

UTREDNING AV DET RETTSLIGE HANDLINGSROMMET  
FOR REGULERING AV OFFENTLIGE ANSKAFFELSER  
UNDER EØS-TERSKELVERDI

Av Simen Hammersvik

17. februar 2023

## Innhold

1.	Innledning.....	2
2.	EØS-rettslige skranker ved anskaffelser under terskelverdi .....	2
2.1.	Oversikt.....	2
2.2.	Anvendelsen av EØS-avtalens hoveddel .....	3
2.2.1.	Når er det aktuelt å anvende reglene om fri bevegelse? .....	3
2.2.2.	Krav til kontraktens grensekryssende interesse.....	4
2.2.3.	Begrensninger i anvendelsesområdet.....	9
2.3.	Grunnleggende mål og prinsipper .....	10
2.3.1.	Mål som forfølges.....	10
2.3.2.	Grunnleggende prinsipper.....	10
2.3.3.	Sekundærrett som uttrykk for grunnprinsipper? .....	13
2.4.	Krav om publisitet .....	14
2.4.1.	Er det kunngjøringsplikt?.....	14
2.4.2.	Hvordan kan kravet til publisitet oppfylles?.....	18
2.4.3.	Unntak fra kravet til publisitet .....	19
2.5.	Reglene for konkurransen må fastsettes i forkant.....	19
2.5.1.	Forhåndsbestemte regler .....	19
2.5.2.	Krav til deltakelse i konkurransen .....	20
2.5.3.	Krav til tilbudet .....	23
2.5.4.	Tildelingskriterier.....	24
2.6.	Konkurransens regler må følges.....	28
2.6.1.	Tildelingsprosedyre .....	28
2.6.2.	Deltakelse i konkurransen .....	29
2.6.3.	Tildeling og avslutning av konkurransen .....	30
2.7.	Forbud mot vesentlige endringer av inngått kontrakt.....	32
2.8.	Håndheving.....	33
2.8.1.	Grunnprinsipper om håndheving .....	33
2.8.2.	Adgang til domstolsprøving.....	34
2.8.3.	Adgang til rettsmidler.....	35
2.9.	Gjennomføring i nasjonal rett .....	39
3.	Nasjonale skranker ved offentlige anskaffelser .....	43
3.1.	Privatrettslige skranker .....	43
3.2.	Offentligrettslige skranker.....	44

## 1. Innledning

I forbindelse med at det oppnevnte lovutvalget skal gjennomgå og foreslå revideringer i regelverket for offentlige anskaffelser, er jeg bedt om å utrede det rettslige handlingsrommet for å fastsette nasjonale regler om offentlige anskaffelser utenfor anskaffelsesdirektivenes virkeområde.

Det følger av EØS-avtalen art. 65 (1) at vedlegg XVI inneholder særlige bestemmelser og ordninger for offentlige innkjøp. I vedlegget er de tre någjeldende direktivene om offentlige innkjøp inntatt. Dette er direktiv 2014/24/EU om offentlige innkjøp, direktiv 2014/25/EU om innkjøp i forsyningssektoren og direktiv 2014/23 EU om konsesjonskontrakter. Anskaffelser som omfattes av disse skal vurderes etter direktivene, og ikke etter reglene om fri bevegelighet. Direktivene har til felles at de bare kommer til anvendelse på innkjøpskontrakter over angitte terskelverdier, men det har i lang tid vært sikker rett at kontrakter som faller utenfor direktivenes anvendelsesområde fortsatt kan være omfattet av reglene om fri bevegelighet i EØS-avtalens hoveddel. De aktuelle reglene i EØS-avtalens hoveddel er bestemmelsene om varer i art. 8 flg., tjenester i art. 36, etablering i art. 31, og dessuten det generelle forbudet mot ikke-diskriminering i art. 4.

Direktivene er gjennomført i norsk rett ved lov og forskrifter om offentlige anskaffelser, og der det også er gitt regler om anskaffelser under EØS-terskelverdi. Det nasjonale regelverket kommer til anvendelse på alle offentlige innkjøp av varer, tjenester, bygge- og anleggskontrakter samt konsesjonskontrakter hvis verdi er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. mva.<sup>1</sup> I anskaffelsesforskriften er det gitt egne prosedyreregler for kontrakter under EØS-terskelverdi, men over nasjonal terskelverdi. Kontrakter under nasjonal terskelverdi er regulert av de grunnleggende reglene i forskriftens del I, i tillegg til lovens mål og prinsipper. I konsesjonskontraktforskriften og forsyningsforskriften er kontrakter under EØS-terskelverdi regulert av forskriftenes generelle del i tillegg til lovens mål og prinsipper.

Jeg er *for det første* bedt om å vurdere hvilke krav EØS-avtalen stiller til anskaffelser under EØS-terskelverdi. Dette vil jeg behandle i punkt 2. *For det andre* er jeg bedt om å vurdere hvilke krav alminnelig norsk forvaltningsrett stiller til anskaffelser under EØS-terskelverdi. Dette vil jeg behandle i punkt 3, der også privatrettslige regler behandles.

## 2. EØS-rettslige skranker ved anskaffelser under terskelverdi

### 2.1. Oversikt

Som nevnt innledningsvis har det i lang tid vært sikker rett at offentlige innkjøp som faller utenfor direktivene, fortsatt kan være underlagt reglene om fri bevegelighet. Det er flere tidlige eksempler

---

<sup>1</sup> Lov om offentlige anskaffelser § 2.

på at EU-domstolen anvender den *negative* plikten om ikke-diskriminering på kontrakter som faller utenfor direktivene.<sup>2</sup> I sak C-324/98 *Teleaustria* gikk EU-domstolen et skritt lenger da den fra prinsippet om ikke-diskriminering utledet et prinsipp om gjennomsiktighet. I det ligger en *positiv* plikt til å sikre passende grad av publisitet for kontrakter utenfor anskaffelsesdirektivenes anvendelsesområde. På grunnlag av primærrettens grunnleggende prinsipper har EU-domstolen oppstilt flere krav som må oppfylles ved offentlige innkjøp, og dette er temaet i det følgende.

Etter alminnelig EØS-rettslig metode må først EU-rettens krav fastlegges, og deretter må det vurderes i hvilken grad den EU-rettslige løsningen er overførbar til EØS-retten. Når det kommer til anvendelsen av reglene om fri bevegelse på kontrakter som faller innenfor EØS-avtalens saklige virkeområde, viser EFTA-domstolens praksis at løsningen blir den samme i EØS-retten som i EU-retten.<sup>3</sup>

I punkt 2.2 vil jeg først behandle spørsmål om når EØS-avtalens hoveddel kommer til anvendelse, og da særlig kravet til at kontrakten må ha grensekryssende interesse. I punkt 2.3 vil jeg gi en oversikt over grunnleggende mål og prinsipper som er styrende for hvilke plikter som påligger EØS-statene, og der jeg også vil behandle forholdet mellom kravene som følger av reglene om fri bevegelse og kravene som følger av direktivene. I punkt 2.4 vil jeg behandle gjennomsiktighetsprinsippets krav til publisitet, og særlig drøfte spørsmålet om det er kunngjøringsplikt for kontrakter under terskelverdi. I punkt 2.5 vil jeg behandle spørsmål om hvilke regler oppdragsgiver må fastsette i forkant, før punkt 2.6 behandler spørsmål om gjennomføringen av konkurransen. I punkt 2.7 vil jeg behandle læren om vesentlige endringer, før håndheving drøftes i punkt 2.8. I punkt 2.9 vil jeg se nærmere på spørsmål om gjennomføring av EØS-rettens krav i norsk rett, og der jeg vil sammenfatte konklusjonene og adressere flere av de konkrete spørsmålene som er reist.

## 2.2. Anvendelsen av EØS-avtalens hoveddel

### 2.2.1. Når er det aktuelt å anvende reglene om fri bevegelse?

Før direktivpakken fra 2014 var det tre kategorier innkjøpskontrakter som ble vurdert etter reglene om fri bevegelse. Den første kategorien er *tjenestekonsesjoner*, som EU-domstolen i sak C-324/98 *Teleaustria* fant falt utenfor dagjeldende direktiver. Dette ble begrunnet med forhistorien til dagjeldende sekundærrett, som viste at Rådet hadde fjernet et forslag fra Kommisjonen om at tjenestekonsesjonskontrakter skulle være omfattet av direktivene fordi det var betydelige ulikheter mellom medlemsstatene på dette punkt. Konsesjonskontrakter kan imidlertid være av stor økonomisk verdi, og av betydelig interesse for tilbydere i andre medlemsstater. I *Teleaustria* sa EU-domstolen at slike kontrakter kunne være omfattet av reglene om fri bevegelse, og da også

---

<sup>2</sup> Se for eksempel sak 45/87 *Kommisjonen mot Irland*.

<sup>3</sup> Sak E-5/98 *Fagtun* og sak E-24/13 *Wolfgang Egger*.

prinsippet om gjennomsiktighet, og hvor det senere ble presisert at anvendelsen av primærretten forutsetter at kontrakten har grensekryssende interesse. Tjenestekonsesjoner er nå regulert av direktiv 2014/23/EU, og spørsmålet om anvendelse av reglene om fri bevegelighet vil dermed bare oppstå for kontrakter under EØS-terskelverdi.

Den andre kategorien av kontrakter er *uprioriterte tjenester*, som etter tidligere sekundærrett bare var underlagt et fåtall krav i direktivene. Dette var begrunnet med at disse tjenestene hadde en særlig karakter som gjorde at de ikke hadde tilstrekkelig grensekryssende interesse til at direktivenes krav skulle gjelde fullt ut. EU-domstolen fant i sak C-231/03 *Coname* at uprioriterte tjenester likevel kunne være omfattet av reglene om fri bevegelighet hvis kontrakten i saken hadde en grensekryssende interesse. Skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester ble imidlertid forlatt ved direktivpakken av 2014.<sup>4</sup>

Den tredje kategorien av kontrakter er anskaffelser *under EØS-terskelverdi*. Slike kontrakter faller i sin helhet utenfor direktivenes regulering fordi lovgiver har ment at de ikke har tilstrekkelig grensekryssende interesse til at sekundærretten skal komme til anvendelse. Som nevnt har imidlertid EU-domstolen konkludert med at også slike kontrakter kan være omfattet av reglene om fri bevegelighet hvis kontrakten i saken er av grensekryssende interesse. Dette er fortsatt et relevant typetilfelle.<sup>5</sup>

Det følger forutsetningsvis av rettspraksis som anvender reglene om fri bevegelighet for anskaffelseskontrakter at offentlige myndigheter og offentligrettslige organer er pliktsubjekter etter primærretten.<sup>6</sup> I sak C-91/08 *Wall* bekreftet EU-domstolen at virksomheter som er underlagt offentlig kontroll, men som ikke befinner seg i en konkurransesituasjon på markedet, vil være bundet av reglene om fri bevegelighet.<sup>7</sup>

### 2.2.2. Krav til kontraktens grensekryssende interesse

Anvendelsen av reglene om fri bevegelighet forutsetter i alminnelighet at det finnes et grensekryssende element i saken, og rene interne situasjoner faller dermed utenfor reglenes anvendelsesområde.<sup>8</sup> De første sakene om anvendelse av primærretten i anskaffelsessaker gjaldt

---

<sup>4</sup> Men da i bytte mot det såkalt myke regimet som er langt mer fleksibelt og på linje med kravene som følger av reglene om fri bevegelighet, se også sak C-436/20 *ASADE*.

<sup>5</sup> Merk også at EU-domstolen i sak C-410/14 *Dr. Falk Pharma* og sak C-9/17 *Tirkkonen* har lagt til grunn at åpne innkjøpsordninger der det ikke skjer en tildeling på grunnlag av tildelingskriterier, faller utenfor direktivene uansett verdi. Slike ordninger vil ifølge EU-domstolen fortsatt være underlagt primærrettens krav. Tilsvarende gjelder primærrettens grunnprinsipper for nasjonale tillatelseskra, se sak C-203/08 *Sporting Exchange* avsnitt 46 flg.

<sup>6</sup> Se også sak 6/05 *Medipac* avsnitt 33 og sak E-5/98 *Fagtun*.

<sup>7</sup> Sak C-91/08 *Wall* avsnitt 49.

<sup>8</sup> Under anskaffelsesdirektivene gjelder det til sammenligning ingen krav om grensekryssende interesse, se sak C-411/00 *Felix Swoboda* avsnitt 33 og sak C-213/07 *Michaniki* avsnitt 29.

som nevnt negative plikter om ikke-diskriminering, og her ble det ikke sagt noe om krav til grensekryssende element.<sup>9</sup> Spørsmålet ble først reist i sak C-108/98 *RI.SAN*, der både oppdragsgiver, konsesjonær og klager var hjemmehørende i Italia. EU-domstolen konkluderte med at dagjeldende art. 55 EF ikke kom til anvendelse fordi det var tale om en ren intern situasjon.<sup>10</sup>

I sak C-324/98 *Teleaustria* ble publisitetskravet etablert under reglene om fri bevegelse, men uten at det ble sagt noe om grensekryssende element. Det er først i storkammersak C-231/03 *Coname* at EU-domstolen går inn på dette ved å forutsette at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet gjelder for kontrakter som «*may...be of interest to an undertaking located in a Member State other than the Member State of [oppdragsgiver]*».<sup>11</sup> I sak C-458/03 *Parking Brixen* var det anført at reglene om fri bevegelse ikke kom til anvendelse fordi det var tale om en ren intern situasjon ved at både oppdragsgiver, konsesjonær og klager var hjemmehørende i Italia. Anførselen ble ikke tatt til følge fordi det fortsatt kunne være mulig at tilbydere i andre medlemsstater var interessert i å bli tildelt kontrakten. Tilnærmingen i *RI.SAN* var dermed forlatt.<sup>12</sup>

I *Coname* og *Parking Brixen* sies det lite om hva som er vurderingstema ved spørsmålet om kontrakten er av grensekryssende interesse. I storkammersak C-507/03 *Kommisjonen mot Irland*, formulerte EU-domstolen det som i hovedsak har vært formulert som rettssetningen i etterfølgende saker: Reglene om fri bevegelse kommer bare til anvendelse på kontrakter «*of certain interest to an undertaking located in a different Member State to that of the relevant contracting authority.*»<sup>13</sup> Formuleringen «*certain cross-border interest*» er stort sett benyttet av EU-domstolen i ettertid. Praksis er imidlertid ikke helt konsekvent da det er eksempler på at formuleringer som «*may be of interest*» er brukt uten tillegget «*certain*», men det er ikke grunn til å anta at EU-domstolen dermed har ment å oppstille en lempeligere terskel enn det som følger av flertallet av avgjørelsene.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup> Det er i juridisk teori diskutert om anvendelsen av det generelle ikke-diskrimineringsforbudet forutsetter grensekryssende interesse. Arrowsmith i *The Law of Public and Utilities Procurement Volume I* (2014) s. 245 tar EU-domstolens avgjørelse i forente saker C-147/06 og C-148/06 *SECAP* til inntekt for at det også for anvendelsen av dette forbudet gjelder et krav om grensekryssende interesse, mens Risvig Hansen synes å være av en annen oppfatning i *Contracts not covered or not fully covered by the Public Sector Directive* (2012) s. 60.

<sup>10</sup> Sak C-108/98 *RI.SAN* avsnitt 23.

<sup>11</sup> Sak C-231/03 *Coname* avsnitt 17.

<sup>12</sup> Se også sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 46 om at anvendelsen av fri bevegelse i en intern situasjon forutsetter at kontrakten har grensekryssende interesse.

<sup>13</sup> Sak C-507/03 *Kommisjonen mot Irland* avsnitt 32 (min utheving i brødteksten).

<sup>14</sup> Se f.eks. sak C-91/08 *Wall* avsnitt 35 hvor det heter «*may be of interest*», men da med henvisning til blant annet sak C-507/03 *Kommisjonen mot Irland* avsnitt 29 og sak C-412/04 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 66, som begge bruker begrepet «*certain*».

Begrepet «certain» kan ha ulikt meningsinnhold, men når begrepet leses i kontekst fremstår det som et kvalifiserende element. I svenske språkversjoner er det til sammenligning brukt begrepet «bestämt», mens formuleringen som går igjen i danske språkversjoner er «klar» grensekryssende interesse, og dette begrepet er også brukt i udbudsloven.<sup>15</sup> Også praksis viser at det er et kvalifiserende element. I for eksempel sak C-507/03 *Kommisjonen mot Irland* ble Irland frifunnet for traktatbrudd fordi Kommisjonen ikke hadde godtgjort at kontrakten i saken var av grensekryssende interesse. Kommisjonen kunne ikke basere seg på en presumsjon om at kontrakten var av grensekryssende interesse, og det var ikke tilstrekkelig kun å vise til at det var inngitt klage på oppdragsgivers tildeling.<sup>16</sup> I sak C-65/17 *Oftalma Hospital* heter det:

«[a] conclusion that there is certain cross-border interest **cannot be inferred hypothetically from certain factors which, considered in the abstract, could constitute evidence to that effect, but must be the positive outcome of a specific assessment of the circumstances of the contract at issue in the main proceedings.** This means that it cannot be held that certain cross-border interest is established on the basis of factors that do not rule out its existence, but that such an interest must be considered as having been established when **its cross-border nature is proved on the basis of objective and consistent factors**» (min utheving).<sup>17</sup>

Om kontrakten er av grensekryssende interesse er altså en bevisvurdering, der det må foreligge objektive og konsistente holdepunkter for at kontrakten kan være av interesse for tilbydere i en annen EØS-stat. Samtidig har ikke EU-domstolen sagt at det må være klar sannsynlighetsovervekt for at kontrakten er av grensekryssende interesse, men kravet til objektive og konsistente faktorer tilsier at det må være sannsynlig at tilbydere i andre EØS-stater kan være interessert i kontrakten. Dette må igjen bero på en konkret helhetsvurdering av samtlige relevante forhold, men der EU-domstolen siden forente saker C-147/06 og 148/06 *SECAP* har gjentatt at det særlig skal ses hen til kontraktens *verdi* i kombinasjon med kontraktens *spesifikke egenskaper og oppfyllelsessted*.<sup>18</sup>

Som nevnt faller kontrakter under terskelverdi utenfor anskaffelsesdirektivene fordi lovgiver har ment at de ikke har tilstrekkelig grensekryssende interesse til at sekundærrettens regime skal gjelde. Kontraktens verdi kan derfor ikke alene begrunne en grensekryssende interesse.<sup>19</sup> Samtidig har EU-

---

<sup>15</sup> Jf. udbudsloven § 191. Merk at det er eksempler på at begrepet «vis» er brukt i danske oversettelser, f.eks. i sak C-42/13 *Cartiera dell 'Adda* avsnitt 47, men det er lagt til grunn at det er en oversettelsesfeil, jf. kjennelse fra Klagenævnet for udbud i *Esbjerg Maritime Services mot Den Kommunale Selstyrehsavn Esbjerg Havn*.

<sup>16</sup> Sak C-507/03 *Kommisjonen mot Irland* avsnitt 33 – 36.

<sup>17</sup> Sak C-65/17 *Oftalma Hospital* avsnitt 39.

<sup>18</sup> Forente saker C-147/06 og 148/06 *SECAP* avsnitt 24.

