



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

EFTA-domstolen
1 Rue du Fort Thüngen
L-1499 Luxembourg

Anmodning om rådgivende uttalelse av 18. oktober 2019 i sak 2018/157

Klager: Scanteam AS

Innklaget: Staten v/Utenriksdepartementet

Klagenemndas

medlemmer: Finn Arnesen, Halvard Haukeland Fredriksen og Kristian Jåtog Trygstad

Innledning:

- (1) Klagenemnda for offentlige anskaffelser anmoder med dette om en rådgivende uttalelse fra EFTA-domstolen i klagenemndas sak 2018/157 Scanteam AS – Den kongelige norske ambassaden i Luanda.
- (2) Saken gjelder spørsmål om det geografiske virkeområdet til EØS-anskaffelsesregelverket.
- (3) Ettersom Staten v/Utenriksdepartementet har reist spørsmål ved klagenemndas adgang til å anmode EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse i saken, omtales klagenemndas vurdering av dette særskilt i premiss 30 og utover.

Saken bakgrunn:

- (4) Den kongelige norske ambassaden i Luanda publiserte 27. mars 2017 en frivillig kunngjøring på Doffin¹ for anskaffelse av konsulenttjenester i forbindelse med planlegging, administrering og gjennomføring av et menneskerettighetsprosjekt i Angola (Angola Human Rights Training Project 2017-2021). Anskaffelsens verdi ble i kunngjøringen punkt II.2) estimert til 20 500 000 norske kroner. Tilbudsfrist ble i kunngjøringen punkt IV.2.4) satt til 25. april 2017.
- (5) Av konkurransegrunnlaget punkt 2.1.1 gikk det frem at anskaffelsen var delt inn i to faser. Den første fasen ville inkludere planlegging og utarbeidelse av prosjektdokument, inkludert detaljerte mål og relevante indikatorer for måloppnåelse, innsatsfaktorer og risikohåndtering. Den andre fasen ville bestå i gjennomføringen av prosjektet. Av punkt

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

4.3 gikk det frem at maksimalt budsjett var 500 000 kroner for fase 1 og 20 000 000 kroner for fase 2.

- (6) Kontrakten ville ifølge konkurransegrunnlaget punkt 4.1 til 4.3 bli tildelt det økonomisk mest fordelaktige tilbudet med vekt på «*løsningsforslag*» (30 %), «*kompetanse og erfaring*» (40 %) og «*timepris*» (30 %).
- (7) Leverandørens løsningsforslag skulle minimum inneholde følgende elementer:
- En detaljert fremdriftsplan, samt styringsstruktur for fase 1.
 - En vurdering av risikofaktorer.
 - En drøftelse av relevante tilnæringsmetoder til kompetansebygging og opplæringsprosjekter.
 - Forslag til styringsstruktur og oppfølging for fase 2.
- (8) I tilknytning til kriteriet «*kompetanse og erfaring*» ble tilbyderne bedt om å beskrive relevant kompetanse og erfaring for det nøkkelpersonellet de ville benytte. Det skulle videre legges ved CV for hver av nøkkelpersonene. Det ble angitt at man kunne tilby inntil fem nøkkelpersoner. Det ville særlig legges vekt på om det tilbudte nøkkelpersonellet samlet sett hadde følgende kompetanse og erfaring:
- Kjennskap til den politiske, sosiale og økonomiske situasjonen i Angola og regionen.
 - Kunnskap om norsk bistandspolitikk og norske interesser i Angola.
 - Juridisk ekspertise innen menneskerettigheter.
 - Undervisningserfaring.
 - Erfaring med prosjektledelse, målstyring og risikohåndtering fra land med høyt korrupsjonsnivå.
 - Portugisisk, engelsk og norsk skriftlig og muntlig.
- (9) Innenfor tilbudsfristen kom det inn tre tilbud, fra Scanteam AS (heretter *klager*), KPMG AS / Bjørknes Høyskole AS og The Governance Group AS.
- (10) Ved brev av 23. mai 2017 informerte ambassaden om at kontrakten var tildelt The Governance Group AS (heretter *valgte leverandør*). Det fremgikk av tildelingsbrevet at valgte leverandør hadde fått en totalscore på 9,91 poeng, mot 8,47 poeng til KPMG og 7,60 poeng til klager. På kriteriene «*løsningsforslag*» og «*kompetanse og erfaring*» hadde valgte leverandør fått full score (10 poeng), mot henholdsvis 7 og 8 poeng til klager og KPMG. Klager tilbød den laveste timeprisen og fikk dermed 10 poeng på priskriteriet, mot henholdsvis 8,56 og 9,71 poeng til KPMG og valgte leverandør.
- (11) Begrunnelsen for tilbydernes score ble angitt på følgende måte:

