



E-8/19-25

RETTSMØTERAPPORT

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.

I Innledning

1. Ved brev 18. oktober 2019, registrert ved EFTA-domstolen samme dag som sak E-8/19, fremsatte Klagenemnda for offentlige anskaffelser («klagenemnda») en anmodning om rådgivende uttalelse i en sak som står for den mellom Scanteam AS («Scanteam») og den norske stat.

2. Saken for klagenemnda gjelder en klage inngitt av Scanteam mot en tildelingsbeslutning truffet av Den kongelige norske ambassade i Luanda (Republikken Angola) («den norske ambassade i Luanda»). I denne beslutning meddelte den norske ambassade i Luanda at den aktuelle kontrakt ikke var tildelt Scanteam, men en annen tilbyder. I Scanteams klage til klagenemnda anføres det at tildelingsbeslutningen ulovlig fordi konkurransen ikke ble kunngjort gjennom TED-databasen.

II Rettslig bakgrunn

EØS-rett

3. Artikkel 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.

4. 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.

5. 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.

6. 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 2016 nr. 27 s. 1057 (islandsk) og 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. Beslutning nr. 97/2016 trådte følgelig i kraft 1. januar 2017, og fristen for å gjennomføre direktivet utløp samme dato.

7. Betraktning 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.

8. Betragtning 10 i direktivet lyder:

Begrepet «offentlige oppdragsgivere» og særlig «offentligrettslige organer» er behandlet gjentatte ganger i rettspraksis ved Den europeiske unions domstol. For at det skal være klart at den personkretsen som omfattes av dette direktiv, ikke bør endres, er det hensiktsmessig å beholde de definisjonene som domstolen har basert seg på, og å innarbeide et visst antall presiseringer ut fra denne rettspraksis som en nøkkel til å forstå selve definisjonene, uten at det er hensikten å endre den forståelsen av begrepene som er fastlagt i rettspraksis. For dette formål bør det presiseres at et organ som driver virksomhet på normale markedsvilkår, har som mål å oppnå fortjeneste og bærer tap som oppstår i forbindelse med utøvelsen av virksomheten, ikke bør anses som et «offentligrettslig organ», ettersom allmennhetens behov som det er opprettet for å imøtekomme, eller som det har fått i oppgave å imøtekomme, kan anses å være av industriell eller forretningsmessig art.

Tilsvarende er vilkåret som gjelder opprinnelsen til finansieringen av det aktuelle organet, også behandlet i rettspraksis, som har presisert blant annet at finansiering av «størstedelen» betyr av mer enn halvparten, og at en slik finansiering kan omfatte betaling fra brukere som pålegges, beregnes og innkreves i samsvar med offentlig rett.

9. Direktivet artikkel 1 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.

3. Anvendelsen av dette direktiv er underlagt artikkel 346 i TEUV.

4. Dette direktiv berører ikke medlemsstatenes frihet til i samsvar med unionsretten å definere hva de anser for å være tjenester av allmenn økonomisk betydning, hvordan disse tjenestene bør organiseres og finansieres i samsvar med reglene for statsstøtte, og hvilke særlige forpliktelser som bør gjelde for dem. På samme måte berører ikke dette direktiv offentlige myndigheters beslutning om, hvordan og i hvilken grad de ønsker å utføre offentlige oppgaver selv i samsvar med artikkel 14 i TEUV og protokoll nr. 26.

5. Dette direktiv berører ikke måten medlemsstatene organiserer sine trygdeordninger på.

6. Avtaler, beslutninger eller andre juridiske virkemidler som organiserer overdragelse av myndighet og ansvarsområder for utførelse av offentlige oppgaver mellom offentlige oppdragsgivere eller grupper av offentlige oppdragsgivere, og som ikke innebærer at det skal gis betaling for gjennomføring av kontrakter, anses som en del av den berørte medlemsstatens interne organisasjon, og berøres som sådan ikke på noen måte av dette direktiv.

10. 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,

11. Direktivet artikkel 74 lyder:

Offentlige kontrakter for sosialtjenester og annen særlig tjenesteyting oppført i vedlegg XIV skal tildeles i samsvar med dette kapittel dersom kontraktens verdi er lik eller større enn terskelverdiene angitt i artikkel 4 bokstav d).

12. Direktivet artikkel 75 nr. 1 lyder:

1. Offentlige oppdragsgivere som ønsker å tildele en offentlig kontrakt om tjenesteyting nevnt i artikkel 74, skal gjøre dette kjent på én av følgende måter:

(a) med en kunngjøring av konkurranse, som skal inneholde opplysningene nevnt i vedlegg V del H, i samsvar med standardskjemaene nevnt i artikkel 51, eller

(b) med en veiledende kunngjøring, som skal offentliggjøres kontinuerlig og inneholde opplysningene nevnt i vedlegg V del I. Den veiledende kunngjøringen skal spesifikt vise til de typene tjenester som vil være gjenstand for kontrakten som skal tildeles. Den skal angi at kontraktene vil bli tildelt uten ytterligere offentliggjøring, og innby interesserte markedsdeltakere til å uttrykke sin interesse skriftlig.

Første ledd får imidlertid ikke anvendelse dersom en framgangsmåte med forhandling uten forhåndskunngjøring kunne ha vært brukt i samsvar med artikkel 32 for tildeling av en kontrakt om offentlig tjenesteyting.

13. 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 2013 nr. 37, s. 256 (islandsk), og 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. Beslutning nr. 129/2013 trådte følgelig i kraft 1. februar 2014, og fristen for å gjennomføre direktiv 2009/81/EF utløp samme dato.

14. Betraktning 29 i direktiv 2009/81/EF lyder:

Dersom væpnede styrker eller sikkerhetsstyrker fra medlemsstater utfører operasjoner utenfor unionens grenser, bør det, når dette er nødvendig på grunn av operative krav, gis godkjenning til at oppdragsgivere/offentlige oppdragsgivere som er stasjonert i operasjonsområdet, ikke anvender bestemmelsene i dette direktiv når de tildeler kontrakter til markedsdeltakere i operasjonsområdet, herunder for sivile innkjøp direkte knyttet til utførelsen av disse operasjonene.

15. Direktiv 2009/81/EF artikkel 13 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,

[...]

16. 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 2016 nr. 73, s. 1235 (islandsk), og 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. Beslutning nr. 97/2016 trådte følgelig i kraft 1. januar 2017, og fristen for å gjennomføre direktiv 2014/25/EU utløp samme dato.

17. 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.

18. 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, 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

19. 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

20. 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»).

21. 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.

22. 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.

23. 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.

24. Klagenemndforskriften § 5 lyder:

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

25. 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.

III Faktum og saksgang

Bakgrunn

26. Den norske ambassade i Luanda publiserte 27. mars 2017 en frivillig kunngjøring på Doffin¹ for anskaffelse av konsulenttjenester i forbindelse med planlegging,

¹ Doffin: Database for offentlige innkjøp – den nasjonale kunngjøringsdatabasen for offentlige anskaffelser.

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.

27. Det fremgikk av konkurransegrunnlaget at anskaffelsen var delt inn i to faser. Den første fasen ville inkludere planlegging og utarbeidelse av prosjektdokument, inkludert detaljerte mål og relevante indikatorer for måloppnåelse, innsatsfaktorer og risikohåndtering. Den andre fasen ville bestå i gjennomføringen av prosjektet. Det fremgikk videre at maksimalt budsjett var 500 000 for fase 1 og 20 000 000 for fase 2.

28. Kontrakten ville ifølge konkurransegrunnlaget bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbud med følgende vektning: «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.

29. 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.

30. Innenfor tilbudsfristen kom det inn tre tilbud. Disse var fra Scanteam, KPMG AS / Bjørknes Høyskole AS («KPMG») og The Governance Group AS («The Governance Group»).

31. Ved brev 23. mai 2017 informerte den norske ambassade om at kontrakten var tildelt The Governance Group. Det fremgikk av tildelingsbrevet at valgte leverandør hadde fått en totalscore på 9,91 poeng, mot 8,47 poeng til KPMG og 7,60 poeng til Scanteam. På kriteriene «løsningsforslag» og «kompetanse og erfaring» hadde valgte leverandør fått full score (10 poeng), mot henholdsvis 7 og 8 poeng til Scanteam og KPMG. Scanteam tilbød den laveste timeprisen og fikk dermed 10 poeng på priskriteriet, mot henholdsvis 8,56 og 9,71 poeng til KPMG og The Governance Group.

32. 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.

33. Den 7. mai 2018 innga Scanteam en klage for Klagenemnda blant annet med påstand om at anskaffelsen var en ulovlig direkte anskaffelse.

Saken for Klagenemnda

34. Tvisten 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 offisielle database for kunngjøringer (TED-databasen) etter anskaffelsesforskriften § 8-17(4). Særlig er det avgjørende spørsmål om den norske ambassade i Luanda hadde plikt til å kunngjøre anskaffelsen etter anskaffelsesforskriften 8-17(4).

35. Klagenemnda peker på at verken anskaffelsesloven eller anskaffelsesforskriften sier noe om sitt geografiske virkeområde. Videre er spørsmålet heller ikke omtalt i forarbeidene til anskaffelsesloven.

36. 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 det EØS-rettslige anskaffelsesregelverk finner anvendelse eller ikke.

37. 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.

38. 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.

39. Angående spørsmålet om anmodningen om rådgivende uttalelse kan etterkommes, viser klagenemnda til anskaffelsesloven § 11 og klagenemndforskriften og til EFTA-

domstolens rettspraksis knyttet til vilkåret «court or tribunal» i ODA artikkel 34.² Klagenemnda peker på at den foreliggende sak 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.

40. Mot denne bakgrunn mente Klagenemnda at løsningen på den foreliggende sak beror på en tolkning av EØS-retten. Klagenemnda besluttet dermed å utsette saken og forelegge EFTA-domstolen et spørsmål for rådgivende uttalelse.

