



DOMSTOLENS DOM

16. juli 2020*

(Offentlige innkjøp – Direktiv 2014/24/EU – Definisjon av «offentlig oppdragsgiver» – En EFTA-stats utenriksstasjon – EØS-rettens anvendelse – EØS-avtalen artikkel 126 – EØS-avtalens geografiske virkeområde)

I sak E-8/19,

ANMODNING til EFTA-domstolen etter artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser i en sak mellom

Scanteam AS

og

Den norske stat v/Utenriksdepartementet,

om tolkningen av europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF, som tilpasset avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, avsier

DOMSTOLEN,

sammensatt av: Páll Hreinsson, president (saksforberedende dommer), Per Christiansen og Bernd Hammermann, dommere,

justissekretær: Ólafur Jóhannes Einarsson,

etter å ha tatt i betraktning de skriftlige innlegg inngitt på vegne av:

- Scanteam («Scanteam»), representert ved advokatfullmektig Tor Arne Solberg-Johansen,

* Språket i anmodningen om rådgivende uttalelse: norsk. Engelske oversettelser av nasjonale bestemmelser er uoffisielle og er basert på oversettelsene i sakens dokumenter.

- den norske stat, representert ved Janne Tysnes Kaasin og Helge Røstum, som partsrepresentanter,
- Østerrikes regjering, representert ved Dr Michael Fruhmann, som partsrepresentant,
- Frankrikes regjering, representert ved Esther de Moustier og Cyrielle Mosser, som partsrepresentanter,
- EFTAs overvåkningsorgan («ESA»), representert ved Carsten Zatschler, Ewa Gromnicka og Erlend M. Leonhardsen, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Petr Ondrůšek, Luke Haasbeek og Markéta Šimerdová, som partsrepresentanter.

med henvisning til rettsmøterapporten,

og etter å ha hørt muntlige innlegg fra Scanteam, representert ved Tor Arne Solberg-Johansen; den norske stat, representert ved Janne Tysnes Kaasin og Helge Røstum; Østerrikes regjering, representert ved Dr Michael Fruhmann og Dr Franz Koppensteiner, som partsrepresentant; Frankrikes regjering, representert ved Esther de Moustier og Cyrielle Mosser; Spanias regjering, representert ved Sonsoles Centeno Huerta, som partsrepresentant; ESA, representert ved Ewa Gromnicka og Erlend M. Leonhardsen; og Kommisjonen, representert ved Markéta Šimerdová og Petr Ondrůšek, i rettsmøte 11. mars 2020,

slik

Dom

I Rettslig bakgrunn

EØS-rett

- 1 Artikkelen 65 nr. 1 i Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde («EØS-avtalen» eller «EØS») lyder:

1. Vedlegg XVI inneholder særlige bestemmelser og ordninger for innkjøp og skal gjelde for alle varer og de oppførte tjenester, med mindre annet er særskilt angitt.

- 2 EØS-avtalen artikkel 126 nr. 1 lyder:

1. Denne avtale skal anvendes på de territorier hvor Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap anvendes på de vilkår som er fastsatt i den

nevnte traktat, og på Islands, Fyrstedømmet Liechtensteins og Kongeriket Norges territorium.

- 3 Artikkel 34 i Avtalen mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol («ODA») lyder:

Det hører under EFTA-domstolen å gi rådgivende uttalelser om fortolkningen av EØS-avtalen.

Når et slikt spørsmål blir reist ved en domstol i en EFTA-stat, og domstolen finner at en uttalelse er nødvendig før den avsier sin dom, kan den anmode EFTA-domstolen om å gi en slik uttalelse.

En EFTA-stat kan i sin interne lovgivning begrense retten til å anmode om en rådgivende uttalelse til domstoler som etter den nasjonale lovgivning dømmer i siste instans.

- 4 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF (EUT 2014 L 94, s. 65, og EØS-tillegget 2018 nr. 84 s. 556 (norsk) («direktivet») ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 av 29. april 2016 (EUT 2017 L 300, s. 49, og EØS-tillegget 2017 nr. 73, s. 53) («beslutning nr. 97/2016») og er vist til i nr. 2 i vedlegg XVI til EØS-avtalen. Forfatningsrettslige krav ble meddelt og ble oppfylt i november 2016. Følgelig trådte beslutning nr. 97/2016 i kraft 1. januar 2017.

- 5 Betragtning 1 i direktivet lyder:

Tildeling av offentlige kontrakter foretatt av eller på vegne av medlemsstatenes myndigheter, skal være i samsvar med prinsippene i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV), særlig prinsippene om fritt varebytte, etableringsadgang og adgang til å yte tjenester samt de prinsippene som er avledet av disse, for eksempel prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering, gjensidig anerkjennelse, forholdsmessighet og innsyn. Når det gjelder offentlige kontrakter over en viss verdi, bør det utarbeides bestemmelser om samordning av nasjonale framgangsmåter ved tildeling av kontrakter, for å sikre at disse prinsippene får en praktisk virkning og at offentlige innkjøp åpnes for konkurranse.

- 6 Betragtning 2 i direktivet lyder:

Offentlige innkjøp spiller en sentral rolle i Europa 2020-strategien, fastsatt i kommisjonsmeldingen av 3. mars 2010 med tittelen «Europa 2020 — A strategy for smart, sustainable and inclusive growth» («Europa 2020-strategien for smart, bærekraftig og inkluderende vekst»), som ett av de markedsbaserte virkemidlene som skal brukes til å oppnå smart, bærekraftig og inkluderende vekst og samtidig sikre at offentlige midler brukes på en mest mulig effektiv måte.