<sup>19</sup> EU-domstolen har også i forbindelse med konsesjonskontrakter sagt at høy verdi ikke i seg selv kan begrunne at kontrakten er av grensekryssende interesse, men likevel har en høy verdi trukket i retning av at

domstolen i flere saker der grensekryssende interesse vurderes vektlagt om kontraktsverdien er tett under terskelverdi, men verdien ses alltid i sammenheng med andre objektive momenter. Dette illustreres av sak C-298/15 *Borta*, der det skulle bygges i en av de store havnene i Baltikum, Klaipėda havn. Kontraktsverdien var om lag 8 % under terskelverdi, men krevde store tekniske ferdigheter.<sup>20</sup> EU-domstolen sa at den relativt høye verdien sammen med havnens strategiske betydning og at utenlandske tilbydere hadde inngitt tilbud, gjorde at den var av grensekryssende interesse.<sup>21</sup>

I *Coname* sa EU-domstolen at virkningene for reglene om fri bevegelighet kan være for indirekte og usikre hvis kontrakten har «*a very modest economic interest*».<sup>22</sup> Likevel er det flere saker som viser at også kontrakter betydelig under terskelverdi kan være av grensekryssende interesse. Dette kan være særlig aktuelt for mer generiske varer og fjernleverbare tjenester. Det første illustreres av sak C-278/14 *Enterprise Focused Solutions*, som gjaldt innkjøp av IT-systemer og utstyr. Kontraktsverdien var om lag en fjerdedel av terskelverdien, men EU-domstolen fant at kontrakten likevel kunne være av grensekryssende interesse fordi den gjaldt «*the supply of computing systems and equipment with the reference processor being that of an international brand*».<sup>23</sup> Et eksempel på fjernleverbare tjenester er sak C-699/17 *Allianz Vorsorgekasse*, som gjaldt en kontrakt om en form for fondsforvaltning. Kontraktsverdien var her riktignok høyere enn i *Enterprise Focused Solutions*,<sup>24</sup> men ved vurderingen av grensekryssende interesse vektla EU-domstolen også at det ikke var noe krav om fysiske tilstedeværelse av medarbeidere eller utstyr i oppdragsgivers stat, slik at ytelsene kunne presteres fra leverandørens hjemstat.<sup>25</sup>

For generiske varer og fjernleverbare ytelser vil det kunne være et større europeisk marked, og da kan også kontrakter godt under terskelverdi ha grensekryssende interesse. For kontrakter hvor oppfyllelsen hovedsakelig må skje i oppdragsgivers hjemstat, vil det derimot ofte mangle grensekryssende interesse hvis kontraktsverdien er godt under terskelverdi. Dette fordi utenlandske leverandører i større grad vil møte på konkurranseulempen som økte transportkostnader, språkutfordringer og ukjent regulatorisk farvann. Illustrerende i så måte er sak C-318/15 *Tecnoedi*, som gjaldt en bygge- og anleggskontrakt med en verdi på en femtedel av terskelverdi, og der oppfylleelsesstedet lå 200 kilometer fra grensen til en annen medlemsstat. EU-domstolen sa at dette

---

kontrakten er av interesse for tilbydere i andre medlemsstater, se sak C-160/08 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 18, 54 og 123, sak C-65/17 *Oftalma Hospital* avsnitt 41 og sak C-115/14 *Regio Post* avsnitt 51.

<sup>20</sup> Se verdien i forslag til avgjørelse i sak C-298/15 *Borta* avsnitt 28, og generaladvokatens vurdering av grensekryssende interesse i avsnitt 37.

<sup>21</sup> Sak C-298/15 *Borta* avsnitt 45.

<sup>22</sup> Sak C-231/03 *Coname* avsnitt 20.

<sup>23</sup> Sak C-278/14 *Enterprise Focused Solutions* avsnitt 21.

<sup>24</sup> Om lag 85 % av terskelverdi, noe EU-domstolen mente lå nært opp til terskelverdiene, jf. avsnitt 51.

<sup>25</sup> Sak C-699/17 *Allianz Vorsorgekasse* avsnitt 50 – 52.



var klart utilstrekkelig til å vise en grensekryssende interesse, særlig når utenlandske tilbydere også møter byrder som «[the] *obligation to adapt to the legal and administrative framework of the Member State of where the work is to be carried out, as well as to language requirements*».<sup>26</sup>

Med henvisning til *Tecnoedi* har EU-domstolen de siste årene avvist flere foreleggelsler om tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter av betydelig lavere verdi enn EØS-terskelverdi, med den begrunnelse at det ikke er godtgjort at kontrakten har grensekryssende interesse.<sup>27</sup> Dette kan imidlertid stille seg annerledes der kontrakten skal oppfylles nær grensen til en annen medlemsstat. I så fall kan tilbydere på den andre siden av grensen inngå i lokalmarkedet, og der tilbydere fra begge land stilles rimelig likt med hensyn til transportkostnader, og i en del tilfeller vil nok også språk og regulatoriske forhold være mer gjenkjennelig mellom naboland. Illustrerende her er *SECAP*, der EU-domstolen først sier at det i prinsippet kan gis nasjonale terskelverdier som utelukker en grensekryssende interesse hvis kontrakten er av meget begrenset økonomisk betydning, men der det så heter:

*«However, in certain cases, account must be taken of the fact that the borders straddle conurbations which are situated in the territory of different Member States and that, in those circumstances, even low-value contracts may be of certain cross-border interest.»*<sup>28</sup>

Følgelig vil kontrakter med relativ lav verdi kunne ha grensekryssende interesse også av den grunn at oppfyllelsen finner sted i grenseområder. Dette er aktuelt for kommuner i Norge som grenser mot Sverige, der det også i mindre grad vil være språkutfordringer. Tilsvarende kan gjelde for kommuner som grenser mot Finland, selv om språkutfordringene her antakelig kan være noe større enn for svenske tilbydere. Uansett skal det mindre til før kontrakter med oppfyllelsessted langs riksgrensen i øst er av grensekryssende interesse, sammenlignet med kontrakter som skal oppfylles lengre fra grensen.

Det fremgår av *SECAP* at det i prinsippet er opp til oppdragsgiver å gjøre vurderingen av om kontrakten har grensekryssende interesse.<sup>29</sup> I tillegg til ovennevnte tre momenter, vil også faktorer som markedsstrukturer og kommersielle praksiser i bransjen være relevante i vurderingen.<sup>30</sup> I flere

---

<sup>26</sup> Sak C-318/15 *Tecnoedi* avsnitt 25.

<sup>27</sup> Sak C-214/15 *Sa Machado & Filhos*, sak C-110/16 *Costruzione*, sak C-486/17 *Olympus Italia*, sak C-353/18 SC *Beny Alex*, sak C-170/20 SC *Novart Engineering*.

<sup>28</sup> Forente saker C-147/06 og C-418/06 *SECAP* avsnitt 31.

<sup>29</sup> Forente saker C-147/06 og 148/06 *SECAP* avsnitt 30.

<sup>30</sup> Commission Interpretation Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provisions of the public procurement (2006/C 179/02) (heretter referert 8ils om «Kommisjonens tolkningsuttalelse») pkt. 1.3.

av språkversjonene står det at oppdragsgiver må gjøre vurderingen av om kontrakten har grensekryssende interesse «før den fastsetter betingelserne i udbudsbekendtgørelsen».<sup>31</sup>

Oppdragsgivers vurdering må kunne prøves for domstolene. I sak C-65/17 *Oftalma Hospital* heter det at nasjonale domstoler som klar hovedregel skal vurdere spørsmålet om grensekryssende interesse ut fra «the date on which the contract at issue in the main proceedings was awarded».<sup>32</sup> Nasjonale domstoler må ved spørsmålet om kontrakten har grensekryssende interesse gjøre en inngående vurdering av alle relevante omstendigheter, herunder av de tre ovennevnte momentene etablert i *SECAP*, men hvor det også kan ses hen til momenter som i tid ligger etter oppdragsgivers vurdering. Et relevant moment fra rettspraksis er om oppdragsgiver har kunngjort anskaffelsen på europeisk nivå, typisk ved en frivillig kunngjøring i TED.<sup>33</sup> Et annet relevant moment er om leverandører fra andre EØS-stater har meldt interesse,<sup>34</sup> men motsatt er det ikke avgjørende at utenlandske leverandører ikke har meldt interesse.<sup>35</sup> At det er inngitt klager av utenlandske leverandører er ikke et avgjørende moment,<sup>36</sup> men det er et relevant moment så lenge klagen er reelle og ikke fiktive.<sup>37</sup>

### 2.2.3. Begrensninger i anvendelsesområdet

Selv om kontrakter som klart har grensekryssende interesse i utgangspunktet fanges av reglene om fri bevegelighet, er det flere regler som begrenser anvendelsen av disse. For det første gjelder begrensningene i *EØS-avtalens hoveddel*. For varer finner vi art. 8 (3), som sier at avtalen bare får anvendelse for varer oppført i varenomenklaturen eller i protokoll 3, med mindre annet er særskilt angitt.<sup>38</sup> For tjenester er det i art. 32 gjort unntak fra etablerings- og tjenestereguleringene for virksomhet

---

<sup>31</sup> Se avsnitt 30 i forente saker C-147/06 og 418/06 *SECAP* i dansk språkversjon, og svensk og fransk språkversjon som er i samme vendinger, mens i den engelske språkversjonen er dette om tidspunktet for oppdragsgivers vurdering ikke fanget opp.

<sup>32</sup> Sak C-65/17 *Oftalma Hospital* avsnitt 37-38.

<sup>33</sup> Se for eksempel sak C-91/08 *Wall* avsnitt 35, sak C-226/09 *Kommisjonen mot Irland* avsnitt 33 og sak C-95/10 *Strong Segurenca* avsnitt 38. Dette kan også være et utslag av at oppdragsgivers egen vurdering av om kontrakten er av grensekryssende interesse synes relevant for den nasjonale domstols vurdering, se sak C-336/12 *Manova* avsnitt 27.

<sup>34</sup> Se for eksempel sak C-226/09 *Kommisjonen mot Irland* avsnitt 33 og sak C-298/15 *Borta* avsnitt 45.

<sup>35</sup> Sak C-212/12 *Belgacom* avsnitt 31.

<sup>36</sup> Sak 507/03 *Kommisjonen mot Irland* avsnitt 34 og sak C-119/06 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 66.

<sup>37</sup> Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 49, sak C-65/17 *Oftalma Hospital* avsnitt 40 og sak C-318/15 *Tecnoedi* avsnitt 20.

<sup>38</sup> Dette har ikke norske myndigheter utnyttet i gjeldende anskaffelsesregelverk som kommer til anvendelse på alle varekontrakter som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. mva., jf. lov om offentlige anskaffelser § 2.

som enn bare leilighetsvis innebærer utøvelse av offentlig myndighet.<sup>39</sup> Etter EØS-avtalen art. 123 er det gjort begrensninger ved blant annet handel med varer til forsvarsformål.

For det andre finnes det flere regler i *anskaffelsesdirektivene* som unntar særlige kontrakter fra direktivenes anvendelsesområde.<sup>40</sup> Disse reglene er begrunnet i anskaffelsens art eller særlige hensyn, slik som en del advokattjenester, kjøp og leie av fast eiendom eller ansettelseskontrakter. EU-domstolen har ikke sagt at oppdragsgiver for slike anskaffelser likevel kan være bundet av reglene om fri bevegelighet. Dermed vil kontrakter som kan unntas etter spesifikke unntaksregler i direktivene, også kunne unntas fra reglene om fri bevegelighet.

## 2.3. Grunnleggende mål og prinsipper

### 2.3.1. Mål som forfølges

EU-domstolen har sagt at det er to mål som forfølges når primærretten anvendes på kontrakter av klar grensekryssende interesse. Det første målet er å sikre fri bevegelighet, og det andre målet er «*the opening up of undistorted competition in all the Member States.*»<sup>41</sup> Til å forfølge disse målene er det utviklet noen grunnprinsipper som ikke er mål i seg selv, men som må forstås og anvendes i lys av målene som forfølges.<sup>42</sup> Dette er først og fremst prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet. Jeg vil i det følgende gi en oversikt over grunnprinsippene her i punkt 2.3, før jeg kommer tilbake til utslagene de får gjennom anskaffelsesprosessen i punkt 2.4 til punkt 2.7.

### 2.3.2. Grunnleggende prinsipper

Reglene om fri bevegelighet oppstiller forbud mot direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunnlag av nasjonalitet.<sup>43</sup> Det kan derfor ikke stilles nasjonalitetsbestemte krav, eller krav som har til virkning at nasjonale leverandører favoriseres. Også nasjonalitetsnøytrale tiltak kan være forbudt hvis de gjør det mindre attraktivt eller vanskeliggjør utøvelsen av tjeneste- og etableringsfriheten.<sup>44</sup> Tilsvarende forbyr varefriheten tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative restriksjoner.<sup>45</sup>

---

<sup>39</sup> Se for eksempel sak C-264/03 *Kommisjonen mot Frankrike* avsnitt 34 flg. og sak C-160/08 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 74.

<sup>40</sup> Se f.eks. direktiv 2014/24/EU art. 10.

<sup>41</sup> Sak C-336/12 *Manova* avsnitt 28. Et tilsvarende todelt mål er lagt til grunn for anskaffelsesdirektivene, se blant annet sak C-454/06 *Presstext* avsnitt 31.

<sup>42</sup> Sak C-336/12 *Manova* avsnitt 29.

<sup>43</sup> Se også art. 4 EØS, men som har en subsidiær karakter ved at den ikke anvendes når reglene om fri bevegelighet kommer til anvendelse, jf. sak C-91/08 *Wall* avsnitt 32.

<sup>44</sup> Sak C-376/08 *Serrantoni* avsnitt 41 og sak C-358/12 *Consortio Stabile* avsnitt 28.

<sup>45</sup> Sak C-296/15 *Medianus* avsnitt 64 og 78 flg.

Et spørsmål som har vært diskutert er om reglene om fri bevegelighet også inneholder et generelt prinsipp om likebehandling av leverandører.<sup>46</sup> I de tidligste sakene om anvendelsen av primærrettens negative plikter fokuserte EU-domstolen på ikke-diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, uten at det ble sagt noe om et generelt prinsipp om likebehandling.<sup>47</sup> I sak C-458/03 *Parking Brixen* gikk EU-domstolen et skritt lenger når den slo fast at reglene om fri bevegelighet av tjenester og etablering krever «*equal treatment of tenderers [...] even in the absence of discrimination on grounds of nationality*».<sup>48</sup>

At reglene om fri bevegelighet inneholder et generelt likebehandlingsprinsipp ble gjentatt av EU-domstolen i dommer som kom i kjølvannet av *Parking Brixen*.<sup>49</sup> Men det finnes også en avvikende avgjørelse i sak C-412/04 *Kommisjonen mot Italia*, der det heter at verken tjeneste- eller etableringsfriheten inneholder et generelt likebehandlingsprinsipp, men er begrenset til et forbud mot nasjonalitetsbestemt diskriminering.<sup>50</sup> Denne uttalelsen er vanskelig å forene med *Parking Brixen*, og i etterfølgende saker er det uansett gjentatt en rekke ganger at reglene om fri bevegelighet oppstiller et generelt likebehandlingsprinsipp. Et illustrerende eksempel er sak C-376/08 *Serrantoni*, der EU-domstolen sa at en utelukkelsesregel som forskjellsbehandlet ulike typer virksomhetssammenslutninger var i strid med prinsippet om likebehandling.<sup>51</sup> Et annet eksempel er sak C-221/12 *Belgacom*, der det heter at gjennomsiktighetsprinsippet «*benefits any potential tenderer*», og hvorpå EU-domstolen konkluderte med at også hjemmehørende økonomiske operatører kan håndheve regelbrudd for nasjonale domstoler.<sup>52</sup>

Kjernen i likebehandlingsprinsippet er at like tilfeller skal behandles likt, og ulike tilfeller ulikt, med mindre annet er objektivt begrunnet.<sup>53</sup> Tilbyderne må gis like muligheter til å vurdere om de vil melde interesse, og i så fall ved utarbeidelsen av eventuelt tilbud. Prinsippet beskytter enhver potensiell leverandør, noe som både omfatter de som eventuelt melder interesse i kontrakten, og de som kunne meldt interesse om det var sikret tilstrekkelig publisitet. Dette bringer oss over i prinsippet om gjennomsiktighet.

I sak C-324/98 *Teleaustria* konstaterte som nevnt EU-domstolen at det fra prinsippet om ikke-diskriminering utledes et prinsipp om *gjennomsiktighet*, som pålegger oppdragsgiver å sikre en

---

<sup>46</sup> Etter anskaffelsesdirektivene gjelder det et generelt likebehandlingsprinsipp som ble formulert av EU-domstolen i sak C-243/89 *Kommisjonen mot Danmark*, der det heter at prinsippet «*lies at the very hart of the directive*», jf. avsnitt 33 og 39.

<sup>47</sup> Se for eksempel sak C-45/87 *Kommisjonen mot Irland*, sak C-59/00 *Vestergaard* og sak C-231/03 *Coname*.

<sup>48</sup> Sak C-458/03 *Parking Brixen* avsnitt 48.

<sup>49</sup> Se for eksempel sak C-410/04 *ANAV* avsnitt 20 og sak C-260/04 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 23.

<sup>50</sup> Sak C-412/04 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 106.

<sup>51</sup> Sak C-376/08 *Serrantoni* avsnitt 37.

<sup>52</sup> Sak C-221/12 *Belgacom* avsnitt 25 – 34.

<sup>53</sup> Sak C-336/12 *Manova* avsnitt 30.

passende grad av publisitet om tildelingen av kontrakten.<sup>54</sup> Det påpekes i *Teleaustria* at gjennomsiktighetsprinsippet har en todelt funksjon. Dels skal det muliggjøre at markedet for offentlige anskaffelser åpnes for konkurranse. Dels skal det sikre at prosedyren for tildeling av kontrakt ikke er vilkårlig og partisk. I tråd med dette må oppdragsgiver i forkant av tildelingen gjøre anskaffelsen kjent for potensielle leverandører, slik at de får en reell mulighet til å melde interesse i kontrakten. Det må også oppstilles objektive og ikke-diskriminerende tildelingsregler i forkant, som anvendes likt overfor enhver tilbyder.

I anskaffelsesretten skal *proporsjonalitetsprinsippet* sikre at tiltak som treffes står i et rimelig forhold til målene som forfølges. Dette beskytter både oppdragsgiver og leverandører. For oppdragsgiver vil proporsjonalitetsprinsippet innebære at det ikke stilles strengere krav til prosessen enn det anskaffelsens betydning for det indre marked krever,<sup>55</sup> noe som vil kunne være særlig aktuelt for kontrakter under terskelverdi. Tilbyderne skal på sin side beskyttes mot krav som ikke står i forhold til kontraktens betydning, eller som på andre måter begrenser konkurransen mer enn nødvendig. EU-domstolens har særlig slått ned på kategoriske regler i nasjonal rett som ikke gir rom for en individuell vurdering.<sup>56</sup>

Det er en diskusjon i juridisk teori om det i anskaffelsesretten også gjelder et prinsipp om *effektiv konkurranse*, slik det norske regelverket legger til grunn.<sup>57</sup> Som nevnt innledningsvis har EU-domstolen gjentatte ganger sagt at formålet med å anvende primærretten på anskaffelseskontrakter er å åpne markedet for konkurranse i alle medlemsstater. Når grunnprinsippene bare skal være virkemidler for å nå målet om konkurranse uten å være et mål i seg selv, er det umiddelbart vanskelig å se at konkurranse både kan være et mål og et prinsipp. Imidlertid har EU-domstolen nylig i sak C-719/20 *Commune de Leric* vist til at det i sekundærretten gjelder et prinsipp om «*effektiv konkurranse mellom de økonomiske aktører*».<sup>58</sup> Rekkevidden av formuleringen er uklar, men tilnærmingen kan muligens forklares med at målet med anskaffelsesreglene er å sikre konkurranse i markedet, og i så fall kan et prinsipp om effektiv konkurranse ved den enkelte anskaffelse være et tjenlig virkemiddel. Et eventuelt prinsipp om konkurranse vil likevel ha

---

<sup>54</sup> I sekundærretten ble prinsippet om gjennomsiktighet formulert første gang i sak C-87/94 *Kommisjonen mot Belgia*, og det ble i sak C-275/98 *Unitron Scandinavia* nevnt som prinsipp også for anskaffelser som falt utenfor direktivet, jf. avsnitt 31, og se tilsvarende sak C-108/98 *RISAN* avsnitt 20.

<sup>55</sup> Se generaladvokat Kokotts forslag til avgjørelse i sak C-368/10 *Kommisjonen mot Nederland* avsnitt 57, *Arrowsmith* (2014) s. 628 – 629 og *Steinicke og Groesmeyer* (2008) s. 93 – 94.

<sup>56</sup> Se for eksempel sak C-213/07 *Michaniki*, sak C-538/07 *Assitur*, sak C-376/08 *Serrantoni*, sak C-465/11 *Forposta*, sak C-144/17 *Lloyd's of London*, forente saker C-523/16 og sak C-536/16 *MA.T.I SUD*.

<sup>57</sup> Lov om offentlige anskaffelser § 4.