41. 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)?

IV Skriftlige innlegg

42. I medhold av artikkel 20 i EFTA-domstolens vedtekter og artikkel 97 i rettergangsordningen er skriftlige innlegg inngitt av:

- Scanteam, representert ved advokat Tor Arne Solberg-Johansen,
- den norske stat, representert ved Janne Tysnes Kaasin og Helge Røstum, Utenriksdepartementet, 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, medlemmer av Department of Legal & Executive Affairs, som partsrepresentanter, og
- Europakommisjonen («Kommisjonen»), representert ved Petr Ondrůšek, Luke Haasbeek og Markéta Šimerdová, medlemmer av Kommisjonens juridiske tjeneste, som partsrepresentanter.

² Det vises til dommen i sak E-5/16 *Oslo kommune*, Sml. 2017 s. 52, avsnitt 35–42.

V Sammendrag av fremsatte argumenter

Scanteam AS

43. I sine skriftlige innlegg peker Scanteam på at vilkårene i anbudsgrunnlaget forutsatte at den valgte leverandør ville være en ikke-statlig organisasjon registrert i Kongeriket Norge. Det opplyses videre at Scanteam var et av tre norske selskaper som deltok i anbudskonkurransen.

44. Når det gjelder spørsmålet om anmodningen om rådgivende uttalelse kan behandles, uttrykker Scanteam at de er enige med klagenemnda i at den er berettiget til å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse. Scanteam viser til EFTA-domstolens dom i *Oslo kommune*³ og gjør gjeldende at både det at klagenemnda er opprettet og at den er fast, dens uavhengighet og kravene til hvordan dens medlemmer oppnevnes, tilsier at klagenemnda bør betraktes som en domstol etter ODA artikkel 34. Scanteam støtter videre klagenemndas påstand i anmodningen om rådgivende uttalelse om at dersom klagenemnda ikke skulle være berettiget til å anmode om en rådgivende uttalelse om tolkningen av relevante EØS-rettslige spørsmål, ville dette medføre en vesentlig begrensning av muligheten for å legge slike spørsmål frem for EFTA-domstolen. Dette ville frata private parter et effektivt rettsmiddel i spørsmål knyttet til EØS-rett, fordi kostnadene ved å bringe saken inn for ordinære domstoler ville i de fleste tilfelle synes uoverkommelige sammenlignet med en potensiell gevinst ved en slik rettergang, spesielt når det gjelder ulovlige direkte anskaffelser.

45. Når det gjelder sakens materielle innhold, fastslår Scanteam at de er uenige med den norske stat i at henvisningen til territorium i EØS-avtalen artikkel 126 skal forstås slik at bestemmelsen utelukker at EØS-avtalen får anvendelse på en EØS-stats ambassade som ligger i et tredjeland. Scanteam mener virkeområdet for EØS-avtalen er statene som er parter i EØS-avtalen, og Den europeiske union («EU») selv. Henvisningene i EØS-avtalen til territorier gjelder kun virkeområde der det kreves at det fastsettes en særlig status for enkelte territorier, som dem som er nevnt i EØS-avtalen artikkel 126 nr. 2, i protokoll 40 til EØS-avtalen eller de som er oppført i artikkel 355 nr. 1 til 6 i traktat om Den europeiske unions virkemåte («TEUV»).

46. Scanteam gjør gjeldende at EØS-avtalens virkeområde som sådan ikke kan begrenses for utenriksstasjoner basert på en henvisning til territorialitetsprinsippet i Wienkonvensjonen om diplomatisk samkvem og etter folkeretten. Senderstaten må etter Wienkonvensjonen om diplomatisk samkvem være suveren med hensyn til aktiviteter som for eksempel inngåelse av tjenestekontrakter. Scanteam mener EU-domstolens rettspraksis

³ Det vises til dommen i sak E-5/16 *Oslo kommune*, som omtalt over.

understøtter dette syn,⁴ og at EU-domstolen i mange saker har kommet til at EU-rettens virkeområde ikke begrenser seg til EU-statenes territorium.

47. Scanteam anser at prinsippet om ensartethet som er nedfelt i EØS-avtalen, fører til en presumsjon om at bestemmelser som er identisk utformet i EØS-avtalen og EU-traktatene, må forstås på samme måte, men at det kan være visse forskjeller i virkeområdet for EU-traktatene og EØS-avtalen som under visse omstendigheter fører til en annen tolkning.⁵ Scanteam gjør gjeldende at prinsippet om ensartethet som EØS-avtalen bygger på, ville bli truet dersom EØS-avtalens geografiske virkeområde skulle tolkes ulikt i EU-statene og EFTA-statene. I lys av dette anfører Scanteam at EØS-avtalen artikkel 126 ikke kan forstås slik at den utelukker at EØS-avtalen kan anvendes på aktiviteter som en norsk ambassade beliggende i et tredjeland utfører i kraft av sin offisielle funksjon.

48. Skulle EFTA-domstolen komme til at en EØS-stats utenriksstasjon i et tredjeland utenfor EØS faller utenfor EØS-avtalens geografiske virkeområde, gjør Scanteam gjeldende at den norske ambassade i Luanda likevel er forpliktet til å overholde direktivet og de tilpasninger som følger av beslutning nr. 97/2016. Scanteam gjør gjeldende at direktivet ikke definerer et geografisk virkeområde, men viser med hensyn til virkeområde til personkrets (*ratione personae*). Slik Scanteam ser det, er det den offentlige oppdragsgivers tilknytning til EØS som sådan som er avgjørende for om anskaffelsen faller inn under direktivets virkeområde. Det at en offentlig oppdragsgiver geografisk befinner seg et annet sted, er i denne sammenheng ikke relevant.

49. Scanteam gjør gjeldende at direktivet ikke skiller mellom offentlige oppdragsgivere og oppdragsgivere som er en del av en offentlig oppdragsgiver ut fra deres geografiske beliggenhet. Den avgjørende faktor i direktivet er kun om oppdragsgiveren er en offentlig oppdragsgiver eller ikke etter definisjonen i direktivet.⁶ Videre finansieres aktivitetene ved den norske ambassade i Luanda over det norske statsbudsjett. Scanteam anser at prinsippet om effektiv bruk av offentlige midler er relevant for kontraktene som inngås av den norske ambassade i Luanda. Scanteam gjør i lys av dette gjeldende at, i motsetning til det syn den norske stat forfekter, må EØS-reglene om offentlige anskaffelser, herunder direktivet, få anvendelse for alle offentlige oppdragsgivere i en EØS-stat slik disse er definert i nevnte regelverk uavhengig av den offentlige oppdragsgivers fysiske beliggenhet.

50. Med hensyn til status og relasjon til Det kongelige norske utenriksdepartement («Utenriksdepartementet») for den norske ambassade i Luanda, definerer direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 1 «sentrale statlige myndigheter» som de offentlige oppdragsgivere som er oppført i vedlegg I til direktivet. Norge har oppført sine «sentrale statlige myndigheter» i artikkel 6 i vedlegget til beslutning nr. 97/2016. Denne liste, som

⁴ Det vises til dommene i *Boukhalfa*, C-214/94, EU:C:1996:174, avsnitt 14, og *Salemink*, C-347/10, EU:C:2012:17 og generaladvokat Légers uttalelse i *Boukhalfa*, C-214/94, EU:C:1995:381, avsnitt 27.

⁵ Det vises til dommen i sak E-2/06 *EFTAs overvåkningsorgan mot Kongeriket Norge*, Sml. 2007 s. 164, avsnitt 59.

⁶ Det vises til direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 1.

gjenspeiles i tillegg 1 til vedlegg XVI til EØS-avtalen, omfatter Utenriksdepartementet og etater og institusjoner underordnet nevnte departement. Scanteam gjør gjeldende at norske utenriksstasjoner, herunder ambassader, er underordnet Utenriksdepartementet. Båndene som den norske ambassade i Luanda har til Utenriksdepartementet, omfatter blant annet finansiering av og budsjettering for ambassaden, ansettelse av dens personell og retten til å instruere den norske ambassade i Luanda om utførelsen av offisielle plikter.

51. Scanteam gjør gjeldende at alle norske ambassader uansett er etater underordnet Utenriksdepartementet og som kun utøver den myndighet Utenriksdepartementet har delegert til dem, herunder i alle anskaffelsessaker som regulert gjennom årlige tildelingsbrev fra Utenriksdepartementet. Scanteam anser at båndene mellom den norske ambassade i Luanda og Utenriksdepartementet er av en slik art at de to for direktivets formål må sees som samme offentlige oppdragsgiver, med base geografisk i EØS-området. Tatt i betraktning det ovenstående anser Scanteam at det ikke kan være tvil om at den norske ambassade i Luanda kommer inn under direktivets virkeområde som gjelder personkrets (*ratione personae*).

52. Videre gjør Scanteam gjeldende at selve formålet med direktivet også understøtter en oppfatning om at utenriksstasjoner og Utenriksdepartementet må betraktes som samme offentlige oppdragsgiver, eller i det minste offentlige oppdragsgivere som er underlagt samme EØS-regelverk for offentlige anskaffelser. Hvis utenriksstasjonene, som er underordnet Utenriksdepartementet og finansieres gjennom dette, skulle være unntatt anvendelse av EØS-regelverket for offentlige anskaffelser, ville dette innebære at det ville være tilstrekkelig å betegne utenriksstasjonen formelt som offentlig oppdragsgiver for å unngå anvendelsen av direktivene om offentlige innkjøp. Å tillate en slik praksis vil potensielt kunne undergrave formålet og effektiviteten ved EØS-regelverket for offentlige anskaffelser. Den norske ambassade i Luanda er derfor, både i seg selv som en offentlig finansiert enhet og ved sin forbindelse og underordning til en sentral statlig myndighet geografisk beliggende i EØS, en offentlig oppdragsgiver under direktivet.

