var avsagt, ikke tilfeller hvor det viser seg at prejudikatet bygde på en feil forståelse av folkeretten på domstidspunktet. Situasjonene bør imidlertid løses likt.

framholdt at det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform tolkning strekker seg enda lenger enn presumsjonsprinsippet.⁹⁴ Det synes derfor klart at norsk rett også på dette punkt må fastlegges innenfor de rammer de EØS-rettslige kildene trekker opp.

De EØS-rettslige kildene utelukker ikke at det i visse tilfeller kan være påbudt å kunngjøre ikke-optimale poengberegningsmodeller. For norsk retts vedkommende får en slik konklusjon mindre betydning; som påvist ovenfor, stiller det norske regelverket opp strengere materielle krav til poengberegningsmodellens egnethet, som til en viss grad kan fravikes ved kunngjøring av modellen.⁹⁵ Ufornuftige modeller kan således underkjennes uten å gå veien om en kunngjøringsplikt. Det er imidlertid mulig at EØS-retten på dette punkt kan virke noe skjerpene: At en uvanlig eller ufullkommen poengberegningsmodell ikke er kunngjort, gir misfornøyde leverandører et ekstra grunnlag for å få den underkjent, i tillegg til de mer eller mindre romslige materielle kravene regelverket inneholder.

Det er verdt å være oppmerksom på at jo lenger regelverket går i å oppstille én lovlig idealmodell, jo mindre betydning vil det få hvorvidt oppdragsgiver kunngjør sin beregningsmodell. Dersom utviklingen etter hvert skulle komme dit hen at det bare finnes én lovlig måte å beregne pris- og evt. kvalitetspoeng på, vil det være unødvendig å kreve at denne kunngjøres. Slik rettstilstanden er i dag, godtar imidlertid regelverket såpass mange variasjoner at kunngjøring av modellen fortsatt har praktisk betydning.

9 Oppsummering av del II

I avhandlingens innledning stilles det opp en hypotese om at regelverket er i ferd med å nærme seg én tillatt idealmodell for poengberegning av pris. På én måte er denne hypotesen avkrefte, ved at regelverket utvilsomt tillater en rekke variasjoner i poengberegningsmodellene.

⁹⁴ Se Christian Franklin, *Om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning I*: Jussens Venner 2012 s. 269 flg.

⁹⁵ Se om dette i punkt 6.2.6 ovenfor.

Regelverket stiller imidlertid krav om at poengberegningen ikke produserer for store avvik mellom forskjellen i pris og forskjellen i poeng. Rettsanvenderen må altså måle poengberegningens resultat opp mot hva en nøyaktig, proporsjonal beregning ville ført til. Med andre ord: Hva den lineære modellen med proporsjonalhelning ville medføre. Man kan derfor si at regelverket anlegger en idealmodell som *målestokk*. Jo mindre avvik fra denne målestokken som godtas, jo nærmere vil rettstilstanden være et krav om bruk av en idealmodell.

Det er forståelig at KOFA ikke har stilt opp noen skarpskårne krav om hvordan poengberegningen skal skje; dette er en typisk lovgiveroppgave. Det faktum at nemnda i de senere år har begynt å stille krav om det maksimale avviket, er imidlertid et tegn på at kravene er i ferd med å skjerpes. Det er vanskelig å spå hvordan utviklingen vil bli i framtiden, men jeg vil imøtese en utvikling i enda mer skjerpende retning, og at det etter hvert er den lineære skalaen med proporsjonalhelning som utkrystalliserer seg som den eneste lovlige.

Den beskrevne modellen vil være bedre enn de fleste andre modeller som er i bruk i dag. Den er imidlertid ikke perfekt. Et grunnleggende problem ved modellen er dens mangel på *konsistens*, ved at poengsettingen av en de tilbudte prisene påvirkes av prisen på det billigste tilbudet i konkurransen.⁹⁶ Dette innebærer at prispoengene ikke styres av det absolutte kronetallet, men av den relative forskjellen mellom tilbudets pris og laveste pris i konkurransen. Dette er neppe slik oppdragsgiveres betalingsvillighet i virkeligheten fungerer; man er helst opptatt av hvor mange kroner man må betale for en gitt egenskap, ikke hvor mange prosent billigere eller dyrere et tilbud er i forhold til de andre. Fenomenet kan unyttes taktisk av leverandører,⁹⁷ eller bare få tilfeldige følger. Inkonsistensen medfører at det blir vanskeligere for leverandørene å forutberegne poenggivningen, samtidig som det blir mindre sannsynlig at oppdragsgivers prioriteringer blir realisert.

Et eksempel vil illustrere poenget: I en konkurranse kommer det inn tre tilbud. Det billigste, A, krever kr. 100.000, men scorer så dårlig på kvalitet at det ikke har sjanse til å vinne. B og C

⁹⁶Jf. Andersson og Lunander s. 45.

⁹⁷Jf. Andersson og Lunander s. 60.

krever hhv. 165.000 og 175.000. Hvor stor poengforskjell medfører denne prisforskjellen på kr. 10.000? På en lineær skala fra 10 til 0 med proporsjonalhelning resulterer den i ett poengs forskjell. Men dersom A hadde krevet kr. 150.000, ville prisene til B og C blitt poengsatt med 0,666~ poengs forskjell. Oppdragsgivers betalingsvillighet har altså økt betraktelig som følge av økningen i pris på et irrelevant tilbud!

Ved anskaffelse av ytelser som kan variere flere hundre prosent i pris, noe som ikke er uvanlig for konsulenttenester, kan poengsettingen av pris bli nærmest fullstendig vilkårlig.

Det kan se ut til at den eneste måten å unngå de ovennevnte problemene på, er å unnlate å poengsette pris. Alternativet er å prissette kvalitet, ved regne de kvalitative egenskapene ved tilbudene om til tillegg eller fradrag i tilbudsprisen, og velge det tilbud som etter denne utregningen har lavest pris. På denne måten kan oppdragsgiver fastslå nøyaktig hva den er villig til å betale for det relevante kvalitetsspennet. Denne metoden anbefales i økonomisk teori.⁹⁸ Den er imidlertid lite utbredt i praksis. Det kan neppe forventes at metoden vil bli utbredt med det første, og den behandles derfor ikke i dybden i denne avhandlingen. Etter hvert som kunnskapen om fordelene ved metoden øker, er det imidlertid mulig at bruken av den vil tilta. En viss tendens til dette kan muligens spores allerede. Metodens lovlighet drøftes under punkt 14 nedenfor.

For beregning av kvalitetspoeng har regelverket, naturlig nok, ikke utviklet like strenge krav. Men en viss utvikling kan kanskje spores også her. Det synes i dag trygt å bygge på at regelverket stiller visse krav om en rimelig og fornuftig poengsetting av kvalitet, og at åpenbare avvik fra denne standarden kan overprøves. Det er først og fremst den uklare grensen mellom vurdering av tilbudene på den ene side, og hvordan graden av oppfylles skal poengsettes på den annen side, som gjør det vanskelig å overprøve poengberegningen. Uklarheten medfører at rettsanvenderen ofte ikke kan vurdere en poengberegning uten samtidig å vurdere oppdragsgivers subsumsjon av tilbudene under tildelingskriteriene. KOFAs tilbøyelighet til å underkjenne skjematisk poengsetting av kvalitet, viser imidlertid at selve poengberegningen i prinsippet er gjenstand for nokså inngående rettslig overprøving.

⁹⁸ Andersson og Lunander s. 62 flg.; Bergman og Lundberg s. 64.

Del III – Vekting av tildelingskriteriene

10 Problemstillingen i del III

Så langt har avhandlingen behandlet de krav anskaffelsesreglene stiller til poenggivning under det enkelte tildelingskriterium. Det er påvist at oppdragsgiver må fastsette en poengsum som med en viss nøyaktighet gjenspeiler i hvilken grad tilbudene oppfyller hvert kriterium. Årsaken til at man må gjøre dette, i stedet for bare å rangere tilbudene, er at tildelingskriteriene skal avveies mot hverandre for å utpeke hvilket tilbud som samlet sett tilbyr best valuta for pengene. Det er først ved denne operasjonen at forskjellen i poengsum får betydning.

Det er denne avveiningen mellom flere tildelingskriterier som er tema i det følgende. Den overordnede problemstillingen er hvilke krav anskaffelsesreglene stiller til oppdragsgivers vekting av kriteriene, og hvordan disse kravene legger føringer for poengsettingen under det enkelte kriterium.

Ved fastsettelse av hvor stor vekt hvert kriterium skal ha, nyter oppdragsgiver stor frihet.⁹⁹ Dette er naturlig: Det er oppdragsgiver som kjenner sine behov, og oppdragsgiver bør selv få bestemme prioriteringen av pris kontra kvalitet. Regelverkets mål er først og fremst å sikre at oppdragsgivers prioriteringer bli forutberegnelige og objektive. Dette er forsøkt ivaretatt gjennom plikten til å kunngjøre valget av vekting i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.¹⁰⁰

Kunngjøringsreglene er godt behandlet i litteraturen, og vil ikke som sådan drøftes her. De fører imidlertid med seg visse *materielle* krav til vektingen: Oppdragsgiver må velge et vektingssystem som lar seg kunngjøre på den måten regelverket krever, og som ikke

⁹⁹ Se f.eks. RG-2005-469 (s. 481) med videre henvisninger.

¹⁰⁰ Jf. foa. § 22-2 (2) fjerde punktum, jf. anskaffelsesdirektivet art. 53 nr. 2. For anskaffelser under EØS-terskelverdiene gjelder lempeligere regler, jf. § 13-2 (2).

forskyves under evalueringen. Det er slike materielle krav som skal drøftes i det følgende.

I punkt 12 drøftes hvilken betydning kunngjøringsregelen har for sammensetningen av grunnmodeller for poengsettingen under hvert kriterium. I punkt 13 drøftes hvorvidt tildeling av negative prispoeng vil komme i strid med reglene om vekting. Først, i punkt 11, klargjøres noen viktige premisser for drøftelsen, i form av hva relativ vekting egentlig innebærer.

11 Hva innebærer relativ vekting?

11.1 Den vanligste metoden: Angivelse av forholdstall

Anskaffelsesreglene krever at oppdragsgiver på forhånd oppgir «den relative vekten som gis hvert av kriteriene».¹⁰¹ En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at det må skje en binding av hvordan kriteriene fungerer i forhold til hverandre. Det kan tenkes flere måter å oppfylle dette kravet på. Det mest vanlig i praksis er å tildele hvert tildelingskriterium et forholdstall, f.eks. slik: «Pris vektet 70% og kvalitet 30%». Dette forutsetter at poengskalaene til alle kriteriene har like mange poeng. En variant av samme løsning er å variere poengskalaens bredde, f.eks. slik at «pris» kan gi maksimalt 70 poeng, og «kvalitet» maksimalt 30 poeng. Det er angivelse av forholdstall det legges opp til i Doffin-databasens¹⁰² og TED-databasens¹⁰³ identiske kunngjørings skjemaer.

¹⁰¹ Jf. foa. § 22-2 (2) fjerde punktum, som gjennomfører en tilsvarende formulering i anskaffelsesdirektivet art. 53. nr. 2. Innholdet i kravet drøftes nærmere under punkt 14 nedenfor.

¹⁰² Doffin = Database for offentlige innkjøp.

¹⁰³ TED = Tenders Electronic Daily, et supplement til Den Europeisk Unions Tidende.

IV.2) Award criteria			
IV.2.1) Award criteria (please tick the relevant box(es))			
<input type="radio"/> Lowest price or <input type="radio"/> The most economically advantageous tender in terms of			
<input type="radio"/> the criteria stated below (the award criteria should be given with their weighting or in descending order of importance where weighting is not possible for demonstrable reasons) <input type="radio"/> the criteria stated in the specifications, in the invitation to tender or to negotiate or in the descriptive document			
Criteria	Weighting	Criteria	Weighting
1. []	[]	6. []	[]
2. []	[]	7. []	[]
3. []	[]	8. []	[]
4. []	[]	9. []	[]
5. []	[]	10. []	[]
IV.2.2) Information about electronic auction			
An electronic auction will be used <input type="radio"/> yes <input type="radio"/> no (if yes, if appropriate) Additional information about electronic auction:			

Norske oppdragsgivere plikter å bruke Doffins skjema, fastsatt av Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet, ved kunngjøringen.¹⁰⁵ Departementets utferdigelsen av skjemaet er antakelig å regne som *forskrift* i forvaltningslovens forstand.¹⁰⁶

Ved anskaffelser over EØS-terskelverdiene sender Doffin-operatøren kunngjøringen videre til TED.¹⁰⁷ Ved videreformidling til TED plikter operatøren å bruke det ovenfor gjengitte TED-skjemaet, jf. kommisjonsforordning 1564/2005 om etablering av standardskjemaer for kunngjøring av offentlige anskaffelser. Anskaffelsesdirektivets vedlegg VIII viser riktignok til kommisjonsdirektiv 2001/78/EC om bruk av standardskjemaer ved kunngjøring av offentlige anskaffelser. Sistnevnte har noe avvikende skjemaer, som ikke har punkter om vekting (fordi det stammer fra tiden før krav om kunngjøring av vekting ble innført). Det foreligger derfor motstrid mellom anskaffelsesdirektivets henvisning og den senere forordningen. Det er ikke noen formell

¹⁰⁴ Tilgjengelig her: http://simap.europa.eu/docs/simap/pdf_jol/en/sf_002_en.pdf (besøkt 15.1.2013).

¹⁰⁵ Jf. foa. § 18-1 (1).

¹⁰⁶ Jf. forvaltningsloven § 2 (1) bokstav a jf. bokstav c.

¹⁰⁷ Jf. foa. § 18-1 (3).

rangordning mellom direktiver og forordning i EU-retten,¹⁰⁸ og motstridssituasjoner må derfor løses ved konkret tolkning. Forordningen er åpenbart ment å gå foran anskaffelsesdirektivets henvisning, fordi den inneholder nye skjemaer for de samme tilfellene. Den kan derfor, etter tolkning, gis forrang som *lex posterior*.

Angivelse av forholdstall må således sies å ha hjemmel i forordning 1564/2005. Metoden er også godt i samsvar med ordlyden i kunngjøringskravet.

11.2 Hva kommuniserer man egentlig ved angivelse av forholdstall?

Selv om angivelse av forholdstall utvilsomt er en lovlig måte å kunngjøre vektingen på, kan det diskuteres i hvilken grad metoden egentlig oppfyller formålet bak kunngjøringsplikten. Hvilket standpunkt man tar til dette spørsmålet, kan påvirke de rettslige vurderingene både ved spørsmål om vekting og poengberegning under det enkelte tildelingskriterium.

Formålet bak anskaffelsesdirektivets krav om kunngjøring av den relative vektingen er å gi leverandørene innsikt i hvordan det beste tilbudet vil bli utpekt.¹⁰⁹ For å sikre størst mulig grad av konkurranse, bør leverandørene kunne forutse hvor mye lavere pris de må tilby for å oppveie en gitt kvalitetsforskjell, og vice versa. I hvilken grad oppnår man dette ved å angi tildelingskriterienes betydning gjennom forholdstall?

Ved angivelse av forholdstall sier oppdragsgiver noe om hvor mye av ett kriterium man er villig til å ofre for en fordel under det andre kriteriet. Dersom «pris» og «kvalitet» veier 50% hver, er oppdragsgiver villig til å ofre inntil hele prisspennet for å få beste kvalitet på markedet i stedet for dårligste relevante kvalitet. Dersom leverandørene på forhånd vet omtrent hvor mange kroner prisspennet vil tilsvare, og hvilke kvalitetsforskjeller kvalitetsspennet representerer, kan de dermed vite noe om oppdragsgivers betalingsvillighet for kvalitetsforskjeller.

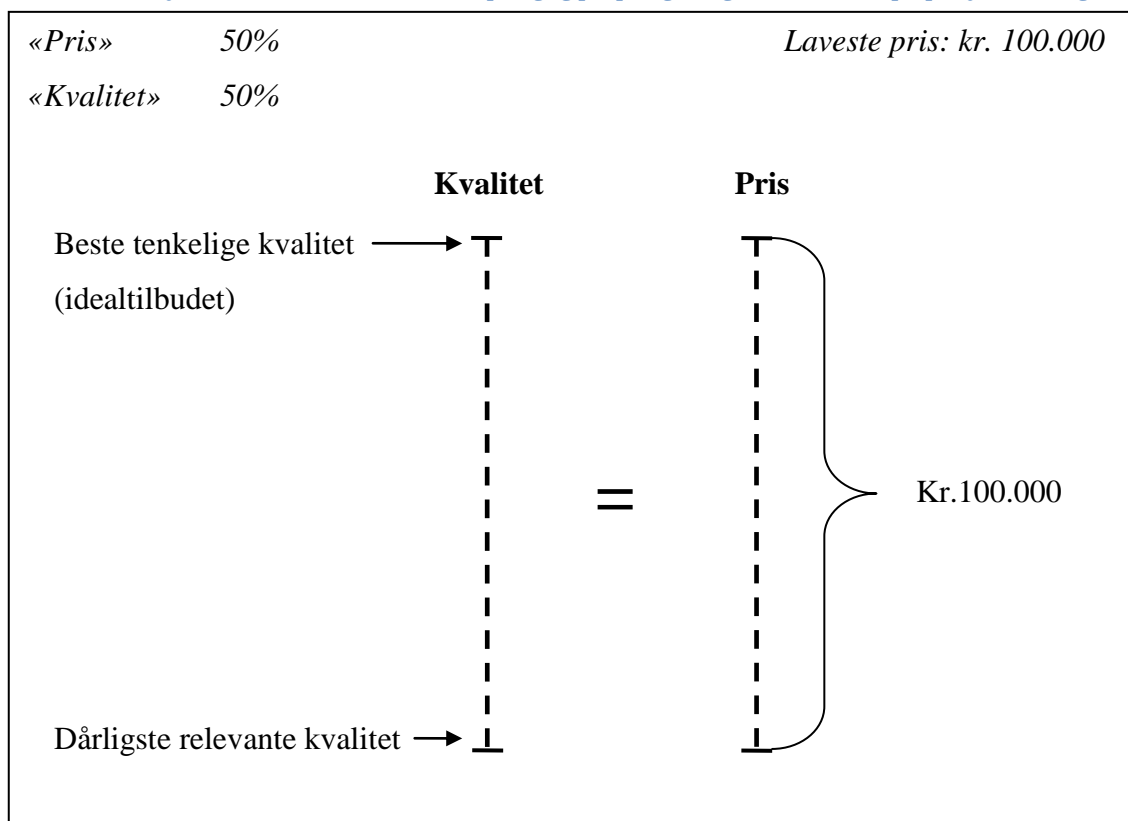
¹⁰⁸ Se EØS-rett s. 53.

¹⁰⁹ Jf. anskaffelsesdirektivets fortale premiss 46 andre avsnitt.