For dette formål bør reglene for offentlige innkjøp vedtatt i henhold til europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/17/EF og europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF, revideres og moderniseres for å gi en mer effektiv anvendelse av offentlige midler, ved særlig å gjøre det lettere for små og mellomstore bedrifter (SMB-er) å delta ved offentlige innkjøp, og gjøre det mulig for innkjøpere å utnytte offentlige innkjøp på en bedre måte til støtte for felles samfunns mål. Det er også behov for å presisere grunnleggende begreper og prinsipper for å sikre rettssikkerheten og ta hensyn til visse aspekter ved Den europeiske unions domstols faste rettspraksis.

7 Direktivet artikkel 1 nr. 1 og 2 lyder:

1. *Ved dette direktiv fastsettes det regler for framgangsmåter for innkjøp foretatt av offentlige oppdragsgivere når det gjelder offentlige kontrakter og prosjektkonkurranser, hvis verdi anslås ikke å være lavere enn terskelverdiene fastsatt i artikkel 4.*
2. *Med innkjøp menes i dette direktiv anskaffelse foretatt av én eller flere offentlige oppdragsgivere ved hjelp av en offentlig kontrakt, av bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenester fra markedsdeltakere som disse offentlige oppdragsgiverne har valgt ut, uavhengig av om disse bygge- og anleggsarbeidene, varene eller tjenestene er beregnet på et offentlig formål.*

8 Direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 1 til 5 lyder:

1. *I dette direktiv menes med:*

- (1) *«offentlige oppdragsgivere» staten, regionale eller lokale myndigheter, offentligrettslige organer eller sammenslutninger dannet av én eller flere slike myndigheter eller ett eller flere slike offentligrettslige organer,*
- (2) *«sentrale statlige myndigheter» de offentlige oppdragsgiverne som er oppført i vedlegg I, og i den grad det er foretatt rettelser eller endringer på nasjonalt plan, de enhetene som har erstattet dem,*
- (3) *«ikke-statlige offentlige oppdragsgivere» alle offentlige oppdragsgivere som ikke er sentrale statlige myndigheter,*
- (4) *«offentligrettslige organer» organer som har alle følgende egenskaper:*
 - (a) *de er opprettet for det bestemte formål å imøtekomme allmennhetens behov, men ikke behov av industriell eller forretningsmessig art,*

(b) *de er et rettssubjekt, og*

(c) *de er i hovedsak finansiert av staten, regionale eller lokale myndigheter eller andre offentligrettslige organer; eller deres forvaltning er underlagt en av disse myndighetenes eller et av disse organenes tilsyn; eller de har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er utpekt av staten, regionale eller lokale myndigheter eller andre offentligrettslige organer,*

(5) *«offentlige kontrakter» gjensidig bebyrdende kontrakter som inngås skriftlig mellom én eller flere markedsdeltakere og én eller flere offentlige oppdragsgivere, og som gjelder utførelse av bygge- og anleggsarbeider, levering av varer eller yting av tjenester,*

9 Direktivet artikkel 4 lyder:

Dette direktiv får anvendelse på innkjøp med en verdi, uten merverdiavgift (mva), som anslås å være lik eller større enn følgende terskelverdier:

[...]

10 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/81/EF av 13. juli 2009 om samordning av framgangsmåtene ved oppdragsgiveres eller offentlige oppdragsgiveres tildeling av visse bygge- og anleggskontrakter, varekontrakter og tjenestekontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet og om endring av direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF (EUT 2009 L 216, s. 76, og EØS-tillegget 2017 nr. 55, s. 3 (norsk)) («direktiv 2009/81/EF») ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 129/2013 av 14. juni 2013 (EUT 2013 L 318, s. 31, og EØS-tillegget 2013 nr. 67, s. 36) og vises til i nr. 5c i vedlegg XVI til EØS-avtalen. Forfatningsrettslige krav ble meddelt og ble oppfylt i desember 2013. Følgelig trådte beslutning nr. 129/2013 i kraft 1. februar 2014.

11 Direktiv 2009/81/EF artikkel 13, med overskriften «Særlige unntak», lyder:

Dette direktiv får ikke anvendelse på

[...]

(d) *kontrakter tildelt i en tredjestat, herunder for sivile innkjøp, som gjennomføres når styrker er utstasjonert utenfor unionens territorium, og der operasjonelle behov krever at de inngås med markedsdeltakere i området der operasjonen gjennomføres,*

[...]

12 Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/25/EU av 26. februar 2014 om innkjøp foretatt av enheter som driver virksomhet innenfor vann- og energiforsyning, transport og posttjenester, og om oppheving av direktiv 2004/17/EF (EUT 2014 L 94, s. 243, og EØS-tillegget 2018 nr. 84, s. 636 (norsk)) («direktiv 2014/25/EU») ble innlemmet i EØS-avtalen ved EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 og vises til i nr. 4 i vedlegg XVI til EØS-avtalen. Forfatningsrettslige krav ble meddelt og ble oppfylt i november 2016. Følgelig trådte beslutning nr. 97/2016 i kraft 1. januar 2017.

13 Direktiv 2014/25/EU artikkel 19 nr. 1 lyder:

Dette direktiv får ikke anvendelse på kontrakter som oppdragsgivere tildeler for andre formål enn å kunne utøve sin virksomhet som beskrevet i artikkel 8-14, eller for å utøve slik virksomhet i en tredjestat, på vilkår som ikke medfører fysisk bruk av et nett eller geografisk område i Unionen, og det får heller ikke anvendelse på prosjektkonkurranser som organiseres for slike formål.