«*Reasons for the award:*

- **Proposed solution:** *The Governance Group submitted the best tender according to this criterion. The Governance Group's proposal clearly illustrates the suggested management structure for phase I including a comprehensive description of all team members' roles as well as a detailed timetable. In addition, the proposal contains a large number of suggested methods for capacity development to be discussed during phase I that based on a very comprehensive risk analysis constitutes a solid and realistic project proposal. The Governance Group's description of project management structure of phase II is clearly illustrated and all team members have designated areas of primary responsibility. As such, the proposal includes comprehensive suggestions of potential capacity building elements demonstrating a clear understanding of the tasks at hand. The proposal also includes a clear management structure for both phase I and II with clearly defined roles for all team members and a comprehensive risk analysis.*
 - **Competence and experience:** *The Governance Group submitted the best tender according to this criterion. The Governance Group's proposed team fulfils all aspects mentioned in the invitation to tender section 4.2. In particular, most team members have recent and extensive experience within the field of human rights, Angola and Angolan society and politics, Norwegian development policies and interests in Angola, legal expertise, project and risk management, and teaching/ course design at university level. In addition, most team members speak Portuguese.*
 - **Hourly rate:** *The price quoted by Scanteam was the lowest among the proposals received with an average hourly rate of NOK 990».*
- (12) Ved skriv av 2. og 15. juni 2017 kom klager med innsigelser mot tildelingsbeslutningen. Klagen ble besvart, og tildelingsbeslutningen opprettholdt, i skriv av 3. juli 2017. Den 5. juli 2017 leverte klager en ny klage over tildelingsbeslutningen. I klagen ble det hevdet at anskaffelsen ikke var gjennomført i tråd med regelverket for offentlige anskaffelser, og at konkurransen derfor måtte avlyses. Klagen ble besvart, og påstanden om avlysning avvist, i skriv av 7. juli 2017.
- (13) Kontrakt med valgte leverandør ble inngått den 14. juli 2017.
- (14) Klagen med påstand om ulovlig direkte anskaffelse ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser den 7. mai 2018.
- (15) Klagenemnda skrev til partene den 5. juli 2019 at man vurderte å be EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse for å få avklart EØS-anskaffelsesregelverkets geografiske anvendelsesområde. I henvendelsen ba nemnda også om partenes synspunkt på hvordan et spørsmål til EFTA-domstolen burde formuleres. Frist for å komme med tilbakemelding ble satt til 23. august 2019. Denne fristen ble seinere utsatt, først til 6. september 2019 og deretter til 11. september 2019.
- (16) I skriv fra klager datert 11. september 2019, mottok klagenemnda innspill til utforming av spørsmål til EFTA-domstolen. Samme dag mottok nemnda også tilbakemelding fra Staten v/Utenriksdepartementet, som reiste spørsmål ved om nemnda er foreleggelsesberettiget etter ODA artikkel 34.
- (17) Klagenemnda skrev på nytt til partene den 16. september 2019 og informerte om at man hadde besluttet å forelegge saken for EFTA-domstolen. Ny frist for Staten