Eksempel: «Pris» og «kvalitet» veier 50% hver, og prisen poengsettes etter en lineær modell med proporsjonalhelning. Dersom man kan forutse at laveste pris vil bli kr. 100.000, vet man at spennet for prispoeng tilsvarer kr. 100.000, fordi en pris på kr. 200.000 vil få 0 poeng. Dette betyr at oppdragsgiver er villig til å betale inntil kr. 100.000 for forskjellen på dårligste akseptable kvalitet og beste mulige kvalitet. Fra denne kunnskapen kan man slutte at oppdragsgiver er villig til å betale kr. 50.000 for halve kvalitetsspennet, kr. 25.000 for en fjerdedel av spennet osv. Det er verdt å merke seg at kvalitetsspennet ikke nødvendigvis spenner fra det dårligste til det beste kvalitet på markedet, men fra beste til dårligste kvalitet som er relevant for oppdragsgiver, avgrenset nedad av kravspesifikasjonene.

Denne proporsjonaliteten mellom de to kriteriene er årsaken til at kvalitetsskalaen bør ta utgangspunkt i et tenkt idealtilbud, for dermed å bli konsistent, i stedet for at beste tilbud i konkurransen uten videre gis høyest poengscore.¹¹⁰ I motsatt fall vil det nemlig ofte være umulig å forutse hvor stort kvalitetsspennet blir. Tar man utgangspunkt i et idealtilbud, derimot, vil kvalitetsspennet langt på vei bli objektivt konstaterbart og forutberegnelig, fordi aktører i bransjen gjerne har nokså god oversikt over hva som er beste kvalitet på markedet.

Grafisk illustrasjon av forholdet mellom kvalitetspoeng og prispoeng beregnet lineært med proporsjonalhelning:



¹¹⁰ Jf. punkt 7.3.4 ovenfor.

Kunnskapen om forholdet mellom pris og kvalitet er imidlertid beheftet med flere usikkerhetsmomenter.

For det første må leverandørene vite hvordan de enkelte kriterier vil bli poengsatt. Vet man ikke hvor stor prisforskjell som må til for å få et ekstra prispoeng, kan man ikke se noen sammenheng mellom prisforskjeller og kvalitetsforskjeller. Oppdragsgiver kan i prinsippet omgå den kunngjorte vektingen ved å tilpasse poengsettingen av hvert kriterium, f.eks. minske priskriteriets vekt ved å la en gitt prisforskjell få mindre poengmessig betydning. Bergman og Lundberg mener relativ vekting i en slik situasjon er «meningslös».¹¹¹ For at den kunngjorte vektingen skal få mening, må det altså skje en normering av poengberegningen under det enkelte kriterium.

For det andre: Selv om man kjenner til metodene for poengsetting av hvert kriterium, inneholder de flere ukjente variabler. Den viktigste er laveste tilbudte pris. Dersom man ikke er i stand til å forutse hva laveste pris vil bli, kan man heller ikke vite hvor mange kroner hvert kvalitetspoeng er verdt.

I forlengelsen av forrige eksempel: Dersom det uventet skulle vise seg at laveste tilbudte pris ble kr. 200.000 i stedet for kr. 100.000, vil oppdragsgivers betalingsvillighet for kvalitetsspennet ha doblet seg! Ved de fleste typer kontrakter er en så stor bom urealistisk, men den kan lett tenkes f.eks. ved kjøp av konsulenttenester. Også mindre feiltreff vil forrykke den planlagte vekten. Problemet kan, som tidligere nevnt, kalles mangel på *konsistens*.¹¹² Ifølge økonomisk teori kan problemet unngås ved at oppdragsgiver i stedet for å ta utgangspunkt i laveste pris, fastsetter en ekstern referansepris som utgangspunkt for poengberegningen.¹¹³ Mangelen på konsistens kan altså avhjelpes på to nivåer: (i) Under poengsetting av tildelingskriteriet *pris*, ved bruk av ekstern referansepris, og (ii) under vektingen av tildelingskriteriene, ved å prissette kvalitet.

Dersom man også poengsetter *kvalitet* med utgangspunkt i det beste tilbudet i konkurransen, vil problemet bli enda større. Man vil da ha to ukjente faktorer: Både prisspennet og kvalitetsspennet er relativt.

¹¹¹ Bergman og Lundberg s. 62.

¹¹² Jf. Andersson og Lunander s. 45.

¹¹³ *ibid.* s. 60.

En annen variabel som er ukjent for leverandørene på forhånd, er oppdragsgivers skjønsmessige fastsettelse av kvalitetspoeng, innenfor den venstre søylen på figuren ovenfor. Selv om man vet at tilbudene vil bli vurdert opp mot et tenkt idealtilbud, er det vanskelig å forutse hvor stor betydning oppdragsgiver vil tillegge et gitt avvik fra dette idealet. Oppdragsgivers skjønsmessige vurderinger er avgjørende for hvor stor poengforskjell en gitt kvalitetsforskjell resulterer i, og dermed hvilken betydning kvalitetsforskjellen får i den endelige avveiningen. Med andre ord: Hvor mye oppdragsgiver er villig til å betale for akkurat denne kvalitetsforskjellen. Et kunngjort forhåndstall sier ikke noe om hvordan den skjønsmessige vurderingen vil skje, og dette er det heller ikke lett å forutse på andre måter. Som påvist i punkt 7.3.4 ovenfor, skal det mye til før den skjønsmessige plasseringen overprøves rettslig. Den (berettigede) forventning leverandørene får om oppdragsgivers betalingsvillighet etter å ha sett det kunngjorte forholdstallet, er derfor i begrenset grad rettslig beskyttet.

Eksempel: I en konkurranse om kjøp av datamaskiner, hvor «pris» og «kvalitet» veier 50% hver, er en leverandør i stand til å tilby 500 gigabyte større harddisker enn konkurrentene.

Leverandøren tror at dette er verdt ett ekstra kvalitetspoeng (av ti), og vet at laveste pris i konkurransen er kr. 100.000. Det vil være rasjonelt for leverandøren å skru opp prisen med inntil kr. 10.000 samtidig som man tilbyr større harddisker. Men det kan vise seg at oppdragsgiver bare premierer den ekstra harddiskkapasiteten med 0,5 kvalitetspoeng, og leverandøren vil da ha priset seg ut av konkurransen. Denne nyansen i oppdragsgivers poengsetting kan neppe overprøves rettslig.

De ukjente variablene innebærer at selv om man kjenner modellene for poengsetting under det enkelte tildelingskriterium, kan man aldri forutsi nøyaktig hvor mange kroner oppdragsgiver er villig til å betale for en gitt kvalitetsforskjell. Og i de fleste tilfeller vil det være et større eller mindre avvik mellom det man tror på forhånd, og det som viser seg å bli resultatet. Metoden med angivelse av forholdstall oppfyller derfor bare delvis målet om en forutberegnelig evaluering. Dessuten kan den medføre nokså vilkårlige resultater, som heller ikke oppdragsgiver var forberedt på. På denne måten kan kravet om relativ vektning av kriteriene virke mot sin hensikt. Vektning gjennom forholdstall er kritisert i økonomiske utredninger av spørsmålet.¹¹⁴ Som alternativ til bruk av

¹¹⁴ Se Bergman og Lundberg s. 61-62, Andersson og Lunander s. 44 flg.

forholdstall, har økonomisk teori foreslått at oppdragsgiver heller bør oppgi betalingsvilligheten direkte i kroner og øre. Konkurransen vil i så fall avgjøres ved at kvalitetsforskjellene utgjør tillegg eller fradrag i leverandørens priser. En nærmere beskrivelse av denne metoden, og en vurdering av dens lovlighet, kommer i punkt 14 nedenfor. Foreløpig skal imidlertid avhandlingen bygge på angivelse av forholdstall, som er helt dominerende i praksis.

12 Vektreglenes betydning for valg av grunnmodeller

12.1 Problemstillingen

Dersom oppdragsgiver velger å avveie tildelingskriteriene etter et angitt forholdstall, vil måten man beregner poeng under hvert kriterium kunne påvirke kriterienes betydning i den endelige avveiningen. I dette punkt er spørsmålet hvorvidt reglene om relativ vektning begrenser oppdragsgivers frihet til å bruke forskjellige grunnmodeller for poengsetting av de forskjellige tildelingskriteriene.

De grunnmodeller oppdragsgiver bruker for hhv. priskriteriet og andre kriterier, må nødvendigvis ha visse forskjeller. Mens «pris» er rent kvantitativt, og må poengsettes etter en matematisk modell for å bli representativ, må «kvalitet» følge en mer skjønnsmessig grunnmodell.

Man kan jo i prinsippet poengsette både «pris» og «kvalitet» skjønnsmessig eller på en fullskala, men dette kommer som oftest i strid med kravet om at modellen reflekterer relevante forskjeller.

En sammensetting av ulike grunnmodeller er altså ikke til å unngå. Problemstillingen i det følgende er hvilke krav som må stilles til sammensettingen av modellene.

12.2 Rettslig utgangspunkt: Forbudet mot å forskyve tildelingskriterienes relative vekt

KOFA-praksis bygger på et materielt krav om at poenggivningen under hvert av kriteriene må foretas slik at den relative vektingen som er oppgitt i konkurransegrunnlaget eller kunngjøringen, ikke forskyves i praksis.

Nemnda har i ni avgjørelser tatt stilling til anførsler om at tildelingskriterienes vekt er forskjøvet under tilbudsevalueringen. Slike anførsler bygger på at poengberegningen under det enkelte tildelingskriterium medfører at tildelingskriteriene får en annen vekt i den endelige avgjørelsen enn den vekten som er angitt i konkurransegrunnlag. Nemnda viser tydelig at den er villig til å slå ned på slike forskyvninger.¹¹⁵ Det finnes også én lagmannsrettsom som tar stilling til slike anførsler, og i denne vant anførslene fram. Det standpunktet som er tatt av lagmannsretten og KOFA er naturlig, da kravet til forutberegnelighet i loa. § 5 krever at konkurransen virkelig forløper slik konkurransegrunnlaget foreskriver. Også kravet om kunngjøring av vektingen i foa. § 22-2 (2) fjerde punktum forutsetter at den kunngjorte vektingen faktisk følges i praksis. Forbudet mot forskyvning av vektingen har således sikker rettslig forankring.

Et tilsvarende krav er stilt opp i dansk nemndspraksis, se *EU Udbudsretten* s. 490 med videre henvisninger.

Problemstillingen i det følgende er forbudets praktiske betydning for sammensetting av grunnmodeller. Fordi det er klart at en forskyvning vil stride mot regelverket, blir det interessante spørsmålet hva som regnes som en slik forskyvning.

12.3 Hypotese

Bruk av forskjellige grunnmodeller medfører ikke nødvendigvis noen forskyvning av tildelingskriterienes relative vekt. Det avgjørende for kriterienes innbyrdes betydning i den endelige avveiningen, er hvor gode prestasjoner under det ene kriteriet som må til for å oppveie en dårlig prestasjon under det andre kriteriet. Dette beror dels på hvor lett det er å få et poengs forskjell uten hvert av kriteriene, og dels på hvordan poengene blir

¹¹⁵ De mest relevante avgjørelsene blir behandlet i det følgende.

avveid. Sistnevnte avgjøres av de kunngjorte forholdstallene, som ligger fast.¹¹⁶ Men førstnevnte avgjøres av grunnmodellene, og kan dermed variere avhengig av oppdragsgivers valg.

Eksempel: I en konkurranse hvor «pris» og «kvalitet» veier 50% hver, scorer tilbud A 10 poeng på kvalitet og 5 poeng på pris. B scorer 7 på kvalitet, og må ha dermed 8 prispoeng for å utlikne As score. B må altså score 3 poeng bedre på priskriteriet enn A. Jo lettere en gitt prisforskjell medfører 3 poengs forsprang, jo større betydning vil pris ha i konkurransen sammenliknet med kvalitet. På tilsvarende måte vil kvalitet ha større betydning jo lettere en gitt kvalitetsforskjell medfører et poengs forsprang.

Det avgjørende for hvorvidt en grunnmodell forskyver vekten eller ikke, synes altså å være hvorvidt det er vanskeligere eller lettere å få en gitt poengforskjell på ett av kriteriene enn de andre. Min hypotese er derfor at forbudet mot å forskyve kriterienes relative vekt innebærer et krav om proporsjonalitet mellom de forskjellige grunnmodellene, slik at det ikke er uforholdsmessig lettere eller vanskeligere å få uttelling under ett av kriteriene. I det følgende undersøkes hvorvidt denne hypotesen er i samsvar med praksis.

12.4 LB-2010-68992 (Søppelkjøring)

Søppelkjøringsdommen¹¹⁷ fra Borgarting lagmannsrett er, så vidt jeg kan se, den eneste rettskraftige dommen tilgjengelig hos Lovdata som tar stilling til anførsler om forskyvning av den relative vektningen av tildelingskriteriene. Saken gjaldt en anbudskonkurranse om kontrakt på søppelkjøring. Oppdragsgiver hadde regnet ut prispoengene etter en forholdsmessig modell, mens tilbudene på de kvalitative kriteriene «oppdragsforståelse» og «miljø» ble plassert skjønnsmessig på skalaen, vurdert opp mot et tenkt idealtilbud. Dette medførte at en større del av skalaen ble utnyttet for de kvalitative kriteriene enn for priskriteriet. Saksøker anførte at dette innebar en forskyvning av kriterienes kunngjorte vekt.

¹¹⁶ Evt. «innenfor et område med et passende maksimalt utslag», jf. foa. § 22-2 (2) femte punktum.

¹¹⁷ LB-2010-68992.

I løsningen av dette spørsmålet deler lagmannsretten seg i et flertall på to dommere og et mindretall på én. Flertallet finner at tilbudsevalueringen ikke er i strid med regelverket. De uttaler bl.a. følgende:

«Det er videre ikke nødvendigvis slik at poengavstanden mellom laveste og høyeste tilbud om pris må være den samme som mellom beste og dårligste prestasjon knyttet til oppdragsforståelse og miljø.»

Dette må være et helt riktig utgangspunkt. Poengavstanden på hvert kriterium bør gjenspeile de forskjellene som finnes under dette kriteriet, jf. framstillingen i avhandlingens del II. Det kan hende at prestasjonene på noen kriterier varierer mer enn for andre kriterier, og da bør poengforskjellen også variere. Det kan jo f.eks. hende at tilbudsprisene er nokså like. Dersom oppdragsgiver da skulle være pliktig til å variere prispoengene like mye som kvalitetspoengene, ville man risikere at en liten prisforskjell fikk like stor betydning som en stor kvalitetsforskjell. Da kan oppdragsgiver ende opp med å ofre mer kvalitet i bytte mot lavere pris enn det den angitte vektingen indikerer. En slik plikt vil derfor ikke sikre at kriterienes vekt beholdes, men snarere det motsatte.

Mindretallet i dommen fant at bruken av evalueringsmodellen medførte en forskyvning av den relative vekten mellom tildelingskriteriene, under henvisning til følgende:

«Ved poenggivningen under tildelingskriteriene oppdragsforståelse og miljø er en større del av poengskalaen fra 1-10 anvendt enn tilfellet er for kriteriet pris. Dette fører til at disse to tildelingskriteriene får større utslag ved rangering av tilbudene enn fordelingen 50 prosent på pris og 50 prosent (25/25) på oppdragsforståelse/miljø skulle tilsi. En såvidt ulik bruk av poengskalaen for vekting av pris på en ene side og vekting av oppdragsforståelse/miljø på den andre, er ikke forutberegnelig.»

Jeg ville vært enig med mindretallet dersom forskjellen mellom tilbudene under «oppdragsforståelse og miljø» faktisk ikke var større enn forskjellen i pris. Det er imidlertid vanskelig for rettsanvendere å skulle bedømme hvorvidt en kvalitetsforskjell er større eller mindre enn en forskjell i pris; dette innebærer egentlig en vurdering av

hvorvidt poengberegningen reflekterer relevante forskjeller, og her legger regelverket opp til en forsiktig prøving av kvalitetsforskjellene.¹¹⁸ Det finnes ikke noen objektiv målstokk for hvor stor poengforskjell en gitt kvalitetsforskjell skal medføre. Som vist tidligere i avhandlingen, er denne vurderingen i utgangspunktet overlatt til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn, og misforholdet må nå et visst nivå før det kan underkjennes. Mindretallet i denne dommen gjør heller ikke noe forsøk på å underbygge at kvalitetsforskjellene var gitt større poengforskjell enn de fortjener.

Jeg har derfor størst sympati for flertallets vurdering. Deres votum er et rettskildemessig argument for at ulik bruk av de forskjellige poengskalaer ikke uten videre kan regnes som en forskyvning av kriterienes vekt, så lenge poengsettingen representerer reelle forskjeller. Dette er i samsvar med hypotesen som er presentert innledningsvis.

12.5 KOFA-praksis

12.5.1 KOFA-2008-106 (Rullestoler)

KOFAs avgjørelse i sak 2008/106 (Rullestoler) er det første eksempelet på at klager vant fram med en anførsel om forskyvning av tildelingskriterienes vekt. Saken gjaldt konkurranse om rammeavtale på levering av rullestoler til NAV. Oppdragsgiver hadde kunngjort flere tildelingskriterier, som alle skulle poengsettes mellom ett og ti poeng. For priskriteriet skulle poengene regnes ut etter en middelveidmodell, hvor gjennomsnittspris ville gi fem poeng, og hvor man for øvrig tildelte poeng ved å multiplisere forholdet mellom gjennomsnittspris og produktpris med fem. Denne modellen innebærer at et tilbud bare kan få full score hvis det er minst 50% billigere enn gjennomsnittsprisen. Klager anførte at den derfor forskjøv den relative vektingen og førte til en uventet vekting, og fikk altså medhold i dette. Nemnda uttaler følgende i premiss 84:

«Når det f eks er få tilbud, vil en slik modell føre til at det beste pristilbudet får stort utslag på gjennomsnittsprisen slik at det blir nesten umulig å oppnå en høy poengsum. Tilsvarende vil gjelde hvor det er mange tilbud som ligger

¹¹⁸ Jf. punkt 7 ovenfor.

prismessig nokså likt. Vanskeligheten i modellen ligger i at det ikke blir et rimelig utslag av prisforskjeller i poengtildelingen. For å få en god uttelling krever modellen forholdsvis stor prisforskjell mellom gjennomsnittet og laveste pris, hvilket er et problem.»

Det nemnda påviser her, er at poenggivningen for priskriteriet raskt blir «sammentrykket» rundt midten av poengskalaen. Det skal altså en større prisforskjell til for å utgjøre et poengs forskjell enn man skulle tro. Dersom prisskalaen er mer sammentrykket enn skalaen på de øvrige kriteriene, vil det medføre at prisforskjeller får mindre å si i den endelige avveiningen enn angivelsen av kriterienes relative vekt skulle tilsa. Vektforskyvningen henger altså sammen med bruddet på plikten til å reflektere relevante forskjeller. Avgjørelsen er således i samsvar med hypotesen presentert innledningsvis.