<sup>58</sup> Sak C-719/20 *Commune de Leric* avsnitt 41. Dommen foreligger ennå ikke i engelsk oversettelse.

begrenset selvstendig betydning ved siden av prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet.<sup>59</sup>

EU-domstolens praksis viser at også andre ulovfestede grunnprinsipper i primærretten eller rettigheter i Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter («pakten») kan komme til anvendelse for anskaffelseskontrakter, slik som prinsippet om god forvaltningsskikk. Som kjent er ikke pakten en del av EØS-avtalen, men grunnprinsippene som anvendes i anskaffelsessaker er gjennomgående også EØS-rettslige grunnprinsipper.<sup>60</sup>

### 2.3.3. Sekundærrett som uttrykk for grunnprinsipper?

EU-domstolen har flere ganger ved utlegningen av primærrettens likebehandlings- og gjennomsiktighetsprinsipp vist til avgjørelser om anskaffelsesdirektivene.<sup>61</sup> Det har blitt hevdet at EU-domstolens tilnærming gjør at sekundærrett langt på vei konverteres til primærrett, noe Treumer har omtalt som «the leverage principle».<sup>62</sup>

EU-domstolen har særlig fått kritikk for å pålegge medlemsstatene positive plikter etter primærretten. En del av kritikken går ut på at rettstilstanden blir uklar når det oppstilles positive plikter til gjennomsiktighet basert på rimelig abstrakte prinsipper, som kan være vanskelig å anvende i den enkelte sak.<sup>63</sup> Det hører med til dette bildet at EU-domstolen som regel vurderer fra sak til sak hva som kan utledes av de grunnleggende prinsippene, men overlater til nasjonale domstoler å avgjøre om grunnprinsippene er overholdt i det enkelte tilfellet.<sup>64</sup>

Det har også vært innvendt at EU-domstolens tilnærming omgår lovgiverviljen når primærretten anvendes på kontrakter som lovgiver har ment ikke har tilstrekkelig grensekryssende interesse til at de skal være omfattet av anskaffelsesdirektivene.<sup>65</sup> EU-domstolen synes selv å parere dette med å vise til at anskaffelsesdirektivenes fortale gjennomgående viser til at medlemsstatene skal overholde traktatens grunnleggende regler ved inngåelse av alle kontrakter.<sup>66</sup>

Et ytterligere klagepunkt i forlengelsen av ovennevnte har vært er at direktivets avgrensingsregler blir mindre virkningsfulle når medlemsstatene uansett har positive plikter etter primærretten. Denne

---

<sup>59</sup> Sak C-54/21 *Antea Polska* avsnitt 89.

<sup>60</sup> Om forholdet mellom pakten og EØS-rettslige grunnrettigheter, se Arnesen mfl. (2022) *Oversikt over EØS-retten* kapittel 5 med videre henvisninger.

<sup>61</sup> Se for eksempel sak C-159/11 *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* avsnitt 51.

<sup>62</sup> *Treumer og Werlauff «The leverage principle: Secondary Community law as a lever for the development of primary Community Law»*, *European Law Review*, nr. 1 vol. 28, 2003 s. 124 – 133.

<sup>63</sup> Se forslag til avgjørelse i sak C-195/04 *Kommisjonen mot Finland* avsnitt 89 – 90.

<sup>64</sup> Se også forslag til avgjørelse i sak C-231/03 *Coname* avsnitt 95 – 99 om spørsmål som oppstår ved anvendelsen av gjennomsiktighetsprinsippets krav til publisitet.

<sup>65</sup> Se for eksempel forslag til avgjørelse i sak C-195/04 *Kommisjonen mot Finland* avsnitt 88 og forslag til avgjørelse i sak C-231/03 *Coname* avsnitt 83.

<sup>66</sup> Se for eksempel sak C-376/08 *Serrantoni* avsnitt 23.

delen av kritikken synes EU-domstolen å være seg bevisst i flere saker. Et eksempel er sak C-95/10 *Strong Segurenca*, der det var stilt spørsmål om oppdragsgiver etter primærretten var pliktig til å akseptere at tilbydere for en uprioritert tjeneste lener seg på tredjepersoners kapasitet for oppfyllelse av krav til finansiell kapasitet. For prioriterte tjenester hadde tilbyderne rett til dette,<sup>67</sup> men EU-domstolen sa at likebehandlingsprinsippet ikke kan strekkes så langt at dagjeldende direktivers skille mellom prioriterte og uprioriterte tjenester mistet sin virkning.<sup>68</sup>

Resonnementet i *Strong Segurenca* bør forstås slik at grunnprinsippene ikke kan begrunne en anvendelse av direktivenes detaljerte regler, slik som reglene «*which establish the qualitative criteria for the selection of candidates (Articles 45 to 52) as well as the contract award criteria (Articles 53 to 55).*»<sup>69</sup> En tilsvarende tilnærming er også lagt til grunn i andre avgjørelser, slik som i sak C-226/09 *Kommissjonen mot Irland*. Et spørsmål her var om oppdragsgiver er pliktig til å fastsette vekten av tildelingskriteriene i anskaffelsesdokumentene, slik den må etter anskaffelsesdirektivene.<sup>70</sup> Også her sa EU-domstolen at grunnprinsippene ikke kunne begrunne at direktivenes regulering overføres til reglene om fri bevegelighet.<sup>71</sup> Sak C-65/17 *Oftalma Hospital* går langs samme linjer når EU-domstolen sier at direktivets regel om at oppdragsgiver må forhandle med minst tre leverandører i en konkurranse med forhandling, ikke kan overføres til reglene om fri bevegelighet.<sup>72</sup>

Rettspraksis fra EU-domstolen tilsier imidlertid at rettsregler som er direkte utslag av de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, har tilnærmet lik anvendelse etter begge regelsett. Dette gjelder særlig likebehandlingsprinsippet påbud om at oppdragsgiver strengt må overholde reglene den har fastsatt for konkurransen. Når det derimot kommer til slikt som valg av anskaffelsesprosedyre, hvordan krav og regler skal utformes, hva som må meddeles tilbyderne i forkant og på hvilken måte informasjonen må gis, står oppdragsgiver betydelig friere etter reglene om fri bevegelighet enn etter direktivene.

## 2.4. Krav om publisitet

### 2.4.1. Er det kunngjøringsplikt?

Med kunngjøring menes i alminnelighet en meddelelse som er offentlig ved at den i prinsippet er tilgjengelig for en uavgrenset krets personer. En motsetning til kunngjøring kan være at oppdragsgiver henvender seg direkte til utvalgte leverandører med oppfordring om å melde interesse. Det er ikke krav etter reglene om fri bevegelighet at kontrakter kunngjøres i Tender

---

<sup>67</sup> Art. 47 (2) i direktiv 2004/18.

<sup>68</sup> Sak C-95/10 *Strong Segurenca* avsnitt 42 – 45.

<sup>69</sup> Sak C-95/10 *Strong Segurenca* avsnitt avsnitt 42.

<sup>70</sup> Se blant annet sak C-532/06 *Liniakis* avsnitt 35 flg.

<sup>71</sup> Sak C-226/09 *Kommissjonen mot Irland* avsnitt 43.

<sup>72</sup> Sak C-65/17 *Oftalma Hospital* avsnitt 53 – 54 om direktiv 92/50/EØF art. 27.

Electronic Daily («TED»), men det har vært en langvarig diskusjon om gjennomsiktighetsprinsippet pålegger oppdragsgiver en form for kunngjøringsplikt.

Den grunnleggende dommen om gjennomsiktighet er som nevnt sak C-324/98 *Teleaustria*. Kommisjonen hadde i noe tid før rettsmøtet publisert en tolkningsuttalelse om primærrettens krav til inngåelse av konsesjonskontrakter, hvor det het at gjennomsiktighet kan «*be ensured by any appropriate means, including advertising depending on, and to allow account to be taken of, the particularities of the relevant sector.*»<sup>73</sup> Her nevnes altså kunngjøring som et egnet virkemiddel, men uten at det formuleres som et krav. Under rettsmøtet i *Teleaustria* ble Kommisjonen stilt spørsmål om rekkevidden av gjennomsiktighetsprinsippet, men var da «*unwilling to suggest that it would extend to requiring publication of proposed 'public service concession'*». <sup>74</sup> I forslag til avgjørelse sier generaladvokat Fennelly seg enig i Kommisjonens forståelse. Det heter der at «*publicity should not necessarily be equated with publication*», og at det avhengig av markedsforholdene kan være tilstrekkelig at oppdragsgiver henvender seg direkte til potensielle leverandører i forkant av tildelingen.<sup>75</sup>

I *Teleaustria* endte EU-domstolen med å si at gjennomsiktighetsprinsippet pålegger oppdragsgiver å sikre «*a degree of advertising sufficient to enable the services market to be opened up to competition and the impartiality of procurement procedures to be reviewed*». <sup>76</sup> Begrepet «advertising» kan tilsi at det må skje en form for offentlig kunngjøring forut for tildelingen. Men som påpekt av generaladvokat Sharpston i forslag til avgjørelse i sak C-195/04 *Kommisjonen mot Finland*, trekker andre språkversjoner i en annen retning. I den franske språkversjonen heter det «*publicité*», og i den tyske heter det «*Öffentlichkeit*», som begge ligger nærmere det engelske begrepet «*publicity*». <sup>77</sup> Med en slik språkbruk synes det sentrale å være at oppdragsgiver må sikre en passende grad av publisitet for å muliggjøre konkurranse og kontroll.

I *Teleaustria* sa ikke EU-domstolen noe nærmere om hvordan oppdragsgiver konkret skal gå frem for å sikre tilstrekkelig publisitet. Det kan muligens skyldes at kontrakten i den underliggende saken hadde blitt kunngjort i østeriske statstidende. I storkammersaken C-231/03 *Coname* hadde det imidlertid ikke vært noen publisitet i forkant av tildelingen da kontrakt var inngått direkte med konsesjonæren. EU-domstolen fant at «*absence of any transparency*» utgjør indirekte diskriminering på grunnlag av nasjonalitet, fordi det fratar virksomheter i andre medlemsstater en

---

<sup>73</sup> Commission Interpretative Communication on Concessions under Community Law (2000/C 121/02) s. 6. Merk at retningslinjene fra 2006 er mer restriktiv, noe jeg vil komme tilbake til nedenfor.

<sup>74</sup> Forslag til avgjørelse i sak C-324/98 *Teleaustria* avsnitt 42.

<sup>75</sup> Forslag til avgjørelse i sak C-324/98 *Teleaustria* avsnitt 44.

<sup>76</sup> Sak C-324/98 *Teleaustria* avsnitt 62 (min utheving i brødteksten).

<sup>77</sup> Forslag til avgjørelse i sak C-195/04 *Kommisjonen mot Finland* avsnitt 82. Saken ble avvist av EU-domstolen på prosessuelt grunnlag, jf. dommens avsnitt 15 – 33.



reell mulighet til å melde interesse i kontrakten.<sup>78</sup> Dette ga EU-domstolen en foranledning til å si noe mer om hvilke krav som følger av gjennomsiktighetsprinsippet, og hvor det heter at:

«[transparency] requirements which, **without necessarily implying an obligation to hold an invitation to tender**, are, in particular, such as to ensure that an undertaking located in the territory of a Member State other than that of the Italian Republic can have **access to appropriate information regarding that concession before it is awarded**, so that, if that undertaking had so wished, it would have been in a position to express its interest in obtaining that concession.»<sup>79</sup> (min utheving).

EU-domstolen sier altså at gjennomsiktighetsprinsippet ikke nødvendigvis pålegger oppdragsgiver «en forpliktelse til at afholde et udbud», som det heter i den danske språkversjonen. Det er ikke helt entydig hva som ligger i dette, men formuleringen kan være myntet på spørsmålet fra den foreleggende domstol som gikk ut på om primærretten var til hinder for en direkte tildeling, «that is to say without an invitation to tender».<sup>80</sup> Når EU-domstolen avkrefter at det gjelder et ubetinget krav «to hold an invitation to tender», og heller påpeker at det må sørges for at potensielle leverandører gis en reell mulighet til å melde interesse, kan det tilsa at det ikke nødvendigvis gjelder et krav om kunngjøring. Hvis markedsforholdene tilsier det, kan andre virkemidler enn kunngjøring være tjenlig for å sikre utenlandske tilbydere en reell mulighet til å melde interesse i kontrakten.

Noen måneder etter *Coname* ble det avsagt dom i sak C-458/03 *Parking Brixen*. Også denne saken gjaldt en direkte tildeling og der EU-domstolen gjentok at det gjelder et krav om publisitet, men påpeker også at det tilkommer oppdragsgiver å bedømme «the appropriateness of the detailed arrangements of the call for competition». Samtidig heter det at «a complete lack of any call for competition» er uforenlig med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.<sup>81</sup> Igjen ser vi at det sentrale er at konkurranse muliggjøres, og når det tilkommer oppdragsgiver å avgjøre hva som er tjenlig for å oppnå dette, bør andre virkemidler enn kunngjøring kunne være mulig hvis markedsforholdene gjør det tjenlig.

I kjølvannet av *Teleaustria* anla Kommisjonen i 2003 til 2004 en serie traktatbruddsøksmål for brudd på primærretten ved offentlige anskaffelser utenfor direktivene. Blant disse er sak C-195/04 *Kommisjonen mot Finland*, som gjaldt en anskaffelse under terskelverdi. Saken ble på prosessuelt grunnlag avvist av EU-domstolen, men generaladvokat Sharpstons forslag til avgjørelse bør likevel nevnes i diskusjonen om kunngjøringsplikt. I saken hadde oppdragsgiver en stund etter en resultatløs kunngjøring i TED tatt direkte kontakt med fire leverandører med oppfordring om å inngi

---

<sup>78</sup> Sak C-231/03 *Coname* avsnitt 17 og 18.

<sup>79</sup> Sak C-231/03 *Coname* avsnitt 21.

<sup>80</sup> Sak C-231/03 *Coname* avsnitt 8 og 15.

<sup>81</sup> Sak C-458/03 *Parking Brixen* avsnitt 50.

tilbud på kjøkkenutstyr.<sup>82</sup> Kommisjonen mente at Finland brøt grunnleggende prinsipper i traktaten da oppdragsgiver henvendte seg direkte til aktuelle tilbydere.

I forslag til avgjørelse er Sharpston svært kritisk til søksmålet, og sier at Kommisjonen på spørsmål under høringen «*only suggest in vague terms what form of publicity would have been required to satisfy the transparency obligation in the present case.*»<sup>83</sup> Hun opplyser også at Kommisjonen kort tid etter rettsmøtet i saken offentliggjorde den fortsatt gjeldende tolkningsuttalelsen om primærrettens krav til kontrakter under terskelverdi.<sup>84</sup> I denne sier Kommisjonen at kunngjøring er obligatorisk og at praksisen med å ta direkte kontakt med potensielle leverandører ikke er tilstrekkelig for å sikre kravet om publisitet fordi det kan utelukke nystartete virksomheter fra å melde interesse.<sup>85</sup> Sharpston er ikke overbevist over Kommisjonens synspunkter. Hun viser som nevnt til at begrepet «advertising» i den engelske språkversjonen av *Teleaustria* er mindre dekkende, og sier også at det for kontrakter under terskelverdi uansett må være opp til nasjonal rett å avgjøre hva som er passende publisitet.<sup>86</sup> Etterfølgende praksis viser imidlertid at kravet til publisitet også gjelder for kontrakter under terskelverdi,<sup>87</sup> men der det samtidig er sagt at medlemsstatene har «*a certain amount of discretion*» til å vedta regler som gjennomfører grunnprinsippene.<sup>88</sup>

Samme år som Sharpston ga sitt forslag til avgjørelse i *Kommisjonen mot Finland* avsa EU-domstolen dom i sak C-260/04 *Kommisjonen mot Italia*, der oppdragsgiver hadde forlenget en rekke tjenestekonsesjoner uten at det var gitt mulighet for å inngi konkurrerende bud. I saken hadde Danmark intervenert til fordel for Italia og argumenterte da langs samme linjer som det Sharpston gjorde i *Kommisjonen mot Finland*, og etterspurte også en avklaring av om det gjelder en kunngjøringsplikt.<sup>89</sup> EU-domstolen gjentok først tidligere formuleringer om at oppdragsgiver må sørge for passende grad av publisitet til fordel for enhver potensiell tilbyder, før den sa at en «*complete failure to invite competing bids*» var uforenlig med gjennomsiktighetsprinsippet.<sup>90</sup> Igjen

---

<sup>82</sup> Det var i saken noe uenighet om faktum mellom partene, men se generaladvokatens sammenfatning i avsnitt 26 i forslag til avgjørelse.

<sup>83</sup> Forslag til avgjørelse i sak C-195/04 *Kommisjonen mot Finland* avsnitt 90

<sup>84</sup> Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006/C 179/02). Tyskland angrep gyldigheten av denne meddelelsen for førsteinstansen, med støtte fra en rekke medlemsstater, med anførsler om at den var ment å skape nye plikter for medlemsstatene. Søksmålet ble avvist, men Retten drøfter inngående flere standpunkter i meddelelsen, se T-258/06 *Tyskland mot Kommisjonen*.

<sup>85</sup> Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006/C 179/02) pkt. 2.1.1 andre og tredje avsnitt.

<sup>86</sup> Forslag til avgjørelse i sak C-195/04 *Kommisjonen mot Finland* avsnitt 84 – 99.

<sup>87</sup> Se blant annet sak C-412/04 *Kommisjonen mot Italia*.

<sup>88</sup> Sak C-376/08 *Serrantoni* avsnitt 31.

<sup>89</sup> Forslag til avgjørelse i sak C-260/04 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 38.

<sup>90</sup> Sak C-260/04 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 24 – 25.

er det totalt fravær av å muliggjøre konkurrerende bud som det slås ned på, uten at det sies noe om kunngjøringsplikt.

EU-domstolen har i ettertid basert seg på en standardformulering om at oppdragsgiver må sikre passende grad av publisitet (*publicité*) som muliggjør konkurranse og kontroll, og at et totalt fravær av publisitet er i strid med gjennomsiktighetsprinsippet.<sup>91</sup> I sak C-91/08 *Wall* sier EU-domstolen at en tildelingsprosedyre må «*be organised in a manner appropriate to the specific features of the service concession involved*», og som sikrer potensielle utenlandske tilbydere «*access to sufficient information*» før tildelingen.<sup>92</sup> Dette tilsier at oppdragsgiver må avgjøre hva som er hensiktsmessig avhengig av markedsforholdene i den enkelte sak, uten at virkemiddelbruken er obligatorisk. Poenget er isteden at det må brukes et virkemiddel som sikrer at enhver potensiell tilbyder får en reell mulighet til å melde interesse før kontrakten blir tildelt.

#### 2.4.2. Hvordan kan kravet til publisitet oppfylles?

Spørsmålet om det gjelder en kunngjøringsplikt er fortsatt omdiskutert,<sup>93</sup> men etter mitt skjønn tilsier EU-domstolens praksis at det ikke nødvendigvis er et krav om at kontrakten kunngjøres. Kunngjøring er kun et tjenlig virkemiddel for å oppfylle kravet til gjennomsiktighet, men det er ikke nødvendigvis det eneste tjenlige virkemidlet hvis konkurranse og kontroll kan ivaretas med alternative tjenlige midler. Et eksempel kan være kontrakter av relativ lav verdi som bare har grensekryssende interesse fordi den skal oppfylles i et grenseområde. Lokale markeder kan være så gjennomsiktige at publisitet sikres ved direkte henvendelser til de aktuelle leverandørene, så lenge disse gis lik tilgang til informasjon som er nødvendig for å vurdere interesse i kontrakten. Men kravet til publisitet vil i slike tilfeller også kunne oppfylles ved kunngjøringsmedier som annonsering i lokalaviser, lokale kunngjøringsblad eller til og med oppslagstavler.<sup>94</sup>

For kontrakter med et større regionalt eller europeisk nedslagsfelt vil markedet kunne være langt mer uoversiktlig og ubegrenset. I så fall kan det være vanskelig å se at kravet om publisitet kan oppfylles på annen måte enn ved en kunngjøring.<sup>95</sup> Det vil imidlertid være opp til oppdragsgiver å finne et egnet kunngjøringsmedium i den enkelte sak, men eksempler på egnede medier kan være

---

<sup>91</sup> Se for eksempel sak C-91/08 *Wall* avsnitt 36.

