

Flage-saken – dom HR-2022-1964-A – offentlige
anskaffelser- kvalifikasjonskrav – teknisk og faglig
evne - synspunkter på noen utvalgte rettsregler
formulert i dommen

Flage-saken – HR-2022-1964-A

- Kort om dommen
- Faktum
- Anskaffelse over terskelverdiene.
- Problemstillingene



Systematikken i regelverket

- Rammene for kvalifikasjonskrav, teknisk og faglig evne
 - EØS-rettslige rammer
 - Nasjonale rammer
 - Innenfor rammene – oppdragsgiver fritt skjønn
- Innenfor rammene – oppdragsgiver bundet av gjennomsiktighetsforpliktelsen
 - EU-domstolskapte regler for utforming og tolkning av regler for offentlige anskaffelser
 - Arrowsmith, «The law of public procurement and utilities» Vol1, 3. utgave side 164 flg. Særlig kapittel 3-14 og 3-15 innledningsvis.
- Høyesteretts tilnærming i Flage-saken

Det overordnede siktemålet

- Overordnet regelverk – siktemål med reglene
- Det EØS-rettslige utgangspunktet
- Anskaffelsesdirektivets fortale, premiss (1)

The award of public contracts by or on behalf of Member States' authorities has to comply with the principles of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), and in particular the free movement of goods, freedom of establishment and the freedom to provide services, as well as the principles deriving therefrom, such as equal treatment, non-discrimination, mutual recognition, proportionality and transparency. However, for public contracts above a certain value, provisions should be drawn up coordinating national procurement procedures so as to ensure that those principles are given practical effect and public procurement is opened up to competition.

Overordnet siktemål – forts.

- C-368/10 Max Havelaar, premiss 52

In that regard, it must be recalled that the meaning of the specifications must be determined by adopting the perspective of potential tenderers since the aim of the procedures for the award of public works contracts laid down in Directive 2004/18 is precisely to guarantee to potential tenderers established in the European Union access to public contracts of interest to them (see Case C-220/05

- C-599/10 SAG Elv Slovensko, premiss 25

25 With regard to Article 2 of Directive 2004/18, it must be borne in mind that the principal objectives of the European Union rules in the field of public procurement include that of ensuring the free movement of services and the opening-up to undistorted competition in all the Member States. In order to pursue

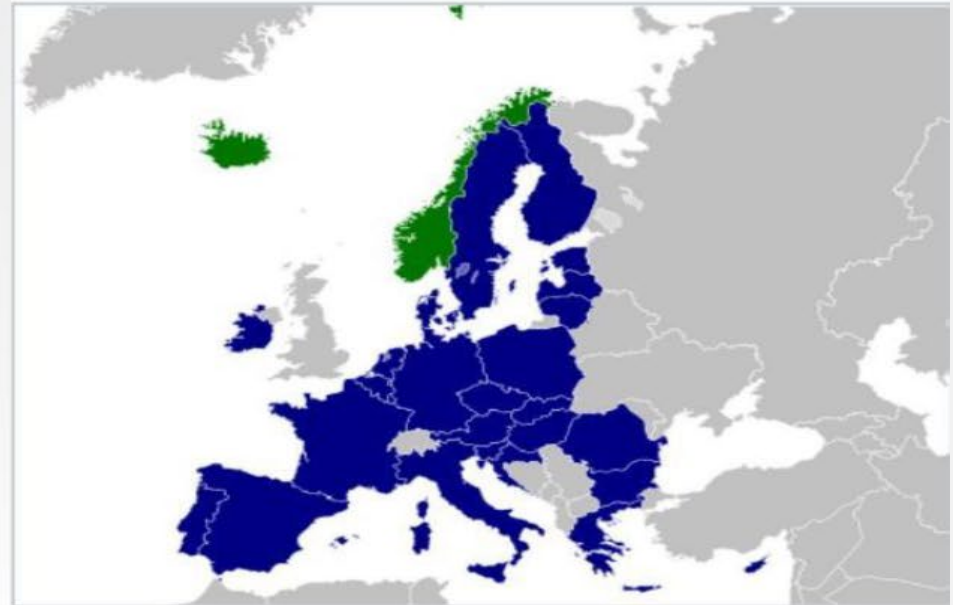
- C-27/15 Pippo Pizzo, premiss 27

Such an interpretation is consistent with the objective pursued by the directives in this area of attaining the widest possible opening-up of public contracts to competition to the benefit not only of economic operators but also contracting authorities (see, to that effect, judgment of 23 December 2009 in CoNISMa, C-305/08, EU:C:2009:807, paragraph 37 and the case-law cited). In addition, that