14 Tillegg 1 til vedlegg XVI til EØS-avtalen, som endret ved beslutning nr. 97/2016, inneholder lister over de sentrale statlige myndigheter som er nevnt i direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 2, og lyder:

[...]

III. NORGE

Statsministerens kontor

Arbeids- og sosialdepartementet

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet

Finansdepartementet

Forsvarsdepartementet

Helse- og omsorgsdepartementet

Justis- og beredskapsdepartementet

Klima- og miljødepartementet

Kommunal- og moderniseringsdepartementet

Kulturdepartementet

Kunnskapsdepartementet

Landbruks- og matdepartementet

Nærings- og fiskeridepartementet

Olje- og energidepartementet

Samferdselsdepartementet

Utenriksdepartementet

Etater og institusjoner underordnet nevnte departementer

- 15 Under overskriften Sektorvis tilpasning i vedlegg XVI til EØS-avtalen lyder nr. 2:
2. *Når rettsaktene omhandlet i dette vedlegg krever offentliggjøring av kunngjøringer eller dokumenter, skal følgende gjelde:*
 - (a) *Offentliggjøringen av kunngjøringer og andre dokumenter i De Europeiske Fellesskaps Tidende og i Tenders Electronic Daily som nevnt i rettsaktene omhandlet i dette vedlegg, skal utføres av Kontoret for De europeiske fellesskaps offisielle publikasjoner.*
 - (b) *Kunngjøringer fra EFTA-statene skal sendes til Kontoret for De europeiske fellesskaps offisielle publikasjoner på minst ett av Fellesskapets språk. De skal offentliggjøres på fellesskapspråkene i De Europeiske Fellesskaps Tidendes S-serie og i Tenders Electronic Daily. EF-kunngjøringer behøver ikke oversettes til EFTA-statenes språk.*

Nasjonal rett

- 16 Direktivet er innarbeidet i norsk lov ved lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser («anskaffelsesloven») og forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser («anskaffelsesforskriften»).
- 17 Anskaffelsesloven § 2 lyder:

Loven gjelder når oppdragsgivere som nevnt i annet ledd inngår vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontrakter, herunder konsesjonskontrakter, eller gjennomfører plan- og designkonkurranser, med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. merverdiavgift.

Loven gjelder for følgende oppdragsgivere:

- a) *statlige myndigheter,*
- b) *fylkeskommunale og kommunale myndigheter,*
- c) *offentligrettslige organer*
- d) *sammenslutninger med en eller flere oppdragsgivere som nevnt i bokstav a til c,*
- e) *offentlige foretak som utøver forsyningsaktivitet som definert i internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av og*
- f) *andre virksomheter som utøver forsyningsaktivitet på grunnlag av enerett eller særrett som definert i internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av.*

Loven gjelder ikke for anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123. Departementet kan i forskrift fastsette ytterligere unntak fra lovens virkeområde.

Departementet kan i forskrift fastsette at loven skal gjelde for bygge- og anleggskontrakter og tilknyttede tjenestekontrakter som oppdragsgivere som nevnt i annet ledd bokstav a til d ikke selv inngår, men yter direkte tilskudd til med mer enn 50 prosent.

Departementet kan i forskrift fastsette at loven skal gjelde for Svalbard, og fastsette særlige regler av hensyn til de stedlige forholdene.

18 Anskaffelsesloven § 11 lyder:

Kongen kan opprette et organ for løsning av tvister om rettigheter og plikter etter loven og forskrifter gitt i medhold av loven. Oppdragsgivere som er omfattet av loven, har plikt til å delta i prosessen for organet.

Departementet kan gi forskrift om saksbehandlingen i organet.

Offentleglova gjelder for tvisteløsningsorganets virksomhet.

19 Anskaffelsesloven § 12 lyder:

Dersom tvisteløsningsorganet kommer til at oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, skal organet ilegge oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr. Dersom organet kommer til at oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, kan organet ilegge oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr.

[...]

Ved avgjørelsen av om overtredelsesgebyr skal ilegges etter § 12 første ledd annet punktum og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen. Gebyret kan ikke settes høyere enn 15 prosent av anskaffelsens verdi.

Vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr kan ikke påklages. Gebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet. Adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakten er inngått. Fristen avbrytes ved at tvisteløsningsorganet sender oppdragsgiveren en meddelelse om at det har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

[...]

- 20 Prosessregler for offentlige innkjøp er fastsatt i anskaffelsesforskriften. Forskriften inneholder blant annet forpliktelsen til å kunngjøre en konkurranse på Doffin, den nasjonale kunngjøringsdatabasen for offentlige anskaffelser, for innkjøp over den relevante nasjonale terskelverdi (§ 8-17), og forpliktelsen til å kunngjøre en konkurranse i EUs database for kunngjøringer (Tenders Electronic Daily («TED-databasen»)) for innkjøp over den relevante terskelverdi fastsatt i direktivet (§ 21-1).
- 21 Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 3 («klagenemndforskriften») lyder:

Klagenemndas medlemmer oppnevnes av Kongen for fire år av gangen. I særlige tilfeller kan det oppnevnes medlemmer for en kortere periode. Maksimal funksjonstid er åtte år. Medlemmene kan unntaksvis gjenoppnevnes etter åtte år. Blant medlemmene oppnevner Kongen en leder. Nærings- og fiskeridepartementet kan oppnevne setteleder når leder er inhabil. Medlemmene kan ikke avsettes eller suspenderes i perioden med mindre det foreligger særlig grunn.

- 22 Klagenemndforskriften § 5 lyder:

Kongen kan ikke instruere klagenemnda eller sekretariatet verken om lovtolkning, skjønnsutøvelse, avgjørelse av enkeltsaker eller saksbehandlingen.