53. Skulle EFTA-domstolen komme til at direktivene om offentlige innkjøp generelt ikke får anvendelse på EØS-statenes utenriksstasjoner som ligger i tredjeland, gjør Scanteam gjeldende at slike regler må komme til anvendelse når den aktuelle kontrakt har en tilknytning til EØS eller vil kunne påvirke samhandelen innenfor EØS.

54. Scanteam gjør gjeldende at EU-domstolen konsekvent har lagt til grunn at bestemmelser i EU-retten får anvendelse på aktiviteter som finner sted utenfor EU, forutsatt at den aktuelle aktivitet har en tilstrekkelig nær tilknytning til EU.⁷ Scanteam anfører at prinsippet om at EU-retten kommer til anvendelse på yrkesaktiviteter som utøves utenfor EUs territorium, forutsatt at aktivitetene har en tilstrekkelig nær tilknytning til EU, må få tilsvarende anvendelse med hensyn til offentlige innkjøp, slik at EØS-regelverket for

⁷ Det vises til dommen i *Boukhalfa*, som omtalt over, avsnitt 15 og 17.

offentlige anskaffelser må komme til anvendelse på tildelingen av kontrakter som har en tilstrekkelig nær tilknytning til EØS.

55. Scanteam anfører at den aktuelle anskaffelse gjaldt en kontrakt med åpenbar tilknytning til EØS. En kunngjøring ble publisert på norsk på det norske offisielle nettsted for kunngjøring av offentlige anskaffelser, Doffin. Konkurranses grunnlaget, herunder anbudsinnbydelsen og de to kontrakter som skulle brukes, var på norsk. Det var et krav at tilbudene skulle utformes på norsk. Tjenestene som skulle ytes etter kontrakten, var åpenbart av en art som egnet seg for markedsdeltakere etablert i EØS. Tilbyderne var alle norske selskaper. Det eneste kvalifiseringskrav var norsk skatteattest. Betalingen for kontrakten kommer fra Utenriksdepartementets budsjett, enten direkte eller kanalisert gjennom den norske ambassade i Luanda. Videre er det ifølge anbudsgrunnlaget Utenriksdepartementet selv som godkjenner, kontrollerer og undertegner avtalen med valgte leverandør for fase 2 av kontraktens arbeidsomfang, som utgjorde mer enn 97 % av kontraktens verdi.

56. Scanteam fastslår at selv om det er tillatt etter EØS-regelverket for offentlige anskaffelser å ha språkkrav og bestemmelser i en anbudsinnbydelse og kontrakter på norsk, viser dette tydelig at kontrakten som skulle tildeles, hadde en nær tilknytning til EØS-markedet. Konkurranseskunngjøringens art og det faktum at den ble publisert på Doffin, viser at anbudskonkurransen og kontrakten har en tilstrekkelig nær tilknytning til Norge, og følgelig til EØS. Scanteam gjør gjeldende at Utenriksdepartementets aktive deltakelse med hensyn til den aktuelle kontrakt styrker den aktuelle anskaffelses nære tilknytning til EØS.

57. Scanteam anfører at den aktuelle kontrakts gjenstand, verdi og art var egnet til å tiltrekke seg interessen fra markedsdeltakere i EØS. Kontrakten har dermed en betydelig grenseoverskridende virkning, i motsetning til kontrakter om lokale varer og tjenester, som det er lite sannsynlig at markedsdeltakere etablert i EØS vil ønske å konkurrere om.

58. Scanteam anser at det følger av direktivet betraktning 1 at et av direktivets fremste formål, blant annet, er å sikre adgangen til å yte tjenester og prinsippene avledet av dette, som likebehandling, ikke-diskriminering, gjensidig anerkjennelse, forholdsmessighet og innsyn. Et viktig virkemiddel for å oppnå innsyn og ikke-diskriminering er forpliktelsen til å sikre publiseringen av konkurransekunngjøringen i TED-databasen. Kjernen i kravet om publisering i TED-databasen er å sikre at alle leverandører i EØS gis mulighet til å konkurrere om offentlige kontrakter i EØS. Unnlattelse av å overholde plikten til å kunngjøre konkurranser i samsvar med bestemmelsene i direktivet har etter sin art en mulig grenseoverskridende virkning på handelen innenfor EØS siden det forhindrer eller begrenser muligheten for ikke-norske konkurrenter til å konkurrere om offentlige kontrakter for norske offentlige myndigheter. Følgelig anser Scanteam at det forpliktelsen til å kunngjøre en konkurranse på TED ikke er overholdt, utgjør

diskriminering av ikke-norske leverandører i EØS, uten hensyn til hvor den inngåtte kontrakt gjennomføres, forutsatt at kontrakten har en tilstrekkelig nær tilknytning til EØS.

59. Scanteam anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

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

Den norske stat

60. Når det gjelder spørsmålet om klagenemndas spørsmål kan behandles, gjør den norske stat gjeldende at spørsmålet bør avvises siden klagenemnda ikke oppfyller kriteriet for å regnes som en «court or tribunal» etter ODA artikkel 34.

61. Den norske stat gjør gjeldende at EFTA-domstolen har lagt til grunn at begrepet domstol etter ODA artikkel 34 må gis en selvstendig fortolkning. Formålet med ODA artikkel 34 er å etablere samarbeid mellom EFTA-domstolen og nasjonale domstoler, som et virkemiddel for å sikre ensartet tolkning av EØS-retten.

62. Den norske stat gjør gjeldende at EFTA-domstolen i sin tidlige rettspraksis anså at begrunnelsen som hadde ledet EU-domstolen til sin forståelse av det samme uttrykk i TEUV artikkel 267 var relevant, men at EFTA-domstolen etter ODA artikkel 3 nr. 1 ikke var pålagt å følge dette resonnement.⁸ Den norske stat anfører at EFTA-domstolen i nyere saker synes å ha anerkjent at prinsippet om ensartethet også får anvendelse på prosessregler.⁹

63. Den norske stat anser at EFTA-domstolens og EU-domstolens rettspraksis ikke fremstår fullstendig harmonisert, særlig ikke med hensyn til anvendelsen av uavhengighetskriteriet. Den norske stat er av den oppfatning at klagenemnda ikke oppfyller kriteriet for å regnes som en «court or tribunal» slik denne standard har blitt tolket av EU-domstolen. Av denne grunn og av hensyn til rettsikkerheten anmoder den norske stat EFTA-domstolen i den foreliggende sak om å avklare dette kriterium nærmere, og deretter fastslå om klagenemnda oppfyller dette kriterium.

64. Den norske stat gjør gjeldende at klagenemnda ikke oppfyller kriteriet om uavhengighet etter ODA artikkel 34. Selv om den norske stat vedgår at klagenemnda oppfyller noen av kriteriene fastsatt i EFTA-domstolens rettspraksis, gjør den norske stat

⁸ Det vises til dommen i sak E-1/94 *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, Sml. 1994–1995 s. 15, avsnitt 24.

⁹ Det vises til dommen i sak E-14/11 *DB Schenker mot EFTAs overvåkningsorgan*, Sml. 2012 s. 1178, avsnitt 77 og rettspraksis som det vises til der.

gjeldende at klagenemnda ikke tilfredsstillers det nivå av uavhengighet som er nødvendig for å ha status som «court or tribunal».

65. For det første anfører den norske stat at klagenemnda ikke nyter de særskilte garantier som er nødvendig for at et anmodende organ som kunne betraktes som en «court or tribunal». Klagenemndas medlemmer oppnevnes av Kongen i statsråd, som også har myndighet til å avsette medlemmene. De oppnevnes for fire år av gangen og kan gjenoppnevnes én gang. I samsvar med klagenemndforskriften § 3 kan medlemmene ikke avsettes med mindre det foreligger særlig grunn. Den norske stat anfører at det følger av dette at klagenemndas medlemmer ikke nyter de samme særskilte garantier mot avsettelse som dommere, som bare kan avsettes etter rettergang og rettslig kjennelse. Dermed gjør den norske stat gjeldende at klagenemnda befinner seg i tilsvarende situasjon som det anmodende organ i *TDC*.¹⁰

66. For det andre gjør den norske stat gjeldende at siden klagenemnda ville hatt status som saksøkt i en situasjon der et vedtak i klagenemnda ble påklaget for en ordinær domstol,¹¹ har den ikke den nødvendige uavhengighet til å opptre som tredjepart i forhold til partene i saken. Den norske stat viser til dommene i *MT Højgaard og Züblin*¹² og *TDC*¹³ og gjør gjeldende at EU-domstolens begrunnelse i disse saker klart viser at dersom det anmodende organ vil ha status som saksøkt ved en klage over dens vedtak for en ordinær domstol, oppfyller det ikke kriteriet om uavhengighet. Den norske stat anfører at dette aspekt, i likhet med reglene for avsettelse, ikke inngår i en samlet vurdering av et anmodende organs uavhengighet, men at språket brukt av EU-domstolen tyder på at statusen som saksøkt ikke er forenlig med begrepet «court or tribunal».¹⁴

67. I tillegg til det ovennevnte, angående andre aspekter ved klagenemndas behandling som er relevante for vurderingen av om klagenemnda er foreleggelsesberettiget, anfører den norske stat at saksbehandlingen i klagenemnda ikke er en partsprosess som tilfelle er ved rettergang for ordinære domstoler. Det foreligger ikke noe krav om søksmålskompetanse for å legge frem en klage for klagenemnda i saker som gjelder ulovlige direkte tildelinger. Hvem som helst kan påklage ulovlige direkte tildelinger med ved enhver offentlig anskaffelse. Videre er overtredelsesgebyr, som klagenemnda kan ilegge en offentlig oppdragsgiver, en forvaltningsrettslig sanksjon og innebærer anvendelse av forvaltningsloven. Hvis en sak bringes inn for klagenemnda, har klagenemnda dessuten myndighet til å ilegge overtredelsesgebyrer på eget initiativ. Dermed er klagenemndas oppgaver i saker som gjelder ulovlige direkte tildelinger knyttet til avdekking av eventuelle ulovlige anskaffelser, i tillegg til å være en tvisteløsningsordning som skal avgjøre rettskrav.