12.5.2 KOFA-2011-55, KOFA-2010-99, KOFA-2011-106 og KOFA-2008-67

Dette er fire KOFA-avgjørelser hvor problemstillingene er ganske like, og hvor nemnda løser dem på samme måte som flertallet i LB-2010-68992. I alle sakene hadde oppdragsgiver regnet ut prispoengene etter en forholdsmessig eller lineær modell, mens kvalitetskriteriene var poengsatt i forhold til et tenkt idealtilbud. Dette medførte at pris- og kvalitetsskalaene i konkurransene ikke ble utnyttet i samme grad, og nemnda måtte ta stilling til om dette skulle regnes som en forskyvning av kriterienes vekt. Dette spørsmålet besvarer KOFA benektende i alle avgjørelsene. I to av avgjørelsene¹¹⁹ henviser nemnda til at det under enkelte kriterier var større relevante forskjeller enn under andre kriterier, mens den i de to andre nøyer seg med å slå fast at klager ikke hadde påvist noen forskyvning av kriterienes vekt.

Avgjørelsene følger samme linje som de to ovenstående, og bygger opp under hypotesen presentert innledningsvis: Vekten kan ikke sies å være forskjøvet med mindre det kan påpekes at det er lettere eller vanskeligere å få et poengs forskjell på et av kriteriene enn de reelle forskjeller tilsier.

¹¹⁹ KOFA-2008-67 (premiss 47), KOFA-2011-106 (premiss 33).

12.5.3 KOFA-2011-201 (Bussrute)

I bussrutesaken tar nemnda en ny vending. Saken gjaldt en konkurranse om kontrakt på bussruteproduksjon. Oppdragsgiver hadde poengsatt prisen med beste score til laveste pris og forholdsmessig lavere score til de øvrige, mens de kvalitative kriteriene «kvalitet» og «miljø» var poengsatt mer skjønsmessig, vurdert opp mot et tenkt idealtilbud. Problemstillingen i saken er dermed parallell med den i de fire ovennevnte nemndsavgjørelsene. Her vant imidlertid klager fram med anførselen om at bruken av forskjellige grunnmodeller for de forskjellige tildelingskriteriene forskjøv deres relative vekt.

Nemnda presiserer rettstilstanden i premiss 106, og framholder at bruk av forskjellige metoder for poengsetting medfører en risiko for at kriterienes vekt forskyves. Den synes å anlegge samme rettslige utgangspunkt som de foregående avgjørelsene. Det som skiller denne avgjørelsen fra de fire øvrige, er subsumsjonen. Denne foretar nemnda i premiss 110. Den baserer seg der på en utregning klager hadde lagt fram som del av sine anførsler:

«Klagers oversikt viser uansett at evalueringen har gitt et resultat hvor konkurransegrunnlagets vektingstall som sitert ovenfor under premiss (3) under punkt 4.2, ikke er fulgt. « *Pris* » var i konkurransegrunnlaget gitt vektingstall 60 prosent, men ble i stedet faktisk vektet som 63 prosent. « *Kvalitet* » skulle vært vektet 30, men ble i stedet faktisk vektet som 28 prosent. « *Miljø* » skulle vært vektet ti prosent, men ble gitt vektingstall ni prosent. Slike forskjeller kan ha påvirket resultatet av tilbudsevalueringen, slik klager har påvist. Klagenemnda finner etter dette at innklagede har brutt kravet til forutberegnelighet i loven § 5 ved å benytte en evalueringsmetode som har forskjøvet vektingen av tildelingskriteriene.»

Jeg kan ikke se hvordan en slik utregning er mulig. Et eventuelt avvik beror jo på om det er lettere eller vanskeligere å få et poengs forskjell på kvalitetskriteriet enn på priskriteriet. Hvorvidt en gitt kvalitetsforskjell er større eller mindre enn en gitt

prisforskjell, beror på skjønn, og kan bare i begrenset grad overprøves rettslig.¹²⁰ Det kan i hvert fall ikke regnes ut matematisk, fordi «pris» og «kvalitet» ikke er direkte sammenliknbare størrelser.

Av gjengivelsen av klagers anførsler i premiss 26 og 27, virker det som om beregningen tar utgangspunkt i avviket mellom maksimalt mulig score og høyest tildelt score på hvert kriterium. Dette avviket tas til inntekt for at kriteriet har fått lavere vekt enn kunngjort. Prosentsatsene i sitatet ovenfor angir derfor hvor mange prosent av de totale tildelte poeng i konkurransen som er gitt under hvert av kriteriene. Utregningen bygger altså på at det absolutte poengtallet, og ikke bare den relative poengforskjellen mellom tilbudene, påvirker kriteriets vekt. Denne beregningsmåten beror, så langt jeg kan forstå, på en grunnleggende misforståelse. Det som betyr noe i den endelige avveiningen, er nemlig ikke hvor høyt poengtall hvert tilbud har, men derimot *antall poengs forskjell*. Resultatet av den endelige avveiningen ville blitt nøyaktig det samme dersom man oppjusterte kvalitetspoengene slik at beste tilbud fikk maksimal score, og beholdt samme poengavstand mellom tilbudene.

En simulering kan illustrere at det utelukkende er antall poengs forskjell som har betydning for konkurransens utfall: I en konkurranse veier «pris» og «kvalitet» 50% hver. Tilbud A og B har fått henholdsvis 9 og 10 prispoeng. Dersom A får to poeng mer enn B på «kvalitet», vil A vinne konkurransen. Dette gjelder enten de får hhv. 4 og 2 eller, satt på spissen, 40 og 38 poeng. (Prinsippet gjelder så fremt poengene trekkes direkte inn i avveiningen, slik det vanligvis gjøres. Dersom det skjer en ytterligere konvertering basert på den relative forskjellen mellom tilbudenes score, blir saken en annen. Meg bekjent gjøres ikke dette i praksis.)

Subsumsjonen nemnda foretar, synes således å skyldes at den har latt seg overbevise av en feilaktig utregning. Avgjørelsen innebærer et brudd med nemndas tidligere praksis,¹²¹ og med flertallets votum i søppelkjøringsdommen. Avviket er etter mitt skjønn uheldig: Avgjørelsen bygger på et krav om at beste kvalitet alltid må plasseres øverst på kvalitetsskalaen, i stedet for at et idealtilbud setter standarden. Dette skyldes kanskje et synspunkt om at dersom ingen tilbud får toppscore på kvalitetsskalaen, har

¹²⁰ Jf. punkt 7 ovenfor.

¹²¹ Den motstridende KOFA-2011-106 er yngre, men forholdet til KOFA-2011-201 er ikke problematisert der.

skalaen i realiteten vært snevrere enn angitt. Det er i så fall ikke riktig. Når tilbudene vurderes opp mot et tenkt idealtilbud, tilsvarer kvalitetsskalaen spennet mellom idealtilbudet og kravspesifikasjonen.¹²² At ingen tilbud plasseres i det øvre sjiktet, kan nettopp skyldes at ingen er i nærheten av idealtilbudet. Som påpekt flere ganger tidligere i avhandlingen, vil en relativisering av kvalitetsspennet gjøre forholdet mellom pris og kvalitet *mindre* forutberegnelig. Dette er ikke egnet til å låse fast kriterienes relative vekt, snarere tvert om.

Et annet eksempel på misforståelse om at de absolutte poengsummene påvirker kriterienes vekt, finnes i KOFA-2011-131. Oppdragsgiver hadde poengsatt kvalitetskriteriene mot et tenkt idealtilbud. Dette medførte at ingen tilbud fikk høyeste score. Som et ledd i å beholde kriterienes vekt, oppjusterte oppdragsgiver alle poengsummene slik at beste tilbud fikk full score. Antall poengs forskjell ble beholdt (se gjengivelsen av faktum i premiss 20). Som det vil ha fremgått ovenfor, har dette ingen innvirkning på utfallet av konkurransen. I premiss 104 karakteriserer nemnda dette som «en egnet måte å sørge for at tildelingskriterienes innbyrdes vekt forblir den samme». Dermed kom egentlig ikke forbudet mot å forskyve vektingen på spissen.

12.6 Konklusjon

Alle avgjørelsene unntatt KOFA-2011-201 er i samsvar med hypotesen som er presenter innledningsvis. Sistnevnte er etter mitt syn et steg i feil retning. Når den strider mot en lagmannsrettsdom, bør den antakelig ikke anses som uttrykk for rettstilstanden.

De øvrige avgjørelsene viser at vektingen er forskjøvet når spennvidden av poeng er mer sammentrykket eller strukket ut enn de reelle forskjeller skulle tilsi. Ved nærmere ettersyn, ser man at dette egentlig bare er en anvendelse av kravet om å reflektere relevante forskjeller. Forbudet mot å forskyve vektingen får således mindre selvstendig betydning. Prøvingsintensiteten ved anvendelse av forbudet vil antakelig samsvare med prøvingsintensiteten ved poengsettingen under det enkelte kriterium. Dette innebærer at det er lettere å slå ned på forskyvning av vektingen dersom det er priskriteriet som er sammentrykket eller strukket ut, enn når det er kvalitetskriterier det gjelder.

¹²² Se illustrasjonen i punkt 11.2 ovenfor.

13 Vektreglenes betydning for valg av poengskalaer: Er det tillatt å gi negative prispoeng?

13.1 Problemstillingen

Problemstillingen i dette punkt er om regelverket godtar tildeling av negative poeng under priskriteriet. Dette er et spørsmål om hvilke poengskalaer som lovlig kan brukes. Det kan tenkes at forbudet mot å forskyve kriterienes relative vekt legger begrensninger på tildeling av negative prispoeng.

Tildeling av negative poeng kan komme på spissen ved bruk av en lineær beregningsmodell for priskriteriet. Som vist ovenfor under punkt 6.3.2, vil denne på et punkt nå 0 poeng. Ved proporsjonalhelningen vil den nå 0 poeng ved tilbud som er dobbelt så dyre som det billigste. Det følger imidlertid av kravet om å reflektere relevante forskjeller at også større prisforskjeller må gjenspeiles i poenggivningen. Helningens lovlighet vil derfor i enkelte tilfeller bero på hvorvidt det er tillatt å fortsette skalaen forbi 0 poeng og tildele minuspoeng. Dersom dette er tillatt, vil proporsjonalhelningen være den best egnede i enhver konkurranse. Dersom minuspoeng ikke er tillatt, må man antakelig gi opp målet om å finne én idealmødel.

Når poengskalaen operer med negative poeng, åpnes muligheten for at skalaen ikke har noe sluttspunkt, med andre ord at den i teorien kan fortsette i det uendelige. Men det er også fullt mulig å sette en grense for hvor mange minuspoeng det er mulig å få. Etter min oppfatning rommer derfor problemstillingen to underproblemstillinger: (i) Om negative poeng som sådan er forbudt, og (ii) om det er forbudt å bruke en uendelig poengskala. Blant norske anskaffelsesjurister er det en bred oppfatning om at det ikke er tillatt å tildele negative poeng, men det kan se ut til at mange ikke skiller mellom de to underproblemstillingene. Det er vanlig å hevde at man kan unngå problemet med negative poeng ved å snu poengskalaen: Å gi 0 poeng til beste tilbud, og lineært høyere poengsum til de andre etter hvor mye dyrere de er. Dette vil løse underproblemstilling (i), men ikke den langt mer interessante nummer (ii). I det følgende behandles disse to underproblemstillingene hver for seg.

13.2 Er negative poeng som sådan forbudt?

Etter min forståelse er det rimelig klart at det ikke er denne underproblemstillingen som volder størst problemer. For å analysere hvorvidt negative poeng som sådan er forbudt, tar framstillingen under dette punkt utgangspunkt i en poengskala med negative poeng, men som har et fiksert sluttspunkt, f.eks. en skala som går fra 10 til -10.

Som nevnt flere ganger tidligere i avhandlingen, inneholder verken anskaffelsesdirektivet, -loven eller -forskriften uttrykkelige regler om hvordan poengsettingen av tilbud skal skje. Dette tilsier i utgangspunktet at oppdragsgiver står fritt til å velge selv hvorvidt den vil bruke minuspoeng. Det finnes én KOFA-avgjørelse som tar stilling til – og forbyr – negative poeng, men denne ser ut til å slå ned på skalaens manglende sluttspunkt, ikke de negative poengene som sådan.¹²³ Det avgjørende rettskildegrunnlaget blir derfor de grunnleggende kravene i loa. § 5 og de materielle hensiktsmessighetskrav som kan oppstilles på bakgrunn av det skrevne regelverket og KOFAs praksis.

Det er vanskelig å se at de ovennevnte rettskildefaktorene tilsier at negative poeng som sådan skal være forbudt. Rent matematisk synes negative poeng å være uproblematisk: En poengskala som er fiksert fra et positivt til et negativt tall, f.eks. fra 10 til -10, vil oppføre seg på nøyaktig samme måte som en skala som er fiksert fra et positivt tall til null, f.eks. 20 til 0. Det er forutberegnelig og etterprøvbart hvordan den matematiske utregningen fungerer; den følger med nødvendighet av formelen

$$Poeng = 10 - \frac{10x(P - L)}{L}$$

hvor P er prisen som evalueres, L er laveste tilbudte pris i konkurransen og 10 er oppdragsgivers valg av høyeste mulig poengscore.

Umiddelbart kan det kanskje virke som om en leverandør ved tildeling av minuspoeng risikerer å bli trukket dobbelt for en dårlig prestasjon under priskriteriet, ved at leverandøren ikke bare går glipp av et prispoeng, men i tillegg mister ett av poengene oppjent under kvalitetskriteriet. En slik dobbel effekt vil i så fall kunne forskyve

¹²³ KOFA-2007-131. Denne behandles nærmere i neste punkt.

kriterienes vek. En enkel simulering viser imidlertid at en slik effekt ikke er noen realitet:

I en konkurranse veier «pris» og «kvalitet» 50% hver. Prisskalaen går fra 10 til -10. Tilbud A og B scorer hhv. 3 og -1 på «pris» og 9 og 10 på «kvalitet». A ender med totalt 3 poeng mer enn B (12 mot 9). Anta at prisskalaen i stedet gikk fra 20 til 0 uten mulighet for minuspoeng. Poengavstanden mellom A og B på priskriteriet bestemmes av grunnmodellen, og er fortsatt 4, f.eks. slik at A får 13 poeng og B 9. Den sammenlagte poengscore blir fortsatt 3 poeng høyere for A (22 mot 19). Det avgjørende for konkurransens utfall, og kriterienes reelle vekt, er hvordan hvert tildelingskriterium påvirker den endelige poengoppsummeringen. Denne påvirkningen er ikke avhengig av hvorvidt prispoengene angis positivt eller negativt. At de i sistnevnte tilfelle «stjeler» poeng fra et annet kriterium, påvirker ikke konkurransens utfall.

Konklusjonen blir at negative poeng som sådan ikke kommer i strid med regelverkets krav. Man må derfor falle tilbake på utgangspunktet om at måten poengberegningen skal skje på, ikke er rettslig regulert, og at oppdragsgiver selv kan velge hvordan beregningen skal gjøres.

Dansk rett synes å anerkjenne bruk av negative poeng som sådan. Klagenævnet for Udbud har behandlet flere saker hvor det var gitt negative poeng for priskriteriet, uten å slå ned på dette¹²⁴ (det var i disse sakene heller ikke anført at dette var ulovlig). I KfU-29-7-2011 påpeker nævnet at i «relation til underkriteriet »pris« var der imidlertid også mulighed for at tildele negative poeng». Nævnet kommer til at dette var ulovlig, men bare fordi det ikke var mulig å gi negative poeng også på de øvrige kriteriene.

I praksis vil det være liten grunn til å benytte skalaer med negative poeng og fiksert sluttpunkt, fordi man kan oppnå nøyaktig det samme med positive poeng: I stedet for en skala fra 10 til -10, kan man like godt bruke en skala fra 20-0. Den ovenstående konklusjonen er imidlertid et viktig premiss for diskusjonen i neste punkt.

¹²⁴ F.eks. KfU-4-8-2009.

13.3 Må poengskalaen ha et fiksert slutt punkt?

13.3.1 Innledning

I dette punkt drøftes hvorvidt regelverket krever at oppdragsgiver anvender poengskalaer som stopper på et bestemt punkt, dvs. at den ikke kan fortsette i det uendelige. Problemstillingen gjør seg gjeldende både for skalaer som åpner for minuspoeng uten noen nedre grense, og for skalaer som starter på 0 og beveger seg oppover uten noen øvre grense. Dersom regelverket tillater at oppdragsgiver benytter uendelige poengskalaer, vil det innebære at proporsjonalhelningen på den lineære poengberegningsmodellen kan benyttes i enhver konkurranse. Man vil dermed ha kommet langt i søken etter idealmodellen.

At poengskalaen er *uendelig*, er utelukkende et teoretisk poeng. I praksis medfører tildelingskriterienes vekt at det oppstår en grense for hvor mange minuspoeng man kan få og fortsatt vinne konkurransen.¹²⁵ Prisskalaen vil med andre ord alltid ha et punkt hvor ytterligere prisøkninger vil prise tilbudet helt ut av konkurransen, slik at ytterligere nyansering av poengsummen ikke påvirker konkurransens utfall. Inntil dette punktet vil imidlertid mangelen på et fiksert slutt punkt være en relevant problemstilling.

Jeg kan ikke se at problemstillingen er diskutert i nevneverdig grad i verken norsk eller internasjonal litteratur. Det finnes ingen direkte holdepunkter i forskriften eller direktivet til løsning av problemstillingen, og heller ingen dommer fra norske domstoler eller EU-domstolen. Dette tilsier i utgangspunktet at det er opp til oppdragsgivers skjønn å vurdere om poengskalaen skal ha et fiksert slutt punkt. Det kan imidlertid tenkes at en uendelig poengskala vil forskyve eller bryte opp tildelingskriterienes kunngjorte relative vekt. I så fall vil skalaen stride mot kravet til forutberegnelighet i loa. § 5, og samtidig gjøre plikten til å kunngjøre den relative vektingen illusorisk. Spørsmålet i det følgende blir om uendelige poengskalaer må regnes som en slik forskyvning.

¹²⁵ Jf. punkt 13.3.3 nedenfor.

13.3.2 KOFA's løsning

Det finnes bare ett eksempel på at KOFA tar uttrykkelig stilling til problemstillingen. I KOFA-2007-131 hadde oppdragsgiver poengsatt priskriteriet med en lineær modell, som nådde 0 poeng ved tilbud som var 50% dyrere enn billigste, men som fortsatte under dette punktet og resulterte i negative poeng.