- 23 Klagenemndforskriften § 15 andre ledd lyder:

Klagenemndas medlemmer fungerer uavhengig av sitt yrke, arbeidsgiver og sin øvrige stilling. De kan ikke instrueres faglig av departementet, sekretariatet eller de øvrige medlemmene, herunder klagenemndas leder.

II Faktum og saksgang

Bakgrunn

- 24 Den kongelige norske ambassade i Luanda, Republikken Angola («den norske ambassade i Luanda»), publiserte 27. mars 2017 en frivillig kunngjøring på Doffin. Kunngjøringen gjaldt anskaffelse av konsulenttenester i forbindelse med planlegging, administrering og gjennomføring av et menneskerettighetsprosjekt i Angola (Angola Human Rights Training Project 2017–2021). Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen estimert til 20 500 000 kroner, og tilbudsfrist var satt til 25. april 2017. Konkurransen ble kunngjort som «Utenrikspolitiske tjenester og andre tjenester» med CPV-kode 75210000.
- 25 Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at anskaffelsen var delt inn i to faser. Den første fase ville inkludere planlegging og utarbeidelse av prosjektdokument, inkludert detaljerte mål og relevante indikatorer for måloppnåelse, innsatsfaktorer og

risikohåndtering. Den andre fase ville bestå i gjennomføringen av prosjektet. Det fremgikk videre at maksimalt budsjett var 500 000 kroner for fase 1 og 20 000 000 kroner for fase 2.

- 26 Kontrakten ville ifølge konkurransegrunnlaget bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbud med følgende vekting: «løsningsforslag» (30 prosent), «kompetanse og erfaring» (40 prosent) og «timepris» (30 prosent). Tilbydernes løsningsforslag skulle minimum inneholde følgende elementer: en detaljert fremdriftsplan, samt styringsstruktur for fase 1; en vurdering av risikofaktorer; en drøftelse av relevante tilnæringsmetoder til kompetansebygging og opplæringsprosjekter; og forslag til styringsstruktur og oppfølging for fase 2.
- 27 I tilknytning til kriteriet «kompetanse og erfaring» ble tilbyderne bedt om å beskrive relevant kompetanse og erfaring for det nøkkelpersonell de ville benytte. Det skulle videre legges ved CV for hver av nøkkelpersonene. Det ble angitt at man kunne tilby inntil fem nøkkelpersoner. Det ville særlig legges vekt på om det tilbudte nøkkelpersonell samlet sett hadde følgende kompetanse og erfaring: kjennskap til den politiske, sosiale og økonomiske situasjon i Angola og regionen; kunnskap om norsk bistandspolitikk og norske interesser i Angola; juridisk ekspertise innen menneskerettigheter; undervisningserfaring; erfaring med prosjektledelse, målstyring og risikohåndtering fra land med høyt korrupsjonsnivå; samt portugisisk, engelsk og norsk skriftlig og muntlig.
- 28 Innenfor tilbudsfristen kom det inn tre tilbud. Disse var fra Scanteam, KPMG AS / Bjørknes Høyskole AS og The Governance Group AS («The Governance Group»). Ved brev 23. mai 2017 informerte den norske ambassade om at kontrakten var tildelt The Governance Group.
- 29 Ved brev 2. og 15. juni 2017 kom Scanteam med innsigelser mot tildelingsbeslutningen. Den norske ambassade i Luanda besvarte klagen og opprettholdt tildelingsbeslutningen ved brev 3. juli. Den 5. juli 2017 leverte Scanteam en ny klage over tildelingsbeslutningen. I klagen ble det hevdet at anskaffelsen ikke var gjennomført i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser, og at konkurransen derfor måtte avlyses. Ved brev 7. juli 2017 ble klagen besvart og påstanden om avlysning avvist. Den norske ambassade i Luanda inngikk kontrakt med The Governance Group den 14. juli 2017.
- 30 Den 7. mai 2018 innga Scanteam en klage for Klagenemnda («Klagenemnda for offentlige anskaffelser») blant annet med påstand om at anskaffelsen var en ulovlig direkte anskaffelse.

Saken for Klagenemnda

- 31 Twisten i hovedsaken gjelder om Den norske ambassade i Luanda har gjennomført en ulovlig anskaffelse som følge av at konkurransen ikke var blitt kunngjort i EUs kunngjøringsdatabase (TED-databasen) etter reglene i anskaffelsesforskriften § 8-17(4).

Særlig er det avgjørende spørsmål om den norske ambassade i Luanda hadde plikt til å kunngjøre anskaffelsen i TED-databasen.

