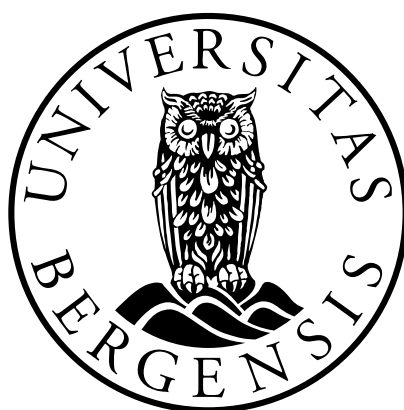


Direkteanskaffelser i hastetilfeller og unntaksbestemmelsenes anvendelse på koronasituasjonen

Kandidatnummer: 17

Antall ord: 12754



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.12.2020

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	2
1.1 Presentasjon av tema og aktualitet.....	2
1.2 Avgrensning mot andre unntak fra å følge forskriften	3
1.3 Metode	4
1.3.1 Innledning	4
1.3.2 Avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser	5
1.3.3 EU/EØS-rett og EU-domstolen.....	7
2 Uforutsette omstendigheter og forhold som ikke oppdragsgiveren kunne forutse	10
2.1 Utgangspunkt for hvilke regler som gjelder for en anskaffelse.....	10
2.1.1 Innledning	10
2.1.2 Grunnleggende prinsipper.....	11
2.2 Vilkår som utledes av § 5-2 første ledd bokstav c og § 13-3 bokstav e	12
2.2.1 Innledende om unntaksbestemmelsene.....	12
2.2.2 Krav om tidspunkt for inngåelse og årsakssammenheng.....	14
3 Kan koronapandemien anses som en uforutsett omstendighet?.....	17
3.1 Hva er en uforutsett omstendighet?	17
3.2 Koronasituasjonen som uforutsett omstendighet.....	23
3.3 Oppsummering	26
4 Hvor lenge kan man anvende unntaksreglene på koronasituasjonen?	27
4.1 Hvor lenge er en omstendighet uforutsett?.....	27
4.2 Oppsummering	33
5 Var regelverket egnet til å håndtere koronasituasjonen?	34
6 Litteraturliste	38
6.1 Litteratur	38
6.2 Andre internasjonale kilder	43
6.3 Andre norske kilder	44

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema og aktualitet

Hvert år kjøper det offentlige inn varer og tjenester for om lag 520 milliarder kroner.¹ Dette er midler som består av innbetalt skatt fra befolkningen. Anskaffelsesregelverket inneholder prosedyreregler som skal føre til at formålet om effektiv ressursbruk av det offentliges ressurser realiseres.² Anskaffelsesdirektivet er den overordnede rettskilden.³ Direktivet er gjennomført i norsk rett gjennom EØS-avtalen⁴, ved anskaffelsesloven⁵ og forskrift om offentlige anskaffelser⁶.

WHO erklærte COVID-19 som en pandemi 11. mars 2020.⁷ Det oppsto umiddelbart et behov for å få tak i varer og tjenester som skulle bekjempe pandemien og gi befolkningen helsehjelp. I dette tilfellet, og i andre tilfeller, vil det haste å få tak i det som skal anskaffes. I regelverket er det mulig å gjøre raske anskaffelser dersom vilkårene som er drøftet nedenfor i punkt 2.2 er oppfylt. Disse anskaffelsene kan kalles hasteanskaffelser.

Denne oppgaven vil drøfte reglene som skal ivareta formålet med anskaffelsesregelverket i hastetilfellene. På den ene siden står hensynet til oppdragsgiverens behov for å raskt få tak i varer og tjenester, på den andre siden står hensynet til konkurranse og likebehandling. For å vurdere dette må flere spørsmål besvares. Var pandemien egentlig uforutsett? Virusutbruddet oppsto i Kina lenge før det ble en global pandemi. Umiddelbart ble det behov for ekstra smittevernutstyr og det er fremdeles noe det trengs tilførsel av. Et spørsmål som gjør seg gjeldende i den forbindelse er hvor lenge man kan anvende unntaksreglene på koronasituasjonen. I hvor lang tid kan unntakene rettferdiggjøres? Er dette å stille urealistiske forventninger, eller kan vi kreve at oppdragsgivere og tilbydere i Norge stiller forberedt til en situasjon som denne? Disse spørsmålene, samt om regelverket var egnet til å håndtere koronasituasjonen, skal behandles i det følgende.

¹ Nærings- og fiskeridepartementet (uten årstall).

² Prop. 51 L (2015-2016) side 29.

³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, EØS-relevant tekst.

⁴ Lov om gjennomføring i norsk rett av hovedavtalen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS).

⁵ Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (LOA).

⁶ Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (FOA).

⁷ WHO (2020).

1.2 Avgrensning mot andre unntak fra å følge forskriften

Det finnes flere unntak fra å følge forskriften. Det avgrenses imidlertid mot dem i denne oppgaven. Unntakene oppgaven handler om befinner seg i anskaffelsesforskriftens § 5-2 første ledd bokstav c) og § 13-3 bokstav e. Unntakene opplistet i § 5-2 første ledd bokstavene fra a) til g) står i nærhet til oppgavens tema, men er ikke behandlet fordi de ikke omhandler hasteanskaffelser. Disse omhandler blant annet tilfeller der oppdragsgiver bare kan inngå kontrakt med en leverandør, der det foreligger usedvanlig fordelaktige tilbud, kontrakter om tilleggssytelser, kontrakter som inngås etter en mislykket tilbudskonkurranse, kjøp på børs og dekningskjøp. Det avgrenses også mot § 13-4 som omhandler anskaffelser uten konkurranse, der vilkåret er at det er umulig å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter § 13-3.

Forskjellen mellom bestemmelsene som behandles er at § 5-2 gjør unntak fra å følge hele del II i forskriften, men unntaket i § 13-3 kun gir unntak fra kunngjøringsplikten. Bestemmelsen i § 13-3 bokstav e omhandler kontrakter som har en høyere verdi enn § 5-2 første ledd bokstav c. Dette redegjøres det for nærmere i punkt 2.2.