¹⁰ Det vises til dommen i *TDC*, C-222/13, EU:C:2014:2265.

¹¹ Det vises til lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister § 1-5.

¹² *MT Højgaard og Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347.

¹³ *TDC*, som omtalt over.

¹⁴ Det vises til dommen i *TDC*, som omtalt over, avsnitt 37.

68. Den norske stat gjør gjeldende at saksbehandlingen i klagenemnda åpenbart skiller seg fra rettergangen for ordinære domstoler, der saksøker må ha et rettslig krav og vise et reelt behov for å få kravet mot saksøkte avgjort. Myndigheten til å ilegge overtredelsesgebyr på eget initiativ understreker videre klagenemndas forvaltningsmessige karakter.

69. Når det gjelder spørsmålet klagenemnda har forelagt, gjør den norske stat gjeldende at svaret ligger i EØS-avtalen artikkel 126 nr. 1, som fastsetter EØS-avtalens geografiske virkeområde til EFTA-statenes territorium. Den norske stat anfører at det er et veletablert folkerettslig prinsipp at utenriksstasjoner etter Wien-konvensjonen om diplomatisk samkvem artikkel 22 nr. 1 etableres på mottakerstatens territorium. Følgelig er norske ambassader i utlandet ikke en del av norsk territorium, men er etablert på mottakerstatens territorium.

70. Den norske stat gjør gjeldende at EØS-avtalens geografiske anvendelsesområde er annerledes formulert enn i EU-traktatene, for EØS-avtalen artikkel 126 nr. 1 viser til anvendelsen av EU-traktatene og vilkårene fastsatt der. EUs geografiske virkeområde er fastsatt i artikkel 52 i traktat om Den europeiske union («TEU») og TEUV artikkel 355. Den norske stat anfører at ordlyden i TEU artikkel 52 og TEUV artikkel 355 ikke er identisk med henvisningen til EFTA-statenes territorium i EØS-avtalen artikkel 126 nr. 1. Faktisk er begrepet «territorium» ikke avgjørende for EU-traktatene og EØS-avtalens geografiske virkeområde for EUs medlemsstater. Følgelig anfører den norske stat at EØS-avtalens geografiske virkeområde er summen av det område som EU-traktaten dekker, og EFTA-statenes territorium.

71. Den norske stat anfører at ordlyden i EØS-avtalen artikkel 126 nr. 1 er bevisst valgt, da begrepet «territorium» har en veletablert folkerettslig betydning. I samsvar med veletablerte folkerettslige prinsipper omfatter «territorium» en stats landområder, indre farvann og territorialfarvann i tillegg til luftrommet over disse områder, altså det område som staten har suverenitet over. Den norske stat anfører at territorium ikke omfatter kontinentalsokkelen eller den økonomiske sone, der en stat kun har suverene rettigheter. Den norske stat anfører at det er denne tolkning av EØS-avtalens geografiske virkeområde som den norske stat konsekvent har lagt til grunn siden EØS-avtalen ble undertegnet, og som gjenspeiles i den informasjon som ble lagt frem for Stortinget i den parlamentariske prosess som ledet frem til undertegningen av EØS-avtalen.

72. Den norske stat gjør gjeldende at EØS-avtalen aldri var ment å ha samme virkeområde som EU, som er et omfattende samarbeid på mange områder. Den norske stat anfører at i lys av dette og av den meget klare juridiske betydning av begrepet «territorium» og Norges konsekvente statlige praksis er det ingenting i teksten i EØS-avtalen eller dens formål, som tilsier noen bredere tolkning av ordet «territorium» i EØS-avtalen artikkel 126 nr. 1 og med det en utvidelse av EØS-avtalens geografiske anvendelsesområde.

73. Den norske stat gjør gjeldende at prinsippet om ensartethet ikke er relevant ved tolkning av EØS-avtalens virkeområde. Den norske stat gjør for det første gjeldende at prinsippet om ensartethet ikke kan brukes som et verktøy for å definere selve virkeområdet for EØS-avtalen. For det andre, selv om prinsippet om ensartethet fører til en presumsjon om at bestemmelser som er utformet på samme måte i EØS-avtalen som i EU-retten, skal forstås på samme måte,¹⁵ er det klart at ordlyden i EØS-avtalen artikkel 126 nr. 1 skiller seg vesentlig fra ordlyden i TEU og TEUV med hensyn til det geografiske virkeområde. Følgelig må EØS-avtalen artikkel 126 nr. 1 ikke tolkes i samsvar med EU-domstolens avgjørelser med hensyn til det geografiske anvendelsesområde for TEU og TEUV. Tolkningen av EØS-avtalen artikkel 126 nr. 1 må snarere baseres på sedvanerettslige regler for tolkning av traktater, som det fremgår av Wien-konvensjonen om traktatretten artikkel 31 og 32.

74. Når det gjelder forholdet mellom EØS-avtalen artikkel 126 og rettsaktene i vedleggene til EØS-avtalen, gjør den norske stat gjeldende at EØS-avtalens geografiske virkeområde definerer det geografiske område der EØS-avtalen får anvendelse, og beskriver dermed de fysiske grenser for EØS-samarbeidet. Den norske stat gjør gjeldende at dette innebærer at selv om en rettsakt har bestemmelser hvis anvendelse utenfor en EØS-stats territorium kan være relevant, vil den for EFTA-statene bare gjelde innenfor EØS-avtalens geografiske virkeområde som definert i EØS-avtalen artikkel 126 nr. 1.

75. Den norske stat gjør gjeldende at bestemmelsene som fastsetter virkeområdet for EØS-avtalen, både det materielle og det geografiske, ikke kan tolkes dynamisk.¹⁶ En dynamisk tolkning av virkeområdet for EØS-avtalen ville innebære inngrep i statens traktatmyndighet.

76. Den norske stat gjør gjeldende at prinsippet om funksjonell (ekstraterritoriell) anvendelse av EU-retten ikke kan anvendes på EØS. En funksjonell tilnærming til EØS-rettens geografiske virkeområde ville etter den norske stats oppfatning være i strid med EØS-avtalen. For det første, siden det geografiske virkeområde er klart definert i EØS-avtalen artikkel 126 nr. 1 som EFTA-statenes territorium, gir ikke dette rom for en tolkning av dens geografiske virkeområde som går videre enn det som er EFTA-statenes «territorium». For det andre, selv om EUs medlemsstater har overført betydelig myndighet til EU, herunder for eksterne relasjoner, er ikke det samme tilfelle for EØS, som fortsatt er et økonomisk partnerskap som dreier rundt EFTA-statenes deltakelse i EUs indre marked. Nye forpliktelser blir ikke automatisk innført; disse baseres på avtale mellom avtalepartene om innlemmelse av nye rettsakter i EØS-avtalen. For det tredje er målet om et ensartet indre marked ikke uten begrensninger. Den norske stat ser det slik at det ikke alltid er mulig å jevne ut forskjellene mellom EU-retten og EØS-retten. EU-rettens funksjonelle anvendelse er et av kjennetegnene ved EU-retten som ikke kan overføres til EØS.

¹⁵ Det vises til dommen i forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oréal*, Sml. 2008 s. 259, avsnitt 28.

¹⁶ Det vises til dommen i sak E-4/04 *Pedicel*, Sml. 2005 s. 1, avsnitt 28.

77. Alternativt gjør den norske stat gjeldende – uten at dette på noen måte berører den norske stats primære standpunkt som fastsatt i det ovenstående – at direktivet ikke får anvendelse på anskaffelsen til den norske ambassade i Angola, som den foreliggende sak gjelder. Den norske stat gjør gjeldende at selv om direktivet ikke uttrykkelig omtaler sitt geografiske anvendelsesområde, går det klart frem av et antall bestemmelser i direktivet og av utformingen av dets regler at det er en klar underliggende intensjon om at reglene skal anvendes bare på det indre marked.¹⁷ Videre anfører den norske stat at det ikke er noe i direktivet som tilsier at det er ment å regulere sitt eget geografiske anvendelsesområde. Grunnen til dette er, slik den norske stat ser det, at det geografiske virkeområde for både EU-traktatene og EØS er fastsatt i de respektive instrumenter, og sekundærlovgivningen får anvendelse innenfor grensene fastsatt i nevnte instrumenter. Som det videre anføres i det ovenstående, gjør den norske stat i hovedsak gjeldende at tolkningen av EØS-avtalen artikkel 126 er avgjørende for direktivets geografiske virkeområde.

78. Den norske stat anser at anvendelsen av direktivet på anskaffelser som foretas av ambassader verden over kan gripe inn i utenrikspolitiske hensyn, som er et område som faller utenfor EØS-avtalens virkeområde.

79. Den norske stat gjør gjeldende at dens ambassaders fremste formål er operasjonaliseringen av norsk utenrikspolitikk. Anskaffelser er tilknyttet dette formål og kan ikke sees atskilt fra utenrikspolitiske hensyn. Den norske stat gjør gjeldende at det er uomtvistet at EFTA-statenes utenrikspolitikk ikke omfattes av EØS-avtalen. Slik den norske stat ser der, vil det være vanskelig forenlig med EØS-avtalens formål og utforming om direktivet skulle tolkes slik at det må få anvendelse på anskaffelser foretatt av EFTA-statenes ambassader i tredjeland utenfor EØS-området.