v/Utenriksdepartementet til å komme med innspill til utforming av spørsmål til EFTA-domstolen, ble satt til 15. oktober 2019. Ved skriv av 14. oktober 2019 sendte departementet sine innspill, men fastholdt samtidig at man mener klagenemnda ikke er foreleggelsesberettiget.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (18) Innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å kunngjøre anskaffelsen i den europeiske offisielle databasen for kunngjøringer (TED-databasen), jf. forskriften § 8-17 (4).
- (19) EØS-avtalens bestemmelser, herunder direktiv 2014/24/EU, får anvendelse på anskaffelser gjennomført av norske oppdragsgivere. EØS-avtalens geografiske virkeområde er regulert i EØS-avtalen artikkel 126, hvor det fremgår at avtalen skal anvendes «*på de territorier hvor Traktaten om opprettelse av Det europeiske økonomiske fellesskap anvendes [...] og på Islands, Fyrstedømmet Liechtensteins [og] Kongeriket Norges territorium*».
- (20) Den kongelige norske ambassaden i Luanda er underlagt Utenriksdepartementet, og således en del av den norske statsforvaltningen. Den omstendighet at anskaffelsen er foretatt gjennom en ambassade som ikke fysisk befinner seg på territoriet som vist til i artikkel 126, medfører ikke at EØS-avtalen eller direktivet ikke kommer til anvendelse. De konkrete midlene som er satt av til det aktuelle oppdraget er også, så vidt klager er kjent med, tatt fra Utenriksdepartementets budsjett.
- (21) Konkurransen om kjøp av de aktuelle konsulenttenestene ble kunngjort i Doffin på norsk, og var således tydelig adressert til aktører innenfor EØS-området. Anskaffelsen skiller seg klart fra anskaffelser der en utenriksstasjon bruker deler av sitt driftsbudsjett på å kjøpe lokale varer og tjenester.
- (22) Valget om å unnta anskaffelsen fra EØS-avtalen med henvisning til at den er gjennomført av en utenriksstasjon, vil i dette tilfellet utgjøre en omgåelse av EØS-avtalens prinsipper, herunder EØS-avtalen artikkel 1, 3, 4 og 7.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (23) Saken reiser etter innklagedes oppfatning spørsmål om anvendelsen av det norske anskaffelsesregelverket i tilfeller som faller utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde. Dette er et spørsmål som det er opp til klagenemnda og eventuelt norske domstoler å ta stilling til. Dette faller utenfor EFTA-domstolens mandat. Det er derfor ikke grunn til å forelegge saken for EFTA-domstolen.
- (24) Det kan videre stilles spørsmål ved om klagenemnda har adgang til å forelegge spørsmål for EFTA-domstolen, jf. ODA artikkel 34. Det vises i denne sammenheng til EU-domstolens avgjørelse i sak C-222/13, som gjaldt det danske Teleklagenævnet, og hvor EU-domstolen avviste nemndas foreleggelsesberettigelse blant annet under henvisning til nemndas status som part i en eventuell etterfølgende domstolsprøving av nemndas vedtak. Tilnærmingen i sak C-222/13 ble stadfestet i sak C-396/14. Det vises videre til EFTA-domstolens avgjørelse i sak E-5/16, om Klagenemnda for industrielle rettigheter,

hvor det ble vektlagt at klagenemndas leder og nestleder må fylle krav til dommere. Dette gjelder ikke tilsvarende for KOFA.

- (25) Anskaffelsen er omfattet av loven og forskriften del I, og er derfor gjort kjent gjennom en frivillig kunngjøring i Doffin. For anskaffelser som følger forskriften del I gjelder det ingen plikt til å kunngjøre i TED-databasen. Det er derfor ikke riktig at det er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.
- (26) Det geografiske virkeområdet til anskaffelsesregelverket ble vurdert i 2009 av Fornyings- og administrasjonsdepartementet (FAD). Valget om å gjennomføre anskaffelsen etter loven og forskriften del I, er i tråd med denne vurderingen.
- (27) EØS-avtalen artikkel 126 må forstås i sin alminnelige folkerettslige betydning, noe som innebærer at utenriksstasjoner etableres på *mottakerstatens territorium*. Wien-konvensjonen om diplomatisk samkvem av 18. april 1961 artikkel 21 og 22, bygger på en slik forståelse. EU-retten synes også å bygge på at utenriksstasjoner ligger utenfor sendestatens territorium. Dette innebærer at EØS-avtalen ikke omfatter norske utenriksstasjoner utenfor EØS-området.
- (28) Hovedregelen i alle anskaffelser som utenriksstasjonene foretar, er at den lokale tilknytningen er dominerende. Det er også tilfellet i denne saken. Anskaffelsen utgjør en del av et prosjektsamarbeid mellom den norske ambassaden i Luanda og Justis- og menneskerettighetsdepartementet i Angola. Det er videre de angolanske myndighetene som har utformet prosjektforslaget for denne perioden. Tjenesten utføres i hovedsak utenfor EØS-området, og oppdraget medfører ingen leveranser til Utenriksdepartementet. Den faktiske tilknytningen til Norge er dermed ikke dominerende.