<sup>92</sup> Sak C-91/08 *Wall* avsnitt 42.

<sup>93</sup> Se for eksempel Arrowsmith (2014) s. 269 som synes å forutsette en form for kunngjøringsplikt, mens Risvig Hansen (2012) s. 179 flg. mener at det ikke nødvendigvis gjelder et krav til kunngjøring. I Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006/C 179/02) står det fortsatt at det kreves en form for kunngjøring.

<sup>94</sup> Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006/C 179/02) pkt. 2.1.2.

<sup>95</sup> Samtidig kan det for eksempel tenkes at oppdragsgiver krever en form for EU-lisens, og hvor den kjenner til alle som har en slik lisens på grunn av registre eller lignende, se Risvig Hansen (2012) s. 182.

oppdragsgivers hjemmeside, annonsering i regionale eller nasjonale aviser, bransjeaviser/nettsteder eller lignende. En frivillig kunngjøring i Doffin eller TED vil i alle tilfeller være tilstrekkelig.<sup>96</sup>

Når det kommer til innholdet i kunngjøringen, heter det i Kommisjonens tolkningsuttalelse at den kan være «*limited to a short description of the essential details of the contract to be awarded and of the award method together with an invitation to contact the contracting entity*».<sup>97</sup> Det sentrale er at tilbyderne må få nok informasjon til å vurdere interesse, og kontaktopplysninger til oppdragsgiver for tilgang til eventuell ytterligere informasjon. En meddelelse eller kunngjøring kan således suppleres med annen informasjon som utleveres på forespørsel fra interesserte tilbydere. Hva som ligger i at det totalt sett må gis nødvendig informasjon vil jeg behandle i punkt 2.5 nedenfor.

### 2.4.3. Unntak fra kravet til publisitet

En kontraktstildeling uten forutgående publisitet kan være lovlig etter EØS-retten hvis det foreligger objektive grunner som rettferdiggjør en direkte tildeling,<sup>98</sup> altså at det kan godtgjøres tvingende allmenne hensyn og at direktetildelingen er egnet og nødvendig for å nå disse.<sup>99</sup> Et eksempel på dette er sak C-113/13 *Spezzino*, der EU-domstolen sa at en direkte tildeling av kontrakt om ambulansetjenester til en frivillig organisasjon kunne være rettferdiggjort om den sikret budsjettmessig effektivitet.<sup>100</sup>

Videre kan oppdragsgiver påberope unntakene for kunngjøringsplikten som følger av sekundærretten.<sup>101</sup> Et praktisk eksempel er utvidet egenregi eller offentligrettslig samarbeid, som nå er kodifisert i direktivene.<sup>102</sup> Før dette sa EU-domstolen allerede i sak C-458/03 *Parking Brixen* at unntaket om egenregi, som var oppstilt for sekundærretten i sak C-107/98 *Teckal*, også gjaldt etter reglene om fri bevegelse.<sup>103</sup>

## 2.5. Reglene for konkurransen må fastsettes i forkant

### 2.5.1. Forhåndsbestemte regler

Som vi har sett ovenfor, skal kravet til publisitet sikre at potensielle tilbydere får «*access to appropriate information*» i forkant av tildelingen slik at de får en reell mulighet til å melde interesse i kontrakten. Det tilligger i utgangspunktet oppdragsgiver å avgjøre hvilken informasjon som er

---

<sup>96</sup> Se forslag til avgjørelse i sak C-195/04 *Kommisjonen mot Finland* avsnitt 59.

<sup>97</sup> Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006/C 179/02) pkt. 2.1.3.

<sup>98</sup> Sak C-388/12 *Comune di Ancona* avsnitt 48 flg. med videre henvisninger.

<sup>99</sup> Se for eksempel sak C-221/12 *Belgacom* avsnitt 38 med videre henvisninger.

<sup>100</sup> Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 65.

<sup>101</sup> Se også forslag til avgjørelse i sak C-454/06 *Pressetext* avsnitt 120. Se også sak C-6/05 *Medipac* avsnitt 60 – 62 om direktetildeling ved hasteanskaffelser.

<sup>102</sup> I sak C-285/18 *Irgita* har EU-domstolen sagt at medlemsstatene må overholde prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet ved beslutning om å utføre kontrakter i egenregi, jf. avsnitt 54.

<sup>103</sup> Se også sak C-159/11 *Ordine degli Ingegneri* avsnitt 32 flg. med videre henvisninger.

tilstrekkelig i den enkelte sak, men skjønnet må være i tråd med grunnleggende prinsipper og være gjenstand for domstolskontroll. Nærmere retningslinjer om hvilken informasjon som er nødvendig må søkes i gjennomsiktighetsprinsippets to funksjoner.<sup>104</sup>

For å sikre gjennomsiktighetsprinsippets *konkurransesfunksjon* må oppdragsgiver i forkant av tildelingen meddele tilbyderne informasjon som er nødvendig for at de får en reell mulighet til å vurdere om de vil melde interesse og i så fall utforme eventuelt tilbud.<sup>105</sup> Hvilken informasjon som setter tilbyderne i stand til dette vil måtte bero på en konkret vurdering av den enkelte anskaffelse og markedsforholdene. Som et generelt utgangspunkt kan det sies at meddelelsen må inneholde informasjon som er vesentlig («significant») når tilbyderne skal vurdere om de vil inngi tilbud og i så fall ved utformingen av tilbud.<sup>106</sup> Det vil typisk omfatte de momentene som gir anskaffelsen en grensekryssende interesse, slik som indikasjoner om kontraktens verdi, dens spesifikke egenskaper og stedet for oppfyllelse.

For å sikre gjennomsiktighetsprinsippets *kontrollfunksjon* er det sentralt at oppdragsgiver ikke etterlates et fritt skjønn. De grunnleggende reglene for konkurransen må derfor fastsettes i forkant, og der vi skal se at oppdragsgiver ved evalueringen av tilbudene må følge konkurransens regler og anvende dem likt overfor alle tilbyderne. Oppdragsgiver er imidlertid ikke forpliktet til å oppstille annet enn tildelingskriterier. Fravær av nærmere regler vil imidlertid ha konsekvenser i den forstand at oppdragsgiver ikke kan avvise tilbydere uten at det har grunnlag i forhåndsfastsatte krav.

I det følgende vil jeg behandle nærmere hvilken informasjon som må meddeles i forkant, og hvilke krav oppdragsgiver kan stille innen rammene av fri bevegelighet og tilhørende grunnprinsipper. Som nevnt ovenfor, følger det av dommer som *Strong Segurenca* at systematikken i anskaffelsesdirektivene ikke kan overføres som sådan til reglene om fri bevegelighet. Likevel er distinksjoner som krav til deltakelse og krav til tilbudet såpass innarbeidet i praksis at disse vil bli brukt i det følgende.

### 2.5.2. Krav til deltakelse i konkurransen

Primærretten pålegger ingen plikt for oppdragsgiver til å stille krav til deltakelse i konkurransen.<sup>107</sup> Hvis oppdragsgiver likevel velger å stille slike krav må den overholde grunnleggende prinsipper om likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet.

---

<sup>104</sup> Se punkt 2.3.2 ovenfor.

<sup>105</sup> Sak C-231/03 *Coname* avsnitt 21.

<sup>106</sup> Sml. sak C-226/09 *Kommissjonen mot Irland* avsnitt 48 og sak E-24/13 *Wolfgang Egger* avsnitt 59.

<sup>107</sup> I anskaffelsesdirektivene skiller det mellom generelle utelukkelsesgrunner som kan eller skal føre til utelukkelse, og seleksjonskriterier (kvalifikasjonskrav) der manglende oppfyllelse skal lede til avvising, jf. direktiv 2014/24/EU art. 57 og 58. I tillegg kan det settes utvelgelseskriterier ved overtallige kvalifiserte leverandører, jf. art. 65.

EU-domstolen har i flere saker sagt at det er i unionens interesse at et størst mulig antall tilbydere kan delta i konkurranser om offentlige anskaffelser.<sup>108</sup> Der krav til deltakelse kan gjøre det vanskeligere eller mindre attraktivt for utenlandske tilbydere å delta i konkurransen, vil det utgjøre en restriksjon på fri bevegelse av tjenester eller etablering. I sak C-234/03 *Conste* heter det at krav til deltakelse derfor må anvendes uten forskjellsbehandling, være begrunnet i tvingende allmenne hensyn og være egnet og nødvendig for å oppnå disse.<sup>109</sup>

At krav til deltakelse må anvendes uten forskjellsbehandling betyr at de verken direkte eller indirekte kan diskriminere på grunnlag av nasjonalitet.<sup>110</sup> Sak C-376/08 *Serrantoni* viser som nevnt at likebehandlingsprinsippet også rekker lenger enn et diskrimineringsforbud. Dette ved at EU-domstolen konkluderte med at en nasjonal utelukkelsesregel som bare kom til anvendelse på faste virksomhetssammenslutninger og ikke andre sammenslutninger, var i strid med likebehandlingsprinsippet med mindre den ulike behandlingen hadde en objektiv begrunnelse.

For å sikre likebehandlingsprinsippet pålegger gjennomsiktighetsprinsippet at regler om deltakelse fastsettes i forkant. Dette er særlig begrunnet i gjennomsiktighetsprinsippet kontrollfunksjon der oppdragsgivers skjønn skal begrenses og leverandører kan dermed ikke avvises uten at det er grunnlag i forhåndsfastsatte krav. I forlengelsen av dette må regler om deltakelse være tilstrekkelig presist formulert, og de må være objektive slik at vilkårlighet unngås. I det ligger også at kravene må kunne verifiseres oppfylt, og i den grad oppdragsgiver krever sertifiseringer eller lignende for slik verifisering følger det av prinsippet om gjensidig anerkjennelse at tilsvarende sertifiseringer utstedt fra andre medlemsstater må godtas.

Krav til deltakelse må være begrunnet i legitime hensyn. Krav som er direkte diskriminerende kan bare rettferdiggjøres på grunnlag av traktatbestemte hensyn, mens øvrige krav kan begrunnes i tvingende allmenne hensyn. Formål som å sikre at tilbyderne er troverdige, seriøse og egnede som kontraktspart er legitime hensyn,<sup>111</sup> og det samme er krav som skal sikre korrekt utførelse av kontrakten.<sup>112</sup> Krav til deltakelse må dessuten være egnet og nødvendig til å oppnå formålene som forfølges. I for eksempel *Conste* fant EU-domstolen at et krav om at tilbyderne på tilbudstidspunktet måtte ha forretningslokaler i oppdragsgivers region gikk lenger enn nødvendig. Dette gjaldt særlig fordi oppdragsgiver også hadde stilt krav om en døgnåpen supportfunksjon, og som dermed allerede sikret de forfulgte mål på en mindre inngripende måte. For øvrig er det flere eksempler på at EU-

---

<sup>108</sup> Sak C-358/12 *Conorzio Stabile Libor Lavri Pubblici* avsnitt 29 og sak C-298/15 *Borta* avsnitt 48.

<sup>109</sup> Sak C-234/03 *Conste* avsnitt 25.

<sup>110</sup> Sak C-234/03 *Conste* avsnitt 37, sak C-3/88 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 9, sak C-436/20 *ASADE* avsnitt 106 og sak C-37/87 *Bentjees* avsnitt 30.

<sup>111</sup> Sak C-358/12 *Conorzio Stabile Libor Lavri Pubblici* avsnitt 32.

<sup>112</sup> Sak C-298/15 *Borta* avsnitt 52.

domstolen har slått ned på kategoriske utelukkelsesregler i nasjonal rett som ikke åpner for en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.<sup>113</sup>

Dersom oppdragsgiver velger å anvende tilsvarende regler som i direktivene for kontrakter under terskelverdi vil primærrettens grunnprinsipper være oppfylt. Dette illustreres av sak C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító*, der oppdragsgiver hadde utelukket en leverandør som hadde gjort seg skyldig i misligheter som kunne begrunnet utelukkelse etter art. 45 (2) bokstav d i direktiv 2004/18/EF. EU-domstolen sa at «*if such a cause for exclusion is possible under Directive 2004/18, it must a fortiori be regarded as justified in relation to public contracts which fall short of the threshold*».<sup>114</sup> Dette speiler en gjennomgående tendens om at direktivets *friheter* også kan påberopes under reglene om fri bevegelse.

Et spørsmål som oppstår ved drøftelsen av krav til deltakelse er om eventuelle krav til leverandørens faglige kvalifikasjoner må ha en saklig tilknytning til kontrakten i saken.<sup>115</sup> På grunnlag av blant annet *Conste* vil jeg anta at krav til faglige kvalifikasjoner som ikke har saklig tilknytning til kontrakten, vil begrense konkurransen mer enn det som er nødvendig for å oppfylle kontraktens formål. Som et illustrerende opplagt eksempel kan det ikke i en anskaffelse av landtransport kreves at leverandøren har flysertifikat.

Som nevnt har EU-domstolen i sak C-95/10 *Strong Segurenca* sagt at direktivets krav om at leverandørene har rett til å lene seg på tredjepersoners kapasitet for oppfyllelse av krav, ikke kan overføres til reglene om fri bevegelse. Samtidig tilsier EU-domstolens praksis at nasjonale regler som kategorisk begrenser muligheten til å lene seg på tredjepersoners kapasitet går lenger enn nødvendig.<sup>116</sup> Nasjonale regler må muliggjøre en konkret vurdering av om det i den enkelte sak er nødvendig at tilbyderer selv har de relevante ressursene.

Oppdragsgiver kan også begrense antallet tilbud som kan inngis ved at det gjennomføres en prekvalifisering, der bare de best kvalifiserte leverandørene får inngi tilbud. Slike utvelgelseskriterier må som ellers være fastsatt i forkant og være objektive og ikke-diskriminerende. Krav som «*the experience of the applicants in the sector concerned, the size and infrastructure of their business, their technical and professional abilities*» nevnes som eksempler på objektive kriterier i Kommisjonens tolkningsuttalelse.<sup>117</sup>

---

<sup>113</sup> Se for eksempel sak C-376/08 *Serrantoni* og sak C-213/07 *Michaniki*.

<sup>114</sup> Sak C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító* avsnitt 36. Tilsvarende er lagt til grunn i sak C-358/12 *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici* avsnitt 37.

<sup>115</sup> Sml. direktiv 2014/24/EU art. 58.

<sup>116</sup> Sml. C-298/15 *Borta* avsnitt 54 – 61.

<sup>117</sup> Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006/C 179/02) punkt 2.2.2.

### 2.5.3. Krav til tilbudet

EU-domstolen har lagt til grunn at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet krever at «*the subject matter [...] for the contract concerned are clearly determined from the beginning of the award procedure for that contract*».<sup>118</sup>

At kontraktsgjenstanden må beskrives i forkant skal særlig sikre gjennomsiktighetsprinsippets konkurransefunksjon, ved at tilbyderne må få nok informasjon til at de kan melde interesse og eventuelt lage tilbud. Som beskrevet ovenfor, er kontraktens spesifikke egenskaper og omfang momenter som inngår i vurderingen av om kontrakten har grensekryssende interesse. Det ligger i dette at de grunnleggende kravene til ytelsen og dens omfang må fremgå av anskaffelsesdokumentene. Men det er ikke nødvendigvis påkrevd med en detaljert beskrivelse av kontraktsgjenstanden. Hvis tilbyderne reelt settes i stand til å inngi tilbud på grunnlag av befaringer, bilder eller lignende vil det kunne være en tilstrekkelig beskrivelse av kontraktsgjenstanden.<sup>119</sup>

Reglene om fri bevegelighet tilsikter å åpne markedet for offentlige anskaffelser, og det kreves derfor ikke at oppdragsgiver stiller detaljerte krav til ytelsen. Tvert imot er det som ellers foretrukket at oppdragsgiver stiller åpne funksjons- eller behovskrav som kan oppfylles på flere måter,<sup>120</sup> men uten at direktivets regler om dette gjelder under fri bevegelighet.<sup>121</sup> Dersom oppdragsgiver derimot ønsker å stille mer detaljerte krav for å sikre seg en best mulig tilpasset ytelse, følger det av gjennomsiktighetsprinsippets kontrollfunksjon at disse må oppstilles i forkant, og oppdragsgiver vil ikke ha mulighet til å avvise tilbud som oppfyller kravene som er satt.

Oppdragsgivers beskrivelse av kontraktsgjenstanden må være ikke-diskriminerende. Det kan derfor ikke stilles krav om nasjonalitetsbestemte produkter,<sup>122</sup> og heller ikke krav som formelt gjelder likt for utenlandske og hjemmehørende tilbydere, men som har til virkning at nasjonale leverandører favoriseres.<sup>123</sup> Likebehandlingsprinsippet kan imidlertid ikke strekkes så langt at oppdragsgiver er avskåret fra å etterspørre produkter som bare tilbys av et fåtall leverandører. Dette illustreres av sak C-513/99 *Concordia Bus Finland*, der det i en direktivanskaffelse var stilt et tildelingskriterium tilknyttet etterspurt materiell som bare et fåtall leverandører kunne oppfylle. EU-domstolen konkluderte med at dette ikke i seg selv kunne utgjøre et brudd på likebehandlingsprinsippet.<sup>124</sup> Dette må anses som et utslag av at det tilkommer oppdragsgiver å vurdere hvilke varer og tjenester den har behov for, og som best er i stand til å vurdere hvilke krav som er nødvendig for å møte disse

---

<sup>118</sup> Sak C-298/15 *Borta* avsnitt 69.

<sup>119</sup> Slik også Rapport fra utvalg om dansk udbudslovgning (2014) s. 262.

<sup>120</sup> Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006/C 179/02) pkt. 2.2.

<sup>121</sup> Se f.eks. direktiv 2014/24/EU art. 42.

<sup>122</sup> Se f.eks. sak E-5/98 *Fagtnun* og sak C-243/89 *Kommisjonen mot Danmark*.

<sup>123</sup> Se for eksempel sak C-45/87 *Kommisjonen mot Irland*.

<sup>124</sup> Sak C-513/99 *Concordia Bus Finland* avsnitt 85.



behovene.<sup>125</sup> Så lenge kravene til kontraktsgjenstanden ikke er diskriminerende eller på en kunstig måte innskrenker konkurransen, står oppdragsgiver fritt til å etterspørre produkter som bare kan tilbys av et fåtall leverandører.

Reglene om fri bevegelighet forbyr imidlertid krav som unødig begrenser konkurransen, selv om de anvendes likt overfor tilbyderne. Dette illustreres av sak C-59/00 *Vestergaard*, der det var stilt krav om at dører og vinduer var av et bestemt merke. EU-domstolen sa at reglene om varefriheten var til hinder for at det ble stilt krav om et bestemt merke uten mulighet for å tilby likestilte produkter.<sup>126</sup> I sak C-413/17 *Roche Lietuva*, som gjaldt en direktivanskaffelse, sa EU-domstolen med henvisning til proporsjonalitetsprinsippet at en oppdragsgiver som formulerer svært detaljerte spesifikasjoner må være påpasselig med at detaljeringsgraden er nødvendig for å oppnå kontraktens formål.<sup>127</sup> Dette er overførbart til reglene om fri bevegelighet, men som nevnt tilkommer det stadig oppdragsgiver å bestemme hvilke krav som er nødvendig for å møte anskaffelsens behov.

Oppdragsgiver kan også stille særlige krav til kontraktens utførelse, slik som krav til miljø, regler for bruk av underleverandører mv. Også slike krav må være i samsvar med grunnleggende prinsipper, og må derfor være fastsatt i forkant og kan ikke diskriminere tilbydere<sup>128</sup> eller begrense konkurransen mer enn nødvendig. Det kan også gis regler om dette i nasjonal rett, men som illustrert av sak C-295/15 *Borta* kan heller ikke slike regler begrense konkurransen mer enn nødvendig. Saken gjaldt en nasjonal regel som kategorisk forbød bruk av underleverandører for hovedentreprisen ved bygge- og anleggskontrakter. Selv om bestemmelsen var forankret i legitime hensyn om korrekt utførelse av anleggsarbeidene, gikk den lenger enn nødvendig når den fullstendig fratok oppdragsgiver muligheten til å utøve et skjønn om hva som var nødvendig i den enkelte sak.<sup>129</sup>

Endelig må krav til kontraktsgjenstanden og utførelse av kontraktsarbeidene være forenlig med annen sekundærrett selv om anskaffelsesdirektivene ikke kommer til anvendelse. Dette følger av saker som C-6/05 *Medipac*, som gjaldt en anskaffelse under terskelverdi, og der EU-domstolen fant at det var stilt krav til legemidler som var uforenlig med dagjeldende direktiv 93/42/EØF om medisinske anordninger.