I oppgaven fokuseres det på disse to unntakene da jeg oppfatter de som de mest interessante da de fremstår som snevre unntak, og fordi de er aktuelle med tanke på koronasituasjonen. Det antas at bestemmelsen § 5-2 har et noe videre anvendelsesområde enn det som følger av unntaket i § 13-3.⁸ Dette gjør at praksis fra EU-domstolen er anvendelig på fortolkningen av avgjørelser som gjelder både over og under terskelverdiene. Nærings- og fiskeridepartementet skriver i sin veiledning om offentlige anskaffelser at kontraktene som omfattes av unntaket i § 13-3 også vil falle inn under § 5-2, og at veilederen om bestemmelsen i § 13-3 også kan brukes i tolkningen av § 5-2.⁹ Basert på fotnotene i kapittelet om § 5-2 første ledd bokstav c, kan det tolkes at lovutvalget til lov om offentlige anskaffelser tenkte det samme. I fotnotene viser utvalget til de gamle parallellbestemmelsene i del III og skriver at «det neppe er noen realitetsforskjell» når det kommer til oppdragsgivers skyld i at unntakene må anvendes, og når det kommer til om anskaffelsen kan vente eller ikke.¹⁰ Dette er basert på praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser (heretter KOFA). Hva som er en uforutsett

⁸ Nærings- og fiskeridepartementet (2017) side 87 og Dragsten, *Anskaffelsesloven med forskrift, kommentarutgave*, kommentar til § 5-2, punkt 4.1, Juridika.no (lest 10.11.20). Dragsten henviser til bokstav b i sin tekst, men det fremgår av sammenhengen at det er bokstav c hun mener.

⁹ Nærings- og fiskeridepartementet (2017) side 87.

¹⁰ NOU 2014:4 side 112.

omstendighet og hva som er noe en oppdragsgiver ikke kan forutse, er vanskelig å skille i praksis.¹¹ Det gir bedre sammenheng i drøftelsene å anvende begge unntakene, fremfor å fokusere på kun ett av unntakene. Unntakene behandles derfor sammen for å drøfte hasteanskaffelser som er gjort med tanke på koronasituasjonen.

1.3 Metode

1.3.1 Innledning

Rettskildebildet som gjør seg gjeldende i denne oppgaven er sammensatt av norske og internasjonale kilder. Oppgaven preges av at det ikke finnes norsk rettspraksis som behandler temaet direkte. Derimot finnes det mange avgjørelser fattet av Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Rettskildevekten av disse avgjørelsene er omdiskutert, og det er gjort nærmere rede for dette i det følgende. Det norske regelverket bygger på EU/EØS-retten og da er rettskilder derfra sentrale. Avgjørelsene som er funnet relevante er ikke av nyere dato, men manglende ny praksis indikerer at EU-domstolen anerkjenner tidligere uttalelser om temaet. Kildene samlet sett anses som tilstrekkelig og representativt for å analysere problemstillingen.

Denne oppgaven skrives høstsemesteret 2020 og pandemien preger fremdeles både Norge og verden, noe som gir en utfordring med tanke på kilder. Per dags dato har ikke Klagenemnda for offentlige anskaffelser eller EU-domstolen behandlet konkrete saker som omhandler pandemien. Det vil senere komme avgjørelser som behandler temaet.

For å løse denne oppgaven har jeg valgt å bruke de eksisterende rettskildene for å drøfte koronasituasjonen. De eksisterende kildene redegjør generelt for unntaket og enkelte andre krisesituasjoner. I oppgaven er teori fra eksperter som har uttalt seg om temaet anvendt som kilde, i tillegg til retningslinjer som ble utarbeidet både på det nasjonale og internasjonale plan ved pandemiens utbrudd. Samlet sett anses dette som et godt nok kildegrunnlag til å kunne analysere problemstillingen. Jeg er bevisst på at resultatet kunne vært annerledes dersom det forelå rettspraksis som behandlet temaet. Temaet vil bli behandlet på et tidspunkt og avgjørelsene må da bygge på de samme kildene som er behandlet i denne oppgaven og harmonisere med disse.

¹¹ Se også Weltzien og Lande (2008).

1.3.2 Avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Norsk rettspraksis om hasteanskaffelser er ikke benyttet som kilde i oppgaven fordi det ikke eksisterer. Det finnes derimot flere avgjørelser fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser.

KOFA er et organ for løsning av tvister om rettigheter og plikter etter anskaffelsesregelverket.¹² KOFA er et rådgivende organ som skal uttale seg om det er begått brudd på anskaffelsesloven og avgjørelsene har ikke virkning som en dom.^{13, 14} KOFA har derimot kompetanse til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr ved ulovlig direkte anskaffelser, noe som vil være rettslig bindende for den innklagede.¹⁵ Avgjørelsene KOFA vedtar kan bringes inn for tingretten.¹⁶ Domstolene kan da prøve alle sider av saken.

Det finnes få uttalelser i dommer om rettskildevekten til KOFA, men ved flere tilfeller blir det vist til avgjørelser KOFA har fattet. Et eksempel er i Rt. 2007 s. 983 der førstvoterende uttaler at hun «er enig i det syn som er lagt til grunn» i en KOFA-avgjørelse.¹⁷ I en sak som omhandlet Pasientskadenemnda anføres det av Klagenemnda at domstolene bør være tilbakeholdne med å overprøve nemndas vedtak. Det uttales:

«Jeg kan ikke se at det er grunnlag for en slik tilbakeholdenhet ved overprøvingen av den enkelte avgjørelse. Derimot må avgjørelser fra Pasientskadenemnda tillegges vekt i den utstrekning de kan tas som uttrykk for, eller ha gitt seg utslag i, en fast og konsistent praksis».¹⁸

Uttalelsene tyder på at domstolen aksepterer avgjørelsene nemnder som KOFA kommer med. Samtidig er det få tilfeller hvor domstolene uttrykker dette standpunktet, noe som gjør det vanskelig å si klart om domstolene fullt ut anerkjenner og aksepterer alle KOFAs avgjørelser og KOFAs rettskildevekt. Det er usikkert hvor mange som klager KOFAs avgjørelser inn for domstolen og hvorfor de gjør det, eventuelt ikke gjør det. Likevel gir uttalelsene i dommene KOFAs avgjørelser en viss anerkjennelse. Nemnda ble opprettet for å gi en raskere og

¹² LOA § 11.