80. Endelig anser den norske stat at å unnta anskaffelser foretatt av ambassader fra EØS-avtalens virkeområde, ikke kan utgjøre en omgåelse av prinsippene i EØS-avtalen siden det ikke utgjør noe brudd på EØS-avtalen artikkel 1 eller 4 å overholde EØS-avtalens definerte geografiske virkeområde.

81. I lys av ovenstående betraktninger gjør den norske stat gjeldende at anmodningen om rådgivende uttalelse i den foreliggende sak må avvises. Skulle EFTA-domstolen komme til at den har domsmyndighet, anmoder den norske stat EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

Direktiv 2014/24/EU om offentlige innkjøp kommer ikke til anvendelse på anskaffelser foretatt av en EFTA-stats utenriksstasjon i et tredjeland utenfor EØS.

¹⁷ Det vises til direktivet betraktning 52, 73, 80 og 134 samt direktivet artikkel 59 nr. 3 andre ledd, artikkel 69 nr. 4, artikkel 83 nr. 3 femte ledd, artikkel 86 nr. 3 og artikkel 92.

Østerrikes regjering

82. Anførlene til Østerrikes regjering bygger på den presumsjon at direktivet kommer til anvendelse i den foreliggende sak, og at den norske ambassade i Luanda er en del av norsk statsforvaltning som en del av Utenriksdepartementet.

83. Østerrikes regjering anfører at anvendelsen av EU-retten på forhold utenfor Den europeiske unions geografiske område, ikke er noe nytt begrep. EU-domstolen la allerede i *Boukhalfa* til grunn at fellesskapsretten fikk anvendelse på en EU-medlemsstats borger som hadde fast bosted i et tredjeland og var ansatt av en annen EU-medlemsstat på dennes ambassade i samme tredjeland.

84. Østerrikes regjering anfører at i lys av EU-domstolens rettspraksis¹⁸ er ambassader eller utenriksstasjoner som er en del av EU-medlemsstatens departement, offentlige oppdragsgivere omfattet av direktivets virkeområde. Ambassadors eller utenriksstasjoners tildeling av offentlige kontrakter er dermed underlagt direktivets bestemmelser siden ingen bestemmelse i direktivet uttrykkelig utelukker slike tildelinger fra dets anvendelsesområde.

85. Videre anfører Østerrikes regjering at direktivets formål er å garantere respekt for EU-rettens grunnleggende prinsipper, nemlig likebehandling, ikke-diskriminering, forholdsmessighet og innsyn, ved tildeling av offentlige kontrakter fra eller på vegne av myndighetene i EU-medlemsstatene, og å konkurranseutsette slike anskaffelser.¹⁹ Østerrikes regjering peker på at klagenemnda selv peker på det faktum at praktisk talt alle leverandører er hjemmehørende i EØS-området. I lys av dette ville det være i samsvar med direktivets formål og nytteverdi å underlegge den aktuelle anskaffelse reglene slik de er fastsatt i direktivet. Videre påpeker Østerrikes regjering at direktivet verken viser til den offentlige oppdragsgivers beliggenhet (sete) eller til kontraktens oppfyllelsessted. I denne forbindelse viser Østerrikes regjering til at Kommisjonen allerede i 2002 ga uttrykk for det syn at ambassader eller nasjonale organer beliggende i tredjeland ville omfattes av direktivene om offentlige innkjøp.²⁰

86. Østerrikes regjering anfører at direktivet i motsetning til andre innkjøpsdirektiver ikke fastsetter noe unntak for anskaffelser som foretas eller utføres av offentlige oppdragsgivere utenfor EUs geografiske område. Østerrikes regjering viser til direktiv 2009/81/EF artikkel 13 bokstav d, som uttrykkelig omtaler slike situasjoner og inneholder et «særlig unntak» for «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». I denne sammenheng viser Østerrikes regjering også til betraktning 29 i

¹⁸ Det vises til dommene i *Kommisjonen mot Belgia*, C-323/96, EU:C:1998:411, avsnitt 27 og 28, og *Beentjes*, C-31/87, EU:C:1988:422, avsnitt 11–13.

¹⁹ Det vises til dommen i *Tedeschi*, C-402/18, EU:C:2019:1023, avsnitt 33, og direktivet betraktning 1.

²⁰ Det vises til Kommisjonens melding til Rådet og Europaparlamentet – «Untying: Enhancing the effectiveness of aid», COM(2002) 639 final, avsnitt 34.

direktiv 2009/81/EF. Østerrikes regjering gjør gjeldende at begrunnelsen for dette unntak var at EUs medlemsstater og Kommisjonen anså det som uheldig å anvende EUs regelverk for offentlige anskaffelser i en slik situasjon. Selve eksistensen av denne bestemmelse gjør det imidlertid klart at innkjøpsdirektivene bygger på den forutsetning at de kommer til anvendelse på alle anskaffelser som foretas av offentlige oppdragsgivere, uansett hvor kontrakten gjennomføres. I motsatt fall ville unntaket etter direktiv 2009/81/EF artikkel 13 bokstav d ikke ha vært nødvendig. Østerrikes regjering anfører videre at det på samme måte kan konkluderes av direktiv 2014/25/EU artikkel 19 at innkjøpsdirektivenes geografiske virkeområde ikke er begrenset til Den europeiske unions geografiske område.

87. Østerrikes regjering erkjenner at dens rettslige standpunkt medfører problemer knyttet til lovvalg og praktisk anvendelse. Imidlertid understreker den at det er nødvendig å skille mellom tildelingsprosessen, som er underlagt direktivet, og den lovgivning som får anvendelse på den tildelte kontrakt. Direktivet omhandler kun anbudskonkurransen.

88. Østerrikes regjering anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

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

Frankrikes regjering

89. Frankrikes regjering anfører at spørsmålet klagenemnda har forelagt, må besvares benektende. Denne konklusjon følger både av ordlyden i direktivet og av dets formål, så vel som av EØS-avtalen.

90. Frankrikes regjering gjør gjeldende at det følger både av primærlovgivningen og av direktivet selv at direktivet bare får anvendelse på anbud som tildeles og gjennomføres på EU-medlemsstatenes og EØS-statenes territorium. Når det gjelder EUs primærrett, er dens virkeområde fastsatt i TEU artikkel 52, som viser til TEUV artikkel 355, som igjen viser til TEUV artikkel 345. TEU artikkel 52 inneholder en liste over EUs 28 medlemsstater etter deres konstitusjonelle navn. På denne måte respekterer EU medlemsstatenes territorielle struktur slik den er definert i deres egne forfatninger, i samsvar med EU-statenes konstitusjonelle selvstyre, og som er en del av den nasjonale identitet som beskyttes av TEU artikkel 4 nr. 2. Dermed beror definisjonen av EU-traktatens territorielle virkeområde på hvordan den enkelte EU-medlemsstat har definert sitt territorium. I denne sammenheng påpeker Frankrikes regjering at EU-domstolen har slått fast at EU-traktatens territorielle virkeområde hovedsakelig defineres med henvisning til EU-medlemsstatenes nasjonale bestemmelser.²¹

²¹ Det vises til dommen i *Hansen mot Hauptzollamt Flensburg*, C-148/77, EU:C:1978:173, avsnitt 9.

91. Frankrikes regjering gjør gjeldende at EØS-avtalen definerer sitt territorielle virkeområde med henvisning til EØS-statenes konstitusjonelle navn. Frankrikes regjering anfører at i motsetning til det som synes antydnet i avsnitt 40 i anmodningen om rådgivende uttalelse, bør svaret på det forelagte spørsmål ikke bero på om det aktuelle spørsmål gjelder om anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse i en EU-medlemsstat eller i en EFTA-stat. Frankrikes regjering er av den oppfatning at bestemmelsene i EØS-avtalen artikkel 126 bør forstås på samme måte som bestemmelsene i EU-traktatene, og at EØS-avtalen bør anses å komme til anvendelse på EU-medlemsstatenes og EFTA-statenes territorier slik disse er definert i deres forfatningsrettslige bestemmelser.

92. Når det gjelder sekundærretten, anser Frankrikes regjering at det bør gjøres klart at primærretten og sekundærretten ikke nødvendigvis har det samme territorielle virkeområde. Selv om sekundærretten kan ha et annet territorielt virkeområde enn EU-traktatene, er det ikke alltid at det territorielle virkeområde er definert i sekundærretten.²² Frankrikes regjering anser at i mangel av nærmere bestemmelser om dette må virkeområdet for den enkelte rettsakt bestemmes på grunnlag av TEU artikkel 52 og TEUV artikkel 355. Frankrikes regjering merker seg at EU-domstolen allerede har hatt anledning til å fastslå at sekundærretten i prinsippet kommer til anvendelse på samme område som EU-traktatene selv og automatisk kommer til anvendelse i dette område.²³ I denne sammenheng inneholder direktivet ikke bestemmelser om territorielt virkeområde. Dermed må dets virkeområde anses å være det samme som virkeområdet for primærretten. På samme måte gjør Frankrikes regjering gjeldende at direktivet kommer til anvendelse på EFTA-statenes territorium som fastsatt i deres forfatningsrettslige bestemmelser.

93. Frankrikes regjering anfører at diplomatiske representasjoner beliggende i tredjeland ikke faller inn under definisjonen av nasjonalt territorium. I denne sammenheng anfører Frankrikes regjering at etter folkeretten anses ikke diplomatiske stasjoner utenlands å omfattes av prinsippet om ekstraterritorialitet. I mangel av en spesifikk bestemmelse i direktivet som utvider dets territorielle virkeområde, gjør Frankrikes regjering gjeldende at offentlige anskaffelser som dekker behov ved EU-medlemsstatenes og EFTA-statenes diplomatiske stasjoner beliggende på territoriet til et tredjeland, ikke faller inn under direktivets virkeområde. Slik Frankrikes regjering ser det, underbygges denne konklusjon av en teleologisk tolkning av direktivets bestemmelser.