#### 2.5.4. Tildelingskriterier

Oppdragsgiver må oppstille kriteriene for tildeling i forkant slik at vilkårlighet unngås. Tildelingskriteriene må meddeles tilbyderne og være tilstrekkelig presise, klare og entydige til at

---

<sup>125</sup> Sml. sak C-413/17 *Roche Lietuva* avsnitt 30.

<sup>126</sup> Sak C-59/00 *Vestergaard* avsnitt 22, se tilsvarende i sak 359/93 *Kommisjonen mot Nederland* avsnitt 23.

<sup>127</sup> Sak C-413/17 *Roche Lietuva* avsnitt 41.

<sup>128</sup> Se sak C-360/89 *Kommisjonen mot Italia*, sak C-243/89 *Kommisjonen mot Danmark* og sak C-296/15 *Medianus* avsnitt 68 flg.

<sup>129</sup> Sak C-298/15 *Borta* avsnitt 55.

tilbyderne forstår dem må samme måte ved eventuell utforming av tilbud.<sup>130</sup> Oppdragsgiver vil ha et betydelig skjønn ved valg av tildelingskriterier, men i sak C-234/03 *Conste* sa EU-domstolen at tildelingskriterier må anvendes uten forskjellsbehandling, forfølge legitime formål og være egnet og nødvendig for å oppnå målene som forfølges.<sup>131</sup>

I prinsippet om likebehandling og det avledede gjennomsiktighetsprinsippet ligger det at tildelingskriterier må være ikke-diskriminerende og objektive. At kriteriene må være objektive innebærer at oppdragsgiver ikke kan gis et ubegrenset skjønn, og det må derfor være mulig å etterprøve om tilbudene oppfyller tildelingskriteriene. Det må oppstilles egnede dokumentasjonskrav hvis det er nødvendig for å verifisere oppfyllelse av tildelingskriteriet som er valgt. Dette skal sikre en objektiv sammenlikning av tilbudene, og dermed at tilbyderne konkurrerer på like vilkår.<sup>132</sup>

Ved vurderingen av hvilke skranker reglene om fri bevegelighet setter for valg av tildelingskriterier oppstår spørsmålet om oppdragsgiver kan benytte tilbyders generelle faglige kvalifikasjoner som tildelingskriterium. For sekundærretten har som kjent EU-domstolen i sak C-532/06 *Liniakis* sagt at det går et grunnleggende skille mellom reglene for leverandørens evne til å gjennomføre kontrakten, og reglene om tildeling som skal identifisere det økonomisk mest fordelaktige tilbud. På grunnlag av direktivets systematikk har EU-domstolen sagt at leverandørens generelle kvalifikasjoner ikke kan benyttes som tildelingskriterium fordi det gjelder leverandørens kvaliteter, og ikke kvalitetene til tilbudet.<sup>133</sup>

EU-domstolens konklusjon i dommer som *Liniakis* fremstår positivrettslige og forankret i direktivets systematikk og ordlyd. I saker som *Strong Segurensa* har EU-domstolen sagt at de grunnleggende prinsippene ikke kan begrunne en analogisk anvendelse av direktivets regler om tildeling. Når det etter reglene om fri bevegelighet ikke er noe krav om at tildelingskriteriene må være basert på det økonomisk mest fordelaktige tilbud, er det etter mitt skjønn vanskelig å innfortolke et grunnleggende skille mellom leverandørens generelle kvalifikasjoner og tilbudets egenskaper. Primærretten synes derfor ikke å være til hinder for at leverandørens generelle kvalifikasjoner kan benyttes som tildelingskriterium.<sup>134</sup>

Et annet spørsmål er om tildelingskriterier etter primærretten må ha en tilknytning til kontraktsgjenstanden, slik anskaffelsesdirektivene krever. Før dette kravet ble lovfestet i anskaffelsesdirektivene, innfortolket EU-domstolen et slikt krav i dagjeldende sekundærrett. Dette

---

<sup>130</sup> Sak C-298/15 *Borta* avsnitt 69.

<sup>131</sup> Sak C-234/03 *Conste* avsnitt 49.

<sup>132</sup> Sak E-16/16 *Fosen-Linjen I* avsnitt 117 – 124 med videre henvisninger.

<sup>133</sup> Noe annet er at kvalifikasjonene til tilbudt personell kan være et tildelingskriterium hvis det er relevant for kvaliteten til tilbudet, se sak C-601/13 *Ambisig*.

<sup>134</sup> Tilsvarende Risvig Hansen (2012) s. 217.

følger av sak C-513/99 *Concorida Bus Finland*, men der EU-domstolens konklusjon nok en gang er basert på direktivets systematikk og formuleringen «*det økonomisk mest fordelaktige tilbud*». Det heter at fordi *tilbudet* nødvendigvis «*relates to the subject-matter of the contract, it follows that the award criteria which may be applied in accordance with that provision must themselves also be linked to the subject-matter of the contract.*»<sup>135</sup> Et utslag av dette finner vi i sak C-448/01 *Wienstrom*, der EU-domstolen fant at vilkåret ikke var oppfylt når oppdragsgiver under tildelingen honorerte leveranse av fornybar strøm til andre kunder enn oppdragsgiver.<sup>136</sup>

EU-domstolens begrunnelse for at tildelingskriteriene må ha en tilknytning til kontraktsgjenstanden synes forankret i direktivets ordlyd og system, og igjen tilsier saker som *Strong Segurenca* at tilsvarende krav ikke uten videre kan overføres til primærretten.<sup>137</sup> Derimot følger det av *Conste* at tildelingskriterier må forfølge lovlige formål og være egnet og nødvendig for å oppfylle disse. I den saken foretok EU-domstolen en inngående kontroll av oppdragsgivers tildelingskriterier i en kontrakt om uprioriterte tjenester. I konkurransen var det blant annet stilt et tildelingskriterium som honorerte tilbyderens maksimale produksjon av oksygen til respirasjonsapparater. EU-domstolen fant at kriteriet var uforenlig med proporsjonalitetsprinsippet, og der det som ledd i begrunnelsen blir sagt at «*the award of extra points for an ever-increasing production capacity, cannot be regarded as linked to the objective of the contract and even less as suitable for ensuring that it is attained.*»<sup>138</sup> EU-domstolen fant også at kravet gikk lenger enn nødvendig for å ivareta et eventuelt hensyn til forsyningssikkerhet. Dette fordi kriteriet honorerte produksjon av oksygen som gikk ut over det forventede behovet i kontrakten. EU-domstolens begrunnelse i *Conste* tilsier dermed at det etter proporsjonalitetsprinsippet vil være et krav om at tildelingskriterier har en saklig sammenheng til oppdragsgivers behov, og at de må være egnet og nødvendig til å forfølge kontraktens formål.

Der oppdragsgiver oppstiller flere tildelingskriterier vil den relative betydningen av de ulike kriteriene måtte vektes. I sak C-226/09 *Kommissjonen mot Irland* konkluderte EU-domstolen med at det ikke er et krav at vekten av tildelingskriteriene meddeles tilbyderne i forkant. Det ble sagt at anskaffelsesdirektivenes regler om vekting av tildelingskriterier ikke kan overføres til primærretten. Samtidig heter det i dommen at den etterfølgende vektingen ikke må endre tildelingskriteriene, og kan ikke være uttrykk for forskjellsbehandling. Videre er det et krav at den etterfølgende vektingen:

---

<sup>135</sup> Sak C-513/99 *Concordia Bus Finland* avsnitt 59.

<sup>136</sup> Sak C-448/01 *Wienstrom* avsnitt 66 – 68.

<sup>137</sup> Risvig Hansen (2012) mener derimot at det gjelder et tilsvarende krav om tilknytning til kontraktsgjenstanden etter primærretten, jf. s. 216.

<sup>138</sup> Sak C-234/03 *Conste* avsnitt 70.

«[would] *not have provided potential tenderers, had they been aware of that weighting at the time the bids were prepared, with information which could have had a significant effect on that preparation [...]*». <sup>139</sup>

EU-domstolens formulering av skrankene som gjelder for oppdragsgivers etterfølgende vekting er langt på vei tilsvarende med skrankene som gjelder for oppdragsgivers etterfølgende vekting av underkriterier etter direktivene, slik formulert i sak C-331/04 *ATI*. Samtidig er det en nyanseforskjell mellom formuleringene i henholdsvis *ATI* og *Kommisjonen mot Irland* når det gjelder kriteriet om at den etterfølgende vektingen ikke må være uventet. I *Liniakis*, som gjengir *ATI*-kriteriene, heter det at vektingen ikke må «*contain elements which, if they had been known at the time the tenders were prepared, could have affected that preparation.*»<sup>140</sup> I denne saken ser vi altså at EU-domstolen bruker formuleringen «*could have affected*», uten at det sies noe om at informasjonen «*could have had significant effect*». Det kan være nærliggende at den ulike formuleringen har sammenheng med at kravene til hvilken informasjon som skal være meddelt i forkant er strengere etter sekundærretten enn etter primærretten.

Et annet spørsmål er om reglene om fri bevegelighet pålegger oppdragsgiver i forkant å angi eventuelle underkriterier den måtte bestemme seg for. Jeg kan ikke se at dette er avklart i rettspraksis. Etter anskaffelsesdirektivene er det krav om at underkriter må angis i anskaffelsesdokumentene,<sup>141</sup> men avgjørelsen i *Kommisjonen mot Irland* viser at løsningen ikke nødvendigvis må være den samme etter reglene om fri bevegelighet. Gitt ovennevnte formulering i *Kommisjonen mot Irland* bør spørsmålet om eventuelle underkriterier må fastsettes i forkant bero på om slike kriterier kan ha «*significant effect*» på tilbydernes utforming av tilbud. I alminnelighet vil underkriterier kunne ha stor betydning for utforming av tilbud, og vidtfavnende og til dels intetsigende tildelingskriterier (slik som «*kvalitet*») kan gi liten veiledning ved utforming av tilbud. Hvis kriteriene potensielt rommer mange ulike aspekter, vil også hensynet til å begrense at oppdragsgiver får et ubegrenset skjønn kunne tilsi at underkriterier må angis i forkant. Derimot trenger ikke oppdragsgiver i forkant å meddele tilbyderne vekten av underkriterier eller evalueringsmodellen, men ved fastsettelsen av disse må oppdragsgiver overholde grunnprinsippene.<sup>142</sup>

---

<sup>139</sup> Sak C-226/09 *Kommisjonen mot Irland* avsnitt 48. Tilsvarende formulering er brukt av EFTA-domstolen i sak E-24/13 *Wolfgang Egger* avsnitt 59.

<sup>140</sup> Sak C-532/06 *Liniakis* avsnitt 43. Tilsvarende formulering er brukt i sak C-252/10 P *Evropaiki Dynamiki* avsnitt 32 og sak C-6/15 *Dimarso* avsnitt 26.

<sup>141</sup> Sak C-532/06 *Liniakis* avsnitt 38.

<sup>142</sup> Sak C-6/15 *Dimarso*, der det også sies at evalueringsmodellen må fastsettes før tilbudsåpning med mindre noe annet er umulig.

## 2.6. Konkurransens regler må følges

### 2.6.1. Tildelingsprosedyre

EU-domstolen har som nevnt sagt at gjennomsiktighetsprinsippet ikke nødvendigvis innebærer «*an obligation to hold an invitation to tender*». Det avgjørende er isteden at potensielle leverandører gis en reell mulighet til å melde interesse i kontrakten slik at det åpnes for konkurranse og vilkårlighet unngås. Det tilkommer oppdragsgiver å vurdere hva som er nødvendig og passende for anskaffelsen i den enkelte sak,<sup>143</sup> men grunnprinsippene må overholdes og dermed må tildelingsprosedyren angis i forkant.

Oppdragsgiver står fritt til å åpne for forhandlinger med aktuelle tilbydere, og det gjelder ingen krav til kommunikasjonsform eller minimumsfrister for å melde interesse. Samtidig må oppdragsgiver sørge for at tilbydere gis tilstrekkelig med tid til at de får en reell mulighet til å melde interesse i kontrakten.<sup>144</sup> Tidsfrister må angis i forkant, men oppdragsgiver står i prinsippet fritt til å forbeholde seg en rett til å anta et tilbud som er fremsatt etter en bestemt frist.<sup>145</sup>

Det følger imidlertid av likebehandlingsprinsippet at oppdragsgiver må tolke og anvende konkurransens regler likt overfor enhver tilbyder, og den må «*comply strictly with the criteria which it has itself laid down*».<sup>146</sup> Hvis det for eksempel er satt krav om at dokumentasjon må inngis innen en bestemt frist vil prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet sette grenser for hvilke avklaringer oppdragsgiver kan gjøre av tilbudene. Dette illustreres av sak C-336/12 *Manova*, der oppdragsgiver etter fristen for inngivelse av søknad om prekvalifisering hadde bedt to tilbydere om å ettersende balanser som etter konkurransegrunnlaget skulle vært vedlagt søknaden. EU-domstolen forutsetter at fastsatte frister må overholdes, men sier samtidig at så lenge konkurransegrunnlaget ikke utgjør en absolutt skranke<sup>147</sup> kan oppdragsgiver likevel anmode om at opplysninger i prekvalifiseringssøknaden korrigeres eller suppleres, for opplysninger som det objektivt kunne kontrolleres forelå før utløpet av den fastsatte frist.

At oppdragsgiver må overholde reglene den selv har fastsatt, innebærer også at det ikke kan gjøres vesentlige endringer i konkurransens regler i løpet av prosedyren. Dette følger av sak C-298/15 *Borta*, der det heter at oppdragsgiver kan gjøre endringer som ikke er vesentlige, og med det menes at endringene ikke kan føre til at andre tilbydere kunne deltatt om de var kjent med endringene fra

---

<sup>143</sup> Se også sak C-91/08 *Wall* avsnitt 42.

<sup>144</sup> Slik også Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006/C 179/02) pkt. 2.2.1.

<sup>145</sup> Slik også Rapport fra utvalg om dansk udbudslovgning (2014) s. 262.

<sup>146</sup> Sak C-336/12 *Manova* avsnitt 40. Se tilsvarende i sak 42/13 *Cartier Dell'Adda* avsnitt 42 sammenholdt med avsnitt 49, og sak 87/94 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 34 – 35.

<sup>147</sup> Slik tilfellet var i sak C-42/13 *Cartier Dell'Adda*.

starten av. Endringene må offentliggjøres på passende vis, og tilbyderne må dessuten gis tilstrekkelig med tid til at de kan tilpasse sine tilbud.<sup>148</sup>

### 2.6.2. Deltakelse i konkurransen

Det er stilt spørsmål om oppdragsgiver etter reglene om fri bevegelighet alltid må invitere flere tilbydere. Det følger av EU-domstolens praksis at gjennomsiktighetsprinsippet tjener enhver potensiell tilbyder. Dermed må alle potensielle tilbydere gis anledning til å melde interesse i tildelingen, men oppdragsgiver står fritt til å begrense antallet tilbudsgivere gjennom forhåndsfastsatte, objektive og ikke-diskriminerende utvelgelseskriterier.

I Kommisjonens tolkningsuttalelse heter det at der oppdragsgiver har oppstilt utvelgelseskriterier, skal «*the number of applicants shortlisted [...] take account to the need to ensure effective competition.*»<sup>149</sup> I direktivene er det regler om minste antall deltakere ved begrensede konkurranser,<sup>150</sup> men som nevnt fant EU-domstolen i sak C-65/17 *Oftalma Hospital* at denne regelen ikke kan overføres til primærretten. Det heter at grunnprinsippene «*does not entail, as such, the admission of a minimum number of candidates in a negotiated procedure.*»<sup>151</sup> EU-domstolen legger ikke til at oppdragsgiver må sikre tilstrekkelig konkurranse ved at det må forhandles med flere. Samtidig kan det ligge et forbehold i formuleringen «*as such*», som kan gå ut på at det i den enkelte sak må gjøres en vurdering av om det ut i fra markedsforholdene er nødvendig å føre forhandlinger med flere tilbydere for å sikre tilstrekkelig konkurranse.<sup>152</sup>

Ved avgjørelser om deltakelse i konkurransen må oppdragsgiver som ellers strengt overholde selvpålagte regler. Dette illustreres av sak C-42/13 *Cartier Dell 'Adda*, der det var stilt et krav om at en bestemt erklæring måtte vedlegges tilbudet idet tilbyderen ellers ville bli avvist fra konkurransen. En leverandør som ikke hadde vedlagt påkrevd erklæring ble avvist fra konkurransen, og EU-domstolen sa at dette var i tråd med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Motsetningsvis kan ikke oppdragsgiver avvise leverandører eller tilbud som oppfyller oppdragsgivers krav. Dette er sagt i sak C-278/14 *Enterprise Focused Solutions*, der det heter at grunnprinsippene «*prohibit the contracting authority from rejecting a tender which satisfies the requirements of the invitation to tender on grounds which are not set out in the tender*

---

<sup>148</sup> Sak C-298/15 *Borta* avsnitt 71 – 76.

<sup>149</sup> Kommisjonens tolkningsuttalelse (2006/C 179/02) pkt. 2.2.2

<sup>150</sup> Direktiv 2014/24/EU art. 65 stk. 2 (2), se også sak C-138/08 *Hochtief and Linde-Kca-Dresden* avsnitt 45 – 54 om begrepet tilstrekkelig konkurranse.

<sup>151</sup> Sak C-65/17 *Oftalma Hospital* avsnitt 53.

<sup>152</sup> Hvis oppdragsgiver kan påberope unntak fra publisitetskravet kan det foretas en direkte anskaffelse uten at andre tilbydere gis mulighet til å melde interesse, se avsnitt 2.4.3 ovenfor.

*specifications*».<sup>153</sup> Det ligger i dette at oppdragsgiver må ha grunnlag i forhåndsbestemte krav for at leverandører eller tilbud skal kunne avvises fra konkurransen.<sup>154</sup>

I forlengelsen av ovennevnte kan det oppstå spørsmål om oppdragsgiver vil ha rett til å utelukke leverandører som rammes av direktivets generelle utelukkelsesgrunner slik de er gjennomført i nasjonal rett,<sup>155</sup> hvis utelukkelsesgrunnen ikke er angitt i anskaffelsesdokumentene.<sup>156</sup> Som nevnt ovenfor, sa EU-domstolen i sak C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító* at direktivets utelukkelsesgrunner kan benyttes ved kontrakter omfattet av reglene om fri bevegelighet. I den saken ble det vist til at gjennomsiktighetsprinsippet var ivaretatt ved at oppdragsgiver uttrykkelig hadde henvist til den nasjonale utelukkelsesregelen i anskaffelsesdokumentene.<sup>157</sup> I sak C-295/20 *Sanresa*, som gjaldt en direktivanskaffelse, sa EU-domstolen at særlige kontraktskrav i prinsippet må angis i anskaffelsesdokumentene. Deretter heter det at «*the failure to do so does not make the procurement procedure unlawful where the condition of performance in question clearly arises from EU legislation applicable to the contractual activity*».<sup>158</sup> Selv om det i den saken var tale om en forordning, kan det likevel være nærliggende å overføre et tilsvarende resonnement til situasjoner der oppdragsgiver vil utelukke en tilbyder på grunnlag av nasjonale regler som gjennomfører direktivets generelle utelukkelsesgrunner, men uten at de er angitt i anskaffelsesdokumentene.

### 2.6.3. Tildeling og avslutning av konkurransen

Ved tildeling av kontrakten må oppdragsgiver som ellers overholde selvpålagte regler. Reglene for tildeling må anvendes likt overfor alle tilbyderne på en objektiv måte, og oppdragsgiver kan ikke endre tildelingskriteriene.<sup>159</sup> Et eksempel på at dette ikke var overholdt er sak C-226/09 *Kommissjonen mot Irland*, der oppdragsgiver etter tilbudsåpning hadde endret vekten av tildelingskriteriene, noe EU-domstolen mente var i strid med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

Etter EØS-retten har oppdragsgiver ingen plikt til å inngå kontrakt, og den kan i stedet velge å avlyse konkurransen.<sup>160</sup> Samtidig heter det i blant annet sak C-92/00 *HI* at oppdragsgiver også ved

---

<sup>153</sup> Sak C-278/14 *Enterprise Focused Solutions* avsnitt 28. Se også sak C-6/05 *Medipac* avsnitt 54 som sier det samme.