Klagenemndas vurdering:

- (29) Saken gjelder en påstått ulovlig direkte anskaffelse, hvor fristen for å fremsette klage er to år, jf. forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 13 annet ledd. Klagen er følgelig rettidig. Konkurransen gjelder konsulenttjenester i forbindelse med planlegging, administrering og gjennomføring av et menneskerettighetsprosjekt i Angola (Angola Human Rights Training Project 2017-2021) – kunngjort som «*Utenrikspolitiske tjenester og andre tjenester*» med CPV-kode 75210000. Anskaffelsens verdi er i kunngjøringen punkt II.2) estimert til 20 500 000 kroner.

Om klagenemndas adgang til å be EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse

- (30) Staten v/Utenriksdepartementet har i skriv av 11. september og 14. oktober 2019 stilt spørsmål ved klagenemndas adgang til å forelegge saken for EFTA-domstolen, jf. ODA artikkel 34.
- (31) Klagenemnda viser til lovgrunnlaget for nemndas opprettelse og virke, jf. lov om offentlige anskaffelser § 11 og Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser, og til EFTA-domstolens praksis knyttet til vilkåret «court or tribunal» i ODA artikkel 34, jf. fra den senere tid særlig sak E-5/16 Oslo kommune, avsnitt 35-43. Nemnda understreker at den foreliggende sak gjelder en påstått ulovlig direkte anskaffelse, og at nemnda i slike tilfeller har kompetanse til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr, jf. lov om offentlige anskaffelser § 12. Vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr kan ikke påklages. Søksmål om klagenemndas vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. De

ordinære domstolene kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

- (32) Klagenemnda er kjent med de rettsavgjørelsene fra EU-domstolen som departementet anfører, men deler ikke departementets syn på at de innebærer at EFTA-domstolen ikke har jurisdiksjon til å besvare en foreleggelse fra nemnda. Nemnda bemerker at de samme avgjørelsene ble påberopt av norske myndigheter i sak E-5/16 Oslo kommune vedrørende foreleggelsesadgangen til Klagenemnda for industrielle rettigheter, men da avvist av EFTA-domstolen. Rettsmøterapporten viser at en klagenemnds status som saksøkt ved etterfølgende domstolsprøving var et tema også i den saken, selv om EFTA-domstolen ikke fant det nødvendig å nevne dette særskilt i sin vurdering.
- (33) Klagenemnda tilføyer at det fremgår klart av begge de to nevnte avgjørelsene fra EU-domstolen at status som saksøkt ved etterfølgende domstolsprøving bare er ett av en rekke momenter i en helhetsvurdering. Etter nemndas syn viser avgjørelsene dessuten at EU-domstolen primært er opptatt av en klagenemnds uavhengighet fra det/de forvaltningsorgan som nemnda overprøver, jf. sak C-222/13 avsnitt 29 («the concept of independence, which is inherent in the task of adjudication, implies above all that the body in question acts as a third party in relation to the authority which adopted the contested decision») og avsnitt 37 («not acting as a third party in relation to the interests at stake»). Blant annet av denne grunn mener nemnda at EU-domstolens vurdering i sak C-222/13 ikke kan være avgjørende for spørsmålet om klagenemndas foreleggelsesadgang i herværende sak. Klagenemnda behandler klager mot alle oppdragsgivere som er omfattet av anskaffelsesloven og forskrifter gitt med hjemmel i denne.
- (34) Foranlediget av departementets henvisning til sak E-5/16 bemerker nemnda at EFTA-domstolens henvisning til at leder og nestleder av Klagenemnda for industrielle rettigheter må fylle krav til dommere (avsnitt 40) fremstår som bare ett av en rekke momenter i en helhetsvurdering. Uttalelsen må dessuten leses i lys av norske myndigheters henvisning i saken til at det bare er leder og nestleder av Klagenemnda for industrielle rettigheter som blir utnevnt av Kongen i statsråd – alle de øvrige medlemmene blir oppnevnt av Nærings- og fiskeridepartementet (se rettsmøterapporten, avsnitt 44). Dette stiller seg annerledes for Klagenemnda for offentlige anskaffelser, hvor det følger av klagenemndsforskriften § 3 at samtlige medlemmer oppnevnes av Kongen i statsråd. Denne bestemmelsen etablerer også et særskilt vern mot avsettelse eller suspensjon. Klagenemndas uavhengighet er ytterligere sikret ved klagenemndsforskriften § 5, og de enkelte nemndsmedlemmenes uavhengighet er ytterligere sikret ved forskriftens § 15 annet ledd.
- (35) Klagenemnda tilføyer at prøving i de ordinære domstolene av en påstått ulovlig direkte anskaffelse i praksis bare er aktuelt i tilfeller hvor nemnda har sluttet seg til klagers syn og ilagt et gebyr. Selv etter introduksjonen av domstolenes mulighet til å kjenne en ulovlig direkte anskaffelse «uten virkning», er det et velkjent problem at private parter har få incentiver til selv å forfølge slike saker for domstolene. Dersom ODA artikkel 34 tolkes slik at klagenemnda ikke er foreleggelsesberettiget, vil resultatet være en ikke ubetydelig begrensning i muligheten til at EØS-rettslige spørsmål som spesifikt gjelder ulovlige direkte anskaffelser blir lagt frem for EFTA-domstolen.