¹³ Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 1.

¹⁴ Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 12 andre ledd.

¹⁵ LOA § 12.

¹⁶ LOA § 8.

¹⁷ Rt. 2007 s. 983 avsnitt 103. Se også Rt. 2008 s. 1705 avsnitt 35.

¹⁸ Rt. 2006 s. 1217 avsnitt 38. Se også tilsvarende synspunkter om Trygderettens praksis i Rt. 2005 s. 1754 avsnitt 45.

rimeligere klagemulighet for leverandørene.¹⁹ Terskelen for å gå til domstolene med sakene ble før dette ansett som å være for høy.²⁰

KOFA består av jurister og advokater som er spesialisert på offentlige anskaffelser, mens norske domstoler består av dommere med generell kompetanse. KOFAs avgjørelser er relevant som rettskilde dersom avgjørelsen har klarlagt tvistetemaet.²¹

I domstolkommisjonens rapport om domstolene i endring er KOFA en av nemndene som er nevnt.²² Kommisjonen kommenterer at på tross av at nemndene er gitt uavhengighet i loven, er medlemmene utpekt av fagdepartementet og at det potensielt ligger en avhengighet til forvaltningen. Domstolkommisjonen påpeker at det kan innebære en økt risiko for systematiske feilvurderinger av rettsspørsmål og det er et spørsmål om rettssikkerheten ivaretas bedre gjennom domstolsbehandling.²³

Nærings- og fiskeridepartementet har vist til hvordan KOFA tolker regelverket i NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser.²⁴ Da departementet ikke har kommentert at forståelsen er feil, kan det legges til grunn at de støtter KOFAs uttalelser om hvordan regelverket skal forstås. Samtidig er kanskje ikke praksis fra KOFA heller representativt, da det ikke vil være mange av de som føler seg forbigått i en anbudskonkurranse som ønsker å klage inn oppdragsgiveren. Anskaffelsesmiljøet er ikke stort i Norge, og den som klager inn en oppdragsgiver kan frykte å bli forbigått i en senere anbudsprosess eller ikke rettferdig behandlet. Dette kan føre til at flere saker ikke blir klaget inn, selv om oppdragsgiver ikke har fulgt reglene. Dersom det kreves at leverandørene er nødt til å påpeke feil under selve konkurransen, og ikke vente til den er avsluttet, vil deres sjanse til å vinne konkurransen svekkes og klagemuligheten blir illusorisk.²⁵ Her reiser det seg et spørsmål om det er «godt nok» at man må klage inn en oppdragsgiver for KOFA, og at KOFA ikke har en undersøkende rolle. Nærings- og fiskeridepartementet har uttalt at de vil «styrke rollen til KOFA ved at nemnda i større grad følger opp oppdragsgivernes etterlevelse av nemndas avgjørelser».²⁶ At de ønsker å styrke KOFAs rolle tilsier at de har tillit til nemnda og avgjørelsene de tar. Før gjeninnføringen av KOFAs kompetanse til å ilegge

¹⁹ NOU 2010:2 side 34.

²⁰ Ot. Prp. Nr. 3 (2000-2001) side 15.

²¹ Trygstad (2017) side 29.

²² NOU 2020:11, side 69.

²³ NOU 2020:11, side 71.

²⁴ Se for eksempel NOU 2014:4 side 113.

²⁵ Se KOFA 2005/68 som gjengitt i Dragsten (2013) side 879.

²⁶ St. Mld. 22 (2018-2019) side 19.

overtredelsesgebyr uttrykte departementet bekymring rundt ressursituasjonen, dersom KOFA også skal behandle søksmål for domstolene.²⁷

Ut av dette vil det synes klart at KOFAs avgjørelser har rettskildevekt. Ved en eventuell motstrid mellom domstolene og KOFA vil de alminnelige rettskildeprinsippene slå inn og domstolenes avgjørelse gå foran. Det er likevel klart at på et område som dette, der det finnes en nemnd som er spesialisert og de ordinære domstolene ikke behandler denne type saker, vil avgjørelsene ha en viss tyngde som rettskilde.

1.3.3 EU/EØS-rett og EU-domstolen

EU- og EØS-rettens kilder er sentrale i oppgaven fordi Norge er en del av det indre marked i EU gjennom EØS-avtalen. Sentralt i EØS-retten er de fire friheter, som omfatter fri bevegelse for varer, personer, tjenester og kapital.²⁸ De fire friheter, spesielt vare- og tjenestereguleringene og det alminnelige forbudet mot diskriminering, legger føringer for anskaffelsesregelverket.²⁹ Det er en forutsetning for et effektivt indre marked at medlemslandene har like regler å forholde seg til.³⁰ Anskaffelsesdirektivet er en sekundærrettslig kilde, og må tolkes i lys av primærretten og de reglene med høyere rang i traktatene.³¹ Det betyr at dersom det finnes motstrid mellom kildene, vil EU-retten gå foran. Direktivet er en rettsakt som fastsetter mål medlemslandene skal oppnå, og Norge har gjennomført direktivet med lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser.

Homogenitetsprinsippet innebærer at EØS-bestemmelser hentet fra EU-retten skal tolkes og anvendes slik at rettstilstanden blir den samme som i EU.³² Det handler om at den EØS-rettslige metoden i en viss utstrekning består i anvendelse av EU-rettslig metode. Når en sak behandles i EU-domstolen, vil den komme i retur til den nasjonale domstolen på det språket de bruker. Samtidig er domstolens arbeidsspråk fransk, og det er den franske versjonen dommerne har blitt enige om. Den autentiske versjonen er dermed en oversettelse av den franske versjonen, dersom ikke prosessspråket er fransk.³³

²⁷ Prop. 51 L (2015-2016) side 67.

²⁸ EØS-avtalen art. 8 flg., art. 28 flg., art. 36 flg. og Art. 40 flg.

²⁹ Fredriksen og Mathisen (2018) side 72.

³⁰ EØS-avtalen art. 1.

³¹ Fredriksen og Mathisen (2018) side 90 med videre henvisninger.