<sup>154</sup> Se også sak C-27/15 *Pizzo* avsnitt 51.

<sup>155</sup> Direktivene oppstiller både fakultative og obligatoriske utelukkelsesgrunner, jf. f.eks. art. 57 i direktiv 2014/24/EU. Det tilkommer medlemsstatene å bestemme om de fakultative utelukkelsesgrunnene skal gjennomføres i nasjonal rett, se f.eks. sak C-213/07 *Michaniki*.

<sup>156</sup> Se Kofa-sak 2006-153 *Ikon*, der det legges til grunn at de generelle utelukkelsesgrunnene ikke må oppgis i konkurransegrunnlaget.

<sup>157</sup> Sak C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító* avsnitt 33.

<sup>158</sup> Sak C-295/20 *Sanresa* avsnitt 60.

<sup>159</sup> Sak C-278/14 *Enterprise Focused Solutions* avsnitt 27.

<sup>160</sup> Se for eksempel sak C-27/98 *Fracasco og Lietschutz* avsnitt 25.

avlysning av en konkurranse er underlagt grunnleggende prinsipper og forbudet mot forskjellsbehandling i særdeleshet.<sup>161</sup> Dermed vil det for eksempel være i strid med primærretten om oppdragsgiver avlyser konkurransen fordi vinneren viste seg å være en leverandør fra en annen EØS-stat.

De grunnleggende prinsippene kan også føre til at oppdragsgiver har plikt til å avlyse konkurransen. Det forutsetter i så fall at det er begått en uopprettelig feil som kan ha påvirket utfallet eller deltakelsen i konkurransen.<sup>162</sup> I sak E-24/13 *Wolfgang Egger* sier EFTA-domstolen at hvorvidt konkurransen må begynne på nytt vil måtte vurderes avhengig av «*the nature of the flaw in question*», mens det i sak E-16/16 *Fosen-Linjen I* sies at det kan være situasjoner der en prosessuell feil bare kan «*rettes opp på forsvarlig vis ved at anbudskonkurransen avlyses og gjennomføres på nytt for å overholde prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og åpen konkurranse*».<sup>163</sup>

Oppdragsgivers beslutninger om avvisning, tildeling eller avlysning må begrunnes.<sup>164</sup> Dette følger av blant annet prinsippet om god forvaltningsskikk,<sup>165</sup> som også er et EØS-rettslig prinsipp.<sup>166</sup> Begrunnelsen må være tilstrekkelig til at beslutningen kan kontrolleres av forbigåtte tilbydere, og der det skal være adgang til domstolene for å få prøvd lovligheten av oppdragsgivers beslutninger.

Etter sekundærretten må oppdragsgiver utarbeide en individuell rapport om den enkelte tildeling av kontrakt, og der det er gitt detaljerte regler i art. 84 i direktiv 2014/24/EU og art. 100 i direktiv 2014/25/EU, mens direktiv 2014/23/EU i art. 37 (5) kun sier at oppdragsgiver skal «*provide for appropriate recording of the stages of the procedure using the means it judges appropriate*». I norsk rett er dette gjennomført ved regler om dokumentasjons- og protokollplikt.<sup>167</sup> Begrunnelsen for direktivets regulering av dokumentasjonsplikt er lovgivers ønske om å bekjempe korrupsjon og sikre gjennomsiktighet og sporbarhet i prosessen.<sup>168</sup>

Det er reist spørsmål om i hvilken grad det er et krav etter reglene om fri bevegelighet at oppdragsgiver kan dokumentere anskaffelsesprosessen ved for eksempel krav om protokoll. Jeg er ikke kjent med praksis fra EU-domstolen der det sies at reglene om fri bevegelighet og tilhørende grunnprinsipper oppstiller en dokumentasjonsplikt ut over at det må gis en dekkende begrunnelse. Direktivens regler om dette fremstår positivrettslige, og EU-domstolens tilnærming i saker som

---

<sup>161</sup> Sak C-92/00 *HI* avsnitt 42 – 47, se også E-16/16 *Fosen-Linjen I* avsnitt 105.

<sup>162</sup> Sak E-16/16 *Fosen-Linjen I* avsnitt 106.

<sup>163</sup> *Ibid.* avsnitt 106.

<sup>164</sup> Sak E-16/16 *Fosen-Linjen* avsnitt 109.

<sup>165</sup> Sak C-927/19 *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* avsnitt 120.

<sup>166</sup> Se blant annet sak E-5/13 *Schenker V* avsnitt 62.

<sup>167</sup> Jf. f.eks. forskrift om offentlige anskaffelser §§ 7-1 og 25-5.

<sup>168</sup> Se fortalen til direktiv 2014/24/EU punkt 45, 58 og særlig 126. For en oversikt, se Caranta & Sanches-Graells (2021) *European Public Procurement – commentary on Directive 2014/24/EU* s. 869 flg.



*Strong Segurenca* tilsier at disse kravene ikke kan overføres til primærretten.<sup>169</sup> Det sentrale etter primærretten er som nevnt at det må gis en dekkende begrunnelse som setter tilbyderne og domstolene i stand til å etterprøve oppdragsgivers beslutning, og jeg kan ikke se at det er oppstilt dokumentasjonsplikt ut over dette.

## 2.7. Forbud mot vesentlige endringer av inngått kontrakt

I sak C-337/98 *Kommisjonen mot Frankrike* sa EU-domstolen at det ikke kan gjøres endringer som gjør at en offentlig kontrakt blir avgjørende forskjellig fra slik den var kunngjort. I sak C-454/06 *Pressetext* presiserte EU-domstolen at det ikke kan foretas vesentlige endringer i en offentlig kontrakt som viser at det er partenes vilje å reforhandle avtalens grunnleggende vilkår. I sak C-549/14 *Finn Frogne* viste EU-domstolen til at partenes subjektive vilje ikke er avgjørende fordi spørsmålet om hvorvidt kontraktens grunnleggende vilkår er endret må bero på en objektiv vurdering.

I *Pressetext* oppstilte EU-domstolen tre kategorier av vesentlige endringer, som nå er kodifisert i direktivene. For det første vil det være en vesentlig endring hvis det innføres betingelser som hadde gjort det mulig for andre leverandører å delta, eller som ville gjort det mulig å anta et annet tilbud enn det som vant konkurransen.<sup>170</sup> For det andre vil det foreligge en vesentlig endring hvis kontraktens omfang i betydelig grad utvides til å omfatte leveranser som ikke var en del av den kunngjorte avtalen.<sup>171</sup> For det tredje vil det utgjøre en vesentlig endring hvis den økonomiske balansen i kontrakten endres i favør av leverandøren på en måte som den opprinnelige kontrakten ikke ga mulighet for.<sup>172</sup>

I sak C-91/08 *Wall*, som gjaldt en kontrakt om en tjenestekonsesjon, spurte den nasjonale domstolen om forbudet mot vesentlige endringer også kunne gjelde etter reglene om fri bevegelighet. Dette ble besvart bekreftende av EU-domstolen:

*«In order to ensure transparency of procedures and equal treatment of tenderers, substantial amendments to essential provisions of a service concession contract could in certain cases require the award of a new concession contract, if they are materially different in character from the original contract [...]».*<sup>173</sup>

---

<sup>169</sup> Se punkt 2.3.3 ovenfor.

<sup>170</sup> Et eksempel på slik endring er sak C-549/14 *Finn Frogne*, som gjaldt en vesentlig reduksjon av kontraktens omfang. Se også sak C-573/07 *Sea* avsnitt 51.

<sup>171</sup> Se for eksempel sak C-160/08 *Kommisjonen mot Tyskland*, der en endring i kontraktens geografiske virkeområde med om lag 25 % var en vesentlig endring. I sak C-526/17 *Kommisjonen mot Italia* ble en forlengelse av avtalen på 18 år ansett som en vesentlig endring.

<sup>172</sup> Et eksempel på dette er sak C-160/08 *Kommisjonen mot Tyskland*, der kontraktens samlede verdi økte med 15 %, noe som ble bedømt som en vesentlig endring.

<sup>173</sup> Sak C-91/08 *Wall* avsnitt 37.

I saken sa EU-domstolen at utskifting av en underleverandør etter omstendighetene kan være en vesentlig endring selv om kontrakten åpner for dette. Begrunnelsen er at hvis bruken av den aktuelle underleverandøren var et avgjørende element for tildelingen, kan det være tale om en endring som hadde betydning for utfallet av prosedyren. Generaladvokatens forslag til dom tilsier imidlertid at det var et nok så spesielt faktum i saken som ble forelagt domstolen.<sup>174</sup>

Det kan diskuteres om forbudet mot vesentlige endringer har samme rekkevidde etter reglene om fri bevegelighet som etter direktivene. Ettersom forbudet mot vesentlige endringer i begge tilfeller har blitt forankret direkte i de grunnleggende prinsippene, tilsier det at rekkevidden av forbudet prinsipielt er det samme.<sup>175</sup> Samtidig kan det hevdes at for kontrakter godt under terskelverdi, men som på grunn av sine særlige egenskaper og oppfyllelsessted har grensekryssende interesse, skal det en til før endringer i kontraktens omfang er vesentlig fordi det uansett vil være tale om relativt lave beløp. På den annen side er det nærliggende at det skal mindre til før endringer av kontrakter tett under terskelverdi er vesentlige, for dersom kontrakten på grunn av endringer i omfang får en totalverdi over terskelverdi skulle den ha vært kunngjort i TED fra begynnelsen av.

Forbudet mot vesentlige endringer er ikke absolutt. I anskaffelsesdirektivene er det innført flere unntak som gir mulighet for endringer uten at det utløser kunngjøringsplikt.<sup>176</sup> Når disse gjelder for anskaffelser omfattet av direktivet, må de desto mer gjelde for kontrakter etter primærretten.<sup>177</sup> Tilsvarende kan direktivets alminnelige unntak fra kunngjøringsplikt også benyttes for kontrakter som omfattes av reglene om fri bevegelighet.<sup>178</sup> Endelig kan oppdragsgiver påberope tvingende allmenne hensyn, men fraværet av gjennomsiktighet må i så fall være egnet og nødvendig i forfølgelsen av legitime hensyn.

## 2.8. Håndheving

### 2.8.1. Grunnprinsipper om håndheving

For direktivanskaffelser er det vedtatt egne direktiver om klage og håndheving av brudd på regelverket, og som skal gi leverandører adgang til effektive klageprosedyrer i nasjonal rett.<sup>179</sup> Disse gjelder ikke for kontrakter som faller utenfor sekundærretten.<sup>180</sup> Når det ikke er gitt særlige regler om håndheving, følger det av prinsippet om prosessuell autonomi at det tilkommer

---

<sup>174</sup> Forslag til avgjørelse i sak C-91/08 *Wall* avsnitt 71.

<sup>175</sup> Se punkt 2.3.3 ovenfor.

<sup>176</sup> Se for eksempel direktiv 2014/24/EU art. 72 (1) og (2). I sak C-461/20 *Advania Sverige* omtales dette som unntaksregler.

<sup>177</sup> Sml. blant annet sak C470/13 *Generali-Providencia Biztosító* avsnitt 36.

<sup>178</sup> Se f.eks. direktiv 2014/24/EU art. 32.

<sup>179</sup> Direktiv 89/665/EØF, direktiv 92/13/EØF og direktiv 2007/66/EF.

<sup>180</sup> Sak C-91/08 *Wall* avsnitt 62.

nasjonale myndigheter å utpeke kompetente domstoler og fastsette prosessregler som skal sikre rettighetene som følger av EØS-retten.<sup>181</sup>

Den prosessuelle autonomien må imidlertid respektere prinsippene om ekvivalens, effektivitet og effektiv rettighetsbeskyttelse. Ekvivalensprinsippet innebærer at rettsmidlene i tilsvarende nasjonale saker ikke må være mindre gunstige for EØS-rettslige regler.<sup>182</sup> Effektivitetsprinsippet innebærer at det ikke må være umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve rettighetene som følger av EØS-retten.<sup>183</sup> Mens ekvivalensprinsippet altså er relativt og avhengig av beskyttelsen som tilbys av den enkelte EØS-stat, er effektivitetsprinsippet en absolutt minstestandard for nasjonal rett. I forlengelsen av effektivitetsprinsippet finner vi prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse, som blant annet innebærer at brudd på EØS-rettigheter må kunne forfølges ved domstolene og skal gis adekvate rettsfølger i nasjonal rett.

### 2.8.2. Adgang til domstolsprøving

Etter prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse må det gis adgang til domstolsprøving av EØS-retten, slik at rettighetshavere kan håndheve regelbrudd for nasjonale domstoler.<sup>184</sup> Det er sikker rett at reglene om fri bevegelighet gir private rettigheter som må kunne håndheves for domstolene, og EU-domstolen har i en rekke saker sagt at nasjonale domstoler skal kunne prøve om oppdragsgiver har overholdt grunnleggende prinsipper om likebehandling og gjennomsiktighet.<sup>185</sup> I sak C-221/12 *Belgacom* sa EU-domstolen at prinsippet om gjennomsiktighet beskytter enhver potensiell tilbyder, og at også hjemmehørende tilbydere skal kunne påberope brudd på dette prinsippet for nasjonale domstoler såfremt kontrakten har grensekryssende interesse.<sup>186</sup>

EU-domstolen har også sagt at kravet om effektiv domstolsbeskyttelse fordrer at nasjonale myndigheters beslutninger ved offentlige anskaffelser begrunnes.<sup>187</sup> Dette fordi en begrunnelse er nødvendig for at forbigåtte leverandører kan settes i stand til å forsvare sine rettigheter og vurdere om saken skal prøves rettslig, og i så fall at nasjonale domstoler settes i stand til å kontrollere om beslutningen som er tatt er forenlig med EØS-retten.

I norsk rett er det gjennom tvistelovens regler gitt adgang til domstolsbeskyttelse for EØS-rettslige rettigheter, og der vilkårene for søksmålsadgang skal anvendes i samsvar med EØS-

---

<sup>181</sup> Sak C-91/08 *Wall* avsnitt 63 og sak E-24/13 *Wolfgang Egger* avsnitt 69.

<sup>182</sup> Sak E-24/13 *Wolfgang Egger* avsnitt 69 og 73, sak C-91/08 *Wall* avsnitt 64 og forente saker C-145/08 og C-149/08 *Club Hotel Loutraki* avsnitt 75 – 80.

<sup>183</sup> Sak E-24/13 *Wolfgang Egger* avsnitt 69 og 73 og sak C-91/08 *Wall* avsnitt 64.

<sup>184</sup> Sak E-11/12 *Koch*, sak C-497/20 *Randstad* avsnitt 57 og sak C-64/08 *Engelmann* avsnitt 55.

<sup>185</sup> Se for eksempel sak C-458/03 *Parking Brixen* avsnitt 50 og forente saker 147/06 og 148/06 *SECAP* avsnitt 30.

<sup>186</sup> Sak C-221/12 *Belgacom* avsnitt 25 – 34.

<sup>187</sup> Sak C-927/19 *Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras* avsnitt 120 med videre henvisninger.

avtalens prinsipper om håndheving.<sup>188</sup> Kravet til begrunnelse som følger både av prinsippet om god forvaltningsskikk og prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse, er gjennomført i norsk rett ved EØS-loven § 1.

### 2.8.3. Adgang til rettsmidler

Der en nasjonal domstol finner at det er begått brudd på de grunnleggende prinsippene, skal den gjøre alt som ligger innenfor dens kompetanse og som er i samsvar med nasjonal metodelære for å sikre den fulle virkning av EØS-retten.<sup>189</sup> Etter prinsippet om prosessuell autonomi tilkommer det imidlertid EØS-statene å bestemme hvilke rettsmidler som skal være tilgjengelige i nasjonal rett, men da stadig under overholdelse av prinsippene om ekvivalens, effektivitet og effektiv rettighetsbeskyttelse.<sup>190</sup>

Etter gjeldende nasjonal regulering er det gitt flere rettsmidler ved brudd på regelverket om offentlige anskaffelser under EØS-terskelverdi. Etter lov om offentlige anskaffelser § 8 (2) kan retten forut for kontraktsinngåelse sette til side beslutninger som oppdragsgiver har truffet i strid med lov eller forskrift, og det gjelder for alle anskaffelser med en verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner ekskl. mva. Etter § 9 gjelder tvistelovens regler om midlertidig forføyning, som kan besluttes inntil kontrakt er inngått. Etter § 10 kan leverandører bli tilkjent erstatning ved regelbrudd om vilkårene for det er oppfylt, og i §§ 12 og 14 (1) b er det gitt sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser.

Hvis det særskilte regelverket om håndheving av kontrakter under EØS-terskelverdi tenkes borte, oppstår spørsmålet om hvilke rettsmidler leverandører vil kunne ha krav på etter primærrettens grunnprinsipper. I det følgende vil jeg drøfte om tilsvarende rettsmidler som følger av håndhevelsesdirektivene kan utledes av primærrettens grunnprinsipper.

Et første rettsmiddel etter sekundærretten er at klageorganer forut for kontraktsinngåelse må kunne *sette til side* ulovlige beslutninger. Dette følger av direktiv 89/665/EØF art. 2 (1) b, som foreskriver at nasjonale klageorganer skal kunne «*either set aside or ensure the setting aside of decisions taken unlawfully*».

Spørsmålet om domstolene må kunne sette til side beslutninger i strid med primærrettens prinsipper om likebehandling og gjennomsiktighet er berørt i sak C-91/08 *Wall*. Som nevnt gjaldt den saken en potensiell vesentlig endring av en tjenestekonsesjonskontrakt. Etter nasjonal prosessrett kunne domstolen på nærmere vilkår pålegge en part å gjøre eller unnlate noe, eventuelt under trussel om mulkt. Det ble stilt spørsmål til EU-domstolen om grunnprinsippene pålegger

---

<sup>188</sup> Se blant annet sak HR-2021-2554-A *Aker Solutions* avsnitt 71 – 73 og sak Rt. 2005 s. 597 *Allseas* avsnitt 36.

<sup>189</sup> Sak E-1/07 *Straffesak mot A* avsnitt 39 og sak C-91/08 *Wall* avsnitt 42.

<sup>190</sup> Sak E-24/13 *Wolfgang Egger* avsnitt 69 og sak C-91/08 *Wall* avsnitt 64.

nasjonale domstoler å sikre at en forbigått leverandør kan kreve at brudd på prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet unnlates, eller at fortsettelsen av slike brudd skal opphøre.

I forslag til avgjørelse i *Wall*, understreker generaladvokat Bot at kontrakten i saken ikke var omfattet av dagjeldende håndhevelsesdirektiv, og der det heter at man «*cannot disregard the absence of relevant Community rules and apply, by analogy, the precise and binding rules set out in Directive 89/665*». <sup>191</sup> Det vises også til at sanksjoner ved brudd på gjennomsiktighetsprinsippet ved tjenstekonsesjonskontrakter ikke bare har til formål å sikre at oppdragsgiver overholder regelverket, men skal også sikre at offentlige tjenesteytelse fungerer og dessuten beskytte eventuelle allmenne behov som kontraktsoppfyllelsen skal ivareta. I forlengelsen av dette heter det at:

*«If an injunction is to ensure the full effectiveness of Community law, it must be possible for the national court to make an assessment on a case-by-case basis. The assessment must take account of all the relevant factors of the case, such as the conduct of the contracting authority, the nature of the unlawful act committed, and all the interests capable of being adversely affected, in particular the public interest».* <sup>192</sup>

I likhet med generaladvokaten påpekte EU-domstolen at saken gjaldt en tjenstekonsesjonskontrakt som ikke var omfattet av noen av direktivene om offentlige anskaffelser, og at det tilkommer medlemsstatene å fastsette rettsmidlene i nasjonal rett under overholdelse av prinsippene om ekvivalens og effektivitet. Det heter så at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet «*do not require the national authorities...to grant a restraining order in every case of an alleged breach of that obligation in connection with the award of service concessions*». <sup>193</sup>

I sak E-24/13 *Wolfgang Egger* legger EFTA-domstolen seg på samme linje som EU-domstolen i *Wall* når det heter at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet «*do not necessarily require, in case of a breach of that obligation [...], the national courts to set aside the award decision*». <sup>194</sup> Samtidig blir det påpekt at den nasjonale domstolen må kontrollere at tildelingen ikke er vilkårlig eller diskriminerende, og det synes forutsatt at «*a sufficiently serious breach of the obligation of transparency*» må ha rettsvirkninger, men at konsekvensen må bero på feilens karakter og reglene i nasjonal rett. <sup>195</sup>

---

<sup>191</sup> Forslag til avgjørelse i sak C-91/08 *Wall* avsnitt 141.