Begrunnelsen for anmodningen om en rådgivende uttalelse

- (36) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Det avgjørende spørsmålet er om Den kongelige norske ambassaden i Luanda hadde plikt til å kunngjøre anskaffelsen etter forskriften § 8-17 (4).
- (37) Med henvisning til at anskaffelsen er foretatt av en utenriksstasjon i Luanda, Angola, og at anskaffelsens tilknytning til Norge ikke er dominerende, anfører Staten v/Utenriksdepartementet at det norske anskaffelsesregelverket ikke kommer til anvendelse i saken.
- (38) Verken loven eller forskriften sier noe om det norske regelverkets geografiske virkeområde i et tilfelle som det foreliggende. Spørsmålet er heller ikke omtalt i lovens forarbeider.
- (39) Slik klagenemnda ser det, er det nærliggende å forstå det norske regelverket slik at det ikke er ment å ha et mer omfattende virkeområde enn det som er EØS-rettslig påkrevd. Spørsmålet om det norske anskaffelsesregelverkets anvendelse på en anskaffelse foretatt av en norsk utenriksstasjon utenfor EØS, kan derfor etter nemndas syn ikke besvares uten at man først tar stilling til om det EØS-rettslige anskaffelsesregelverket finner anvendelse eller ikke.
- (40) Klagenemnda er ikke kjent med rettspraksis fra EU-domstolen eller EFTA-domstolen som avklarer spørsmålet om det EU/EØS-rettslige anskaffelsesregelverkets anvendelse på anskaffelser som foretas av utenriksstasjoner i tredjeland. Formuleringen av EØS-avtalen artikkel 126 innebærer dessuten at det ikke er opplagt at spørsmålet må besvares likt i EU-rettslig og i EØS-rettslig sammenheng, eller at det i EØS-rettslig sammenheng må besvares likt med hensyn til EUs medlemsstater og EFTA-statene.
- (41) Klagenemnda er på denne bakgrunn av den oppfatning at det er behov for å be EFTA-domstolen om en rådgivende uttalelse knyttet til det EØS-rettslige anskaffelsesregelverkets anvendelse på anskaffelser foretatt av en EFTA-stats utenriksstasjon i et tredjeland (utenfor EØS).
- (42) Klagenemnda tilføyer at det ikke er opplagt at dette spørsmålet kan besvares med et klart «ja» eller «nei». Det er mulig å se for seg mellomløsninger hvor EØS-regelverkets anvendelse avhenger av hvor sterk tilknytning den konkrete anskaffelsen har til det indre marked som EØS-avtalen integrerer EØS-/EFTA-statene i. Som det fremgår av sakens bakgrunn ovenfor, særpreges den aktuelle anskaffelsen av at nær sagt alle potensielle leverandører er hjemmehørende i EØS. Samtidig skal den etterspurte tjenesten i all hovedsak leveres i et tredjeland utenfor EØS. Klagenemnda har imidlertid ikke funnet grunn til å stille et særskilt oppfølgingsspørsmål knyttet til en slik mulig mellomløsning, i det nemnda anser dette dekket av det forelagte spørsmål.

Tolkningsspørsmålene

Klagenemnda for offentlige anskaffelser ber på denne bakgrunn EFTA-domstolen om svar på følgende tolkningsspørsmål:

1. *Kommer Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp til anvendelse på anskaffelser foretatt av en EFTA-stats utenriksstasjon i et tredjeland (utenfor EØS)?*

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Finn Arnesen

Kristian Jåtog Trygstad

Dokumentet er godkjent elektronisk