Overordnet siktemål - EØS

EØS-avt art 1:

- «Formålet ... er å fremme en vedvarende og balansert styrking av handel og økonomiske forbindelser mellom avtalepartene, med **like konkurransevilkår og overholdelse av de samme regler**, med sikte på å opprette **et ensartet** Europeisk Økonomisk Samarbeidsområde»



Overordnet siktemål - EØS

Art 3. ¹

Avtalepartene skal treffe alle generelle eller særlige tiltak som er egnet til å oppfylle de forpliktelser som følger av denne avtale.

De skal avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtales mål i fare.

De skal videre lette samarbeidet innen rammen av denne avtale.

§ 2.

Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende gjelder dersom en forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, er i konflikt med en annen forskrift, eller kommer i konflikt med en senere lov.¹

Betydning for rettskildebruken, relevans og vekt.

§ 1. *Formål*

Loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den skal også bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

Rammene for kvalifikasjonskrav

- Anskaffelsesdirektivets skranker for hvilke kvalifikasjonskrav som kan stilles i forhold til *teknisk og faglig evne*, artikkel 58 jf artikkel 18, - og artikkel 60
- Artikkel 58 – to skranker
- EU-domstolens formulering. C-195/21 LB – kumulative begrensninger – premissene 48,50,51 og 52. Særlig premiss 48 «...*must be limited to those that are appropriate to ensure that a tenderer has the technical and professional abilities to perform the contract*»
- Arrowsmith «The law of public and utilities procurement», vol 1, 3. utgave side 1206, avsnitt 12-32.

Rammene forts.

- Sammenhengen med artikkel 18 – forbudet mot kunstig konkurranse.
- Anskaffelsesforskriften § 16-5. Tvetydig utformet.
- Høyesteretts formulering av rettsregelen – premiss 43 og 46. Fritt skjønn «...så lenge kravene er relevante og forholdsmessige»
 - Subsumpsjonen

Rammene forts.

- Artikkel 60 – annex XII
- Begrensningene i tillatte dokumentasjonskrav begrenser tillatte kvalifikasjonskrav.
- C-448/01 Wienstrøm, premiss 51 og 52 forutsetningsvis. Fosen Linjen-dommen HR – 2019- 1801-A, premiss 90.
- Anskaffelsesforskriftens § 16-6
- Høyesteretts formulering av rettsregelen, premiss 42 «*Det kan ikke kreves dokumentasjon for forhold som ikke kunne vært stilt som et kvalifikasjonskrav*»

Gjennomsiktighetsforpliktelsen

- Gjennomsiktighetsforpliktelsen – betydning for tolkningen av kvalifikasjonskrav
- Klarhetskravet til utformingen av bl.a kvalifikasjonskrav. Betydning for tolkningen.
- C- 368/10 Max Havelaar, premiss 109 «all reasonably»
- C-27/15 Pippo Pizzo, premiss 36 «all reasonably»
- HR -2022-1964-A opp mot EU-domstolens klarhetskrav, premiss (50) «*hvordan en rimelig og normalt opplyst..*»

Gjennomsiktighetsforpliktelsen – forts.

- EU-domstolens forbud mot diskvalifikasjon på grunnlag av kvalifikasjonskrav som ikke fremgår uttrykkelig av konkurransegrunnlaget men en tolkning av dette.
- C-27/15 Pippo Pizza, slutningens punkt 2 og premiss 51.
- HR-2022-1964-A – premiss 51.