- 32 Klagenemnda peker på at verken anskaffelsesloven eller anskaffelsesforskriften sier noe om sitt geografiske virkeområde. Videre er spørsmålet heller ikke omtalt i forarbeidene til anskaffelsesloven.
- 33 Klagenemnda påpeker at det er mest nærliggende å forstå norsk regelverk slik at det ikke er ment å ha et mer omfattende virkeområde enn det som er EØS-rettslig påkrevd. Slik Klagenemnda ser det, kan spørsmålet om det norske anskaffelsesregelverks anvendelse på en anskaffelse foretatt av en norsk utenriksstasjon utenfor EØS, ikke besvares uten at det først er brakt på det rene om EØS-regelverket for offentlige anskaffelser finner anvendelse eller ikke.
- 34 Klagenemnda viser til at det fremgår av sakens fakta at den aktuelle anskaffelse særpreges av at nær sagt alle potensielle leverandører er hjemmehørende i EØS. Samtidig skulle den etterspurte tjeneste i all hovedsak leveres i et tredjeland utenfor EØS. Klagenemnda påpeker videre at den ikke er kjent med rettspraksis fra Den europeiske unions domstol («EU-domstolen») eller EFTA-domstolen som avklarer spørsmålet om det EØS-rettslige anskaffelsesregelverks anvendelse på anskaffelser som foretas av en EØS-stats utenriksstasjon i et tredjeland.
- 35 Den 5. juli 2019 skrev Klagenemnda til partene i saken og opplyste at man vurderte å be EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse for å få avklart EØS-anskaffelsesregelverkets geografiske anvendelsesområde. Den 11. september 2019 ble Klagenemnda informert om partenes synspunkter. Samme dag mottok Klagenemnda brev fra den norske stat, som reiste spørsmål ved om Klagenemnda var foreleggelsesberettiget etter ODA artikkel 34.
- 36 Angående spørsmålet om anmodningen om rådgivende uttalelse kan tas til behandling, viser klagenemnda til anskaffelsesloven § 11 og klagenemndforskriften, og til EFTA-domstolens rettspraksis knyttet til vilkåret «court or tribunal» i ODA artikkel 34. Klagenemnda peker på at saken gjelder en påstått ulovlig direkte anskaffelse, og at Klagenemnda i slike tilfelle har kompetanse til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr. Slike vedtak kan ikke påklages. Klagenemnda påpeker videre at hvis ODA artikkel 34 tolkes slik at Klagenemnda ikke er berettiget til å forelegge, vil dette medføre en vesentlig begrensning av muligheten for at EØS-rettslige spørsmål som spesifikt gjelder ulovlige direkte anskaffelser kan legges frem for EFTA-domstolen.
- 37 Mot denne bakgrunn mente Klagenemnda at løsningen på saken beror på en tolkning av EØS-retten. Klagenemnda besluttet dermed å utsette saken og forelegge EFTA-domstolen et spørsmål for rådgivende uttalelse.
- 38 Følgende spørsmål ble forelagt EFTA-domstolen:

Kommer europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp til anvendelse på anskaffelser foretatt av en EFTA-stats utenriksstasjon i et tredjeland (utenfor EØS)?

- 39 Det vises til rettsmøterapporten for en mer utførlig redegjørelse for den rettslige ramme, de faktiske forhold, saksgangen og sammendraget av de skriftlige innlegg inngitt til EFTA-domstolen, som i det følgende bare vil bli nevnt eller drøftet så langt dette er nødvendig for EFTA-domstolens begrunnelse.

III EFTA-domstolens svar

Spørsmålet om anmodningen kan behandles

- 40 Etter ODA artikkel 34 kan enhver domstol i en EFTA-stat som finner at en rådgivende uttalelse er nødvendig før den avsier sin dom, anmode EFTA-domstolen om å gi en slik uttalelse.
- 41 ODA artikkel 34 har til formål å etablere samarbeid mellom EFTA-domstolen og de nasjonale domstoler. Dette samarbeid er ment å bidra til å sikre ensartet tolkning av EØS-retten ved at domstolene i EFTA-statene får bistand i saker der de må anvende bestemmelser i EØS-retten (se sak E-21/16 *Pascal Nobile*, Sml. 2017 EFTA s. 554, avsnitt 23 og rettspraksis som det vises til der). Dette formål må også tas i betraktning ved fortolkning av begrepet domstol («court or tribunal») (se sak E-1/94 *Restamark*, Sml. 1994-1995 s. 15, avsnitt 25). EFTA-domstolen har gjentatte ganger lagt til grunn av at formålet med ODA-avtalen artikkel 34 ikke krever en streng tolkning av begrepet domstol, som er et selvstendig begrep i EØS-retten (se sak E-5/16 *Oslo kommune*, Sml. 2017 s. 52, avsnitt 36 og rettspraksis som det vises til der).
- 42 EFTA-domstolen tar hensyn til en rekke faktorer når den vurderer om et anmodende organ er å anse som en domstol etter ODA artikkel 34. Disse inkluderer særlig om det anmodende organ er opprettet ved lov, har permanent eksistens, har bindende avgjørelsesmyndighet, anvender rettsregler og er uavhengig, samt eventuelt om saksbehandlingen er en partsprosess og tilsvarer rettergangen i en domstol (se forente saker E-3/13 og E-20/13 *Fred. Olsen m.fl.*, Sml. 2014 s. 400, avsnitt 60 og rettspraksis som det vises til der).
- 43 I saken går det klart frem av det relevante nasjonale rettslige rammeverk, som anskaffelsesloven § 11 og klagenemndforskriften, at klagenemnda er opprettet ved lov, har permanent eksistens, bindende avgjørelsesmyndighet og anvender rettsregler. Videre er saksbehandlingen i klagenemnda tilstrekkelig lik en partsprosess. I denne sammenheng må det nevnes at kravet om partsprosess ikke er et absolutt vilkår (se sak E-1/11 *Dr A*, Sml. 2011 s. 484, avsnitt 36 og rettspraksis som det vises til der).
- 44 Den norske regjering har gjort gjeldende at klagenemnda, i lys av EU-domstolens rettspraksis angående artikkel 267 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte, ikke

kan anses som uavhengig. Særlig har den norske stat vist til EU-domstolens dommer i *TDC*, C-222/13, EU:C:2014:2265, og *Banco de Santander*, C-274/14, EU:C:2020:17. For det første anfører den norske stat at i en situasjon der et vedtak i klagenemnda blir påklaget for en ordinær domstol, vil klagenemnda etter norsk sivilprosessrett ha status som saksøkt. For det andre anførte den norske regjering i den muntlige forhandling at avsettelse av klagenemndas medlemmer ikke er fastlagt i særlige regler, i uttrykkelige lovbestemmelser, som uttrykt i dommen i *Banco de Santander*, og at klagenemnda derfor ikke kan anses som uavhengig etter ODA artikkel 34.