Avgjørelsen underkjenner bruk av negative poeng, og begrunner dette slik i premiss 23:

«en slik beregningsmåte [vil] kunne gi uforholdsmessige utslag ved poenggivning av tilbudenes pris. Når poengskalaen for de øvrige tildelingskriteriene stopper på 0 poeng, vil store forskjeller på kriteriet pris gi større utslag enn tilsvarende store forskjeller på øvrige kriterier.»

Nemnda ser her ut til å bygge på at den relative vekten mellom kriteriene vil forskyves dersom det brukes negative poeng.

Et tilsvarende syn er lagt til grunn i dansk nemndspraksis. I den ovennevnte KfU-29-7-2011 behandlet Nævnet en sak med to tildelingskriterier: «Pris» samt «kvalitet og leveringssikkerhet». De vektet 50% hver, og for hver av dem var det mulig å oppnå maksimalt 10 poeng. For priskriteriet var det imidlertid også mulig å bli tildelt negative poeng, som følge av en lineær beregningsmåte. Nævnet kommer til at dette innebar en risiko for at den relative vekten ville forskyves, alene med den begrunnelse at «[d]e to poengskalaer var således ikke identiske» (s. 18).

Denne ene KOFA-avgjørelsen har ikke noen særlig rettskildevikt. Den kan derimot ha argumentasjonsverdi. Man bør ta på alvor de problemene nemnda tilsynelatende påpeker. Dersom disse problemene er en realitet, vil poengskalaen nemlig komme i strid med det grunnleggende kravet til forutberegnelighet i loa. § 5.

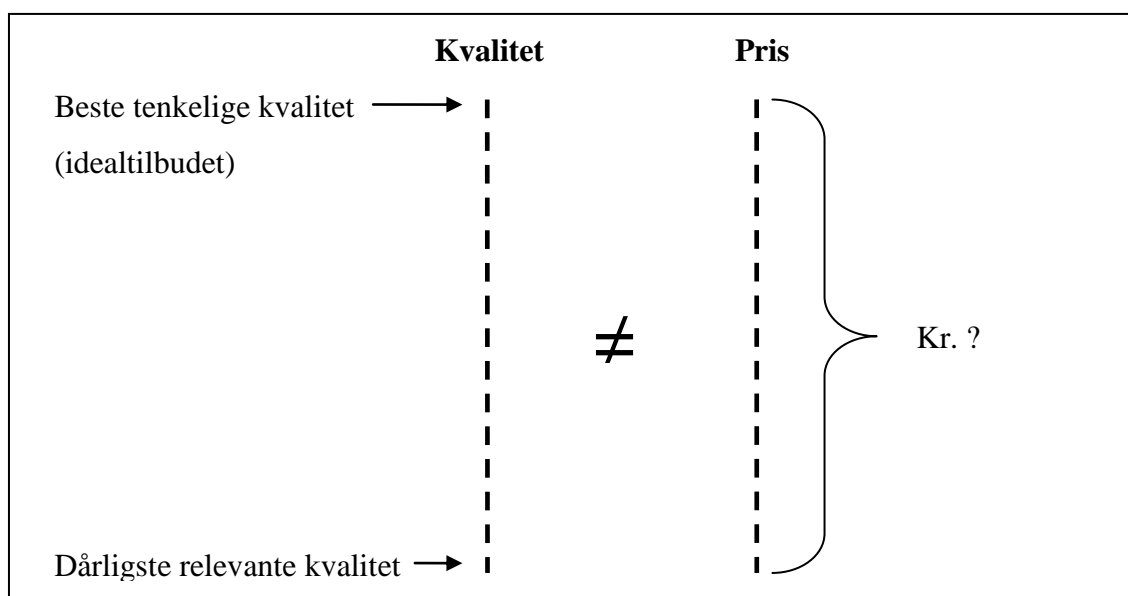
Argumentasjonsverdien er imidlertid bare i behold så lenge man er enig i resonnetet. I det følgende drøftes hvorvidt bruk av en uendelig poengskala virkelig forskyver tildelingskriterienes vekt, med grunnlag i matematiske argumenter.

13.3.3 Matematiske argumenter

Forbudet mot å forskyve tildelingskriterienes relative vekt inneholder en henvisning til den matematiske realiteten. Dette medfører at problemstillingen til syvende og sist må løses på bakgrunn av matematiske argumenter. Den avgjørende problemstillingen blir om bruken av uendelige skalaer virkelig forskyver kriterienes relative vekt.

Et tilsynelatende problem ved en uendelig poengskala er at den bryter opp den bindingen mellom tildelingskriteriene som angivelsen av deres relative vekt innebærer, i form av et forhåndsdefinerte prisspekter som korresponderer med kvalitetsspekteret. Man kan ikke lenger sette likhetstegn mellom kvalitetsspennet og prisspennet, fordi prisspennets størrelse er ukjent. Prisspennet kan jo i prinsippet bli uendelig stort, og tilsynelatende bety uendelig mye i den endelige avveiningen.

Illustrasjon av det tilsynelatende problemet:



Problemet er imidlertid bare tilsynelatende. Det kunngjorte forhåndstallet skal ideelt sett si noe om *hvor mange kroner hvert kvalitetspoeng er verdt*, og binde kriteriene til hverandre på denne måten.¹²⁶ Denne formen for binding vil fortsatt eksistere, selv om prisskalaen ikke har noe fiksert slutt punkt. Bindingen følger av den lineære grunnmodellens helning. Ved proporsjonalhelning vil en prisforskjell fra billigste tilbud på x%, alltid resultere i en poengforskjell fra billigste tilbud på x%. Prispoengenes

¹²⁶ Jf. punkt 11.2 ovenfor.

kroneverdi er altså bundet. Dette vil gjelde uansett hvor mange minuspoeng som måtte tildeles. Et ytterligere minuspoeng vil alltid ha samme kroneverdi som et positivt poeng på en fiksert skala.¹²⁷

Oppdragsgiver kan altså ta en vanlig, fiksert skala, og bygge denne ut til å bli uendelig, og forholdet mellom antall kroner og prispoeng vil bestå. En utvidelse av prisskalaen vil bare øket spennet av priser som kan telle med i vurderingen, den vil ikke forrykke forholdet mellom pris og kvalitet.

Eksempel: Hvis priskriteriet poengsettes med en lineær grunnmodell med proporsjonalhelning, med en poengskala hvor 10 poeng er toppscore, og leverandøren vet at laveste pris vil bli kr. 100.000, vet leverandøren at hvert prispoeng tilsvarer kr. 10.000. Dette gjelder både poengene over og under null, uansett hvor mange minuspoeng som måtte bli gitt.

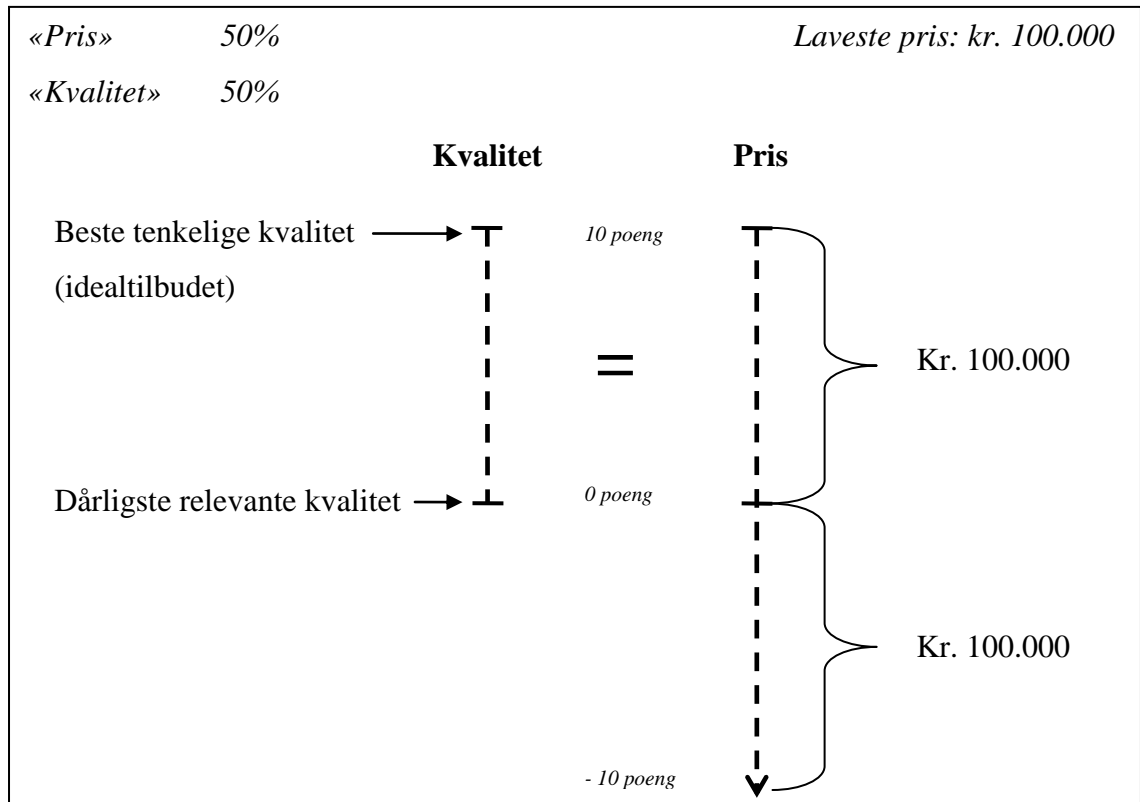
Når man vet hvor mange kroner hvert prispoeng tilsvarer, kan man på bakgrunn av kvalitetskriteriets vekt beregne hvor mange kroner hvert kvalitetspoeng er verdt, akkurat som med en fiksert skala. Man trenger bare multiplisere pris- og kvalitetspoengene med de angitte forholdstallene.

Å operere med en uendelig prisskala samsvarer med realiteten i markedet: Mens kravspesifikasjonene setter en grense for hvor dårlig kvalitet som vil bli godtatt, finnes det i utgangspunktet ingen øvre grense for hvor høy pris som kan tilbys. Kvalitetsspennet er derfor gitt, mens prisspennet i prinsippet kan være uendelig.

At pris kan komme til å bety uendelig mye i den endelige avveiningen, er en illusjon. Kriterienes vekt setter en *de facto* grense for hvor mange prispoeng som vil ha praktisk betydning. Avveiningen av kriteriene innebærer at dersom «pris» veier 50% eller mer, og kriteriene har en like stor skala over null, vil aldri de negative poengene få noen betydning. Negative poeng på «pris» vil nemlig innebære at man selv med full kvalitetsscore ikke kan nå igjen tilbudet som fikk toppscore på «pris». Man vil ha priset

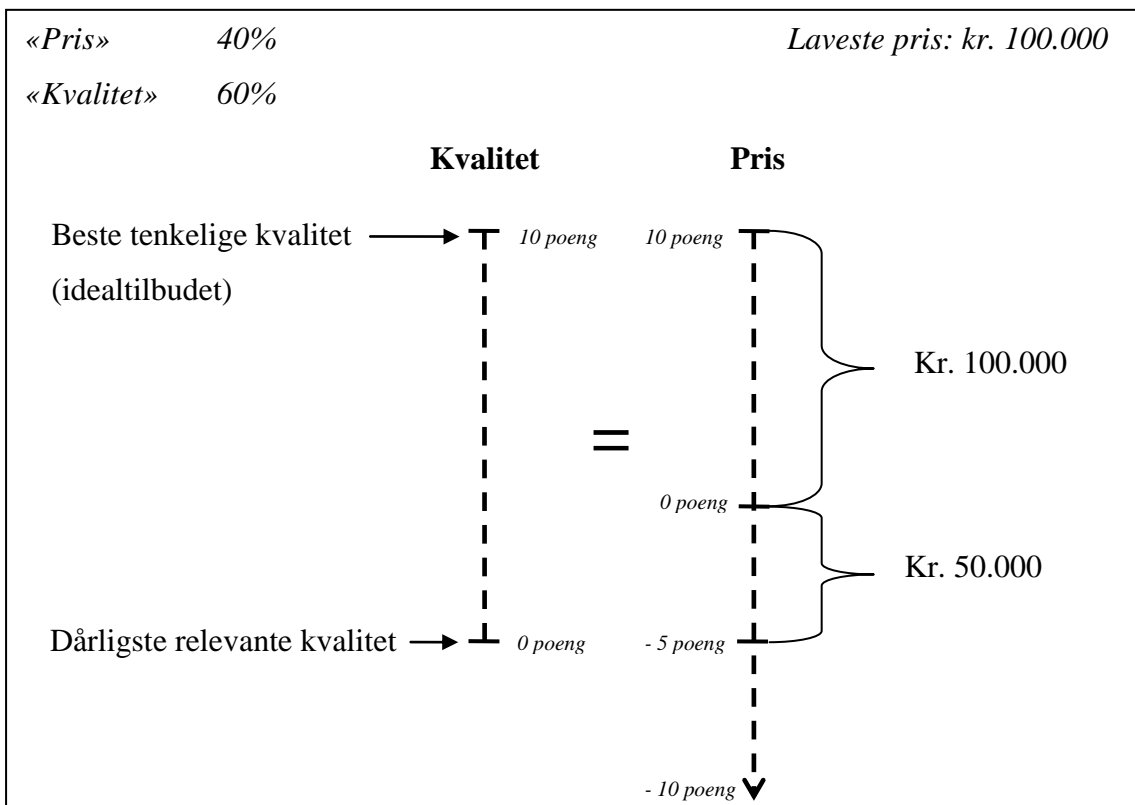
¹²⁷ Kunnskapen om kroneverdien krever at man kjenner laveste pris i konkurransen, men dette gjelder også ved fikserte skalaer.

seg ut av konkurransen, fordi prisforskjellen overstiger det oppdragsgiver er villig til å betale for hele kvalitetsspennet.



I figuren ovenfor er oppdragsgivers betalingsvillighet for kvalitetsspennet kr. 100.000, som markerer forskjellen på 10 og 0 poeng. De ytterligere 10 minuspoengene er også verdt kr. 100.000, men disse vil ikke påvirke konkurransen, fordi de ligger utenfor den betalingsvillighet oppdragsgiver har fastlagt ved å gi priskriteriet 50% vekt.

Bare dersom «pris» veier mindre enn 50%, vil de negative poengene kunne få avgjørende betydning. I neste figur nedenfor er oppdragsgivers betalingsvillighet for kvalitetsspekteret større enn den pengesum 10 prispoeng tilsvarer, fordi kvalitetskriteriet er gitt 60% vekt. Man kan derfor vinne konkurransen med inntil 5 minuspoeng på priskriteriet; kvalitetsspennet er verdt kr. 150.000.



På samme måte vil grensen for hvor mange minuspoeng som er relevante, øke når priskriteriets vekt avtar. Dersom «pris» bare veier 1/3, vil en leverandør kunne vinne konkurransen med inntil 10 minuspoeng på priskriteriet, dvs. med en pris som er 300% av laveste, fordi «kvalitet» betyr dobbelt så mye som «pris» i den endelige avveiningen. Selv om oppdragsgiver ikke har fastsatt noe fiksert slutt punkt, vil skalaen derfor alltid ha et *de facto* slutt punkt, som bestemmes av priskriteriets vekt.

Den samme løsningen kunne vært oppnådd ved å velge en slakere helning på kurven, og beholde den fikserte skalaen fra 10 til 0. Men bruken av negative poeng er antakelig enklere å forstå og forutberegne, slik at det blir lettere å se hvor mange kroner hvert kvalitetspoeng tilsvarer: Med negative poeng vil prisspennet utvides gjennom justering av forholdstallene, som er kunngjort, mens en fiksert skala må justeres gjennom en tilpasning av den lineære kurvens helning, ikke omfattes av plikten til å kunngjøre den relative vektingen. En stor fordel ved bruken av negative poeng er dessuten at oppdragsgiver ikke på forhånd må gjette seg til hvor mye de tilbudte priser vil variere, og foreta et valg av grunnmodellens helning og tilhørende justering av vektingen på bakgrunn av slike antakelser.

13.4 Konklusjon

Med støtte i det ovenstående matematiske resonnementet, vil jeg argumentere for at en prispoengskala uten fiksert slutt punkt ikke forskyver tildelingskriterienes vekt. Dermed kommer den heller ikke i strid med noen av regelverkets krav. Konklusjonen bør derfor være at regelverket ikke forbyr bruk av negative prispoeng. For å være helt sikker på at skalaen ikke vil bli oppfattet som overraskende, er det likevel å anbefale at oppdragsgiver kunngjør at det vil være mulig å bli tildelt negative poeng.

Problemstillingens praktiske betydning begrenser seg til konkurranser hvor «pris» veier mindre enn 50%.

14 Alternativ vektingsmodell: Prissetting av kvalitet

14.1 Kvalitetsscore som tillegg/fradrag i prisen

Ovenfor, under punkt 11, fremgår det at angivelse av forholdstall bare delvis oppfyller kunngjøringsplikten formål: Å synliggjøre oppdragsgivers prioriteringer av pris kontra kvalitet for leverandørene. Metoden innebærer dessuten en risiko for at tildelingskriterienes vekt forskyves i praksis.

Oppdragsgivers prioritering av kvalitet og pris kan kommuniseres klarere dersom oppdragsgiver i stedet kunngjør direkte hvor mange kroner den er villig til å betale for det relevante kvalitetsspennet. Tilbudene kan så gis tillegg eller fradrag i prisen, basert på i hvilken grad de oppfyller kvalitetskriteriene.¹²⁸ På denne måten oppheves bindingen mellom kvalitets- og prisskalaene: Kroneverdien til hvert kvalitetspoeng er ikke lenger avhengig av hvordan priskriteriet er regnet ut. Kvalitetsspennet vil ha den kroneverdi oppdragsgiver oppgir, i stedet for at kroneverdien bestemmes av hvor billig det billigste tilbudet viser seg å bli. Dermed elimineres en av de ovenfor beskrevne

¹²⁸ Jf. Andersson og Lunander s. 62 flg.

ukjente variablene ved vektingen. Det minsker også risikoen for forskyvning av kriterienes vekt.

Problemstillingen i dette punkt er om en angivelse av absolutt betalingsvillighet for gitte kvalitetsforskjeller oppfyller plikten til å kunngjøre den relative vektingen, og således kan benyttes.

Ordlyden i direktivets art. 53 nr. 2 og forskriften § 22-2 (2) sier intet om hvordan vektingen skal oppgis, utover at oppdragsgiver plikter å angi «the relative weighting»/ «den relative vektingen». Det kan imidlertid spørres om det å oppgi en absolutt betalingsvillighet i kroner og øre faller innenfor ordlyden.