<sup>192</sup> Ibid. avsnitt 143.

<sup>193</sup> Sak C-91/08 *Wall* avsnitt 65.

<sup>194</sup> Sak E-24/13 *Wolfgang Egger* avsnitt 70.

<sup>195</sup> Sak E-24/13 *Wolfgang Egger* avsnitt 74.

I norsk rett har partene etter tvisteloven betydelig frihet til å utforme påstander så lenge det er mulig å få dom for kravet, og der domstolene blant annet kan treffe avgjørelser om at en part må tåle, unnlate eller foreta seg noe så lenge et slikt krav er reist i saken.<sup>196</sup> Etter tvistelovens regler vil det i prinsippet kunne kreves en dom som har til resultat at oppdragsgiver ikke kan inngå en kontrakt som er tildelt i strid med grunnprinsippene. Uavhengig av særreguleringen i anskaffelsesloven gir dermed tvisteloven tilgang på rettsmidler forut for kontraktsinngåelse, som kan benyttes til å avhjelpe brudd på reglene om fri bevegelighet, og der det påligger nasjonale domstoler å benytte de mulighetene som prosesslovgivningen gir for å sikre oppfyllelse av grunnprinsippene.<sup>197</sup> Men det er samtidig ikke nødvendigvis et krav etter prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet at en påstand som går ut på tilsidesettelse av en ulovlig tildelingsbeslutning skal tas til følge i realiteten. På grunnlag av *Wolfgang Egger* og generaladvokatens uttalelse i *Wall* må det kunne ses hen til hvor alvorlig feilen er og hensynet til allmennhetens interesser. Det kan i den forbindelse nevnes at forbigåtte leverandører vil kunne ha krav på erstatning for brudd på EØS-avtalens hoveddel (se nedenfor), og etter omstendighetene må det antas at det kan være et tilstrekkelig rettsmiddel.

Et annet rettsmiddel etter håndhevelsesdirektivene, er at klageorganer skal kunne treffe *midlertidige avgjørelser*. Dette følger av direktiv 89/665/EØF art. 2 (1) bokstav a, som skal sikre at feil kan gjenopprettes og skade unngås, og der det i direktiv 2007/66/EF er bestemt at nasjonal rett må ha regler om karenperiode og suspensjon.

I storkammersak C-432/05 *Unibet* sa EU-domstolen at prinsippet om effektiv rettighetsbeskyttelse kan innebære at nasjonale domstoler må kunne treffe midlertidige avgjørelser for å sikre virkningen av den endelige avgjørelsen som skal treffes.<sup>198</sup> I norsk rett vil domstolene uavhengig av lov om offentlige anskaffelser kunne treffe avgjørelse om midlertidig forføyning etter tvl. kap. 34.<sup>199</sup> Et annet spørsmål er imidlertid om EØS-retten stiller krav til karenperiode for kontrakter under terskelverdi for å muliggjøre en midlertidig forføyning.<sup>200</sup>

Reglene om karenperiode i direktiv 2007/66/EF er en konsekvens av EU-domstolens avgjørelser i saker som C-81/98 *Alcatel* og C-212/02 *Kommisjonen mot Østerrike*. I *Alcatel* hadde oppdragsgiver tildelt og inngått kontrakt samme dag, og etter nasjonal rett kunne en slik

---

<sup>196</sup> Jf. tvisteloven § 11-2.

<sup>197</sup> Sak C-91/08 *Wall* avsnitt 70.

<sup>198</sup> Sak C-432/05 *Unibet* avsnitt 66 flg.

<sup>199</sup> Ved fare for opphold kan det treffes kjennelse om midlertidig forføyning uten muntlig forhandling, jf. tvl. § 32-7 (2).

<sup>200</sup> Etter gjeldende regulering er det gitt regler om karenperiode og suspensjon også for kontrakter som er lik eller overstiger nasjonal terskelverdi, jf. forskrift om offentlige anskaffelser §§ 10-2 og 10-3.

beslutning ikke settes til side etter at kontrakt var inngått. På grunnlag av direktivets formål og system konkluderte EU-domstolen med at før kontraktsinngåelse må beslutninger være:

«[open] to review in a procedure whereby an applicant may have that decision set aside if the relevant conditions are met, notwithstanding the possibility, once the contract has been concluded, of obtaining an award of damages.»<sup>201</sup>

Det skal altså være mulig å få reparert brudd gjennom en tilsidesettelse av tildelingsbeslutningen før kontrakt inngås, og det er ikke tilstrekkelig at tilbyderne kan få erstatning. I sak C-212/02 *Kommisjonen mot Østerrike* sa EU-domstolen at det må være «a reasonable period» mellom tildeling og kontraktsinngåelse for at forbigåtte tilbydere skal kunne begjære midlertidig sikring.

Jeg kan ikke se at EU-domstolen har avklart om det også for kontrakter under terskelverdi er krav om en karensperiode, og det er ulike syn på dette i juridisk litteratur og blant nasjonale domstoler.<sup>202</sup> EU-domstolens konklusjon i ovennevnte dommer er basert på direktivets systematikk, herunder at forbigåtte leverandører skal ha rett til å kreve at nasjonale klageorganer skal kunne sette til side ulovlige beslutninger. Når både EFTA-domstolen og EU-domstolen har sagt at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet ikke uten videre krever at beslutninger skal kunne settes til side, kan det tilsi at det heller ikke er et generelt krav om karensperiode for kontrakter underlagt reglene om fri bevegelighet.

En tredje kategori rettsmiddel som følger av sekundærretten, er at ulovlige direkte anskaffelser på nærmere vilkår skal *sanksjoneres* i form av at kontrakten kjennes uten virkning, avkortes og/eller at det ilegges overtredelsesgebyr.<sup>203</sup> Disse sanksjonene fremstår som positivrettslige, og kan ikke uten videre overføres til brudd på primærretten.<sup>204</sup> Dette bekreftes av at både EFTA-domstolen i *Wolfgang Egger* og EU-domstolen i *Wall* har sagt at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet «do not require the national authorities to terminate a contract».<sup>205</sup>

Hvis regelverket om håndheving av kontrakter under EØS-terskelverdi tenkes borte, vil ikke domstolene kunne ilegge overtredelsesgebyr for brudd på primærrettens publisitetskrav. Videre følger det av norsk rett at kontrakter inngått i strid med anskaffelsesregelverket er gyldige,<sup>206</sup> slik at heller ikke rettsmidlet uten virkning i form av ugyldighet, eller avkortning av kontrakten, er

---

<sup>201</sup> Sak C-81/98 *Alcatel* avsnitt 43.

<sup>202</sup> For eksempler på ulike syn i nasjonal rett, se Risvig Hansen (2012) s. 239.

<sup>203</sup> Direktiv 2007/66/EF art. 2 d og 2 e. Se sak C-23/20 *Simonsen & Weel* om at sanksjonen uten virkning er begrenset til de mest alvorlige brudd på EU-retten ved at anskaffelsen ikke er kunngjort i TED, jf. avsnitt 81 – 90.

<sup>204</sup> Sak C-91/08 *Wall* avsnitt 62, se også punkt 2.3.3 ovenfor.

<sup>205</sup> Sak C-91/08 *Wall* avsnitt 65, og tilsvarende i sak E-24/13 *Wolfgang Egger* avsnitt 70.

<sup>206</sup> Rt. 20001 s. 1288 *Gate Gourmet* og Rt. 2005 s. 1481 *Sørdal*, se også HR-2023-206-A *Perpetuum* avsnitt 59.

aktuelle rettsmidler i norsk rett om gjeldende regulering tenkes borte. Dermed vil heller ikke ekvivalensprinsippet gi tilgang på slike rettsmidler i nasjonal rett.

Et fjerde rettsmiddel som følger av håndhevelsesdirektivene, er at nasjonale klageorganer skal kunne tilkjenne *erstatning*. Det følger av sak E-7/18 *Fosen-Linjen II* at vilkårene for erstatning ikke kan gi dårligere vern enn det alminnelige statsansvaret. Høyesterett har som kjent lagt til grunn at erstatning etter lov om offentlige anskaffelser § 10 forutsetter at det er begått et tilstrekkelig kvalifisert brudd på regelverket, at det foreligger årsakssammenheng og økonomisk tap samt at tapet er erstatningsrettslig vernet.<sup>207</sup>

Etter det alminnelige statsansvaret som følger av grunnleggende prinsipper i EØS-avtalens hoveddel, vil offentlige myndigheter på tilsvarende vilkår som etter lov om offentlige anskaffelser § 10 kunne bli erstatningsansvarlig for brudd på reglene om fri bevegelighet ved offentlige anskaffelser. Erstatningsplikten er gjennomført i norsk rett ved EØS-loven § 1,<sup>208</sup> og dette rettsmidlet er således tilgjengelig i norsk rett uavhengig av lov om offentlige anskaffelser.

## 2.9. Gjennomføring i nasjonal rett

Det er reist flere spørsmål om hvordan de grunnleggende prinsippene kan gjennomføres i nasjonal rett. Et første spørsmål er om EØS-loven § 1 er en tilstrekkelig gjennomføring av de EØS-rettslige kravene som gjelder for kontrakter av grensekryssende interesse.

Reglene om fri bevegelighet og tilhørende grunnprinsipper har i EU-retten direkte virkning.<sup>209</sup> Direkte virkning finnes som kjent ikke i EØS-avtalen, men avtalens hoveddel er gjennomført i norsk rett ved EØS-loven § 1. Bestemmelsen utgjør også en gjennomføring av de grunnleggende prinsippene som utledes av EØS-avtalens hoveddel, slik som prinsippene om ekvivalens, effektivitet og effektiv rettighetsbeskyttelse.<sup>210</sup> Det ligger også i dette at EØS-avtalens regler om fri bevegelighet og tilhørende prinsipper om likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet er gjennomført i norsk rett. Bestemmelsene er anvendelige i seg selv og er dermed operative i norsk rett,<sup>211</sup> og skal ha fortrinn foran andre nasjonale regler i tilfelle konflikt.<sup>212</sup> Det kreves ikke ytterligere gjennomføringstiltak,<sup>213</sup> og EØS-loven § 1 er dermed en tilstrekkelig gjennomføring av EØS-avtalens krav til anskaffelser under terskelverdi.

---

<sup>207</sup> HR-2019-1801 *Fosen-Linjen* og HR-2023-206-A *Perpetuum*.

<sup>208</sup> Rt. 2005 s. 1365 *Finanger II* avsnitt 52.

<sup>209</sup> Se blant annet sak C-91/08 *Wall* avsnitt 68.

<sup>210</sup> Se Arnesen mfl. (2022) *Oversikt over EØS-retten* s. 636 med videre henvisninger.

<sup>211</sup> Sml. også sak E-6/17 *Fjarskipti* avsnitt 26 flg.

<sup>212</sup> EØS-loven § 2 og sak E-1/01 *Einarsson* avsnitt 35 om protokoll 35.

<sup>213</sup> Sak C-412/04 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 66 – 69.



Det er også stilt spørsmål om hvilke konsekvenser det vil kunne ha for henholdsvis norske og utenlandske leverandørers mulighet til å påberope regelbrudd hvis det nasjonale regelverket ikke videreføres.

Som det fremgår ovenfor, er anvendelsen av reglene om fri bevegelighet betinget av at kontrakten har en klar grensekryssende interesse. I for eksempel sak C-113/13 *Spezzino* heter det at i saker der «*all the relevant elements are confined to a single Member State, it is necessary for the contract at issue in the main proceedings to be of certain cross-border interest.*»<sup>214</sup> Så lenge kontrakten har en slik grensekryssende interesse, vil grunnprinsippene komme til anvendelse selv om faktum i saken for øvrig er av en ren intern karakter. I så fall skal grunnprinsippene beskytte enhver potensiell tilbyder, og der EU-domstolen i sak C-221/12 *Belgacom* konkluderte med at også hjemmehørende leverandører kan påberope brudd på prinsippet om gjennomsiktighet for nasjonale domstoler. Jeg kan derfor ikke se at fravær av særskilt nasjonal regulering for anskaffelser under EØS-terskelverdi vil ha betydning for hjemmehørende tilbyders mulighet til å påberope grunnprinsippene for kontrakter av grensekryssende interesse.

Hvis nasjonale myndigheter vedtar regler for anskaffelser av grensekryssende interesse, er det et minstekrav at det ikke gis regler som er i strid med EØS-avtalens hoveddel. Selv om EØS-avtalens hoveddel skal gis fortrinn ved konflikt med annen norsk rett, har EU-domstolen i flere saker sagt at kravet om rettsvisshet likevel innebærer at det ikke kan gis regler som er i strid med reglene om fri bevegelighet.<sup>215</sup> Det samme må gjelde etter EØS-avtalen art. 3.<sup>216</sup> EØS-statene har et visst skjønn når det kommer til å vedta bestemmelser i nasjonal rett som skal sikre overholdelse av grunnleggende prinsipper etter reglene om fri bevegelighet, og som er bindende for oppdragsgivere.<sup>217</sup> Det er lagt til grunn at medlemsstatene i lys av særlige historiske, rettslige, økonomiske eller sosiale forhold står nærmest til å identifisere situasjoner nasjonalt som kan føre til brudd på grunnprinsippene.<sup>218</sup>

Et spørsmål som er reist er om det kan settes en nedre grense for når det nasjonale regelverket kommer til anvendelse. I forente saker C-147/06 og C-148/06 *SECAP* sa EU-domstolen at det kan fastsettes objektive kriterier i nasjonal rett om når det foreligger en klar grensekryssende interesse. Det heter også at «*the possibility of such an interest may also be excluded in a case, for example, where the economic interest at stake in the contract in question is very modest*»,<sup>219</sup> og nasjonale

---

<sup>214</sup> Sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 46.

<sup>215</sup> Se for eksempel sak C-522/04 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 70 og sak 104/86 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 12.

<sup>216</sup> Se Arnesen mfl. (2022) *Oversikt over EØS-retten* s. 619 – 620 med videre henvisninger.

<sup>217</sup> Sak C-278/14 *Enterprise Focused Solutions* avsnitt 25 og sak C-376/08 *Serrantoni* avsnitt 31.

<sup>218</sup> Sak C-376/08 *Serrantoni* avsnitt 32.

<sup>219</sup> Forente saker C-147/06 og C-148/06 *SECAP* avsnitt 31.

terskelverdier synes å være utbredt blant EØS-statene.<sup>220</sup> Samtidig har vi sett at EU-domstolen i *SECAP* understreker at for anskaffelser som skal oppfylles i nærheten av en grense, kan selv kontrakter av lav verdi være av grensekryssende interesse om utenlandske leverandører inngår i lokalmarkedet.

Den gjeldende nasjonale minsteterskelen på 100 000 ekskl. mva. synes i de aller fleste tilfeller å utelukke en klar grensekryssende interesse. Jeg har ikke funnet eksempler i rettspraksis som gjelder såpass lave verdier. Tvert imot foreligger det som nevnt flere kjennelser fra EU-domstolen om kontrakter som ligger godt under terskelverdi, men stadig en del mer enn 100 000 kroner, og der spørsmål fra den foreleggende domstol har blitt avvist fordi det ikke var godtgjort at kontrakten var av grensekryssende interesse.<sup>221</sup> I lys av EU-domstolens uttalelse i *SECAP*, er det imidlertid vanskelig fullstendig å utelukke at også kontrakter med verdi noe under 100 000 kroner, helt unntaksvis kan ha grensekryssende interesse hvis oppfyllelsen skal skje rett ved riksgrensen i øst og geografien er slik at også svenske eller finske leverandører inngår i det lokale markedet. Uansett er det ingenting i veien for at det i nasjonal rett settes terskelverdier, som også kan være betydelig høyere enn 100 000 kroner, men der det samtidig foreskrives at oppdragsgiver må følge grunnprinsippene om kontrakten likevel skulle ha grensekryssende interesse på grunn av slike særlige forhold som oppfyllelsessted.<sup>222</sup>

Med hensyn til hvilke positive regler som eventuelt kan gis i nasjonal rett for oppfyllelse av reglene om fri bevegelighet, kan det være tilstrekkelig å foreskrive at oppdragsgiver må overholde grunnleggende prinsipper om likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet, slik tilfellet er for en rekke kontrakter under EØS-terskelverdi i gjeldende regelverk. For å sikre oppfyllelse av disse prinsippene og gi oppdragsgiver noe mer veiledning, kan det oppstilles regler basert på tre grunnleggende krav som følger av EØS-retten.

Et *første* grunnleggende krav er at oppdragsgiver må sikre tilstrekkelig grad av publisitet om anskaffelsen slik at alle potensielle tilbydere gis en reell mulighet til å melde interesse i kontrakten, og har tilgang til nødvendig informasjon om anskaffelsen i forkant av tildelingen.

Som beskrevet i punkt 2.4 ovenfor, er spørsmålet om det gjelder en kunngjøringsplikt fortsatt omdiskutert, men etter mitt skjønn er det mest nærliggende at det ikke i alle tilfeller gjelder en kunngjøringsplikt. Direkte henvendelser til potensielle leverandører kan etter omstendighetene være tilstrekkelig så lenge oppdragsgiver sikrer at alle potensielle tilbydere gis anledning til å melde interesse i kontrakten. I mange tilfeller vil det imidlertid være påkrevd med en kunngjøring fordi

---

<sup>220</sup> For en komparativ gjennomgang, se Dragos & Caranta (2012) *Outside The EU Procurement Directives – Inside the Treaty?*

<sup>221</sup> Se punkt 2.2.2 ovenfor.

<sup>222</sup> Slik også Arrowsmith (2014) s. 251.

markedet er uoversiktlig, og der eksempler på egnede kunngjøringsmedier kan være oppdragsgivers hjemmeside, bransjenettsteder, Doffin eller TED.

Oppdragsgivers meddelelse eller kunngjøring må ikke nødvendigvis være omfattende. Det vil kunne være nok at det gis indikasjoner om verdi, en kort beskrivelse av kontraktsgjenstanden og stedet for oppfyllelse, samt tildelingskriterier. Meddelelsen må også inneholde kontaktinformasjon til oppdragsgiver slik at potensielle tilbydere på forespørsel kan motta eventuell ytterligere informasjon som er nødvendig for å melde interesse og eventuelt utarbeide tilbud.

Et *annet* grunnleggende krav er at reglene for konkurransen må være fastsatt i forkant i anskaffelsesdokumentene, og disse må være objektive, ikke-diskriminerende og kan ikke begrense konkurransen mer enn nødvendig.

Som beskrevet ovenfor står oppdragsgiver langt friere etter reglene om fri bevegelighet enn direktivene med hensyn til hvordan tildelingsprosessen skal foregå og hvilke regler som skal gjelde. EU-domstolen har gjentatte ganger understreket at direktivenes detaljerte regler ikke kan overføres til reglene om fri bevegelighet. Oppdragsgiver står for eksempel fritt til å gjennomføre forhandlinger, og det kan stilles utvelgelseskriterier for å begrense antallet tilbud som skal vurderes uten at direktivets regel om minste antall tilbydere gjelder etter primærretten.<sup>223</sup> Men reglene for konkurransen må være fastsatt i forkant i anskaffelsesdokumentene, og de må være ikke-diskriminerende, objektive og kan ikke begrense konkurransen mer enn nødvendig. Etter prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet må oppdragsgiver strengt overholde selvpålagte regler, og på dette punkt synes det ikke å være noen forskjell mellom direktivene og primærretten.

Et *tredje* grunnleggende krav er at oppdragsgiver begrunner tildelingen, og det samme vil gjelde for eventuelle beslutninger om avvisning av leverandører/tilbud eller avlysning av konkurransen.