- 45 EFTA-domstolen har på prinsipielt grunnlag anerkjent begrepet prosessuell homogenitet (se sak E-14/11 *DB Schenker mot ESA*, Sml. 2012 s. 1178, avsnitt 77 og 78). Det følger av fast rettspraksis at begrunnelsen for EU-domstolens tolkning av begrepet domstol kan være relevant, selv om ODA artikkel 3 ikke krever at EFTA-domstolen følger denne begrunnelse ved tolkning av ODAs hoveddel (se sak E-5/16 *Oslo kommune*, som omtalt over, avsnitt 37 og rettspraksis som det vises til der). Det er EFTA-domstolen som må fastslå i hvilken grad EU-domstolens rettspraksis er relevant for tolkningen av ODA artikkel 34.
- 46 Tolkningen av begrepet domstol etter ODA artikkel 34 må ta tilstrekkelig hensyn til EFTA-statenes forfatningsmessige og rettslige tradisjoner. Følgelig må denne tolkning ta hensyn til den viktige rolle administrative klageinstanser spiller i EFTA-statene, også i anvendelsen av EØS-retten (se sak E-1/94 *Restamark*, som omtalt over, avsnitt 27, og sak E-5/16 *Oslo kommune*, som omtalt over, avsnitt 35 og rettspraksis som det vises til der). En tolkning som vil resultere i at administrative klageinstanser ikke skulle være berettiget til å anmode om en rådgivende uttalelse vil undergrave formålet for ODA-avtalen artikkel 34, som er å etablere et samarbeid som virkemiddel for å sikre ensartet tolkning av EØS-retten.
- 47 Det er disse hensyn som gjør at EU-domstolens dom i *Banco de Santander* ikke er i stand til å endre Domstolens rettspraksis etter ODA-avtalen artikkel 34.
- 48 Uavhengighet, som er grunnleggende for dømmende virksomhet, forutsetter fremfor alt at det aktuelle organ opptrer som en tredjepart overfor myndighetsorgan som fattet vedtaket som står til prøving (se sak E-1/11 *Dr A*, som omtalt over, avsnitt 37). Uavhengighet har som sådan både et eksternt og et internt aspekt. Det eksterne aspekt innebærer at organet er beskyttet mot påvirkning eller press utenfra som kan være egnet til å svekke medlemmenes mulighet til en uavhengig bedømmelse av den enkelte sak. Det interne aspekt er knyttet til upartiskhet og søker å sikre like vilkår for partene i saken og deres respektive interesser i saken (se forente saker E-3/13 og E-20/13 *Fred. Olsen m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 68 og rettspraksis som det vises til der).
- 49 Disse garantier for uavhengighet og upartiskhet krever regler, særlig om organets sammensetning og oppnevning, funksjonsperiode og når organets medlemmer ikke kan delta i behandlingen av en sak, på hvilket grunnlag de har plikt til å vike sete, samt på hvilket grunnlag de kan avsettes. Slike regler gjør det mulig å fjerne enhver rimelig tvil hos enkeltpersoner om at organet er upåvirket av ytre faktorer og nøytralt i forhold til

de interesser som står mot hverandre (se forente saker E-3/13 og E-20/13 *Fred. Olsen m.fl.*, som omtalt over, avsnitt 69 og rettspraksis som det vises til der).

- 50 Vurderingen av om et anmodende organ er uavhengig er basert på en samlet undersøkelse av faktorene som karakteriserer organets uavhengighet. Reglene som gjelder det anmodende organ, må vurderes under ett for å bringe på det rene om organet oppfyller de nødvendige forutsetninger for å anses som uavhengig (se sak E-5/16 *Oslo komme*, som omtalt over, avsnitt 39).
- 51 I saken merker EFTA-domstolen seg at klagenemndforskriften §§ 5 og 15 andre ledd fastsetter at klagenemndas medlemmer ikke kan instrueres i utførelsen av sine plikter, og at de skal opptre uavhengig. Videre er det i klagenemndforskriften § 3 fastsatt særskilte regler for klagenemndas sammensetning og for medlemmenes funksjonstid, oppnevning og avsettelse. I tillegg følger det av klagenemndforskriften at forvaltningslovens regler om inhabilitet gjelder for medlemmene av klagenemnda. EFTA-domstolen oppfatter disse regler slik at de er ment å sikre at medlemmene av klagenemnda er upartiske.
- 52 I lys av disse faktorer opptre klagenemnda som en tredjepart i forhold til den myndighet som har truffet den omtvistede beslutning. Følgelig må det legges til grunn at klagenemnda oppfyller kriteriet om uavhengighet etter ODA artikkel 34.
- 53 Det faktum at klagenemnda kan ha status som saksøkt i en situasjon der dens vedtak blir brakt inn for en ordinær domstol, rokker ikke ved denne konklusjon. Hvordan en part betegnes for prosessformål ut fra hvordan de nasjonale rettsmidler er utformet, kan ikke bli utslagsgivende for konklusjonen om at et anmodende organ må anses som uavhengig.
- 54 EFTA-domstolen legger derfor til grunn at klagenemnda utgjør en domstol i samsvar med ODA artikkel 34. Anmodningen om rådgivende uttalelse kan derfor tas under behandling.