En naturlig språklig forståelse av substantivet, «weighting»/ «vekt», tilsier at kunngjøringen må si noe om hvor tungt, viktig, verdifullt eller betydningsfullt hvert kriterium er.¹²⁹ Etter min mening faller det å angi absolutt betalingsvillighet innenfor denne slutningen fra ordlyden. Ved å angi hvor mye oppdragsgiver er villig til å betale for bestemte kvalitetsforskjeller, angir man hvor mye av størrelsen «pris» som må til for å utlikne et gitt kvantum av størrelsen «kvalitet». Det må imidlertid erkjennes at metoden ikke faller i kjernen av ordlyden, noe derimot angivelse av forholdstall gjør.¹³⁰ Dette reduserer i noen grad vekten av slutningen.

Neste spørsmål blir hva som ligger i det kvalifiserende adjektivet «relative». Etter en naturlig språklig forståelse tilsier dette at kriterienes vekt må være *avhengig av hverandre*. Dette kan kanskje indikere at tildelingskriterienes vekt må være bundet til hverandre i større grad enn det kunngjøring av absolutt betalingsvillighet vil medføre. Slutningen er imidlertid usikker. Det er vanskelig å se at formålet bak bestemmelsen skulle kreve noe mer enn at det fremgår hvor viktig hvert av kriteriene vil bli i den endelige avveiningen, og direktivets fortale inneholder ingen forklaring på hvorfor adjektivet «relative» er tatt med. Meningsinnholdet i bestemmelsen synes å være det samme i den danske,¹³¹ franske,¹³² italienske,¹³³ spanske¹³⁴ og greske¹³⁵ språkversjonen

¹²⁹ Jf. Magne Rommetveit, *Med andre ord. Den store synonymordboka*. Oslo, 1993 s. 586.

¹³⁰ Slik også Trygstad s. 207.

¹³¹ «hvordan den relativt vil vægte».

av direktivet. Den svenske språkversjonen bruker i stedet begrepet «inbördes»,¹³⁶ mens den tyske ikke viser til noen relativisering.¹³⁷ De to sistnevnte språkversjonene trekker således i retning av at meningen *ikke* er at kriteriene skal stå i et relativt forhold til hverandre, men at det snarere er vekt i sin alminnelighet direktivet sikter til.

Konklusjonen blir at det er vanskelig å trekke slutninger fra ordlyden. Flertallet av språkversjonene trekker muligens i retning av at tildelingskriterienes vekt må være bundet til hverandre i større grad enn det kunngjøring av absolutt betalingsvillighet vil medføre. Slutningen er imidlertid så usikker at den må ha mindre vekt, særlig når andre språkversjoner trekker i motsatt retning. Svaret bør søkes i andre kilder.

Som vist tidligere, plikter oppdragsgivere ved kunngjøring konkurransen å bruke Doffins kunngjørings skjema, som er fastsatt av departementet for å gjennomføre forordning 1564/2005. Skjemaet legger klart opp til at den relative vektingen skal angis ved forholdstall.¹³⁸ Skjemaet gir imidlertid oppdragsgiver mulighet til å velge å fastsette vektingen i konkurransegrunnlaget i stedet for å bruke skjemaets mal. Dette innebærer at skjemaet ikke direkte stenger for å oppgi vektingen på annen måte enn ved angivelse av forholdstall. Men skjemaet, og dermed forordningen som påbyr det, kan kanskje sies å gi uttrykk for en forutsetning om at vektingen skal skje ved angivelse av forholdstall, fordi det bare er dette skjemaets mal legger opp til. Denne slutningen er imidlertid usikker. Det fremgår verken av forordningens grunntekst, vedlegg (skjemaene) eller fortale at den er ment å regulere på hvilken måte oppdragsgiver angir vektingen i konkurransegrunnlaget. Av denne grunn er slutningen så usikker at den ikke bør tillegges noen vekt.

Jeg har ikke funnet avgjørelser fra EUs domstolsorganer eller norske domstoler som tar stilling til problemstillingen. Metoden med prissetting av kvalitet var imidlertid anvendt i konkurransen som ble behandlet i KOFA-2008-46 (Hedmark fylkeskommune).

¹³² «la pondération relative».

¹³³ «la ponderazione relativa».

¹³⁴ «la ponderación relativa».

¹³⁵ «τη σχετική στάθμιση».

¹³⁶ «hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes».

¹³⁷ «wie er die einzelnen Kriterien gewichtet».

¹³⁸ Se utdraget fra skjemaet i punkt 11.1 ovenfor.

Nemnda godkjente evalueringsmodellen, men uten å ta uttrykkelig standpunkt til om den oppfylte kravet til kunngjøring av den relative vektingen; dette var heller ikke angrepet av klager. Denne ene nemndsavgjørelsen har uansett liten rettskildevekt alene.

I KOFA-2008-140 (premiss 54) godkjente nemnda en tilsynelatende lignende metode; metoden er imidlertid ved nærmere ettersyn vesensforskjellig fra den som behandles her, se punkt 14.2 rett nedenfor.

Metoden med angivelse av absolutt betalingsvillighet er anerkjent i Fornyings- administrasjons- og kirkedepartementets Veileder til reglene om offentlige anskaffelser¹³⁹ og Oslo Kommunes veileder i utforming og evaluering av tildelingskriteriene.¹⁴⁰ Dette tillegger jeg liten vekt. Riktignok kan veilederne, særlig den statlige, ha gitt oppdragsgivere grunn til å innrette seg etter standpunktet. Denne innrettelsen er imidlertid lett å reversere. Dessuten vil ikke innrettelse hos norske oppdragsgivere kunne påvirke de EØS-rettslige forpliktelsene som påhviler Norge på området.

Det bør derimot ha en viss vekt at angivelse av betalingsvillighet må sies å være godt i samsvar med formålet bak kunngjøringsplikten: Å gjøre det mest mulig forutberegnelig hvordan oppdragsgiver vil prioritere kriteriene. Selv om løsningen ikke har klar forankring i direktivteksten, vil den ikke innebære noen illojal omgåelse av regelverket, men snarere oppfylle regelverkets formål i betydelig større grad enn den tradisjonelle metoden. Løsningen er til fordel både for oppdragsgiver, som øker sjansen for å gjøre et godt innkjøp, og for leverandørene, som lettere vil se hvordan de må utforme sine tilbud for å ha best mulig sjanse til å vinne konkurransen. Dette bidrar i stor grad til å oppfylle regelverkets grunnleggende mål om konkurranse og effektive innkjøp. Slike reelle hensyn bør derfor tillegges avgjørende vekt når verken direktivet eller forskriften inneholder noen særlig klare motargumenter.

¹³⁹ Punkt 15.1.3.

¹⁴⁰ Side 9-10.

På denne bakgrunn taler de beste grunner for at plikten til å oppgi den relative vektingen i loa. § 22-2 vil kunne oppfylles ved å angi absolutt betalingsvillighet for kvalitetsspennet.

14.2 Pris dividert på vektete poeng

Signaler fra praksis tyder på at en del oppdragsgivere har hensyntatt argumentene i den økonomiske teorien, og forsøker å anvende evalueringsmodeller basert på prissetting av kvalitet. Ikke alle forsøkene er vellykkede. Et eksempel på et mislykket forsøk, som jeg erfarer at enkelte store oppdragsgivere har innført i sine standard konkurransegrunnlag, er følgende: Kvalitetskriteriene poengsettes og vektet, og tilbudets pris divideres på dets vektete kvalitetspoeng. Laveste score vinner konkurransen.

$$Score = \frac{pris}{kvalitetspoeng \times kvalitetskriteriets vekt}$$

I KOFA-2008-140 (premiss 54) godtok nemnda en slik vektingsmetode, og jeg er enig i at det ikke er noe galt ved den rettslig sett. Ved nærmere ettersyn ser man imidlertid at den gir samme resultater som poengsetting av pris på en lineær skala. Metoden innebærer nemlig at «pris» fortsatt står i et relativt forhold til de øvrige kriteriene. Hvor mange kroner kvalitetsspennet er verdt, er ikke fastsatt i absolutte størrelser, men avhenger av prisene på de innkomne tilbudene.

En enkel simulering vil påvise dette: «Kvalitet» poengsettes fra 1 til 10, og veier 50%. Dersom tilbud A og B krever hhv. kr. 100.000 og 200.000, og scorer hhv. 5 og 10 på kvalitetsskalaen, vil de komme likt ut etter divideringen:

$$\textit{Tilbud A: } \frac{100.000}{5 \times 50\%} = 40.000$$

$$\textit{Tilbud B: } \frac{200.000}{10 \times 50\%} = 40.000$$

Oppdragsgiver er altså villig til å betale inntil kr. 100.000 for halve kvalitetsspennet. Dette endrer seg dersom de to tilbyderne i stedet krever kr. 125.000 og 225.000. Nå vil tilbud B komme seirende ut, med grei margin:

$$\textit{Tilbud A: } \frac{125.000}{5 \times 50\%} = 50.000$$

$$\textit{Tilbud B: } \frac{225.000}{10 \times 50\%} = 45.000$$

B kan nå kreve inntil kr. 250.000 og fortsatt vinne konkurransen:

$$\textit{Tilbud B: } \frac{250.000}{10 \times 50\%} = 50.000$$

Oppdragsgivers betalingsvillighet for halve kvalitetsspennet har derfor økt til kr. 125.000.

Dette viser at metoden knytter betalingsvilligheten til det relative forholdet mellom de tilbudte priser, ikke til det absolutte kronetallet. Det er de innkomne tilbudene, ikke oppdragsgiver, som prissetter kvalitetspoengene. Metoden lider derfor av det samme grunnleggende problem som poengsetting av pris: Mangel på konsistens. Dersom målet er å unngå dette problemet, bør ikke oppdragsgiver bruke metoden, men i stedet angi sin betalingsvillighet for kvalitetsspennet direkte i antall kroner og øre.

Betalingsvilligheten vil da være absolutt.

En fordel med modellen, gitt at man faktisk ønsker å operere med relativ angivelse av betalingsvilligheten, er at man unngår problemstillingen med negative poeng. På den annen side kan modellen gjøre det vanskeligere å forutberegne hvor mange kroner hvert kvalitetspoeng er verdt, enn det er når prisen poengsettes lineært, fordi regnestykkene blir mer kompliserte. Dermed er kanskje lineær poengsetting av priskriteriet å foretrekke.

Del IV – Poengberegning og erstatningsrettslig

årsakssammenheng

15 Innledning

15.1 Problemstillingen

Så langt har avhandlingen synliggjort at reglene om poengberegning har vært i utvikling de senere årene, og beveget seg i skjerpene retning. Avhandlingen har forsøkt å antyde grensene for oppdragsgivers handlefrihet ved poengsetting og avveining av tildelingskriteriene. I denne siste delen av avhandlingen strekkes reglene enda lenger, og det spørres om utviklingen har satt rettsanvenderen i stand til å slå fast hva som er *den riktige* poengberegningen, etter å ha konstatert at den poengberegningen som faktisk ble foretatt er feil.

Problemstillingen kommer først og fremst på spissen når en leverandør krever erstattet sin positive kontraktsinteresse med grunnlag i en poengberegningssfeil, etter at kontrakt er inngått med en annen leverandør. Denne situasjonen vil danne rammen for analysen. Framstillingen kan imidlertid også ha en viss relevans ved spørsmålet om en tildelingsbeslutning skal settes til side av en domstol, før kontrakt er inngått.¹⁴¹

At en leverandør som rammes av et brudd på anskaffelsesreglene får et erstatningskrav mot oppdragsgiver, er en av de mulige følgene av brudd på regelverket.¹⁴² Erstatningen kan utmåles til det tap leverandøren har pådratt seg ved å delta i konkurransen (den negative kontraktsinteresse), eller det tap leverandøren lider ved ikke å bli tildelt kontrakt (den positive kontraktsinteresse). Utviklingen av reglene om poengberegning har størst betydning for sistnevnte, og det er dette som drøftes i det følgende. Grunnvilkårene for å få erstattet sin positive kontraktsinteresse er at oppdragsgiver har

¹⁴¹ Se loa. § 8 (2).

¹⁴² Jf. loa. § 11.

begått et kvalifisert brudd på anskaffelsesreglene,¹⁴³ og at leverandøren har lidt et økonomisk tap som står i årsakssammenheng med pliktbruddet. Det er spørsmålet om årsakssammenheng som er av størst interesse i lys av utviklingen av poengberegningsreglene. Grunnvilkåret om årsakssammenheng reiser følgende vurderings- og bevistema: Ville saksøker blitt tildelt kontrakten dersom oppdragsgiver ikke hadde brutt poengberegningsreglene? Det er dette spørsmålet som danner rammene for drøftelsen i avhandlingens siste del.

15.2 En umulig bevissituasjon?

Som man raskt innser, er det i mange tilfeller stor forskjell på det å konstatere at regelverket er brutt, og det å konstatere hvilket resultat konkurransen ville fått dersom regelverket var overholdt. Fordi det foreløpig ikke finnes én lovlig idealmodell for verken pris- eller kvalitetskriteriet, og heller ikke for måten å avveie dem på, vil det ofte finnes flere alternative måter å gå fram på uten å bryte regelverket.

Umiddelbart kan det, i mange situasjoner, virke håpløst å vinne fram med en anførsel om at det foreligger årsakssammenheng mellom en poengberegningssfeil og konkurransens utfall. Saksøker må jo sannsynliggjøre hvordan oppdragsgiver ville opptrådt i en hypotetisk situasjon hvor feilen tenkes borte. Tvister om poengberegning bringes ofte inn for KOFA, men kommer sjelden opp for domstolene sammenlignet med f.eks. tvister om avvisningsreglene. Det er grunn til å anta at mange leverandører blir frarådet å gå til sak om den positive kontraktsinteressen for feil poengberegning, pga. den tilsynelatende umulige hypotetiske bevissituasjonen.¹⁴⁴ Også i litteraturen blir det ofte framholdt at bevissituasjonen er særdeles vanskelig ved krav om erstatning for feil ved tilbudsevalueringen.¹⁴⁵

¹⁴³ Jf. jf. Nucleus-dommen i Rt-2001-1062, som imidlertid må sees i sammenheng med EU-domstolens dommer i sakene C 314/09 (Strabag) og C-568/08 (Combinatie Spijker).

¹⁴⁴ Det er mitt personlige inntrykk etter samtaler med en del advokater som arbeider med anskaffelsesrett, men jeg pretenderer ikke å ha foretatt noen retts sosiologisk analyse.

¹⁴⁵ Se f.eks. Henrik Leffler, *Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions*. I: Public Procurement Law Review 2003 s. 151 på s. 166 og *EU Udbudsretten* s. 573.

Min hypotese er at et så pessimistisk syn må nyanseres når det er en ulovlig poengberegning som danner grunnlag for erstatningskravet. Som det vil ha fremgått tidligere i avhandlingen, er oppdragsgivers handlefrihet ved poengberegningen blitt nokså snever på flere punkter. Framstillingen i det følgende vil vise at dette påvirker årsaksvurderingen, og gjør det lettere å slå fast hvordan poengberegningen ville blitt om feilen tenkes borte. Det kan derfor være grunn til å anta at bevissituasjonen er overkommelig, iallfall i visse typetilfeller. I det følgende skal avhandlingen undersøke hvorvidt denne antagelsen holder mål.

15.3 Den videre drøftelsen

Erstatningsrettslig årsakssammenheng i anskaffelsessaker er et stort og interessant tema. Avhandlingen pretenderer ikke på noen måte å gi en uttømmende framstilling av dette problemkomplekset. Ambisjonen er utelukkende å belyse reglene om poengberegning i sin ytterste konsekvens.

For å kunne ta stilling til hvordan kravet om årsakssammenheng skal vurderes i de spesielle situasjoner som er tema for denne avhandlingen, må man først ta stilling til innholdet i årsakskravet, mer spesifikt hvilke krav som stilles til beviset for årsakssammenheng. Dette er per i dag ikke helt avklart, og avhandlingen må derfor ta et standpunkt. Deretter undersøkes hvordan denne generelle bevisterskelen fungerer i saker om erstatning for feil poengberegning.

16 Kravet til bevis for årsakssammenheng

Problemstillingen i dette punkt er hvor strenge krav til beviset for årsakssammenheng som kan stilles ved krav om erstatning for positive kontraktsinteresse som følge av oppdragsgivers brudd på poengberegningsreglene. I denne avhandlingen er det ikke noe mål i seg selv å belyse denne problemstillingen. Å kjenne innholdet i kravet er imidlertid en forutsetning for den videre drøftelsen. Som det vil fremgå senere i avhandlingen, kan problemstillingen komme på spissen i enkelte typetilfeller, selv om det også finnes flere typetilfeller hvor beviskravet ikke har betydning.

Det rettslige grunnlaget for å kreve erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket er i norsk rett loa. § 11. Bestemmelsen innebærer en kodifikasjon av ulovfestede regler om erstatning, jf. spesialmerknadene i proposisjonen:

«Bestemmelsen innebærer imidlertid ikke materielt sett noe nytt da det også etter gjeldende ulovfestede erstatningsrettslige prinsipper er klart at det kan søkes erstatning for lidet tap.»¹⁴⁶

Kravet om årsakssammenheng følger direkte av ordlyden i § 11: Saksøker har krav på erstatning for det tap denne har lidet «som følge av» bruddet. Etter en naturlig språklig forståelse innebærer dette et krav om faktisk årsakssammenheng. Det krav om årsakssammenheng som bestemmelsen stiller opp, er i rettspraksis nyansert ut fra om det kreves erstatning for positiv eller negativ kontraktsinteresse. Ved krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse har rettspraksis stilt opp et skjerpet krav til beviset for årsakssammenheng: Saksøker må påvise med «klar sannsynlighetsovervekt» at vedkommende ville ha vunnet konkurransen om regelbruddet tenkes borte. Dette skjerpede kravet stammer fra Nucleus-dommen i Rt-2001-1062 (s. 1079), og er senere gjentatt i Rt-2007-983 (premiss 107). Det samme kravet er lagt til grunn i fem rettskraftige lagmannsrettsdommer.¹⁴⁷ Kravet har derfor sikker forankring i de interne norske rettskildedefaktorene.

Det kan imidlertid diskuteres noe nærmere om beviskravet er i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Håndhevelsesdirektivet¹⁴⁸ pålegger medlemsstatene å sikre at forbigåtte leverandører kan tilkjennes erstatning, se art. 2 nr. 1 bokstav c. Etter sin ordlyd inneholder bestemmelsen imidlertid ingen krav til det nærmere innholdet i erstatningsreglene. I sak C-568/08 (Combinatie Spijker) klargjør domstolen at erstatningsregelen i håndhevelsesdirektivet er utslag av den generelle regelen om staters

¹⁴⁶ Ot.prp.nr.71 (1997-1998) s. 68.

¹⁴⁷ LB-2007-100623 (anke til Høyesterett ikke tillatt fremmet som følge av sakens manglende betydning, jf. HR-2008-1457-U), LH-2009-3900 (ikke påanket), RG-2009-1529 (ikke påanket), LB-2010-89858 (ikke påanket) og LH-2010-116189 (ikke påanket).