³² Fredriksen og Mathisen (2018) side 49-50.

³³ Fredriksen og Mathisen (2018) side 319.

Jeg har valgt å anvende den danske versjonen av direktivet og de danske versjonene av EU-praksis. Dette fordi det etter min mening gjør det enklere å bruke ordlyd og meningsinnhold på de norske tilfellene. Den norske gjennomføringen av direktivet i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften er en implementering av anskaffelsesdirektivet og må derfor tolkes i lys av EU-retten etter homogenitetsprinsippet.

Det er EU-domstolen som har jurisdiksjon til å utvikle og avklare EU-rettens innhold.³⁴ EU-domstolens avgjørelser vil derfor være svært sentrale i de tilfellene de har uttalt seg om et spesielt typetilfelle. Premissene i dommene er sjeldent like utførlige som norsk høyesterettspraksis ofte er, og det gis i EU-dommer ikke uttrykk for dissens.

Generaladvokatens uttalelse er derfor tatt inn der det anses fornuftig. Uttalelsene er en kilde til å forstå EU-praksis fordi generaladvokaten presenterer deres mening om saken og gir råd til domstolen om hvordan saken skal vurderes.³⁵ Det faktum at generaladvokaten og EU-domstolen kommer til samme resultat betyr ikke at domstolen er enig i alt generaladvokaten har uttalt om saken.³⁶ Rettskildevekten varierer og er omdiskutert, men uttalelsene sier noe om hvordan en kan forstå innholdet av EU-retten. Sakene som behandles i EU-domstolen skal også ha grenseoverskridende verdi, noe som er relevant å ha med i vurderingen dersom EU-dommer anvendes på nasjonale tilfeller.

I oppgaven vil det bli drøftet hvordan EU-domstolen har behandlet praksis på området for hasteprosedyre, altså bestemmelser under artikkel 32.2 bokstav c i dagens direktiv.

Avgjørelsene anvendes i tolkningen for reglene for både over og under norsk terskelverdi fordi EU-domstolen er overordnet den norske anskaffelsesforskriften, og direktivet har bestemmelser for over EØS-terskelverdi. KOFA har også sluttet seg til dette, men bemerker at vilkårene i § 2-1 andre ledd bokstav c, som tilsvarer dagens § 5-2 første ledd bokstav c, må anses å være noe mindre strenge enn vilkårene som stilles for anskaffelser over nasjonal terskelverdi.³⁷ Ved eventuell motstrid vil EU-domstolens avgjørelse gå foran avgjørelser fra KOFA.

Av EU-praksis finnes det få avgjørelser som anvender artikkel 32.2 bokstav c, spesielt av nyere dato. Artikkelen er nevnt i noen dommer uten at unntaket som er tema er kommentert, og dommene er gjengitt her i de tilfellene de anses å ha verdi for å belyse rettskildebildet. Det

³⁴ Fredriksen og Mathisen (2018) side 153.

³⁵ Sejersted mfl. (2011) side 135.

³⁶ Fredriksen og Mathisen, (2018) side 322.

³⁷ KOFA 2008/81 premiss 37.

samme gjelder i EFTA-domstolen, der det finnes saker hvor artikkelen nevnes, men omhandler andre unntak som omfattes av artikkelen. En mulig årsak til dette kan være at det er få tilfeller som blir saksøkt om, og til slutt havner i domstolene. Etter min mening kan det være på grunn av frykt hos leverandørene for å bli forbigått i konkurranser senere, fordi de tidligere har klaget inn oppdragsgivere. Dersom det, som i Norge, ikke er noen som driver undersøkende virksomhet på området, vil det føre til at færre saker blir behandlet. Det finnes også flere dommer der artikkelen er nevnt og påberopt av innklagede, men som domstolene ikke har gått inn på. Disse dommene er ikke tatt med da de ikke anses relevante for å belyse rettstilstanden på området.

2 Uforutsette omstendigheter og forhold som ikke oppdragsgiveren kunne forutse

2.1 Utgangspunkt for hvilke regler som gjelder for en anskaffelse

2.1.1 Innledning

Problemstillingen i oppgaven er direkteanskaffelser i hastetilfeller og unntaksbestemmelsens anvendelse på koronasituasjonen. Sentrale regler i denne oppgaven er hjemlet i lov om offentlige anskaffelser og anskaffelsesforskriften. Disse reglene er en implementering av EUs anskaffelsesdirektiver, etter EØS-avtalen³⁸ art. 65. Norge er forpliktet til å harmonisere nasjonal rett med EU-retten på anskaffelsesområdet gjennom EØS-avtalen.³⁹ Direktivet som er aktuelt i oppgaven er anskaffelsesdirektivet.⁴⁰ Det klare utgangspunktet er at bestemmelsene i direktivet ikke gjelder for kontrakter under terskelverdiene.⁴¹ Bestemmelsen i oppgaven dreier seg om omhandler unntak fra del II av anskaffelsesforskriften, som inneholder særnorske regler for kontrakter med verdi over nasjonal terskelverdi og under EU/EØS-terskelverdiene.⁴² Anskaffelsesforskriften omhandler i utgangspunktet de fleste kontrakter med en verdi som er lik eller overstiger 100 000 kr.⁴³ Det er gitt flere unntak for kontrakter som ikke omfattes av forskriften.⁴⁴ Del III gjennomfører direktivet direkte og omfatter kontrakter som er lik eller overstiger EU/EØS-terskelverdiene.⁴⁵ Unntakene i del II er inspirert av del III, som gir regler om muligheten til å gjennomføre konkurranse med forhandling uten kunngjøring.⁴⁶ Det er § 13-3 i forskrift om offentlige anskaffelser del III, som gjennomfører direktivet i norsk rett.⁴⁷

³⁸ Lov om gjennomføring i norsk rett av hovedavtalen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS).

³⁹ Se mer om dette under 1.3.3.

⁴⁰ Direktiv 2014/24/EU.

⁴¹ Direktiv 2014/24/EU artikkel 1 (1) og 4.

⁴² NOU 2014:4 side 59.

⁴³ FOA § 1-1.

⁴⁴ Se FOA § 1-3 og kapittel 2 om unntak.