Rettsens bemerkninger

- 55 Klagenemndas spørsmål gjelder om direktivet kommer til anvendelse på anskaffelser foretatt av en EFTA-stats utenriksstasjon i et tredjeland.
- 56 Ved direktivet artikkel 1 nr. 1 fastsettes det regler for fremgangsmåter for innkjøp foretatt av offentlige oppdragsgivere når det gjelder offentlige kontrakter og prosjektkonkurranser hvis verdi anslås ikke å være lavere enn terskelverdiene fastsatt i direktivet artikkel 4. Innkjøp er i direktivet definert som anskaffelse foretatt av én eller flere offentlige oppdragsgivere ved hjelp av en offentlig kontrakt, av bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenester fra markedsdeltakere som disse offentlige oppdragsgivere har valgt ut, uavhengig av om disse bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenester er beregnet på et offentlig formål.

- 57 EFTA-domstolen peker på at det forelagte spørsmål ikke direkte gjelder terskelverdiene fastsatt i direktivet artikkel 4, eller om en slik kontrakt som hovedsaken gjelder, utgjør en «offentlig kontrakt» etter direktivet. Følgelig blir ikke disse forhold behandlet nærmere.
- 58 I saken må det avgjøres om en EFTA-stats utenriksstasjon utgjør en offentlig oppdragsgiver etter direktivet.
- 59 Begrepet «offentlige oppdragsgivere» er i direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 1 definert som staten, regionale eller lokale myndigheter, offentligrettslige organer eller sammenslutninger dannet av én eller flere slike myndigheter eller ett eller flere slike offentligrettslige organer. Begrepet «staten» er i EU-domstolens rettspraksis gitt en funksjonell tolkning for å legge til rette for å nå anskaffelsesdirektivenes mål, som blant annet er å sikre effektiv oppnåelse av etableringsadgangen og adgangen til å yte tjenester når det gjelder offentlige kontrakter (jf. dommen i *Beentjes*, 31/87, EU:C:1988:422, avsnitt 11), og det omfatter alle de organer som utøver lovgivende, utøvende og dømmende myndighet (jf. dommen i *Kommisjonen mot Belgia*, C-323/96, EU:C:1998:411, avsnitt 27).
- 60 EFTA-domstolen viser til at Norge har oppført Utenriksdepartementet på listen over sentrale statlige myndigheter nevnt i direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 2, som er inntatt i tillegg 1 til vedlegg XVI til EØS-avtalen. Etter siste ledd i nevnte tillegg er etater og institusjoner underordnet departementene uttrykkelig inkludert på listen.
- 61 En EFTA-stats utenriksstasjon er et organ som har utøvende myndighet og må derfor anses omfattet av definisjonen av stat (jf. dommen i *Kommisjonen mot Belgia*, C-323/96, som omtalt over, avsnitt 27 til 29). Videre må en utenriksstasjon, som den norske ambassade i Luanda, anses som en etat eller institusjon underordnet Utenriksdepartementet, som er oppført på listen i tillegg 1 til vedlegg XVI til EØS-avtalen.
- 62 Som ESA og Kommisjonen har anført inneholder direktivet ingen bestemmelser om betydningen av den offentlige oppdragsgivers beliggenhet eller den offentlige kontrakts oppfyllelsessted for om direktivet kommer til anvendelse. Definisjonen av «offentlige oppdragsgivere» i direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 1 er ikke avhengig av beliggenheten til en enhet omfattet av denne definisjon. Videre er definisjonen av «offentlige kontrakter» i direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 5 ikke avhengig av kontraktens oppfyllelsessted. Forpliktelsene etter direktivet ville lett kunne omgås dersom en offentlig oppdragsgivers beliggenhet eller en offentlig kontrakts oppfyllelsessted skulle være avgjørende for om det skulle komme til anvendelse.
- 63 Målene for direktivet, slik de fremgår av blant annet betraktning 1 og 2 i direktivet, er å sikre overholdelse av prinsippene om fritt varebytte, etableringsadgang og adgang til å yte tjenester samt de prinsipper som er avledet av disse, som prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering, gjensidig anerkjennelse, forholdsmessighet og innsyn. Direktivet sikrer at disse prinsipper får en praktisk virkning, og at offentlige

innkjøp åpnes for konkurranse, samtidig som det sikres at offentlige midler brukes på en mest mulig effektiv måte. EFTA-domstolen peker på at disse mål er like relevante der den offentlige oppdragsgiver eller oppfylleelsesstedet for en offentlig kontrakt ligger i et tredjeland.