¹⁴⁸ Rådsdirektiv 89/665/EC, vesentlig endret av «det nye håndhevelsesdirektivet» 2007/66/EC, som formelt sett bare er et tillegg til førstnevnte.

erstatningsansvar for brudd på EU-retten, som er utviklet gjennom langvarig praksis fra EU-domstolen.¹⁴⁹ Dette innebærer at leverandører har krav på erstatning når tre grunnvilkår er oppfylt: (i) Den EU-rettslige regel som er brutt må ha tatt sikte på å tillegge individet rettigheter, (ii) bruddet må være tilstrekkelig alvorlig og (iii) det må være en «direct causal link» mellom regelbruddet og tapet.¹⁵⁰

At EU-rettens grunnleggende regler om statsansvar gjelder tilsvarende for EØS-samarbeidet, er lagt til grunn i praksis fra EFTA-domstolen, se f.eks. Karlsson-saken E-4/01 (premiss 32). Det samme er lagt til grunn i norsk høyesterettspraksis, senest Rt-2012-1793 (premiss 41), hvor spørsmålet om årsakssammenheng imidlertid ikke kom på spissen.

Den avgjørende problemstillingen blir derfor hva som ligger i kravet om «direct causal link» i EU-rettens regler om statsansvar, og om dette utelukker et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng i de tilfellene som drøftes i denne avhandlingen. Innholdet i dette vilkåret er visstnok dårlig belyst i både praksis og teori.¹⁵¹ EU-domstolen har i flere saker uttalt at det er opp til de nasjonale domstolene å avgjøre om det foreligger tilstrekkelig årsakssammenheng.¹⁵² Domstolens praksis viser at den ikke stiller opp særlig omfattende retningslinjer for de nasjonale domstolenes vurdering av årsakssammenheng, i motsetning til hva den gjør for de to øvrige kriteriene for erstatning.¹⁵³ Dette tilsier at statene har stor frihet til selv å fastlegge kravene til årsakssammenheng og bevis. En slik forståelse av regelverket er også lagt til grunn i *EU Law* på s. 339. Et mulig hensyn bak denne friheten kan være behovet for å tilpasse erstatningsreglene til de rettskulturer som hersker i de forskjellige medlemsstatene. Så lenge det ikke er vanskeligere å få erstatning for brudd på EU-retten enn for brudd på nasjonale regler, kan det være god grunn til å respektere de særegne vilkår for erstatning som finnes i hver stat.

¹⁴⁹ Premiss 87.

¹⁵⁰ I.c.

¹⁵¹ Paolisa Nebbia, *Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?* I: *European Law Review* 2008 s. 24 flg., på s. 40.

¹⁵² Se f.eks. Danfoss-dommen i sak C-94/10 premiss 34, med videre henvisninger til bl.a. Factortame III-dommen i de forente sakene C-46/93 og C-48/93. Slik også premiss 113 i Generaladvokat Cruz Villalóns uttalelse i anledning *Combinatie Spijker*-saken.

¹⁵³ Jf. Elspeth Deards, *Brasserie du Pecheur: snatching defeat from the jaws of victory?* I: *European Law Review* 1997 s. 620 flg. på s. 623.

Den friheten statene har ved bruk av årsakskriteriet, er likevel underlagt de begrensninger som følger av effektivitetsprinsippet, slik dette er utviklet i domspraksis. Det kan ikke anvendes årsaks- eller beviskrav som gjør det «virtually impossible or excessively difficult to obtain compensation for the damage suffered».¹⁵⁴ Effektivitetsprinsippet er også kodifisert i håndhevelsesdirektivet.¹⁵⁵ Hva denne begrensningen *generelt* innebærer, er det ikke nødvendig å ta stilling til her.¹⁵⁶ Formuleringen er nokså kraftig, og det skal antakelig mye til før EU-domstolen vil subsumere en nasjonal bevisregel under formuleringen. Som det vil fremgå i det følgende, er beviskravet i norsk rett i stor grad overkommelig når det kreves erstatning for brudd på poengberegningsreglene. Det meste taler for at et kvalifisert beviskrav på dette området ikke rammes av EØS-rettens effektivitetsprinsipp. Det er også viktig å huske på at EØS-rettens krav til erstatningsanksjonen utelukkende gjelder for brudd på de EØS-rettslige reglene. På flere punkter synes de materielle kravene til poengberegningen i norsk rett å gå lenger enn det EØS-retten krever. Dersom det er et av de særnorske kravene som er brutt, vil ikke EØS-retten yte motstand mot det beviskrav norsk rettspraksis har oppstilt.

Konklusjonen blir at domstolene i de fleste tilfeller kan bygge på et krav om at saksøker påviser «klar sannsynlighetsovervekt» for årsakssammenheng mellom en ulovlig poengberegning og konkurransens utfall.

17 Anvendelse av årsakskravet – et analyseverktøy

Den rettslige vurderingen domstolene må foreta når de har konstatert at en poengberegning er feil, og skal ta stilling til om feilen står i årsakssammenheng med en leverandørs tap av kontrakten, kan logisk deles opp i to ledd:

¹⁵⁴ Jf. f.eks. sak C-94/10 (Danfoss) premiss 36.

¹⁵⁵ Se art. 1 nr. 1 tredje avsnitt.

¹⁵⁶ Problemstillingen er berørt av Kai Krüger i Jussens Venner 2001 s. 261, på s. 295 flg. Krüger behandler imidlertid ikke den ovennevnte praksis fra EU-domstolen.

- (i) Hadde oppdragsgiver *plikt* til å velge saksøkers tilbud,¹⁵⁷ og i motsatt fall,
- (ii) ville oppdragsgiver likevel, innenfor sin skjønnsmargin, *valgt* et handlingsalternativ som ledet fram til at saksøkers tilbud seiret?¹⁵⁸

Domstolene deler ikke uttrykkelig opp drøftelsene på denne måten, men etter min mening vil dette være et verktøy som kan skape større klarhet i drøftelsene og i analysen av praksis. Verktøyet vil bli benyttet under de forskjellige problemstillingene som drøftes i det følgende.

Svaret på ledd (i) avhenger av poengberegningsreglenes rekkevidde. Dersom rettsanvenderen kan slå fast at oppdragsgiver ikke lovlig kunne avslå saksøkers tilbud, er det uten videre klart at det foreligger årsakssammenheng mellom feilen og konkurransens utfall. For å slå fast dette, må rettsanvenderen ta stilling til hvordan både klagers tilbud og de øvrige tilbudene i konkurransen ville blitt poengsatt med en lovlig beregningsmetode. En systematisk feil i poengberegningen vil nemlig også påvirke scoren til leverandører utenfor tvisten.

Svaret på ledd (ii) avhenger også av hvilke rammer regelverket stiller, og i tillegg en vurdering oppdragsgivers hypotetiske valg innenfor disse rammene. Her er det nødvendig med sannsynlighetsbetraktninger. En problemstilling i denne sammenheng er hvorvidt vurderingstemaet skal være subjektivt eller objektivt. Dersom man bygger på et subjektivt vurderingstema, må man analysere den konkrete oppdragsgivers handlemåte. Sannsynlighetsvurderingen vil bestå i å gjette seg til hva vedkommende oppdragsgiver ville tenkt og gjort i en hypotetisk situasjon hvor feilen ikke blir begått. Dersom man derimot bygger på et objektivt vurderingstema, kan man anlegge standardbetraktninger, og se hen til hva en gjennomsnittlig oppdragsgiver ville gjort i samme situasjon. Med denne innfallsvinkelen vil svaret som oftest bli at oppdragsgiver ville valgt det forretningsmessig mest fornuftige.¹⁵⁹ Fra dette utgangspunktet må det så trekkes en viss sikkerhetsmargin, for å ivareta kravet om «klar» sannsynlighetsovervekt.

¹⁵⁷ Sml. «avtalerettslige betraktninger» hos Simonsen s. 799.

¹⁵⁸ Sml. «sannsynlighetsbetraktninger» hos Simonsen s. 802.

¹⁵⁹ Se Simonsen s. 805 og 815.

Som Simonsen framholder, innebærer den objektiviserte innfallsvinkelen at sannsynlighetsvurdering tendere mot det normative; oppdragsgiver risikerer å bli ilagt erstatningsansvar selv om vedkommende i virkeligheten ikke ville valgt saksøkers tilbud om feilen tenkes borte.¹⁶⁰ Valget mellom subjektivt og objektivt vurderingstema kommer på spissen to steder i den følgende drøftelsen, og blir tatt stilling til der. Der vil de ulike innfallsvinklene også bli eksemplifisert.

Begge ledd i årsaksvurderingen forutsetter at domstolene kan foreta en egen, hypotetisk poengberegning. Det burde være lite kontroversielt at de har adgang til dette; de senere år har vi fått flere høyesterettsdommer¹⁶¹ og en rekke lagmannsrettsdommer som foretar grundige hypotetiske tilbudsevalueringer som ledd i erstatningsrettslige årsaksvurderinger.

Det danske Klagenævnet for Udbud, som har kompetanse til å avsi rettslig bindende kjennelser, stiller seg avvisende til å foreta en egen poengberegning for å erstatte den ulovlige, se KfU-9-1-2012. Høyesterets dom U-2007-2106H viser imidlertid at dette stiller seg annerledes for de danske domstolene.

18 Vurdering av årsakssammenheng ved ulovlig grunnmodell

18.1 Problemstillingen

Problemstillingen i dette punktet er hvordan domstolene kan gå fram for å ta stilling til hvorvidt det foreligger årsakssammenheng mellom en grunnmodell som ikke reflekterer relevante forskjeller og konkurransens utfall.

For å kunne konstatere at vilkåret om årsakssammenheng er oppfylt, må domstolen kunne konkludere med at saksøkers tilbud ville blitt valgt dersom oppdragsgiver ikke hadde benyttet en ulovlig grunnmodell. Domstolen må derfor rekonstruere det resultat en lovlig grunnmodell ville gitt. Dersom denne rekonstruksjonen viser at oppdragsgiver

¹⁶⁰ *ibid.* s. 815.

¹⁶¹ Se særlig Rt-Rt-2000-1062 (Nucleus) s. 1075 og Rt-2009-1319 (Fysioterapaut) premiss 83 flg. Sistnevnte gjelder et beslektet rettsområde regulert av alminnelig forvaltningsrett.

kunne både akseptere og avslå saksøkers tilbud, må domstolen videre ta stilling til hvilke valg oppdragsgiver ville foretatt. Begge disse operasjonene har forskjellig karakter ved anvendelse på hhv. priskriteriet og kvalitetskriterier. Drøftelsen deles derfor opp i to hoveddeler etter denne skillelinjen. I begge hoveddeler er forutsetningen at det bare er begått én ulovlighet, slik at de øvrige variablene i konkurransen ligger fast. Det er også en forutsetning at oppdragsgiver, om feilen tenkes borte, ikke ville hatt adgang til å avlyse konkurransen¹⁶² eller forkaste alle tilbudene.¹⁶³

18.2 Ulovlig grunnmodell for poengsetting av pris

18.2.1 Generelt

Det som skal drøftes i dette underpunktet, er hvordan en domstol kan ta stilling til om det foreligger årsakssammenheng mellom en ulovlig grunnmodell for poengsetting av pris og konkurransens utfall.

Som påpekt tidligere i avhandlingen, finnes det flere lovlige måter å regne ut prispoeng på. Ved første øyekast kunne man derfor tro at det er vanskelig å ta stilling til oppdragsgivers hypotetiske valg av handlingsalternativ. Ved nærmere ettersyn innser man imidlertid at svaret i de fleste tilfeller er nokså klart.

18.2.2 De klare tilfellene: Oppdragsgiver pliktet å velge saksøkers tilbud

I mange tilfeller vil rettsanvenderen kunne slå fast at oppdragsgiver ikke lovlig kunne avslå saksøkers tilbud, slik at svaret på årsaksspørsmålet følger allerede av ledd (i) i årsaksvurderingen. Selv om regelverket ikke stiller krav om bruk av en idealmodell, er det nemlig rimelig klare grenser for hva oppdragsgiver lovlig kan foreta seg under poengsettingen av pris. Over tid har regelverket skjerpet inn kravene til det resultat grunnmodellen gir. Regelverket setter i dag grenser for hvor store avvik mellom forskjellen i pris og forskjellen i poeng som tillates; det anlegges en idealmodell som målestokk. KOFA har tidligere bygget på at grensen for det tillatte avvik er på over 6%, men reelle hensyn kan tilsi en skjerping av kravet.

¹⁶² Se foa. § 22-1.

¹⁶³ I.c. Saksøkte påberopte seg dette i RG-2012-25, men vant ikke fram.

Når en grunnmodell blir underkjent, vil det være fordi den produserer større avvik fra idealmodellen enn regelverket tillater. I en slik situasjon vil rettsanvenderen enkelt kunne ta stilling til hvorvidt saksøkers tilbud med nødvendighet ville blitt valgt dersom avviket lå innenfor det akseptable. Dette fordrer riktignok at man fastsetter en eksakt grense for avviksmarginen, men denne kan ved tvil fastsettes noe forsiktig. Dersom saksøkers tilbud ville seilet opp som vinner med en poengberegning med det maksimalt tillatte avvik, er det klart at oppdragsgiver *pliktet* å velge saksøkers tilbud. Dette kan domstolen slå fast ved en enkel matematisk simulering. Og dersom oppdragsgiver pliktet å velge saksøkers tilbud, er det åpenbart årsakssammenheng mellom feilen og saksøkers tap av kontrakten. I denne situasjonen får kravet om kvalifisert sannsynlighetsovervekt ingen betydning.

Eksempel: I en konkurranse får tilbud A ett av ti prispoeng mer enn valgte leverandør, til tross for at As tilbud er 30% billigere. Her foreligger det altså et avvik fra idealmodellen på 20%. Anta at dersom A hadde fått ett prispoeng mer, ville vedkommende vunnet konkurransen. Om man reduserer avviket i prispoeng ned til ca. 6%, som synes å være KOFAs grense for det lovlige, ville A vunnet. Man kan derfor slå fast at oppdragsgiver pliktet å velge As tilbud.

Den skjerpede normeringen av oppdragsgivers poengberegning har derfor gjort det betydelig lettere å bevise årsakssammenheng.

18.2.3 De mer kompliserte tilfellene: Saksøker hadde flere lovlige valg

Utenfor de klare tilfellene beskrevet ovenfor, blir bildet noe mer komplisert. Det er her tale om en situasjon hvor en poengberegning med det maksimalt tillatte avvik ikke medfører at saksøkers tilbud vinner konkurransen. En poengberegning innenfor de lovlige rammer ville derfor ikke *nødvendigvis* medføre at saksøkers tilbud ble valgt. Rettsanvenderen må altså gå over til ledd (ii) i årsaksvurderingen, og foreta en hypotetisk sannsynlighetsvurdering av oppdragsgivers opptreden.

Som eksempel kan tenkes en situasjon hvor oppdragsgiver har anvendt en forholdsmessige beregningsmodell, som medfører at en prisforskjell på 20% bare gir seg utslag i ett poengs forskjell på en skala fra 1-10. Her er det et avvik på 10%, som

ligger utenfor det avviket på ca. 6% som KOFA hittil har villet godta. Men la oss anta at avviket må elimineres helt ned til 2% for at saksøkers tilbud skulle ha vunnet konkurransen. Man har ifølge KOFAs praksis ikke plikt til å eliminere så små avvik. Hvordan skal det hypotetiske hendelsesforløp bedømmes i en slik situasjon?

Her må det minnes om distinksjonen mellom subjektivt og objektivt vurderingstema: Skal rettsanvenderen erstatte oppdragsgivers poenggivning med den poenggivning en gjennomsnittlig, fornuftig oppdragsgiver ville foretatt, eller skal rettsanvenderen analysere den virkelige oppdragsgivers prioriteringer og legge disse til grunn for den hypotetiske poengberegningen?

Distinksjonen trenger imidlertid ikke komme på spissen. Den normative, standardiserte gjennomsnittsbetraktningen på den ene side, og den konkrete vurderingen av den enkelte oppdragsgivers sannsynlige valg på den annen side, vil ofte sammenfalle når det er spørsmål om beregning av prispoeng. Årsaken til dette er den høye graden av regelstyring som har utviklet seg: Hvis det resultatet forholdsmessighetsmodellen produserer først er underkjent, vil det i konkurransen ikke være mulig å anvende modellen innenfor regelverkets rammer. Dette skyldes at modellen resulterer i det samme avviket hver gang den brukes på likelydende tilbud. Oppdragsgiver ville derfor ikke kunne bruke modellen til å legge seg helt på grensen av det lovlige, selv om vedkommende skulle ønske det. Den eneste måten å unngå regelbrudd på, er å anvende en lineær modell. Rettsanvenderens kan derfor trygt ta utgangspunkt i at oppdragsgiver, i den hypotetiske valgsituasjonen, ville anvendt en lineær modell. Og fordi proporsjonalhelningen antakelig er den eneste tillatte helningen når intet annet er kunngjort,¹⁶⁴ måtte oppdragsgiver valgt denne. På denne måten vil en subjektiv og en objektiv vurdering i de fleste tilfeller sammenfalle. Regelverket har kommet så nær en idealmodell at oppdragsgivere i mange tilfeller er tvunget til å velge gjennomsnittsløsningen.

Også i denne situasjonen får derfor beviskravet mindre betydning. Dersom oppdragsgiver anfører at den mot formodning ville valgt en annen grunnmodell enn

¹⁶⁴ Jf. punkt 6.3.2 ovenfor.

lineær beregning med proporsjonalhelning, er dette et så usannsynlig hypotetisk begivenhetsforløp at det er oppdragsgiver som bør bære tvilsrisikoen.

I deliktsretten er det vanlig å anta at skadevolder har tvilsrisikoen for et anført, hypotetisk begivenhetsforløp som medfører at det ikke er årsakssammenheng mellom den skadevoldende handling og skadelidtes tap.¹⁶⁵ I deliktsretten vil dette typisk være hypotetiske, etterfølgende årsaker som gjør den skadevoldende handling overflødig i årsaksbildet (hypotetisk *novus actus interveniens*). Situasjonen drøftet her er ikke helt parallell, men de bærende hensyn gjør seg like fullt gjeldende.

Av denne grunn kan man konkludere med at når oppdragsgiver har brukt en ulovlig grunnmodell for poengsetting av pris, kan domstolene i de fleste tilfeller ta stilling til årsakssammenhengen ved å regne ut hvilke prispoeng en lineær skala med proporsjonalhelning ville gitt. Konklusjonen kan virke overraskende: Oppdragsgiver har jo i utgangspunktet ingen plikt til å bruke den lineære modellen. Poenget er imidlertid at det finnes visse situasjoner hvor den forholdsmessige modellen ikke *kan* produsere rettslig akseptable resultater. I slike situasjoner har oppdragsgiver plikt til å velge en annen modell, og det mest kurante alternativet er den lineære modellen med proporsjonalhelning. Det er utviklingen av strengere regler for poengberegning, i form av grenser for maksimalt tillatt avvik fra det matematiske idealet, som leder fram til konklusjonen. Den økte graden av rettslig normering minsker behovet for konkrete sannsynlighetsbetraktninger.