⁴⁵ FOA § 5-1 tredje ledd jf. § 5-3 første ledd.

⁴⁶ NOU 2014:4 side 110.

⁴⁷ NOU 2014:4 side 110. Dagens § 13-3 tilsvarer den gamle § 14-4.

Oppsummert betyr dette at det er EØS-loven med EØS-avtalen, inkludert direktivet, som er det overordnede regelsettet, og som hjemler anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften.⁴⁸

Bestemmelsen oppgaven dreier seg om tilsvarer artikkel 32.2 bokstav c. i direktiv 2014/24/EU. Artikkelen regulerer bruk av forhandlingsprosedyre uten forutgående kunngjøring.

*«Artikel 32 Anvendelse af udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse
[...]*

2. Udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse kan anvendes i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter, offentlige vareindkøbskontrakter og offentlige tjenesteydelseskontrakter i følgende tilfælde:

[...]

c) i strengt nødvendigt omfang, hvis tvingende grunde som følge af begivenheder, som den ordregivende myndighed ikke har kunnet forudse, gør det umuligt at overholde fristerne for offentlige udbud, begrænsede udbud eller udbud med forhandling. De omstændigheder, der påberåbes som tvingende grunde, må under ingen omstændigheder kunne tilskrives den ordregivende myndighed.» (Uthevet her)

Artikkelen gir altså grunnlag for å bruke anbud med forhandling uten forutgående kunngjøring i tilfeller der tvingende grunner som følge av begivenheter som oppdragsgiver ikke kunne forutse, gjør det umulig å overholde fristene for de ulike typer anbudskonkurranser. Omstendighetene som påberopes kan ikke tilskrives oppdragsgiver.

Artikkelen erstatter artikkel 31.1 bokstav c i det gamle direktivet.⁴⁹

2.1.2 Grunnleggende prinsipper

I anskaffelsesretten gjelder grunnleggende prinsipper som gjelder for alle anskaffelser, også de anskaffelsene som faller inn under unntakene som er behandlet her. Prinsippene gjelder uansett hvilken verdi kontrakten har og er hjemlet i Loa. § 4. Det betyr at selv om vilkårene i unntaksbestemmelsene er oppfylt, er ikke oppdragsgiver unntatt alle regler etter

⁴⁸ Thue og Buan mfl. (2018) side 26.

⁴⁹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

anskaffelsesforskriften. Disse er prinsippet om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet. Prinsippene om konkurranse og likebehandling er ofte trukket frem i praksis, og anses dermed som de mest sentrale.⁵⁰ Disse prinsippene viser både til alminnelige EØS-rettslige prinsipper og god forvaltningsskikk.⁵¹ I tillegg oppstiller Loa. § 5 krav til miljø, menneskerettigheter og andre samfunnshensyn. Det kreves også skatteattest for norske leverandører dersom anskaffelsen overstiger kr. 500.000, - og for anskaffelser med en verdi som overstiger kr. 100.000, - gjelder dokumentasjonsplikt.⁵² At alle anskaffelser skal følge de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten er også presisert i veilederen til reglene om offentlige anskaffelser.⁵³ For at anskaffelsesregelverkets formål om effektiv ressursbruk skal bli ivaretatt, danner disse grunnleggende prinsippene utgangspunktet. Dersom formålet om konkurranse og likebehandling skal være ivaretatt, kreves det forutberegnelighet i hvordan fremgangsmåten skal gjennomføres for leverandørene. I tillegg kreves det at man i ettertid kan se hvilke vurderinger som ble gjort, noe som ivaretar prinsippet om etterprøvbarhet, og at kontrakter med høyere verdi krever strengere etterlevelse av reglene enn konkurranser med lavere verdi. Det ivaretar prinsippet om forholdsmessighet.

2.2 Vilkår som utledes av § 5-2 første ledd bokstav c og § 13-3 bokstav e

2.2.1 Innledende om unntaksbestemmelsene

Opgavens tema er direkteanskaffelser i hastetilfeller, og § 5-2 første ledd bokstav c og § 13-3 bokstav e er unntaksbestemmelsene som hjemler dette. De er plassert i ulike deler av anskaffelsesforskriften, da § 5-2 omhandler et unntak fra del 2 som gjelder for kontrakter som ikke overstiger EØS-terskelverdiene og § 13-3 er plassert i del tre som omhandler anskaffelser over EØS-terskelverdiene.⁵⁴

Det kan være ulike grunner til at man havner i en situasjon der man vil gjennomføre en direkte anskaffelse. Eksempelvis kan det være fordi en oppdragsgiver kommer sent i gang med prosessen, oppdragsgivere er ukjent med regelverket, det oppstår en krise, et prosjekt kan

⁵⁰ Se blant annet KOFA 2018/494 premiss 55 følgende og KOFA 2008/56 premiss 23.

⁵¹ Goller mfl, (2017), side 47.

⁵² FOA. §§ 7-2 og 7-1.

⁵³ Nærings- og fiskeridepartementet (2017), side 87.

⁵⁴ FOA § 5-1.

ta lenger tid enn forventet eller det kan oppstå nye problemstillinger underveis. Dersom man havner i en situasjon der det er nødvendig å gjøre en hastensskaffelse skal det undersøkes om vilkårene for å anvende bestemmelsene er oppfylt. Unntaksbestemmelsene skal fortolkes strengt.⁵⁵ Bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt er lagt til oppdragsgiver.⁵⁶

Paragraf 5-2 første ledd bokstav c lyder som følger:

«§ 5-2. Unntak fra del II

(1) Del II gjelder ikke for kontrakter som

(...)

c) oppdragsgiveren på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsette inngåelsen av i den tidsperioden det vil ta å få gjennomført en åpen eller begrenset tilbudskonkurranse»

Paragraf 13-3 bokstav e lyder som følger:

«§ 13-3. Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

Oppdragsgiveren kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring dersom

(...)

e) det er umulig å overholde fristene for en åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som følge av forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse. Kontraktens omfang skal ikke være større enn strengt nødvendig»

I § 5-2 første ledd bokstav c er det tre kumulative vilkår som må være oppfylt for at unntaket skal komme til anvendelse. Det må foreligge «uforutsette omstendigheter», det kan ikke være mulig å «utsette inngåelsen» av kontrakten i perioden det vil ta å gjennomføre en åpen eller begrenset konkurranse og det må foreligge årsakssammenheng. Vilkårene blir drøftet nærmere under i punkt 2.2.2 og punkt 3.