- 64 Som Østerrikes regjering påpeker, inneholder både direktiv 2009/81/EF og direktiv 2014/25/EU – i motsetning til direktivet – uttrykkelige unntak for virkeområde, dersom visse geografiske faktorer er til stede. Direktiv 2009/81/EF artikkel 13 bokstav d fastsetter at det ikke får anvendelse på kontrakter tildelt i et tredjeland som gjennomføres når tropper er utstasjonert utenfor EØS-territoriet, og operasjonelle behov krever at kontraktene inngås med markedsdeltakere i området der operasjonen gjennomføres. Direktiv 2014/25/EU artikkel 19 nr. 1 fastsetter blant annet at direktiv 2014/25/EU ikke får anvendelse på virksomhet omfattet av nevnte direktiv i et tredjeland som ikke medfører fysisk bruk av et nettverk eller geografisk område i EØS.
- 65 Det at direktivets geografiske virkeområde ikke er underlagt noen spesifikk geografisk begrensning, innebærer imidlertid ikke at direktivets virkeområde er uten grenser. Rettsakter som er innlemmet i EØS-avtalen får, i prinsippet, anvendelse på samme område som EØS-avtalen (jf. dommen i *Europaparlamentet mot Rådet*, C-132/14 til 136/14, EU:C:2015:813, avsnitt 77 og rettspraksis som det vises til der).
- 66 EØS-avtalens geografiske virkeområde er imidlertid ikke til hinder for at EØS-retten kan få virkninger utenfor EØS-territoriet (jf. dommen i *Boukhalfa*, C-214/94, EU:C:1996:174, avsnitt 14). I denne sammenheng viser EFTA-domstolen til at EØS-avtalen artikkelene 53 og 54 har blitt tolket slik at de får anvendelse på opptreden som finner sted utenfor EØS som kan få forutsigbare, umiddelbare og betydelige virkninger i EØS (jf. dommene i *Intel mot Kommisjonen*, C-413/14 P, EU:C:2017:632, avsnitt 40 til 65, og *Toshiba Samsung Storage Technology og Toshiba Samsung Storage Technology Korea mot Kommisjonen*, T-8/16, EU:T:2019:522, avsnitt 165 til 168).
- 67 Det følger av fast rettspraksis fra EU-domstolen at EU-retten får anvendelse ved vurdering av alle rettsforhold i den utstrekning disse forhold, enten på grunn av det sted der de blir inngått eller det sted der de får virkning, kan befinne seg innenfor Den europeiske unions territorium (jf. dommene i *Walrave og Koch*, 36/74, EU:C:1974:140, avsnitt 28, og *Petersen*, C-544/11, EU:C:2013:124, avsnitt 40 og rettspraksis som det vises til der). EU-domstolen har også lagt til grunn at EU-retten kan få anvendelse på yrkesaktiviteter som utøves utenfor Den europeiske unions territorium, så lenge arbeidsforholdet har en tilstrekkelig nær tilknytning til Den europeiske union (jf. dommen i *Petersen*, C-544/11, som omtalt over, avsnitt 41 og rettspraksis som det vises til der).
- 68 Som ESA har anført vil innkjøp i direktivets forstand nødvendigvis omfattes av EØS-avtalens virkeområde, dersom det har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS. Anskaffelse av varer eller tjenester fra en markedsdeltaker etablert i EØS foretatt av en EFTA-stats utenriksstasjon i et tredjeland ved en offentlig kontrakt, kan ha en direkte innvirkning på hvordan det indre marked i EØS fungerer. En slik anskaffelse må i prinsippet anses

som tilstrekkelig nært tilknyttet EØS og vil derfor omfattes av EØS-avtalens virkeområde. Dette gjelder uten hensyn til eventuelle virkninger anskaffelseskontrakten også kan få utenfor EØS.

- 69 Følgelig er en anskaffelse underlagt EØS-retten når den har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS, som når den kan ha en direkte innvirkning på hvordan det indre marked i EØS fungerer. Faktorer som alene eller i kombinasjon kan tilsi at det foreligger en tilstrekkelig nær tilknytning til EØS, vil blant annet være språket i anbudsinnbydelsen, språkkrav, den lovgivning som får anvendelse på tildelingsprosessen eller den lovgivning som får anvendelse på den tildelte kontrakt, beliggenheten til den kompetente klageinstans eller til domstoler med eksklusiv jurisdiksjon, nasjonale registreringskrav, publiseringen av konkurransekunngjøringen i EØS, eller det faktum at det var utarbeidet en anbudskonkurranse for å engasjere markedsdeltakere etablert i EØS-området.
- 70 Motsetningsvis vil anskaffelser foretatt utenfor EØS-området, uten noen som helst tilknytning til EØS, ikke falle inn under EØS-retten.
- 71 I denne sammenheng må det, som Østerrikes regjering har påpekt, skilles mellom den lovgivning som får anvendelse på tildelingsprosessen, som vil være underlagt EØS-retten, og den lovgivning som kan få anvendelse på den kontrakt som senere inngås.
- 72 Dersom en anskaffelse har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS, vil den være underlagt EØS-retten. Dette vil være tilfelle dersom anskaffelsen kan ha en direkte innvirkning på hvordan det indre marked i EØS fungerer. Det er opp til det anmodende organ å vurdere om den aktuelle anskaffelse har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS.
- 73 Den norske stat har gjort gjeldende at ordlyden i EØS-avtalen artikkel 126 medfører at EØS-avtalen har et annet geografisk virkeområde for EFTA-statene enn for EUs medlemsstater. Siden EFTA-domstolen allerede har lagt til grunn at direktivet får anvendelse når den aktuelle anskaffelse har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS, er det ingen grunn til å undersøke EØS-avtalen artikkel 126.
- 74 I lys av det ovenstående har EFTA-domstolen kommet til at svaret på det forelagte spørsmål må bli at direktivet får anvendelse på en anskaffelse foretatt av en EFTA-stats utenriksstasjon i et tredjeland dersom anskaffelsen har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS.

IV Saksomkostninger

- 75 Omkostninger som er påløpt for Østerrikes, Frankrikes og Spanias regjeringer, ESA og Kommisjonen, som har inngitt innlegg for EFTA-domstolen, kan ikke kreves dekket. Ettersom foreleggelsen for EFTA-domstolen utgjør ledd i behandlingen av saken som står for klagenemnda, ligger det til dette organ å ta en eventuell avgjørelse om saksomkostninger for partene.

På dette grunnlag avgir

EFTA-DOMSTOLEN

som svar på spørsmålet forelagt den av Klagenemnda for offentlige anskaffelser, følgende rådgivende uttalelse:

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp kommer til anvendelse på en anskaffelse foretatt av en EFTA-stats utenriksstasjon i et tredjeland dersom anskaffelsen har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS.

Páll Hreinsson

Per Christiansen

Bernd Hammermann

Avsagt i åpen rett i Luxembourg, 16. juli 2020.

Ólafur Jóhannes Einarsson
Justissekretær

Páll Hreinsson
President