18.3 Ulovlig bruk av grunnmodell for kvalitetskriterier

18.3.1 Generelt

I dette underpunktet er spørsmålet hvordan en domstol kan vurdere om det foreligger årsakssammenheng mellom en ulovlig poengsetting av kvalitet og konkurransens utfall.

Som påvist i punkt 7.3 tidligere i avhandlingen, legger regelverket opp til en mindre intensiv prøving av oppdragsgivers skjønnsmessige poengsetting av kvalitetsforskjeller. Dette innebærer at det skal en del til før rettsanvenderen kan fastslå at den

¹⁶⁵ Se Lødrup s. 357.

poenggivning som skjedde er feil. I dette punkt er forutsetningen at en slik feil er konstatert. Den lavere prøvingsintensiteten kan imidlertid tenkes også å påvirke mulighetene til å bevise årsakssammenheng.

18.3.2 De klare tilfellene: Oppdragsgiver pliktet å velge saksøkers tilbud

Selv om poengsettingen av kvalitet i mindre grad er underlagt rettslig normering, finnes det visse tilfeller hvor saksøker vil kunne påvise at oppdragsgiver pliktet å velge deres tilbud.

Underkjenning av poengsettingen skjer antakelig lettest når oppdragsgiver har plassert tilbudet i et helt annet sjikt av poengskalaen enn oppdragsgiver finner rimelig,¹⁶⁶ f.eks. der tilbudet har fått 4 av 10 poeng, og rettsanvenderen finner det rimelig at det ligger et sted mellom 7 og 10 poeng.

Denne angivelsen av et konkret poengspenn innebærer selvfølgelig en forenkling.

Overprøvingen er svært skjønnsmessig, og rettsanvenderen vil antakelig sjelden spesifisere nøyaktig innenfor hvilket poengspenn tilbudet skulle vært plassert. I denne analysen kan likevel en slik spesifisering være en hjelp for tanken, og jeg tror spesifiseringen gir et realistisk bilde av rettsanvenderens tankeprosess.

Ved å slå ned på en slik poenggivning, har rettsanvenderen vist at det var ulovlig å bare gi 4 poeng. Men rettsanvenderen har også vist at oppdragsgiver pliktet å gi så mye som 7 poeng eller mer. Dersom 3 ekstra poeng ville avgjort konkurransen til fordel for saksøker, vil rettsanvenderen kunne føle seg trygg på at det foreligger årsakssammenheng; regelverket tillot ikke poenggivning som kunne føre til at saksøkers tilbud ikke ble valgt. Løsningen følger altså med logisk nødvendighet, når rettsanvenderen først har fastlagt det lovlige handlingsrom. Man kan i et slikt tilfelle stoppe på ledd (i) i årsaksvurderingen.

Det finnes ett klart eksempel på at den ovenstående fremgangsmåten er brukt, om enn ikke uttrykkelig, i Torghatten-dommen i Rt-1998-1398. Faktum i saken er beskrevet i

¹⁶⁶ Jf. punkt 7.3.4e) ovenfor.

punkt 7.3.4 ovenfor. Som påpekt der, slår Høyesterett ned på at en marginal fartsforskjell ble tillagt avgjørende vekt i konkurransen. Med denne begrunnelse tilkjenner retten også Torghatten erstatning for deres tap av kontrakten. Som ledd i drøftelsen av tilbudsevalueringen gjennomgår retten alle momentene (sml. tildelingskriterier), og kommer til at det på bakgrunn av disse var en «sterk presumsjon» for at Torghattens tilbud skulle vært valgt (s. 1408). På denne måten følger svaret på årsaksspørsmålet egentlig av seg selv, og retten foretar ikke noen uttrykkelig drøftelse av årsakssammenhengen. Kriteriene i konkurransen var ikke poengsatt, men avveid på en formløs måte. Slik jeg leser avgjørelsen, bygger imidlertid retten på at det ikke fantes noen rimelig måte å bruke kriteriene på som ville resultert i at et annet tilbud ble valgt, og at oppdragsgiver av den grunn pliktet å velge Torghattens tilbud. Problemstillingen er derfor sammenliknbar med den som oppstår når kvalitetskriterier er poengsatt på en ulovlig måte. Dagens krav om formalisert vekting tilsier at det nå er enda lettere å påvise at en markant urimelig vurdering av ett kriterium har påvirket utfallet av konkurransen.

Det ligger i dagen at jo grovere feil som er begått, jo lettere vil det være å konstatere årsakssammenheng.¹⁶⁷ Dette fenomenet har en viss parallell til årsaksspørsmålet ved *negativ kontraktsinteresse*, hvor rettspraksis synes å ha stilt opp en presumsjon for at kravet om årsakssammenheng er oppfylt dersom regelbruddet er tilstrekkelig grovt.¹⁶⁸ Det er neppe grunnlag for å stille opp en tilsvarende presumsjon ved positiv kontraktsinteresse, men i praksis vil effekten kunne bli den samme i enkelte tilfeller.

Svensk rett synes å bygge på et lavere krav til årsakssammenhengen ved visse alvorlige feil. NJA-2000-712, som gjaldt en ulovlig direkte anskaffelse, bygger på at det for positiv kontraktsinteresse ikke kan kreves «att leverantören alltid skall styrka att just han förlorat kontraktet till följd av överträdelser». NJA-2007-349 klargjør at det lavere beviskravet bare gjelder ved ulovlig direkte anskaffelser.¹⁶⁹

Når det først er klargjort at oppdragsgiver ikke lovlig kunne avslå saksøkers tilbud, får beviskravets styrke ingen betydning. Er man først i en situasjon hvor oppdragsgiver

¹⁶⁷ Se til illustrasjon RG-2012-25.

¹⁶⁸ Jf. Firesafe-dommen i Rt-1997-574 på s. 578.

¹⁶⁹ Slik også Falk s. 525.

ikke lovlig kunne avslå saksøkers tilbud, er det hevet over tvil at det foreligger årsakssammenheng.

18.3.3 De mer kompliserte tilfellene: Oppdragsgiver hadde flere lovlige valg

Fordi poengsettingen av kvalitetsforskjeller bare i begrenset grad er rettslig regulert, vil oppdragsgiver ha et relativt stort spillerom. I enhver konkurranse vil det være et nokså stort sjikt av kvalitetsskalaen som lovlig kan anvendes for å poengsette et bestemt tilbud. Dersom rettsanvenderen ikke kan slå fast at *enhver* score innen dette sjiktet ville tippet vekten i saksøkers favør, må man gå videre til ledd (ii) i årsaksvurderingen. Spørsmålet blir om det er sannsynlig at oppdragsgiver, innenfor det lovlige sjiktet, ville valgt en score som førte til at saksøker vant konkurransen.

Situasjonen kan illustreres ved å modifisere eksemplet i forrige punkt. Anta at saksøkers tilbud måtte hatt 5 poeng ekstra, altså 9 kvalitetspoeng, for å vinne konkurransen. Dette er mer enn de 7 poeng oppdragsgiver *plikter* å gi. For å kunne konstatere årsakssammenheng, må domstolen altså kunne bygge på at oppdragsgiver, innenfor sin skjønnsmargin, ville *valgt* å gi to poeng mer enn man pliktet.

Ved denne problemstillingen kommer valget mellom subjektivt og objektivt vurderingstema på spissen. Anlegger man sistnevnte synspunkt, vil rettsanvenderen legge til grunn den mest rimelige scoren. Denne vil være basert på rettsanvenderens eget skjønn, og evt. sakkyndige uttalelser. Anlegger man derimot et subjektivt vurderingstema, må man analysere den konkrete oppdragsgivers handlemåte, og de prioriteringer vedkommende har vist gjennom den ulovlige poenggivningen. Med det subjektive vurderingstemaet vil svaret som oftest bli at oppdragsgiver, om feilen tenkes borte, ville hatt de samme prioriteringene som før. I så fall blir løsning at oppdragsgiver ville utnyttet sin skjønnsmargin fullt ut, og valgt den lovlige scoren som ligger nærmest det opprinnelige valget, altså 7 poeng i eksemplet ovenfor. I motsetning til situasjonen under priskriteriet, kommer derfor valget av vurderingstema på spissen. Dette skyldes at regelverket etterlater et mye større spekter av lovlige valgmuligheter.

Jeg har ikke funnet mange rettsavgjørelser hvor akkurat denne problemstillingen kommer på spissen. Det finnes derimot en håndfull avgjørelser som tar stilling til årsaksspørsmålet der oppdragsgiver har bygget på feil forståelse av tilbudene, vektlagt ulovlige hensyn under tilbudsevalueringen eller utelatt forskjeller som etter sin art er relevante.¹⁷⁰ Disse avgjørelsene går ofte konkret til verks i å rekonstruere en lovlige tilbudsevaluering basert på objektive betraktninger. Avgjørelsene har imidlertid vesentlige forskjeller fra saker om ulovlig poengberegning: I saker om feil faktum eller ulovlige hensyn må domstolen erstatte det uriktige faktum eller det ulovlige hensynet, og foreta en helt ny vurdering basert på korrekte fakta og lovlige hensyn. I saker om ulovlig poengberegning, derimot, er det bare en gradforskjell mellom det lovlige og det ulovlige.

Hvilket vurderingstema som er det riktige i denne situasjonen, er på ingen måte avklart. Det finnes få andre rettskildefaktorer å bygge på enn reelle hensyn. Simonsen argumenterer på generelt grunnlag for et objektivisert vurderingstema.¹⁷¹ Dette synes dels å være begrunnet i at et slikt vurderingstema er lettere å belyse, og dels i motforestillinger mot å legge vekt på oppdragsgivers prioriteringer når denne har satt seg utenfor de rammer regelverket trekker opp. Tanken er at når oppdragsgiver først har satt seg utover sin skjønnsmargin, må vedkommende finne seg i å bli bedømt etter objektive mål.

Simonsens argumenter har, etter min mening, mindre tyngde i dag. Ved en ulovlig poengberegning av kvalitet vil oppdragsgivers ulovlige poengsetting ofte gi et realistisk bilde av hvordan poengsettingen ville blitt dersom den holdt seg innenfor de lovlige rammer. Dette skyldes nettopp at poengsettingen gir uttrykk for oppdragsgivers prioriteringer. Det subjektive vurderingstemaet er således lett å belyse.

Jeg har heller ingen sterke motforestillinger mot å se hen til oppdragsgivers opprinnelige, ulovlige poenggivning, og legge denne til grunn så langt regelverket tillater. Ved ulovlig poengberegning er ikke oppdragsgivers prioriteringer etter sin *art* ulovlige, de har bare fått ulovlig stort utslag. Regelverkets rammer er dessuten betydelig trangere i dag enn de var for femten år siden. Årsaken til at oppdragsgiver fortsatt er etterlatt et relativt stort slingeringsmonn ved poengsetting av kvalitet, er behovet for å

¹⁷⁰ Rt-2000-1062 (Nucleus), Rt-2009-1319 (Fysioterapaut; gjelder beslektet rettsområde regulert av alminnelig forvaltningsrett), LH-2010-116189, RG-2012-25.

¹⁷¹ Simonsen s. 815, jf. også oppsummeringen på s. 886.

respektere det innkjøpsfaglige skjønn. Det er tale om en skjønnsmargin, ikke en feilmargin. Derfor bør det i dag anses legitimt at oppdragsgiver utnytter det lovlige spekteret fullt ut. Dette taler for å respektere at oppdragsgiver, i den hypotetiske situasjonen hvor regelverket er overholdt, både kunne og ville avslått saksøkers tilbud ved å utnytte sitt spillerom. Det ville på mange måter innebære en tilfeldig fordel for saksøker om denne skulle bli tilkjent erstatning for positiv kontraktsinteresse, når det er sannsynlig at saksøker ikke ville fått kontrakten om poengsettingen var lovlig i første omgang. Mye taler etter min mening for å anlegge et subjektivt vurderingstema i den situasjonen som drøftes i dette punkt.

Dersom man legger er subjektivt vurderingstemaet til grunn, synes svaret på ledd (ii) i årsaksvurderingen å følge nærmest av seg selv. Svaret vil oftest bli at oppdragsgiver, om feilen tenkes borte, ville lagt seg så tett opptil den ulovlige poenggivningen som mulig. Det bør antakelig kreves positive holdepunkter for at oppdragsgiver, i stedet for det ulovlige skjønnet, ville foretatt en helt annen prioritering av tilbudenes egenskaper. Når det i tillegg gjelder et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng, vil det antakelig sjelden være mulig å føre tilstrekkelig bevis for at oppdragsgiver, om feilen tenkes borte, ville foretatt en helt annen prioritering.

Det minnes om at situasjonen lett kan bli en annen dersom feilen består i at oppdragsgiver har bygget på feil forståelse av tilbudene, vektlagt ulovlige hensyn eller utelatt forskjeller som etter sin art er relevante, men at dette faller utenfor problemstillingen her.

Dom LH-2009-3900 kan leses som et eksempel på bruk av et subjektivt vurderingstemaet. Saken gjaldt en anbudskonkurranse om kontrakt på mottak av avfall. For lagmannsretten var det enighet om at oppdragsgiver hadde begått et vesentlig brudd på anskaffelsesregelverket ved å ikke sikre tilstrekkelig notoritet over tilbudsevalueringen, noe som etterlot tvil om hvorvidt oppdragsgiver hadde foretatt en forsvarlig vurdering av tilbudene. Spørsmålet var om det forelå årsakssammenheng mellom feilen og saksøkers tap av kontrakten. Saken gjaldt først og fremst vurdering av faktum. Domstolens argumentasjonsmønster har likevel betydelig overføringsverdi til saker om poengberegning. For å besvare årsaksspørsmålet, måtte lagmannsretten nemlig foreta en hypotetisk tilbudsevaluering.

Lagmannsretten presiserer vurderingstemaet dit hen at

«lagmannsretten ikke skal ta stilling til hvilke premisser og forutsetninger for tilbudssammenlikningen som fremstår som korrekte, men om [saksøker] klart ville blitt foretrukket ut fra premissene [oppdragsgiver] mest sannsynlig ville lagt til grunn på tildelingstidspunktet, sett hen til at foretaket kunne handle innenfor visse feil- og skjønnsmarginer.»

Slik jeg leser uttalelsen, sikter retten her til at den ikke skal bygge på hva den selv mener er en ideell vurdering av tilbudene, men hva oppdragsgiver innenfor regelverkets slingringsmonn kunne og ville ha lagt til grunn. Dette tilsier at den anlegger et subjektivt vurderingstema. Dette valg av innfallsvinkel blir imidlertid ikke drøftet uttrykkelig.

I sin løsning av spørsmålet går lagmannsretten konkret til verks, og trekker opp hvilke faktiske forhold kommunen sannsynligvis ville lagt til grunn innenfor sin skjønnsmargin. Ved bruk av disse skjønnsmarginene i valgte leverandørs favør, ville ikke saksøkers tilbud blitt valgt. Retten kommer derfor til at det ikke var klart at det forelå årsakssammenheng.

Konklusjonen i dommen blir som følger:

«Lagmannsretten finner det ikke klart at [saksøker] ville fått kontrakten om [oppdragsgiver] hadde utført en forsvarlig saksbehandling, og [saksøker] får ikke medhold i krav om erstatning for den positive kontraktsinteressen.»

Retten vurderer ikke hva en gjennomsnittlig oppdragsgiver ville lagt til grunn i den hypotetiske konkurransen, men hvorvidt kommunens valg og prioriteringer, innenfor de lovlige rammer, ville gitt konkurransen et annet utfall. Dette underbygger at lagmannsretten her anlegger et subjektivt vurderingstema.

Rettsstilstanden kan som nevnt ikke anses avklart. Mye kan imidlertid tale for å anlegge et subjektivt vurderingstema ved vurdering av årsakssammenheng mellom en ulovlig

poengsetting av kvalitet og konkurransens utfall. I så fall blir konklusjonen at det foreligger årsakssammenheng bare dersom det lovlige alternativet som ligger nærmest oppdragsgivers opprinnelige valg, ville medført at saksøker ble tildelt kontrakten. Dette innebærer at muligheten til å bevise årsakssammenheng er begrenset når det er kvalitetspoengene som er ulovlig poengsatt.

19 Årsakssammenheng ved for grov poengskala

19.1 Innledning

Som forklart i avhandlingens del II, vil en poengskala kunne underkjennes dersom den er så grov at de forskjellige oppdragsgiver har identifisert mellom tilbudene, ikke i tilstrekkelig grad reflekteres i poengene. I dette punkt er problemstillingen hvordan domstolene kan ta stilling til om det foreligger årsakssammenheng mellom et ulovlig valg av poengskala og konkurransens utfall.

Denne problemstillingen er betydelig lettere å besvare enn den tilsvarende problemstillingen for ulovlige grunnmodeller.

19.2 Det enkle: Priskriteriet

Heller ikke for valg av poengskala stiller regelverket opp én påbudt idealløsning. Det foreligger imidlertid ganske få lovlige løsninger. I punkt 6.4 ovenfor er konklusjonen at poengskalaen for priskriteriet må utformes med så mange trinn at den ikke forrykker resultatet av konkurransen. Dersom dette kravet ikke er overholdt, kan domstolen gjennom enkle regneoperasjoner ta stilling til hvilket tilbud som ville vunnet om poengskalaen var finmasket nok: Den trenger bare anvende grunnmodellen og unnlate å runde av poengene. Svaret på årsaksspørsmålet følger av logisk nødvendighet, og bevisskravets styrke kommer derfor ikke på spissen. Fordi det bare finnes ett lovlig handlingsalternativ, trenger ikke rettsanvenderen å gå lenger enn til ledd (i) i årsaksvurderingen. Utviklingen av poengberegningsreglene har på dette punkt lettet bevissituasjonen betraktelig.

19.3 Det noe vanskeligere: Kvalitetskriterier

For kvalitative kriterier blir situasjonen noe mer komplisert. Her flyter bruk av grunnmodell og valg av poengskalaens oppløsningsgrad til en viss grad sammen. Hvor mange poeng et tilbud skal få følger ikke av logikk, men av skjønn. Selv om rettsanvenderen har konkludert med at poengskalaen som ble brukt var for grovmasket, er det umulig å bestemme nøyaktig hvor stor poengforskjellen ville blitt på en tilstrekkelig finmasket skala. Dette gjør det vanskeligere å ta stilling til hvorvidt oppdragsgiver pliktet å velge saksøkers tilbud. Det gjør det også vanskelig å ta stilling til om oppdragsgiver ville *valgt* en skala som er finmasket nok til at saksøkers tilbud vant, enten man bygger på subjektive eller objektive betraktninger.