⁵⁵ Se Dragsten (2013) s. 89 med videre henvisninger til *Kommissionen mod Tyskland* [C5] C-20/01 premiss 58.

⁵⁶ Se blant annet KOFA 2006/105, *Milano* [GC] C-199/85 og *Megalopolis* [C5] C-394/02.

Identifisering av vilkårene i § 13-3 bokstav e er gjort ulikt i flere kilder, og det anses mest hensiktsmessig å dele inn i fire vilkår.⁵⁷ I § 13-3 bokstav e kan det identifiseres fire vilkår, der tre av de kan sammenliknes med vilkårene i § 5-2 første ledd bokstav c. Det første vilkåret er at det må foreligge «forhold (...) som oppdragsgiveren ikke kunne forutse», som vil bli drøftet sammen med «uforutsette omstendigheter».

Der det i § 5-2 første ledd bokstav c er formulert at «anskaffelsen ikke kan utsettes», er det i § 13-3 bokstav e formulert som at det skal være «umulig å overholde fristene» i tiden det vil ta å gjennomføre en konkurranse etter de andre prosedyrene. Det siste vilkåret som er felles for bestemmelsene er at det må foreligge årsakssammenheng mellom den uforutsette omstendigheten eller det oppdragsgiveren ikke kunne forutse, og at konkurransen ikke kan utsettes.

I § 13-3 bokstav e er det også presisert at kontraktens omfang ikke skal være større enn strengt nødvendig, noe som betyr at bestemmelsen ikke gir oppdragsgiver anledning til å utvide kontrakten til noe mer enn det som dekker akuttbehovet. Dette er det fjerde vilkåret. Ordlyden dekker kun kontraktens omfang, men etter forholdsmessighetsprinsippet vil kontraktens varighet heller ikke kunne strekkes utover det som anses strengt nødvendig.⁵⁸

I de følgende kapitlene vil det gjøres en analyse av hvordan dagens regler kan anvendes på koronasituasjonen.

2.2.2 Krav om tidspunkt for inngåelse og årsakssammenheng

Vilkåret om uforutsette omstendigheter og forhold som ikke oppdragsgiveren kunne forutse er det sentrale i oppgaven og er drøftet i punkt 3. De to andre vilkårene er at det ikke kan være mulig å utsette inngåelsen av anskaffelsen og at det må foreligge årsakssammenheng. Disse vil drøftes først.

Oppdragsgiver må vurdere hvor raskt inngåelse av kontrakt må skje. Som oppdragsgiver kan det ikke være mulig å «utsette inngåelsen» av anskaffelsen i den tiden det tar å gjennomføre

⁵⁷ I KOFA 2013/16 premiss 82 er de to bestemmelsene behandlet sammen, og det er tre vilkår identifisert i behandlingen av disse. Se også Dragsten, *Anskaffelsesloven med forskrift, kommentarutgave*, kommentar til § 13-3, punkt 5.1, Juridika.no (lest 10.11.20) og Nærings- og fiskeridepartementet (2017) side 132 der det er oppstilt fire vilkår.

⁵⁸ Thue og Søyland, *Norsk lovkommentar; Forskrift om offentlige anskaffelser*, note 251, Rettsdata.no (lest 07.10.20).

en konkurranse, jf. Foa. § 5-2 første ledd bokstav c. Ordlyden «ikke kan utsette» inngåelsen av kontrakten i tidsperioden som kreves for å kunne gjennomføre en åpen eller begrenset tilbudskonkurranse, innebærer at dersom det finnes en mulighet til å utsette anskaffelsen, skal det gjøres. Dette setter krav til en vurdering av når kontrakten skal inngås. I § 13-3 bokstav e er vilkåret formulert slik at det må være «umulig å overholde fristene» for åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring. Dette er også avklart gjennom EU-praksis.⁵⁹ Dette er et strengt krav. Fordi de andre konkurranseformene gir oppdragsgiver mulighet til å gjennomføre konkurranse på kort tid, er dette et strengt krav. Bestemmelsen stiller krav til at det ikke skal være mulig å overholde disse.

Her må det gjøres en konkret vurdering om det objektivt sett er mulig å vente med å inngå kontrakten eller ikke, i den tiden det vil ta å gjennomføre en konkurranse. Liv, helse og skade på eiendom er typisk det som står på spill og vil ha høyest prioritet.⁶⁰ Det vil ha betydning for vurderingen om en konkurranse kan gjennomføres raskt fordi det ikke gjelder minimumsfrister for levering av forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud.⁶¹ EU-domstolen har også konkludert med at mangelfull planlegging ikke kan berettige bruk av hasteprosedyre. Det uttales i en sak mot Italia som gjaldt tildeling av en bygge- og anleggskontrakt at det var «den ordregivende myndigheds planlægning» som var skyld i at hasteprosedyren ble nødvendig, ikke de forhold Italia hadde påberopt seg.⁶² Domstolen har i C-549/14 (Finn Frogne) uttalt at oppdragsgiver har et ansvar for å definere kontraktsgjenstanden i konkurransegrunnlaget med omhu, slik at den faktisk lar seg anskaffe innen rimelig tid.⁶³ Se punkt 4 for en videre drøftelse av dette.

I forlengelse av dette vilkåret må valget av hasteprosedyre begrunnes. EU-domstolen har uttalt at hvis man ikke begrunner hasteprosedyren, er det i seg selv i strid med bestemmelsen.⁶⁴

Det tredje vilkåret er at det må være årsakssammenheng mellom den eller de uforutsette omstendighetene som gjør seg gjeldende, og det at det ikke finnes tid til å gjennomføre en konkurranse. Vilket identifiseres i § 5-2 første ledd bokstav c i formuleringen «på grunn av»

⁵⁹ Se blant annet *Kommissionen mod Tyskland* [C5] C-126/03 avsnitt 22 og 23.