Som nevnt følger det av prinsippene om god forvaltningsskikk og effektiv rettighetsbeskyttelse at tilbydere må gis en reell mulighet til å etterprøve at oppdragsgivers beslutning ikke er utslag av vilkårlighet, og at dette også kan prøves for nasjonale domstoler. Hvor utførlig en begrunnelse må være vil måtte bero på en konkret vurdering i den enkelte sak avhengig av type beslutning og kriteriene som er satt.<sup>224</sup> Der oppdragsgiver følger tilsvarende regler som i direktivene,<sup>225</sup> vil begrunnelseskravet i alle fall være oppfylt. Som nevnt ovenfor, kan jeg ikke se at det etter EØS-retten er et krav om at oppdragsgiver må dokumentere anskaffelsesprosessen ut over kravet om en dekkende begrunnelse.

---

<sup>223</sup> Sak C-65/17 *Oflama Hospital*.

<sup>224</sup> Se også sak T-289/09 avsnitt 63.

<sup>225</sup> Se f.eks. direktiv 2014/24/EU art. 55.

### 3. Nasjonale skranker ved offentlige anskaffelser

#### 3.1. Privatrettslige skranker

Offentlige innkjøp som faller utenfor lov og forskrift om offentlige anskaffelser vil fortsatt være underlagt privatrettslige regler. Det følger av rettspraksis at der det utlyses en konkurranse, vil oppdragsgiver kunne være bundet av bakgrunnsrettens prinsipp om likebehandling av tilbydere.

I Rt. 1998 s. 1951 *Laura Klubben* fant Høyesterett at en kommune gjennom selve anbudsutlysningen hadde forpliktet seg på prekontraktuelt grunnlag til å følge anskaffelsesrettslig bakgrunnsrett. I saken kom ikke dagjeldende regelverk om offentlige anskaffelser til anvendelse, og det var ikke sagt noe i utlysningen om hvilke regler som skulle følges ved tildelingen, og Høyesterett anvendte derfor prinsippene i NS-3400.<sup>226</sup> Det ble ikke særlig utbrodert hva som ligger i de anbudsrettslige prinsippene, men Høyesteretts drøftelse viser at det påligger oppdragsgiver å følge kravene som er fastsatt i anbudsinnbydelsen. Dette bekreftes av Rt. 1997 s. 574 *Firesafe*, som også gjaldt NS-3400. Høyesterett sa at det i en konkurransesituasjon er viktig med «*strengt krav til fair play*», og der det heter at deltakerne i konkurransen har «*rett til å kunne stole på at byggherren legger det kunngjorte regelsett til grunn i sin saksbehandling og avgjørelse*».

Bakgrunnsrettens betydning for anskaffelser som faller utenfor lov og forskrift om offentlige anskaffelser var også tema i Rt. 2005 s. 1638 *New Pac Safety*. Saken gjaldt en forsvarsanskaffelse som falt utenfor dagjeldende anskaffelseslov- og forskrift fordi oppdragsgiver hadde påberopt EØS-avtalen art. 123. Det var likevel holdt en konkurranse med forhandling i tråd med forsvarrets interne instruks om forsvarsanskaffelser. Den interne instruksjonen kunne ikke gi rettigheter til private, men kunne likevel ha betydning om den inngikk i avtalegrunnlaget mellom partene. I forlengelsen av dette sier Høyesterett at det også på forsvarsområdet må gjelde et «*minimum av likebehandling av konkurrerende leverandører*».<sup>227</sup>

I *New Pac Safety* tar Høyesterett forbehold om at det ikke er gitt at kravet til likebehandling på prekontraktuelt grunnlag vil gå like langt som likebehandlingskravet etter lov og forskrift om offentlige anskaffelser, og det heter at svaret uansett må bero på konkurranseformen som er valgt og det konkrete konkurransegrunnlaget. Den videre drøftelsen bekrefter imidlertid at likebehandling krever at oppdragsgiver følger reglene i konkurransegrunnlaget. Et sentralt tema i saken var om det var stilt krav til glans for ponchoene som skulle kjøpes. Høyesterett konkluderte

---

<sup>226</sup> Som en sammenlikning kan det vises til sak 45/87 *Kommisjonen mot Irland*, der EU-domstolen sa at oppdragsgiver ikke binder seg til direktivets regler selv om det er gjort en kunngjøring i TED, jf. avsnitt 10. Oppdragsgiver i saken var imidlertid bundet av primærrettens krav om ikke-diskriminering.

<sup>227</sup> Rt. 2005 s. 1638 *New Pac Safety* avsnitt 30.

med at det ikke var stilt krav til glans, og dermed var det «ingen forskjellsbehandling når det ikke ble lagt vekt på dette kriteriet ved utvelgelsen».<sup>228</sup>

Det følger av ovennevnte rettspraksis at der oppdragsgiver utlyser en konkurranse kan den bli bundet av bakgrunnsrettens krav om likebehandling. I dette ligger særlig at oppdragsgiver må følge reglene som er fastsatt i konkurransegrunnlaget. Dette vil i liten grad ha selvstendig betydning for anskaffelser av grensekryssende interesse fordi det samme uansett følger av grunnleggende prinsipper, og i motsetning til privatretten setter EØS-retten også skranker for hvilke krav som lovlig kan stilles og håndheves i konkurransen. Med dagens regulering vil privatretten heller ikke ha selvstendig betydning for anskaffelser *uten* grensekryssende interesse fordi bakgrunnsretten ikke rekker lenger det enn det lov og forskrift krever. Dersom det nasjonale regelverket om anskaffelser under EØS-terskelverdi ikke videreføres, vil imidlertid bakgrunnsrettens krav kunne få betydning for slike anskaffelser hvis oppdragsgiver gjennomfører en konkurranse. Men de privatrettslige reglene kan ikke begrunne et krav om at det skal holdes en konkurranse, slik reglene om fri bevegelighet gjør, og oppdragsgiver står derfor etter privatretten fritt til å gjøre en direkte anskaffelse.

Etter bakgrunnsretten kan det kreves erstatning for negativ kontraktsinteresse etter det alminnelige culpagrunnlaget.<sup>229</sup> I alminnelighet forutsetter erstatning for positiv kontraktsinteresse ved feil i den prekontraktuelle fase at leverandøren har rettskrav på kontrakten.<sup>230</sup> I *Firesafe* sier imidlertid Høyesterett som et obiter dictum at tilbydereren som skulle fått kontrakten om feilen ikke var begått har krav på erstatning og da «antakelig med utgangspunkt i den positive kontraktsinteressen». I *New Pac Safety* fant Høyesterett at det på grunn av resultatet i saken ikke var nødvendig å behandle vilkårene for å få erstattet den positive kontraktsinteressen. Etterfølgende saker har omhandlet brudd på regelverket om offentlige anskaffelser, der det som kjent er et krav om at det er begått et tilstrekkelig kvalifisert brudd. Det må legges til grunn at terskelen for ansvar uansett ikke kan være lavere der kravet gjøres gjeldende på prekontraktuell grunnlag.

## 3.2. Offentligrettslige skranker

Det er stilt spørsmål om hvilke krav alminnelig norsk forvaltningsrett stiller til anskaffelser under EØS-terskelverdi. Med dagens regulering er det vanskelig å se at forvaltningsrettslige prinsipper har noen selvstendig betydning fordi lov og forskrift om offentlige anskaffelser går lenger enn det som følger av offentligrettslige skranker.<sup>231</sup> Jeg vil derfor i den videre drøftelsen forutsette at det ikke videreføres et tilsvarende nasjonalt regelverk som i dag for anskaffelser under terskelverdi.

<sup>228</sup> Rt. 2005 s. 1638 *New Pac Safety* avsnitt 50.

<sup>229</sup> Rt. 1997 s. 574 *Firesafe*.

<sup>230</sup> Rt. 2001 s. 1288 *Gate Gourmet*, Rt. 2007 s. 425 *Norsk Rikstoto* og Rt. 2010 s. 1478 *Aadalen*.

<sup>231</sup> For anskaffelser under 100 000 kroner ekskl. mva kan det derimot oppstå spørsmål om forvaltningsrettslige skranker for den private autonomien.

Drøftelsen er begrenset til avtaler som ikke utgjør myndighetsutøvelse, og som derfor faller utenfor forvaltningslovens vedtaksbegrep.<sup>232</sup>

Ved offentlige innkjøp vil myndighetenes kompetansegrunnlag være den private autonomi, og der det i utgangspunktet vil være alminnelige privatrettslige regler som kommer til anvendelse.<sup>233</sup> Samtidig vil forvaltningslovens alminnelige regler i kapittel II og III komme til anvendelse også når det ikke er tale om myndighetsutøvelse,<sup>234</sup> og hvor det er gitt regler om veiledningsplikt, inhabilitet og taushetsplikt. Regler om inhabilitet og taushetsplikt gjelder også ved anskaffelser som omfattes av EØS-avtalen. Mens krav om upartiskhet følger direkte av prinsippet om likebehandling,<sup>235</sup> er taushetsplikt om forretningshemmeligheter et alminnelig prinsipp i EU-retten, og som må antas å ha lik anvendelse etter EØS-avtalen.<sup>236</sup> Forvaltningslovens krav til habilitet og taushetsplikt vil derimot få selvstendig betydning for kontrakter uten grensekryssende interesse hvis det nasjonale regelverket under terskelverdi tenkes borte.<sup>237</sup>

En veiledningsplikt kan derimot komme på kant med alminnelige EØS-rettslige prinsipper hvis oppdragsgiver har valgt å gjennomføre en konkurranse med forhandlingsforbud.<sup>238</sup> I Rt. 1998 s. 1951 *Laura Klubben* sa imidlertid Høyesterett at forvaltningsrettslige prinsipper ikke uten videre kan «gis anvendelse overfor sentrale anbudsrettslige prinsipper som skal sikre like konkurransevilkår for alle anbyderne», og der det heter at det må avgrenses mot krav til informasjon, kontradiksjon og veiledning i den grad det støter an mot grunnleggende anbudsprinsipper som forhandlingsforbudet.<sup>239</sup>

I Rt. 2009 s. 1356 *Nordea* heter det at staten også kan være underlagt andre offentligrettslige skranker ved utøvelse av privat autonomi. I saken hadde staten gjort gjeldende en foreldelsesinnsigelse i kjølvannet av en generell praksisomlegging ved krav om fradrag for inngående merverdiavgift. Høyesterett sier innledningsvis at statens private autonomi er underlagt visse offentligrettslig skranker, og der det som eksempler vises til «*de alminnelige regler om*

---

<sup>232</sup> Se for eksempel Rt. 2007 s. 193 og Rt. 2009 s. 1319 om driftsavtaler med fysioterapeut etter dagjeldende kommunehelsetjenesteloven, som ble ansett som enkeltvedtak.

<sup>233</sup> Sml. HR-2016-476-A *Bremanger*.

<sup>234</sup> Pliktsubjektene etter forvaltningslovens alminnelige regler er sentrale, regionale og lokale myndigheter, samt offentligrettslige organer, jf. NOU 2019:5 s. 163 og 437. Dette er i hovedsak de samme som er pliktsubjekter etter reglene om fri bevegelse, jf. sak C-91/08 *Wall* avsnitt 49.

<sup>235</sup> Sak C-538/13 *eVigilo* avsnitt 33 – 36, se også Rt. 2007 s. 983 *SB Transport* avsnitt 47 flg. og Rt. 1998 s. 1398 *Torghatten*.

<sup>236</sup> Sak C-450/06 *Varec* avsnitt 48 – 49.

<sup>237</sup> I for eksempel någjeldende forskrift om offentlige anskaffelser er det i §§ 7-4 og 7-5 regler om taushetsplikt og habilitet.

<sup>238</sup> Sak C-336/12 *Manova* avsnitt 31.

<sup>239</sup> Se også Rt. 1998 s. 1398 *Torghatten* s. 1406, som gjaldt et enkeltvedtak truffet etter at det var holdt en konkurranse, og der Høyesterett sier at anbudsrettslige prinsipper kan få betydning.

*habilitet og veiledningsplikt, det ulovfestede kravet om forsvarlig saksbehandling og myndighetsmisbrukslærens forbudt mot usaklig forskjellsbehandling»,* og det heter også at staten forventes å utøve «*sin private autonomi i tråd med god forvaltningsskikk*».<sup>240</sup> Staten fikk medhold i saken blant annet fordi Nordea ble behandlet i tråd med en saklig praksisomlegging som gjaldt likt for alle.

I Rt. 2012 s. 1444 *A mot NAV* bekreftes formuleringen i *Nordea*. Spørsmålet i saken var om staten kunne kreve erstatning for urettmessig mottatte dagpenger som alternativt grunnlag til tilbakebetaling etter ftrl. § 22-15. Staten fikk medhold i at det kunne kreves erstatning etter det alminnelige skyldansvaret, men fikk ikke medhold i kravet om forsinkelsesrenter. På dette punkt viser Høyesterett til at de offentligrettslige skrankene ved utøvelse av privat autonomi særlig må gjelde «*når det som her er en nær forbindelse mellom kravet og offentlig myndighetsutøvelse*».<sup>241</sup> Det ble lagt til grunn at det ikke tidligere var krevd forsinkelsesrenter i tilsvarende saker, og rentekravet fra staten ble ansett «*som en forskjellsbehandling som forvaltningen var uberettiget til å foreta*».<sup>242</sup>

Spørsmålet om hvilke offentligrettslige skranker som gjelder ved myndighetenes utøvelse av privat autonomi ble også behandlet i Rt. 2015 s. 795 *Hurtigruta*. Saken gjaldt et kommunalt foretaks krav om vederlag ved havneanløp. Førstvoterende gjentar her at et offentlig organ som driver næringsvirksomhet vil være bundet av visse offentligrettslige skranker ved utøvelse av privatautonomien. Samtidig blir det understreket at det offentlige som utgangspunkt har betydelig frihet i sin forretningsdrift. Det sies at rekkevidden av offentligrettslige skranker vil variere fra saksområde til saksområde, og at desto mer forretningsdriften har preg av å være vanlig forvaltning, desto større grunn er det til at forvaltningsrettslige regler får anvendelse.

Offentlige anskaffelser som ikke innebærer myndighetsutøvelse eller grenser mot myndighetsutøvelse vil som regel fremstå som alminnelig forretningsdrift. I så fall tilsier *Hurtigruta* at det primært vil være privatrettslige regler som kommer til anvendelse såfremt det ikke er gitt særskilt regelverket. Samtidig sier førstvoterende i *Hurtigruta*, etter å ha konkludert med at tvisten i saken primært må løses ut fra privatrettslige regler, at «*blant annet reglene om usaklig og vilkårlig forskjellsbehandling, vil komme supplerende inn i den grad det er naturlig ut fra havnevirksomhetens forvaltningsmessige preg*». Spørsmålet blir da hva som ligger i disse skrankene.

Dommene *Nordea* og *A mot NAV* illustrerer hva som normalt legges i *forbudet mot usaklig og vilkårlig forskjellsbehandling* i forvaltningsretten. I alminnelighet er det tale om et forbud mot at

---

<sup>240</sup> Rt. 2009 s. 1356 *Nordea* avsnitt 31.

<sup>241</sup> Rt. 2012 s. 1444 *A mot NAV* avsnitt 53.

<sup>242</sup> *Ibid.* avsnitt 57.

forvaltningen i enkelttilfeller fraviker en fast og entydig praksis uten saklig grunn eller som ledd i en saklig praksisomlegging.<sup>243</sup> Såfremt anskaffelsen er omfattet av reglene om fri bevegelighet er det vanskelig å se at forbudet mot usaklig forskjellsbehandling får en selvstendig betydning fordi EØS-rettens likebehandlingsprinsipp krever at alle potensielle tilbydere behandles likt uavhengig av hva som er tidligere praksis.

Når det kommer til anskaffelser uten grensekryssende interesse, er det ikke holdepunkter for at forbudet mot forskjellsbehandling oppstiller noen positive plikter om å sikre konkurranse. Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling kan derfor vanskelig hindre oppdragsgiver fra å inngå kontrakt direkte med en bestemt leverandør. Hvis oppdragsgiver derimot velger en form for konkurranse, vil et forbud mot å fravike en fast og entydig praksis uten saklig grunn ofte være uten betydning i anskaffelsessaker. Grunnen til dette er at det i mange tilfeller ikke foreligger en fast og entydig praksis fordi oppdragsgivers behov vil variere alt etter hva som skal anskaffes i den enkelte sak. Det kan ikke utelukkes at domstolene vil si at forbudet mot usaklig forskjellsbehandling også oppstiller et krav om at tilbyderne i en konkurranse skal behandles likt, men det synes da langt mer nærliggende å anvende et privatrettslige grunnlag som beskrevet i punkt 3.1 ovenfor.

I den såkalte myndighetsmisbrukslæren inngår også forbudet mot *utenforliggende hensyn*, men uten at dette er nevnt av Høyesterett i ovennevnte dommer. Hva som er utenforliggende hensyn avgjøres normalt på grunnlag av hjemmelsgrunnlaget, noe som er en vanskelig størrelse når kompetansen er privat autonomi. Ved kontrakter av grensekryssende interesse vil denne skranken uansett være fullt ut konsumert av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

Ved kontrakter *uten* grensekryssende interesse, kan heller ikke forbudet mot utenforliggende hensyn begrunne krav om konkurranse.<sup>244</sup> Hvis det gjennomføres en konkurranse synes det igjen mer nærliggende å forholde seg til et privatrettslig grunnlag, som konsumerer et eventuelt forbud mot utenforliggende hensyn. Dette illustreres av Rt. 1998 s. 1398 *Torghatten*, der førstvoterende sier at «*anbudsformen begrenser hvilke hensyn fylkeskommunen kan legge vekt på ved avgjørelsen, noe som fører til at domstolene i større grad kan prøve vedtaket*». Det er derfor vanskelig å se at forbudet mot utenforliggende hensyn får selvstendig betydning ved offentlige anskaffelser.

Myndighetsmisbrukslæren omfatter også et forbud mot å treffe *grovt urimelige* avgjørelser, men uten at det er nevnt som en skranke i ovennevnte praksis om privat autonomi. Terskelen for grovt

---

<sup>243</sup> Se også Rt. 2011 s. 111 avsnitt 67 – 68.

<sup>244</sup> Men jeg ser ikke bort ifra at det etter de konkrete omstendighetene kan argumenteres for at en usaklig forretningsnekt kan være i strid med et slikt prinsipp, men det vil neppe rekke lenger enn det som uansett følger av privatretten.



urimelige avgjørelser ligger høyt,<sup>245</sup> men nok en gang er det uansett vanskelig å se at dette vil utgjøre en skranke av betydning ved siden av EØS-retten eller den privatrettslige bakgrunnsretten.

I *Nordea* sier Høyesterett at også krav om forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk kan utgjøre skranke for den private autonomi. Det er ikke helt entydig hva som ligger i dette.<sup>246</sup> Som Høyesterett påpekte i *Laura Klubben*, vil ikke nødvendigvis alminnelige forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler ha noen plass der det gjennomføres en konkurranse. Krav til forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk kunne nok blitt anvendt som grunnlag for et begrunnelseskrav, men dette vil uansett konsumeres av EØS-retten for kontrakter av grensekryssende interesse, og tilsvarende vil også privatrettslige prinsipper om god anbudsskikk kunne tilsi et begrunnelseskrav ved konkurranser om kontrakter uten grensekryssende interesse.

Oppsummert er det vanskelig å se at offentligrettslige skranke ut over krav om habilitet og taushetsplikt får særlig betydning for offentlige anskaffelser under terskelverdi om gjeldende regelverk tenkes borte. Rekkevidden av øvrige skranke er begrenset der offentlige myndigheter utøver mer alminnelig forretningsvirksomhet, og uansett konsumeres kravene som følger av offentligrettslige prinsipper av EØS-rettens krav for kontrakter av grensekryssende interesse. Der det gjennomføres en konkurranse for kontrakter uten grensekryssende interesse vil det være mer nærliggende å anvende privatrettslige regler, og der vi har sett at flere forvaltningsrettslige regler etter omstendighetene må vike for anbudsrettslige prinsipper.

---

<sup>245</sup> Rt. 2011 s. 111 avsnitt 71.

<sup>246</sup> NOU 2019:5 pkt. 11.7.5.