Eksempel: I en konkurranse hvor «pris» og «kvalitet» teller 50% hver, scorer tilbud A og B hhv. 10 og 9 poeng på priskriteriet. De scorer begge 2 av 4 poeng på et kvalitetskriterium, til tross for at B åpenbart tilbyr bedre kvalitet, og A går av med seieren. Kvalitetsskalaen er så grovmasket at rettsanvenderen kan slå fast at den er ulovlig. Men foreligger det årsakssammenheng mellom feilen og Bs tap av kontrakten? Et bekreftende svar krever at rettsanvenderen kan slå fast at poengskalaen skulle vært så finmasket at B fikk minst 25% bedre uttelling enn A. Dette er vanskelig å ta stilling til, fordi det ikke er mulig å kvantifisere kvalitetsforskjeller på en objektiv måte.

Likevel vil rettsanvenderen kunne bygge på at det skulle skjedd *en viss* nyansering av poengene. Dersom saksøker og valgte leverandørs tilbud scorer nokså likt på de øvrige kriteriene, kan dette være nok til å slå fast at saksøkers tilbud skulle vært valgt.

I forlengelsen av forrige eksempel: Dersom A og B i stedet scoret hhv. 10 og 9,5 poeng på priskriteriet, og Bs kvalitetsfortrinn var betydelig, vil rettsanvenderen kunne slå fast at kvalitetsforskjellen skulle blitt avgjørende, uten å angi nøyaktig hvor mange poeng denne skulle resultert i.

En liknende teknikk ble brukt i Torghatten-dommen, som riktignok ikke gjaldt valg av poengskala, men vurdering av tilbudenes verdi. Der kunne Høyesterett slå fast at saksøkers tilbud skulle vært valgt dersom overfartstiden var vurdert på en rimelig måte. Årsaken til at retten kunne slå fast dette, er at saksøker kom godt ut på de øvrige

kriteriene, og at urimeligheten på fartskriteriet var grov. Dermed måtte selv en marginalt rimeligere vektlegging av kriteriet medføre at saksøkers tilbud ble valgt. Fremgangsmåten kan ha overføringsverdi til prøving av årsakssammenheng ved for grove poengskalaer.

Kravet om kvalifisert sannsynlighetsovervekt for årsakssammenheng innebærer at det først og fremst er situasjoner hvor skalaen åpenbart er for grov, samtidig som uttellingen på de øvrige kriteriene er nokså jevn, at det er kurant å konstatere årsakssammenheng. Her kommer altså kravet om kvalifisert sannsynlighetsovervekt på spissen. Det må forventes at domstolene i en del vanskelige grensetilfeller vil søke dekning bak dette beviskravet, og i oppdragsgivers favør unnlate å gå inn i den konkrete årsaksvurderingen.

20 Årsakssammenheng ved forskyvning av tildelingskriterienes relative vekt

I dette punkt er problemstillingen hvordan domstolene kan gå fram for å ta stilling til spørsmålet om årsakssammenheng mellom en forskyvning av tildelingskriterienes vekt og en leverandørs tap av kontrakten.

For å kunne konstatere at vilkåret om årsakssammenheng er oppfylt, må domstolen kunne konkludere med at saksøkers tilbud ville blitt valgt dersom tildelingskriterienes vekt ikke var forskjøvet. Domstolen må derfor rekonstruere det resultat en lovlig vekting ville gitt.

Som vist i del III ovenfor, ligger årsaken til at vekten er forskjøvet i de grunnmodeller som er brukt. Dersom man ivaretar plikten til å premiere relevante forskjeller under hvert kriterium, vil man ikke forskyve kriterienes relative vekt. Forbudet mot å forskyve kriterienes vekt konsumeres av reglene om poengsetting under det enkelte tildelingskriterium. Den rettsanvender som skal ta stilling til hvilket resultat konkurransen ville fått om vekten ikke var forskjøvet, må derfor analysere seg fram til

hvilket tildelingskriterium som er anvendt på en slik måte at vekten forskyves, og rekonstruere en lovlig poengsetting under dette kriteriet. Dette innebærer at muligheten til å konstatere årsakssammenhengen mellom en vektforskyvning og en leverandørs tap av kontrakten, sammenfaller med muligheten til å konstatere årsakssammenheng mellom valg av grunnmodell og konkurransens utfall. Det er derfor tilstrekkelig å vise til punkt 18 og 19 ovenfor. Der er konklusjonen at utviklingen av poengberegningsreglene har hatt stort betydning for muligheten til å bevise årsakssammenheng ved ulovlig bruk av priskriteriene, men mindre betydning ved ulovlig bruk av kvalitetskriterier. Konklusjonen blir dermed at muligheten til å bevise årsakssammenheng ved forskyvning av tildelingskriterienes vekt avhenger av om det er priskriteriet eller kvalitetskriterier som er årsak til forskyvningen.

21 Kilder

Litteraturforkortelser

- Andersson**, Arne og Anders Lunander. *Metoder vid utvärdering av pris och kvalitet i offentlig upphandling. En inventering och analys av utvärderingsmodeller inom offentlig upphandling*. Rapport på oppdrag fra Konkurrencesverket. Stockholm, 2004
- Arnesen**, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode. Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. Oslo, 2009.
- Arrowsmith**, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2. utg. London, 2005
- Arrowsmith**, Sue. *Understanding the purpose of the EU's procurement directives: the limited role of the EU regime and some proposals for reform. I: The Cost of Different Goals of Public Procurement*. Stockholm, 2012.
- Bergman**, Mats og Sofia Lundberg. *Att utvärdera anbud. Utvärderingsmodeller i teori och praktik*. Rapport på oppdrag fra Konkurrencesverket. Stockholm, 2009.
- Dragsten**, Marianne H. og Esther Lindalen. *Offentlige anskaffelser. Kommentartutgave*. Oslo 2005.
- Eckhoff**, Torstein. *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo, 2001.
- Eckhoff**, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*, 9. utgave. Oslo, 2010.
- EU Udbudsretten**. Sune Troels Poulsen mfl. København, 2011.
- EU Law**. Text, cases, and materials. Fourth edition. Paul Craig og Gráinne de Búrca. Oxford, 2008.
- EØS-rett**. Fredrik Sejersted mfl. 3. utg. Oslo, 2011.
- Falk**, Jan-Erik. *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, 2. utg. Stockholm 2011.
- Fleischer**, Carl August. *Folkerett*, 8. utgave. Oslo, 2005.
- Fredriksen**, Halvard Haukland. *Objektivt ansvar for anbudsfeil? I: Lov og Rett 2010 s. 600-615*.
- Fredriksen**, Halvard Haukland. *EU/ EØS-rett i norske domstoler. I: Rapport #3 - Europautredningen*. Bergen, 2011.
- Hov**, Jo. *Innføring i prosess*. Oslo, 2010.
- Lødrup**, Peter. *Erstatningsrett*, 6. utg. med bistand av Morten Kjelland. Oslo, 2009.
- Nielsen**, Ruth. *Udbud af offentlige kontrakter*, 4. utg. København, 2010.
- Simonsen**, Lasse. *Prekontraktuel ansvar*. Oslo, 1997.

Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer. *EU's Udbudsdirektiver*, 2. utg. København, 2008.

Trygstad, Kristian Dahle. *Tildeling av offentlige kontrakter. Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*. Oslo, 2006.

EU-direktiver og -forordninger

FINANCIAL REGULATION of 21 December 1977 applicable to the general budget of the European Communities

89/665/EEC COUNCIL DIRECTIVE 89/665/EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts [**Håndhevelsesdirektivet**]

93/37/EEC COUNCIL DIRECTIVE 93/37/EEC of 14 June 1993 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts

2001/78/EC COMMISSION DIRECTIVE 2001/78/EC of 13 September 2001 amending Annex IV to Council Directive 93/36/EEC, Annexes IV, V and VI to Council Directive 93/37/EEC, Annexes III and IV to Council Directive 92/50/EEC, as amended by Directive 97/52/EC, and Annexes XII to XV, XVII and XVIII to Council Directive 93/38/EEC, as amended by Directive 98/4/EC (Directive on the use of standard forms in the publication of public contract notices)

1605/2002 COUNCIL REGULATION (EC, Euratom) No 1605/2002 of 25 June 2002 on the Financial Regulation applicable to the general budget of the European Communities

2004/18/EC DIRECTIVE 2004/18/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts [**Anskaffelsesdirektivet**]

1564/2005 COMMISSION REGULATION (EC) No 1564/2005 of 7 September 2005 establishing standard forms for the publication of notices in the framework of public procurement procedures pursuant to Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council

2007/66/EC

DIRECTIVE 2007/66/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT
AND OF THE COUNCIL of 11 December 2007 amending Council
Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the
effectiveness of review procedures concerning the award of public
contracts [**Det nye håndhevelsesdirektivet**]

2011/0437 (COD)

Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT
AND THE COUNCIL on the award of concession contracts [**Forslag
til nytt anskaffelsesdirektiv**]

Avgjørelser fra EU-domstolen (tidligere kalt EF-domstolen)

- C-94/10 (Danfoss)** JUDGMENT OF THE COURT (First chamber) 20 October 2011 In Case C-94/10. Danfoss A/S, Sauer-Danfoss ApS v Skatteministeriet
- C-314/09 (Strabag)** JUDGMENT OF THE COURT (Third chamber) 30 September 2010 In Case C-314/09. Stadt Graz v Strabag AG, Bauunternehmung Granit GesmbH
- C-568/08 (Combinatie Spijker)** JUDGMENT OF THE COURT (Second chamber) 9 December 2010 In Case C-568/08. Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie, Can Spijker Infrabouw BV, De Jonge Konstruktie BV v Provincie Drenthe
- C-247/02 (Sintesi)** JUDGMENT OF THE COURT (Second chamber) 7 October 2004 In case C-247/02. Sintesi SpA v Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici
- C-19/00 (SIAC)** JUDGMENT OF THE COURT (Fifth chamber) 18 October 2001 In Case C-19/00 between Siac Construction Ltd and County Council of the County of Mayo
- C-470/99 (Universale-Bau)** JUDGMENT OF THE COURT (Sixth Chamber) 12 December 2002 In Case C-470/99 between Universale-Bau AG and Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH
- C-46/93 og C-48/93 (Factortame III)** JUDGMENT OF THE COURT 5 March 1996 In joined Cases C-46/93 and C-48/93 between Brasserie du Pêcheur SA and Federal Republic of Germany and between The Queen and Secretary of State for transport ex parte: Factortame Ltd. and Others

Avgjørelser fra førsteinstansdomstolen i EU

T-514/09

JUDGMENT OF THE GENERAL COURT (Fourth Chamber) 23 November 2011 In Case T-514/09. bpost NV van publiek recht v European Commission

T-4/01 (Renco)

JUDGMENT OF THE COURT OF FIRST INSTANCE (Fifth Chamber) 25 February 2003 In Case T-4/01. Renco SpA v Council of the European Union

Avgjørelser fra EFTA-domstolen

E-4/01 (Karlsson)

Judgment of the Court 30 May 2002 In case E-4/01 between Karl K. Karlsson hf. and The Icelandic State

Lover og forskrifter

FOR-2012-06-08-500	FOR 2012-06-08 nr 500: Forskrift om endring i forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser, forskrift 7. april 2006 nr. 403 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) og forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser
Tvisteloven	Lov 17. juni 2006 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister
Foa.	Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser
Loa.	Lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser
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.
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

Lovforarbeider

ot.prp.nr.71 (1997-1998)	Ot.prp.nr.71 (1997-1998) Om lov om offentlige anskaffelser
NOU-1997-21	NOU 1997: 21. Offentlige anskaffelser. Utredning fra Utvalget for revidering av det statlige anskaffelsesregelverket oppnevnt ved kongelig resolusjon 27. oktober 1995.
ot.prp.nr.71 (1991-1992)	Ot.prp.nr.79 (1991-1992) Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.

Høyesterettsdommer

Rt-2012-1793
Rt-2009-1319 (Fysioterapeut)
Rt-2008-1705
Rt-2007-1783
Rt-2007-983 (Reno-Vest)
Rt-2001-1062 (Nucleus)
Rt-2000-1811 (Finanger I)
Rt-1998-1398 (Torghatten)
Rt-1997-574 (Firesafe)

Beslutninger fra Høyesteretts ankeutvalg

HR-2011-2323-U Norges Høyesteretts Ankeutvalgs beslutning av
13. desember 2011

HR-2008-1457-U Norges Høyesteretts Ankeutvalgs beslutning av
28. august 2008

Lagmannsrettsavgjørelser publisert i Rettens Gang

RG-2012-25 Borgarting lagmannsretts dom av 9. januar 2012

RG-2009-1529 Borgarting lagmannsretts dom av 10. desember
2009

RG-2005-469 Hålogaland lagmannsretts dom av 4. november
2004

Upubliserte lagmannsrettsavgjørelser

LA-2011-100800 Agder lagmannsretts dom av 10. april 2012

LB-2010-68992 (Søppelkjøring) Borgarting lagmannsretts dom av 1. juli 2011

LB-2010-89858	Borgarting lagmannsretts dom av 20. juni 2011
LH-2010-116189	Hålogaland lagmannsretts dom av 22. desember 2010
LH-2009-3900	Hålogaland lagmannsretts dom av 8. juni 2009
LB-2007-100623	Borgarting lagmannsretts dom av 5. mai 2008

Avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)

I omvendt nummerisk, ikke nødvendigvis kronologisk, rekkefølge

KOFA-2012-219	Klagenemndas avgjørelse 26. november 2012 i sak 2012/219
KOFA-2012-144	Klagenemndas avgjørelse 20. august 2012 i sak 2012/144
KOFA-2012-122 (Vaskeri)	Klagenemndas avgjørelse 25. juli 2012 i sak 2012/122
KOFA-2012-94	Klagenemndas avgjørelse 2. juli 2012 i sak 2012/94
KOFA-2012-63	Klagenemndas avgjørelse 14. mai 2012 i sak 2012/63
KOFA-2012-52 (IKT-utstyr)	Klagenemndas avgjørelse 21. mai 2012 i sak 2012/52
KOFA-2011-203	Klagenemndas avgjørelse 3. oktober 2011 i sak 2011/203
KOFA-2011-201 (Bussrute)	Klagenemndas avgjørelse 7. november 2011 i sak 2011/201
KOFA-2011-176 (Venøs prøvetaking)	Klagenemndas avgjørelse 29. august 2011 i sak 2011/176
KOFA-2011-146	Klagenemndas avgjørelse 1. oktober 2012 i sak 2011/146

KOFA-2011-131	Klagenemndas avgjørelse 5. november 2012 i sak 2011/131
KOFA-2011-106	Klagenemndas avgjørelse 20. august 2012 i sak 2011/106
KOFA-2011-78	Klagenemndas avgjørelse 1. oktober 2012 i sak 2011/78
KOFA-2011-55	Klagenemndas avgjørelse 4. april 2011 i sak 2011/55
KOFA-2011-1	Klagenemndas avgjørelse 13. august 2012 i sak 2011/1
KOFA-2010-335	Klagenemndas avgjørelse 10. desember 2012 i sak 2010/335
KOFA-2010-171	Klagenemndas avgjørelse 12. juli 2011 i sak 2010/171
KOFA-2010-169 (Matvarer)	Klagenemndas avgjørelse 4. april 2011 i sak 2010/169
KOFA-2010-99	Klagenemndas avgjørelse 2. mai 2011 i sak 2010/99
KOFA-2010-43	Klagenemndas avgjørelse 29. november 2010 i sak 2010/43
KOFA-2010-32	Klagenemndas avgjørelse 18. oktober 2010 i sak 2010/32
KOFA-2009-279	Klagenemndas avgjørelse 22. november 2010 i sak 2009/279
KOFA-2009-254	Klagenemndas avgjørelse 19. juli 2010 i sak 2009/254
KOFA-2009-249	Klagenemndas avgjørelse 27. september 2010 i sak 2009/249
KOFA-2009-241	Klagenemndas avgjørelse 18. januar 2010 i sak 2009/241
KOFA-2009-225	Klagenemndas avgjørelse 21. juni 2010 i sak 2009/225
KOFA-2009-192	Klagenemndas avgjørelse 3. mai 2010 i sak 2009/192
KOFA-2009-174	Klagenemndas avgjørelse 19. oktober 2009 i sak 2009/174

KOFA-2009-148 (Kopimaskiner)	Klagenemndas avgjørelse 19. oktober 2009 i sak 2009/148
KOFA-2008-193	Klagenemndas avgjørelse 15. desember 2008 i sak 2008/193
KOFA-2008-106 (Rullestoler)	Klagenemndas avgjørelse 10. november 2008 i sak 2008/106
KOFA-2008-67 (Alarmsystem)	Klagenemndas avgjørelse 27. oktober 2008 i sak 2008/67
KOFA-2008-46 (Hedmark fylkeskom.)	Klagenemndas avgjørelse 19. mai 2008 i sak 2008/46
KOFA-2007-157 (Sorteringsreoler)	Klagenemndas avgjørelse 18. april 2008 i sak 2007/157
KOFA-2007-150	Klagenemndas avgjørelse 3. mars 2008 i sak 2007/150
KOFA-2007-131	Klagenemndas avgjørelse 29. oktober 2007 i sak 2007/131
KOFA-2007-30	Klagenemndas avgjørelse 4. juli 2007 i sak 2007/30
KOFA-2005-201	Klagenemndas avgjørelse 6. mars 2006 i sak 2005/201
KOFA-2005-50	Klagenemndas avgjørelse 8. mai 2006 i sak 2005/50
KOFA-2004-294	Klagenemndas avgjørelse 7. februar 2005 i sak 2004/294
KOFA-2004-275 (Avinor)	Klagenemndas avgjørelse 24. oktober 2005 i sak 2004/275
KOFA-2003-201	Klagenemndas avgjørelse 17. november 2003 i sak 2003/201

Dommer fra danske Højesteret, publistert i Ugeskrift for Retsvæsen

U-2007-2106H

Kjennelser fra det danske Klagenævnet for Udbud

KfU-9-1-2012	Klagenævnet for Udbuds kendelse af 9. januar 2012
KfU-29-7-2011	Klagenævnet for Udbuds kendelse af 29. juli 2011
KfU-4-8-2009	Klagenævnet for Udbuds kendelse af 4. august 2009
KfU-19-5-2009	Klagenævnet for Udbuds kendelse af 19. maj 2009
KfU-12-2-2007	Klagenævnet for Udbuds kendelse af 12. februar 2007
KfU-3-1-2002 (AC-Trafik)	Klagenævnet for Udbuds kendelse af 3. januar 2002

Dommer fra svenske Högsta domstolen, publisert i Nytt juridiskt arkiv

NJA-2007-349

NJA-2000-71