94. Frankrikes regjering anfører at EU-traktatenes geografiske virkeområde avhenger av EU-medlemsstatenes territorium. Nærmere bestemt følger det av dette at anvendelsen av EU-retten avhenger av at visse elementer geografisk befinner seg på EU-medlemsstatenes territorium.²⁴ En gjennomgang av EU-domstolens rettspraksis viser at anvendelsen av EU-retten forutsetter en tilstrekkelig tilknytning til EU-territoriet. På denne

²² Det vises til dommen i *Parlamentet mot Rådet*, C-132/14 til C-136/14, EU:C:2015:813, avsnitt 75.

²³ Det vises til dommen i *Parlamentet mot Rådet*, som omtalt over, avsnitt 76 og 77.

²⁴ Det vises til generaladvokat Légers uttalelse i *Ingmar GB*, C-381/98, EU:C:2000:230, avsnitt 24 og 25.

måte overholdes territorialitetsprinsippet, som er et grunnleggende folkerettslig prinsipp. Frankrikes regjering anfører at det likevel ikke er uvanlig at en stat eller internasjonal organisasjon i utøvelsen av sine suverene rettigheter også tar hensyn til omstendigheter som oppstår eller har oppstått utenfor dens territoriale jurisdiksjon.²⁵

95. Når det gjelder konkurransenretten, anser Frankrikes regjering at det følger av gjeldende rettspraksis fra EU-domstolen at EU-retten setter krav til at det må være en tilstrekkelig tilknytning til EUs territorium, enten i form av tilstedeværelsen av et datterselskap eller i form av at konkurransebegrensende atferd foregikk på dette territorium.²⁶ I *Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot Kommissjonen* la for eksempel EU-domstolen til grunn at Kommissjonen kunne straffe selskaper etter EUs konkurransenrett selv om deres hovedkontor lå utenfor EU, fordi den aktuelle atferd fant sted på EUs territorium.²⁷ Frankrikes regjering anser at dette resonnement lett kan overføres til regelverket for offentlige anskaffelser. Dermed er det bare offentlige anskaffelser som tildeles og gjennomføres på EU- eller EØS-territoriet eller som har en tilstrekkelig tilknytning til dette territorium, som kan underlegges EUs regelverk for offentlige anskaffelser, og spesielt direktivet. En offentlig anskaffelse som organiseres med sikte på å oppfylle særskilte behov for en EU-stats eller EFTA-stats utenriksstasjon beliggende på et tredjeland territorium, og som gjennomføres i dette tredjeland, viser derimot ikke en tilstrekkelig tilknytning til EUs territorium til å begrunne anvendelsen av EU-retten i betraktning av dennes formål.

96. I denne sammenheng anfører Frankrikes regjering at for det første bidrar anskaffelsesregelverket til å gjennomføre det indre marked, fri bevegelighet og fri konkurranse, og for det andre har EØS-avtalen til formål å utvide det indre marked til EFTA-statenes territorium. Direktivets formål er å fastsette regler for offentlige anskaffelser som er i samsvar med prinsippene i TEUV, særlig etableringsadgangen og fri bevegelighet for tjenester, for å garantere likebehandling av markedsdeltakere og sikre fri konkurranse. Med andre ord er direktivets formål å sikre prinsippet om ikke-diskriminering og harmonisering av konkurransevilkårene ved offentlige anskaffelser for markedsdeltakere i det indre marked. Frankrikes regjering gjør gjeldende at det ikke er sannsynlig at offentlige anskaffelser utenfor EU-medlemsstatenes og EFTA-statenes territorium vil påvirke handelen innenfor EU og dermed svekke likebehandling og vri konkurransen mellom markedsdeltakere innenfor EUs indre marked slik dette er utvidet med EFTA-statene.

97. Frankrikes regjering hevder at det er verdt å merke seg at anvendelsen av direktivet på tredjeland territorium utvilsomt ville utsette offentlige oppdragsgivere for diplomatiske, juridiske og praktiske problemer. Frankrikes regjering konstaterer at diplomatiske stasjoner akkreditert i et tredjeland er, med unntak av de privilegier og

²⁵ Det vises til generaladvokat Wahls uttalelse i *Intel mot Kommissjonen*, C-413/14 P, EU:C:2016:788, avsnitt 284.

²⁶ Det vises til generaladvokat Wahls uttalelse i *Intel mot Kommissjonen*, som omtalt over, avsnitt 285.

²⁷ Det vises til dommen i *Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot Kommissjonen*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 til C-129/85, EU:C:1993:120.

immunitet de er innrømmet, underlagt lovgivningen i den stat på hvis territorier de ligger. Følgelig kan direktivets bestemmelser være i strid med nasjonalt regelverk for offentlige anskaffelser. For eksempel kan lovgivningen i et tredjeland kreve at prinsippet om nasjonal fortrinnsrett skal få anvendelse på alle offentlige anskaffelser som gjennomføres på dets territorium. En slik regel ville imidlertid være uforenlig med direktivets bestemmelser. Anvendelse av direktivet på territoriet til dette tredjeland ville dermed kunne føre til motstrid mellom regelverk.

98. Videre anfører Frankrikes regjering at en rekke bestemmelser i direktivet er direkte knyttet til etterlevelse av bestemmelser i TEUV og reglene for det indre marked. For eksempel må et unormalt lavt tilbud avvises hvis det skyldes statsstøtte som er uforenlig med det indre marked etter TEUV artikkel 107. Frankrikes regjering anser at en slik ordning ikke kan anvendes utenfor det indre marked siden det ikke er mulig å overvåke unormalt lave tilbud med hensyn til statsstøtte gitt av tredjeland som ikke er underlagt de samme krav. Frankrikes regjering er dermed av den oppfatning at anvendelse av direktivets regler for offentlige anskaffelser utenfor det indre markeds virkeområde ikke er begrunnet og kan i visse tilfelle vise seg umulig å gjennomføre i praksis.

99. Frankrikes regjering anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp kommer ikke til anvendelse på anskaffelser foretatt av en EFTA-stats utenriksstasjon i et tredjeland utenfor EØS.

ESA

100. Når det gjelder spørsmålet om anmodningen om rådgivende uttalelse kan etterkommes, gjør ESA gjeldende at klagenemnda er en domstol etter ODA artikkel 34, og at anmodningen derfor kan etterkommes. ESA anfører at denne konklusjon understøttes både av gjeldende rett og av EFTA-domstolens og EU-domstolens tolkning av begrepet «court or tribunal».²⁸

101. ESA gjør gjeldende at EFTA-domstolen i mange saker har lagt til grunn at anmodninger fra ulike klageorganer kan etterkommes fordi det anmodende organ må anses som en «court or tribunal».²⁹ Videre har EU-domstolen ved mange anledninger kommet til

²⁸ Det vises til dommen i sak E-5/16 *Oslo kommune*, som omtalt over, avsnitt 35.

²⁹ Det vises til dommene i sak E-1/94 *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, som omtalt over, avsnitt 7–31, sak E-9/17 *Edmund Falkenhahn AG mot The Liechtenstein Financial Market Authority*, Sml. 2018 s. 151, sak E-5/16 *Oslo kommune*, som omtalt over, forente saker E-8/94 og E-9/94 *Forbrukerombudet mot Mattel Scandinavia A/S og Lego Norge A/S*, Sml. 1994–1995 s. 113, avsnitt 15, og sak E-4/04 *Pedicel*, som omtalt over, avsnitt 20 og 21.

at anmodninger fra klageorganer for offentlige anskaffelser kan etterkommes.³⁰ I denne sammenheng viser ESA til EFTA-domstolens dom i *Oslo kommune*,³¹ der EFTA-domstolen konkluderte med at Klagenemnda for industrielle rettigheter i tilstrekkelig grad oppfylte de kriterier som følger av EFTA-domstolens rettspraksis. Denne konklusjon var basert på det faktum at Klagenemnda for industrielle rettigheter var opprettet ved lov, hadde permanent eksistens, bindende avgjørelsesmyndighet og anvendte rettsregler etter rettsikkerhetsprinsippet.

102. ESA gjør gjeldende at klagenemnda, som er et organ opprettet ved lov, oppfyller vilkårene angitt over. Anskaffelsesloven § 11 fastsetter at det kan opprettes et organ for løsning av tvister om rettigheter og plikter etter anskaffelsesloven og forskrifter gitt i medhold av loven.

103. Med hensyn til spørsmålet om uavhengighet anfører ESA at klagenemnda oppfyller kriteriene angitt i *Oslo kommune*. For det første, selv om klagenemndas leder og nestleder ikke trenger å oppfylle kravene til dommere, er alle medlemmer oppnevnt av Kongen i statsråd. For det andre er medlemmene av klagenemnda direkte beskyttet av klagenemndforskriften, som fastsetter at medlemmene ikke kan avsettes eller suspenderes i oppnevnesperioden med mindre det foreligger særlig grunn. Endelig gjør ESA gjeldende at klagenemndas uavhengighet er sikret ved klagenemndforskriften § 5. Denne bestemmelse fastsetter at verken klagenemnda eller dens sekretariat kan instrueres av regjeringen om lovtolkning, skjønnsutøvelse, avgjørelse av enkeltsaker eller saksbehandling. Forskriften § 15 andre ledd inneholder ytterligere garantier for å ivareta de enkelte klagenemndmedlemmers uavhengighet. Denne bestemmelse fastsetter at medlemmene av klagenemnda ikke kan instrueres av departementet, klagenemndas sekretariat eller noe annet medlem av klagenemnda, heller ikke klagenemndas leder.