⁶⁰ Arrowsmith, (2014) side 1073.

⁶¹ NOU 2014:4 side 112.

⁶² *Magistrato* [C5] C-385/02 avsnitt 28.

⁶³ *Finn Frogne* [C3] C549/14 avsnitt 36.

⁶⁴ *Kommissionen mod Kongeriget Beligen* [C5] C-323/96 avsnitt 38.

uforutsette omstendigheter ikke kan utsette inngåelsen, og i § 13-3 bokstav e i formuleringen at det er umulig å overholde fristene «som følge av» forhold som oppdragsgiveren ikke kunne forutse. Det innebærer at den uforutsette omstendigheten faktisk må påvirke muligheten til å gjennomføre anskaffelsen. Unntaket vil ikke komme til anvendelse dersom det er «andre grunner til at det er nødvendig med en hasteanskaffelse».⁶⁵

Ved inngåelse av en kontrakt som ikke følger reglene kan det foreligge en ulovlig direkte anskaffelse, som er tema i oppgaven her. En uhjemlet forlengelse eller utvidelse av en inngått kontrakt, eller en vesentlig endring av en kontrakt, kan også være en ulovlig direkte anskaffelse, dersom vilkårene ikke er oppfylt og kontrakten har en verdi over den nasjonale terskelverdien.⁶⁶

⁶⁵ Nærings- og fiskeridepartementet (2017) side 88.

⁶⁶ Dragsten (2013) s. 796.

3 Kan koronapandemien anses som en uforutsett omstendighet?

3.1 Hva er en uforutsett omstendighet?

Det må ha oppstått «uforutsette omstendigheter» etter anskaffelsesforskriften § 5-2 første ledd bokstav c eller «forhold som oppdragsgiveren ikke kunne forutse» etter § 13-3 bokstav e for at unntaket skal komme til anvendelse. Bestemmelsene vil bli drøftet sammen fordi de står i nær sammenheng og det har støtte i praksis at formuleringene har samme meningsinnhold.⁶⁷

Problemstillingen som skal drøftes er om koronapandemien anses som en uforutsett omstendighet i anskaffelsesregelverkets forstand. Oppgaven vil dreie seg om kontrakter som inngås etter pandemiens utbrudd, ikke forlengelse av pågående kontrakter.

Hvor bestemmelsen som omhandler «uforutsette omstendigheter» er inntatt er ulikt i hver forskrift, altså forskriftene vedtatt i 2016⁶⁸, 2006⁶⁹ og 2001⁷⁰. Ordlyden i forskriften fra 2001 og 2006 er lik. I forskriften fra 2016 er ordlyden noe endret, men er lik i den betydning det vil ha for vurdering av denne praksis.⁷¹

En naturlig språklig forståelse av hva som ligger i «uforutsette omstendigheter» er hendelser eller situasjoner man ikke kunne regne med at ville inntreffe. Ifølge Det Norske Akademis Ordbok er «uforutsett» noe som «inntreffer uventet».⁷²

Når det gjelder § 13-3 bokstav e har ordlyden forandret seg noe da vilkåret tidligere var formulert som «særlige forhold» som ikke oppdragsgiveren kunne forutse, men i forskriften

⁶⁷ Se KOFA 2013/16 premiss 82. Se også del 1.2 siste avsnitt i oppgaven, der det er vist til kilder som kommenterer sammenhengen mellom unntaksbestemmelsene. Se også KOFA 2018/556 avsnitt 10 og 11 under Klagenemndas vurdering der betegnelsen «uforutsette omstendigheter» er brukt der § 13-3 bokstav e er hjemmel.

⁶⁸ FOR-2016-08-12-974, bestemmelse i § 5-2 første ledd bokstav c. Formulering: «oppdragsgiveren på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsette inngåelsen av i den tidsperioden det vil ta å få gjennomført en åpen eller begrenset tilbudskonkurranse».

⁶⁹ FOR-2006-04-07-402, bestemmelse i § 2-1 andre ledd bokstav c. Formulering: «anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse».

⁷⁰ FOR-2001-06-15-616, bestemmelse i § 11-2 første ledd bokstav d. Formulering: «anskaffelsen på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes i den tiden det tar å gjennomføre en konkurranse».

⁷¹ Se henvisningene over for formulering av bestemmelsen. Endringen i formuleringen av 2016-forskriften innebærer en presisering av at oppdragsgiveren ikke kan utsette inngåelsen, formuleringen «tiden» er endret til «tidsperioden» og det er presisert at hverken åpen eller begrenset tilbudskonkurranse kan være et alternativ dersom bestemmelsen skal anvendes.

⁷² Det norske akademis ordbok, «Uforutsett».

fra 2016 er ordet «særlige» fjernet.⁷³ Etter å ha lest avgjørelser før og etter fjerning av ordet, har det etter min mening ingen betydning for innholdet.⁷⁴ Tilfeller som vil omfattes av ordlyden «forhold» som ikke oppdragsgiveren ikke kunne forutse, vil være de samme tilfellene som ordlyden «særlig forhold» omfatter. Det er heller ikke kommentert i kildene at bestemmelsen ble endret, og det gjør at jeg tolker endring av ordlyden som uten betydning.

Ordlyden i § 13-3 bokstav e er noe enklere, da vilkåret er noe en oppdragsgiver «ikke kunne forutse». KOFA har ved flere tilfeller behandlet vilkårene fra de to bestemmelsene sammen. Dette viser at det ikke er tillagt vekt at ordlyden er noe ulik, og at KOFA mener at vilkårene kan brukes om hverandre.⁷⁵ Paragraf 13-3 bokstav e står nærmest den danske ordlyden i direktivet, og er formulert som noe oppdragsgiver «ikke har kunnet forudse».

I fortalens premiss 50 første ledd skrives det at på grunn av de negative konsekvensene for konkurransen bør anbud med forhandling uten forutgående kunngjøring kun anvendes under «helt ekstraordinære omstendigheter». Det bør begrenses til tilfeller der offentliggjørelse ikke er «mulig af tvingende grunde som følge af begivenheder, som den ordregivende myndighed ikke har kunnet forudse».