104. ESA fastslår at i tråd med anskaffelsesloven § 11-1 og klagenemndforskriften § 2 har offentlige oppdragsgivere plikt til å delta i klagebehandlingen for klagenemnda. Anskaffelsesloven gir klagenemnda myndighet til å gjøre vedtak om brudd på anskaffelsesregelverket. Den kan også fatte vedtak om illeggelse av overtredelsesgebyr, som ikke kan påklages. Søksmål om klagenemndas vedtak må reises innen to måneder etter at partene har mottatt vedtaket. Ordinære domstoler kan prøve alle sider av en sak. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

105. ESA fastslår at de er enige i klagenemndas vurdering av at den rettspraksis fra EU-domstolen som den norske stat viser til, ikke kan legges til grunn for å nekte klagenemnda å be om rådgivende uttalelser, siden den rettspraksis det vises til, gjelder et klageorgans

³⁰ Det vises til dommene i *Montte*, C-546/16, EU:C:2018:752, avsnitt 20–25, *Medisanus*, C-296/15, EU:C:2017:431, avsnitt 32–38, *Consorti Sanitari del Mareme*, C-203/14, EU:C:2015:664, avsnitt 17–31, *Forposta og ABC Direct Contact*, C-465/11, EU:C:2012:801, avsnitt 18, og *MT Højgaard og Züblin*, som omtalt over, avsnitt 22–33.

³¹ Det vises til dommen i sak E-5/16 *Oslo kommune*, som omtalt over, avsnitt 40.

status som part i en tvist.³² I lys av disse betraktninger gjør ESA gjeldende at klagenemnda oppfyller kriteriene for å anses som en «court or tribunal» etter ODA artikkel 34.

106. Når det gjelder sakens materielle innhold, anfører ESA at direktivet får anvendelse på alle organer som faller inn under begrepet offentlig oppdragsgiver etter direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 1, uten hensyn til oppfyllelsessted for kontrakten. ESA anfører at det ifølge EU-domstolens rettspraksis foreligger en presumsjon for, når først terskelverdien i direktivet er oppfylt, for en grenseoverskridende interesse.³³ ESA peker på at direktivet selv ikke sier noe om begrensning av, eller relevans av, territorielt virkeområde. ESA fastslår at de ikke er kjent med at det skal foreligge noen rettspraksis fra EFTA-domstolen eller EU-domstolen som direkte omhandler dette spørsmål.

107. ESA gjør gjeldende at i betraktning av direktivets formål og ordlyd må spørsmålet om dets anvendelsesområde behandles i et *ratione personae*-perspektiv snarere enn i et *ratione loci*-perspektiv, som ESA anser å ha vært det den norske stat har vektlagt i sitt standpunkt slik det gjenspeiles i anmodningen om rådgivende uttalelse.

108. Følgelig gjør ESA gjeldende at spørsmålet klagenemnda har forelagt, bør besvares slik at EØS-staters organer er bundet av direktivet uten hensyn til om de har sin base innenfor eller utenfor EØS-territoriet, og uten hensyn til om det de anskaffer skal utføres eller leveres innenfor eller utenfor EØS-territoriet.

109. ESA anfører at diplomatiske stasjoner som er en del av et utenriksdepartement, for direktivets formål må betraktes som offentlige oppdragsgivere siden det er klart at de formelt sett utgjør en integrert del av statsforvaltningen. ESA peker på at et utenriksdepartement er en av de sentrale statlige myndigheter som alle EØS-stater har ført opp på listen. I tillegg 1 til vedlegg XVI til EØS-avtalen har Norge oppført Utenriksdepartementet som en av de sentrale statlige myndigheter, i tillegg til etater og institusjoner underordnet nevnte departementer. ESA anfører at det i saken som står for klagenemnda er uomtvistet at den diplomatiske stasjon utgjør en del av staten.

110. Når det gjelder betydningen av «stat» i denne sammenheng, anfører ESA at EU-domstolen allerede fra begynnelsen av har forstått begrepet bredt og tolket det funksjonelt.³⁴ Derfor spiller det ingen rolle om det aktuelle organ formelt er en del av forvaltningen eller organisatorisk sett er uavhengig. For å avgjøre om et organ kommer inn under statsbegrepet, må det vurderes om organet ivaretar en offentlig myndighets

³² Det vises til dommen i *TDC*, som omtalt over, avsnitt 37.

³³ Det vises til dommen i *RegioPost*, C-115/14, EU:C:2015:760, avsnitt 51, og *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, avsnitt 30.

³⁴ Det vises til dommen i *Beentjes*, som omtalt over, avsnitt 12, og generaladvokat Darmons uttalelse i *Beentjes*, C-31/87, EU:C:1988:226, avsnitt 10 flg.

oppgaver, og hvilke virksomhetsregler det har, spesielt med hensyn til dets sammensetning og finansiering.³⁵

111. ESA anfører at diplomatiske stasjoner utøver virksomhet som er knyttet til statens utøvende makt. Videre drives slike stasjoner vanligvis under et utenriksdepartements kontroll og finansieres over dettes budsjett. ESA mener derfor at det er klart at diplomatiske stasjoner må klassifiseres som offentlige oppdragsgivere når det gjelder anvendelsen av innkjøpsdirektivene, ikke bare fordi de formelt sett utgjør en integrert del av statsforvaltningen som underordnet en stats utenriksdepartement, men også fordi de funksjonelt sett kommer inn under statsbegrepet.

112. ESA gjør derfor gjeldende at direktivet får anvendelse *ratione personae* på diplomatiske stasjoner som er en del av et utenriksdepartement i en EØS-stat, og uansett under de omstendigheter som er skissert i anmodningen om rådgivende uttalelse fra klagenemnda.

113. Selv om ESA anser at direktivet får anvendelse *ratione personae*, gjør den gjeldende at hvis EFTA-domstolen baserer sin dom på betraktninger knyttet til *ratione loci*, ville resultatet blitt det samme siden den norske ambassade i Luanda vil være bundet av direktivet fordi det foreligger en tilstrekkelig nær tilknytning til EØS-territoriet.

114. ESA slutter seg til den norske stats anførsler i saken for klagenemnda om at den norske ambassade i Luanda folkerettslig sett ikke ligger på Norges territorium. Imidlertid anfører de at for den foreliggende saks formål er den enkle konklusjon at den norske ambassade i Luanda ikke ligger i Norge, alene ikke avgjørende siden EØS-avtalen og de rettsakter som er innlemmet i den, etter veletablerte prinsipper får anvendelse utenfor territoriet til en EØS-stat i kraft av en annen faktor, nemlig at den aktuelle tvist har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS.

115. ESA gjør gjeldende at territorialitet er godtgjort når det foreligger en tilstrekkelig nær tilknytning til EØS. Spørsmålet er ikke om en handling finner sted på EØS-territoriet, men om den får virkninger på EØS-territoriet. I denne sammenheng viser ESA til EU-domstolens rettspraksis angående anvendelsen av, innenfor rammen av folkeretten, EU-traktatene og sekundærretten utenfor EU-medlemsstatenes territorier.³⁶ Til støtte for sine anførsler viser ESA til egen praksis med hensyn til om EØS-avtalen kommer til anvendelse utenfor EFTA-statenes «territorium».

116. ESA anfører at direktivet kan få anvendelse utenfor Norges «territorium» etter EØS-avtalen artikkel 126. Det relevante vurderingstema i et *ratione loci*-perspektiv er om den aktuelle forpliktelse har en tilstrekkelig tilknytning til EØS. For direktivets formål gjør

³⁵ Det vises til *Beentjes*, som omtalt over, avsnitt 11 og 12, og generaladvokat Darmons uttalelse i *Beentjes*, som omtalt over, avsnitt 10 og 12.

³⁶ Det vises til dommene i *Boukhalfa*, som omtalt over, avsnitt 14 og 15, *Ahlström Osakeyhtiö m.fl.* mot *Kommisjonen*, som omtalt over, og *Kommisjonen* mot *Italia og Wam*, C-494/06 P, EU:C:2009:272, avsnitt 62.

ESA gjeldende at de faktorer som er til stede i klagenemndas anmodning, tjener til å godtgjøre at det foreligger en tilstrekkelig *ratione loci*-tilknytning i den foreliggende sak. Anskaffelsen ble gjennomført av den norske stat med sikte på inngåelse av en kontrakt som skulle finansieres med norske offentlige midler og være underlagt norsk lov, der kontraktsgjenstanden og kontraktens verdi kan anses å reise grenseoverskridende interesse i EØS. ESA merker seg at Utenriksdepartementet ut fra anbudsgrunnlaget i saken for klagenemnda synes å være betegnet som part og signatar til andre fase av anskaffelsen, som det også ser ut til å ha finansiert direkte. Videre var Utenriksdepartementet identifisert som kjøper i Doffin. Departementet var derfor dypt involvert i anskaffelsen, som det utøvet avgjørende innflytelse og kontroll over.

117. ESA gjør gjeldende at det faktum at anbudet faktisk var kunngjort på Doffin og oppfordret norske selskaper registrert og etablert i Norge til å inngi tilbud på prosjektet, viser at Norge var det område der de faktiske virkninger på markedet fant sted, og ikke i Angola. ESA anfører videre at den aktuelle tjeneste heller ikke er uløselig knyttet til Angolas territorium.

118. ESA gjør gjeldende at virkningen på det indre marked i anskaffelsessaker som den foreliggende fastslås med henvisning til det anskaffende organs art og verdien av de tjenester anskaffelsen gjelder. Derfor vil tilknytningstesten som det vises til i *Boukhalfa*³⁷, også bli oppfylt så snart kriteriene om terskelverdi og offentlig oppdragsgiver er oppfylt.

119. Endelig anfører ESA at siden den norske ambassade i Luanda er en del av staten, ville det ikke være forenlig med direktivets formål å behandle ulike deler av staten forskjellig. Da ville utlysning av anbud gjennom en diplomatisk stasjon utenfor EØS også gjøre det mulig å unngå anvendelsen av direktivet. ESA gjør gjeldende at enhver EØS-stat da simpelthen ville kunne etablere en enhet på et slikt territorium og dermed totalt unndra seg anvendelsen av direktivet. ESA er av den oppfatning at det ikke kan forholde seg slik.

120. ESA anmoder EFTA-domstolen om å besvare det forelagte spørsmål på følgende måte:

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp må forstås slik at EØS-staters organer som anses som offentlige oppdragsgivere etter artikkel 2 nr. 1 punkt 1, er bundet av direktivet uten hensyn til om de har sin base innenfor eller utenfor EØS-territoriet, og uten hensyn til om det de anskaffer, skal utføres eller leveres innenfor eller utenfor EØS-territoriet.

³⁷ Det vises til dommen i *Boukhalfa*, som omtalt over.

Kommisjonen

121. Kommisjonen gjør gjeldende at direktivet kommer til anvendelse på offentlige innkjøp som EU-medlemsstatenes utenriksstasjoner foretar, av følgende grunner.

122. For det første anfører Kommisjonen at EU-medlemsstatenes stasjoner, ambassader, konsulater og delegasjoner i tredjeland utgjør statlige myndigheter og dermed faller inn under definisjonen av offentlige oppdragsgivere fastsatt i direktivet artikkel 2. Videre viser Kommisjonen til at verken direktivet kapittel I avsnitt 3, som har overskriften Unntak, eller avsnitt 4, som har overskriften Særlige situasjoner, der mange situasjoner er oppført som unntatt fra direktivets virkeområde eller er innrømmet særbehandling, eller andre av direktivets bestemmelser, utelukker offentlige innkjøp foretatt av ambassader fra direktivets virkeområde. Følgelig gjør Kommisjonen gjeldende at ambassader faller inn under direktivets personelle virkeområde. Kommisjonen anser at dette også understøttes av det faktum at en del EU-medlemsstater, som Kongeriket Sverige og Kongeriket Nederland, uttrykkelig har tatt sine ambassader med i oversikten over sentrale statlige myndigheter satt opp i vedlegg I til direktivet i samsvar med direktivet artikkel 2 nr. 1 punkt 2.

123. For det andre merker Kommisjonen seg at i definisjonen av direktivets virkeområde ble offentlige oppdragsgivere ikke utelukket fra virkeområdet ut fra om disse myndigheter hadde sitt sete i en EU-medlemsstat eller i et tredjeland. Kommisjonen anser det som innlysende at den offentlige oppdragsgivers sete ikke spiller noen rolle ved vurdering av om en gitt myndighet er eller ikke er en offentlig oppdragsgiver etter direktivet. Videre anfører Kommisjonen at om det hadde spilt en rolle om setet for en offentlig oppdragsgiver i en EU-medlemsstat ligger i et tredjeland, og ambassader ikke skulle betraktes som offentlige oppdragsgivere, ville det være betydelige muligheter for å omgå direktivet.

124. For det tredje gjør Kommisjonen gjeldende at oppfylleelsessted for en kontrakt ikke spiller noen rolle for om kontrakten skal betraktes som en offentlig kontrakt.³⁸ Kommisjonen anfører at det faktisk kan antas at mange offentlige oppdragsgivere, spesielt sentrale statlige myndigheter, inngår offentlige kontrakter som helt eller delvis oppfylles i tredjeland (for eksempel humanitære hjelpeprogrammer osv).

125. For det fjerde utelukker ikke Kommisjonen at det i visse helt spesielle situasjoner, noe som ikke er tilfelle i den foreliggende sak, kan være et så stort behov for lokal ekspertise eller lokale varer eller tjenester ved en planlagt anskaffelse at den praktiske nytte av å kunngjøre konkurransen i Den europeiske unions tidende i samsvar med direktivet kan være begrenset eller til og med skape unødvendige forsinkelser. Imidlertid anser Kommisjonen at slike situasjoner ikke vil kunne begrunne at direktivet som sådan ikke anvendes. I slike situasjoner kommer direktivet til anvendelse, men ambassadene står selvfølgelig fritt til å benytte unntaksbestemmelsene i direktivet der dette er relevant, for

³⁸ Det vises til direktivet artikkel 1 nr. 2 og artikkel 2 nr. 1 punkt 5.

eksempel de som er fastsatt i direktivet artikkel 32, som tillater bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.

126. Endelig anser Kommisjonen at det prinsipielt er nødvendig å skille mellom den rett anskaffelsen er underlagt (dvs. anbudskonkurransen) og den rett som får anvendelse på kontrakten. Anvendelsen av direktivet på første fase (dvs. anbudskonkurransen) er slett ikke til hinder for at lokal rett kan få hel eller delvis anvendelse på den tildelte kontrakt og oppfyllelsen av den. På denne måte mener Kommisjonen at det ikke ville bli behov for «mellomløsninger».

127. Når det gjelder spørsmålet om direktivet får anvendelse på anskaffelser som foretas av EØS-medlemsstaters utenriksstasjoner i tredjeland, peker Kommisjonen på at direktivet ble innlemmet i EØS-avtalen uten bestemte tilpasninger knyttet til direktivets sentrale bestemmelser. Kommisjonen anser at det ikke er noe i EØS-avtalen som tyder på at direktivet skal anvendes på en annen måte i EUs medlemsstater enn i EFTA-statene. Derfor er Kommisjonen av den oppfatning at de betraktninger som er skissert i det ovenstående med hensyn til direktivets anvendelse av EU-medlemsstatenes ambassader i tredjeland, også er relevant for direktivets anvendelse i EFTA-statene.

128. Kommisjonen gjør gjeldende at det følger av nr. 2 under Sektorvis tilpasning i vedlegg XVI til EØS-avtalen at det er Kontoret for Den europeiske unions offisielle publikasjoner som offentliggjør kunngjøringer fra EØS-statene i TED-databasen og S-serien. Det er ikke forutsett noen spesielle regler knyttet til kunngjøringer fra EØS-statene.

129. Når det gjelder EØS artikkel 126, er Kommisjonen av den oppfatning at vurderingen av «territorialitet» etter denne bestemmelse ikke kan begrense seg utelukkende til en vurdering av den offentlige oppdragsgivers sete. Den offentlige oppdragsgivers sete er bare ett av mange momenter i vurderingen. Videre anser Kommisjonen at det ville være kunstig om man ved vurdering av anvendelsen av anskaffelsesregelverket vektla kun dette ene moment. Man bør ta i betraktning direktivets sentrale forpliktelse, som også er et tema i den foreliggende sak, nemlig den påkrevde kunngjøring av anbudet i TED-databasen, finner sted i EØS. Videre, og kanskje enda viktigere, er at de offentlige midler, hvis mest effektive utnyttelse direktivet søker å sikre,³⁹ og hvis bruk er et tema i den foreliggende sak, fremskaffes og forvaltes i EØS. Endelig er en ambassade, som offentlig oppdragsgiver, en integrert del av den norske stat, dvs. Utenriksdepartementet, som ligger på norsk territorium og er fullt ut underlagt direktivet. Kommisjonen anser at disse momenter blir de viktigste i vurderingen av territorialitet, og gjør det klart at anvendelsen av direktivet på anskaffelser som foretas av EØS-staters utenriksstasjoner i tredjeland, er forenlig med EØS artikkel 126.

130. Kommisjonen anfører at den norske stat synes å innføre et nytt kriterium for vurderingen av om en kontrakt er en «offentlig kontrakt» etter direktivet, når den hevder

³⁹ Det vises til direktivet betraktning 2.

at hovedregelen i alle anskaffelser som foretas av utenriksstasjoner, er at det er den lokale forbindelse som er den dominerende. Kommisjonen anser at den aktuelle kontrakt er en kontrakt gjennom hvilken den norske ambassade i Luanda søker å oppnå visse mål som selv om de har tilknytning til menneskerettighetssituasjonen i Angola, også er i offentlighetens interesse i Norge. I denne sammenheng peker Kommisjonen på at tjenestene som skal kjøpes under kontrakten, er tjenester knyttet til oppgaver den norske ambassade i Luanda selv ellers ville måtte utføre for å kunne nå disse mål. Dermed er kontrakten av direkte økonomisk nytte for den norske ambassade i Luanda, som den aktuelle offentlige oppdragsgiver, og de omstendigheter den norske stat peker på, som det forhold at det ikke finner sted noen fysiske leveranser til Utenriksdepartementet, påvirker ikke denne konklusjon. Kommisjonen gjør gjeldende at hvis disse forhold anses som relevante for vurderingen av om en kontrakt omfattes av direktivets virkeområde, risikerer man å undergrave begrepet «offentlig kontrakt» slik dette er definert i direktivet og relevant rettspraksis.

131. Kommisjonen peker på at det forhold i den foreliggende sak at anbudet var kunngjort av den norske ambassade i Luanda i den norske anskaffelsesdatabase Doffin, og at alle deltakende tilbydere ser ut til å være registrert i Norge, synes å tyde på at den aktuelle anskaffelse hadde en ganske sterk forbindelse til Norge. Selv om kriteriet om anskaffelsens tilknytningsgrad til EØS-staten skulle ha noen betydning, ville dette kriterium klart være oppfylt i den foreliggende sak.

132. Kommisjonen gjør videre gjeldende at hvis anskaffelsens gjenstand var slik at ambassaden uansett anså det som hensiktsmessig å kunngjøre anbudet i Doffin, synes det ikke å være noen faktisk grunn til hvorfor samme gjenstand ikke kunne ha blitt kunngjort i samsvar med direktivet i TED-tillegget til Den europeiske unions tidende.

133. Kommisjonen anmoder EFTA-domstolen om å besvare spørsmålet på følgende måte:

Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp kommer til anvendelse på anskaffelser foretatt av en EØS-stats utenriksstasjon i et tredjeland utenfor EØS.

Páll Hreinsson
Saksforberedende dommer