Videre i fortalens premiss 80 skrives det at «kun i ekstraordinære situationer» hvor tvingende grunner som følge av begivenheter den ordregivende myndighet ikke kunne forutse «gør det umuligt at gjennomføre en almindelig procedure», bør de ordregivende myndighetene ha mulighet til å tildele kontrakt ved anbud med forhandling uten forutgående kunngjøring. Det kan være tilfelle «hvor naturkatastrofer kræver øjeblikkelig handling». Ut fra fortalen kan det utledes at det er meningen at bestemmelsen skal tolkes så strengt at det vil være «umuligt» å gjennomføre på annet vis. Samtidig er det gitt rom for å kunne anvende hasteprosedyrene dersom det krever «øjeblikkelig handling», noe som viser at det er ment å skulle brukes

⁷³ FOR-2016-08-12-974, bestemmelse i § 13-3 bokstav e. Formulering: «(...) som følge av forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse (...)».

FOR-2006-04-07-402, bestemmelse i § 14-4 bokstav d. Formulering: «dersom det på grunn av særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver og som oppdragsgiver ikke kunne forutse, er umulig å overholde fristene fastsatt i denne forskrift».

FOR-2001-06-15-616, bestemmelse i § 4-3 bokstav d. Formulering: «dersom det på grunn av særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver og som oppdragsgiver ikke kunne forutse, er umulig å overholde fristene fastsatt i denne forskrift».

⁷⁴ Se for eksempel KOFA 2010/221 og KOFA 2010/249 om bruken av vilkåret etter forskriften fra 2006 og KOFA 2018/556 og KOFA 2020/388 om bruken av vilkåret etter forskriften fra 2016.

⁷⁵ Se også KOFAS uttalelse i avsnitt 52 i sak 2010/221, der det uttales at bestemmelsene har «i det vesentlige tilsvarende innhold».

dersom det er nødvendig. For vår norske bestemmelse betyr dette at det er strenge krav til hvilke tilfeller som skal omfattes.

Uforutsette omstendigheter er situasjoner som en oppdragsgiver ikke kunne ha forutsett, etter en objektiv vurdering. Det er ikke kontraktens art eller formål som skal begrunne unntaket, men omstendigheter som inntreffer på det samme tidspunktet som anskaffelsen foretas, for eksempel flom, jordskjelv, brann og lignende. Eksempler på dette er der en leverandør går konkurs eller kontrakten heves på grunn av forhold på leverandørens side.⁷⁶ Disse eksemplene er nevnt i norske forarbeider, som viser at departementet har ønsket å konkretisere hva som skal omfattes.

Fortalen viser ikke til andre eksempler enn naturkatastrofer. Hensynet til liv og helse er ikke nevnt i direktivet, men ut fra teksten er ikke dette ment å være uttømmende. I fortalen premiss 50 er ordet «begivenheder» nevnt, noe som er lite konkret. Her gis det rom for tolkning og mulighet til landene som skal inkorporere direktivet å konkretisere selv. Av bestemmelsen kan det også leses at det er ment å favne om mer enn økonomi, ellers måtte det vært konkretisert. Ut av fortalen og direktivet utledes det derfor at liv og helse er et relevant hensyn. I de norske forarbeidene er liv og helse nevnt som eksempel flere ganger og det er tydelig at det har vært sentralt da reglene skulle tilpasses det norske regelverket.

Uforutsette omstendigheter er «forhold som oppdragsgiver ikke har herredømme over».⁷⁷ I tillegg til eksemplene som er nevnt over er streik ofte inntatt som et eksempel på noe en oppdragsgiver ikke kan styre.⁷⁸ Sterkt politisk press for å få gjennomført et prosjekt kan heller ikke oppfylle vilkåret. KOFA har lagt til grunn at man ikke kan påberope seg bestemmelsen i situasjoner der oppdragsgiver har planlagt anskaffelsen dårlig, se eksempelvis KOFA 2011/336 premiss 45, KOFA 2006/105 premiss 37-39 og KOFA 2011/52 premiss 47. Dette er i samsvar med ordlyden i direktivet og formålene i fortalen og vil si at rettsstilstanden er harmonisert og at meningsinnholdet er oversatt til det norske regelverket.

Bestemmelsen i § 5-2 første ledd bokstav c er videreført fra tidligere regelverk. Utvalget begrunner videreførelsen av unntaket med at det vil være «lite effektivt å pålegge oppdragsgiver å følge de detaljerte prosedyrereglene i del II» og presiserer at oppdragsgiver

⁷⁶ NOU 2014:4 side 112.

⁷⁷ Thue og Søyland, *Norsk lovkommentar; Forskrift om offentlige anskaffelser*, note 84, Rettsdata.no (lest 07.10.20).

⁷⁸ Dragsten, *Anskaffelsesloven med forskrift, kommentarutgave*, kommentar til § 5-2, punkt 4.2, Juridika.no (lest 10.11.20).

«uansett [vil] ha plikt til å sikre konkurranse om kontrakten i den utstrekning det lar seg gjøre i den situasjonen som har oppstått». Årsaken til at reglene ikke kan følges, «må ligge i omstendigheter som oppdragsgiver ikke kunne forutse», presiserer utvalget. Det omfatter «ikke bare klassiske force majeure-tilfeller, men også enhver annen situasjon som oppdragsgiver objektivt sett ikke kunne forutse.» Til slutt velger utvalget å slutte seg til «den linje KOFA har lagt seg på i sin praksis når det gjelder omstendigheter som skyldes oppdragsgivers egen mangelfulle planlegging av en anskaffelse».

I noen tilfeller vil omstendigheter som ved første vurdering kan ses å være uforutsette eller noe en oppdragsgiver ikke kunne forutse, ende med å ikke være det. Det har vært klaget inn flere saker til KOFA med påstand om ulovlig direkte anskaffelse, der ulike former for hastverk og forhold på oppdragsgivers side har vært påberopt av innklagede som en uforutsett omstendighet. Nemnda og EU-domstolen har lagt seg på en streng linje for når dette kan påberopes, se blant annet KOFA 2003/163 som omhandler oppføring av omsorgsboliger. I saken ble det konkludert med at innklagede hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, da årsaken til at det ble hastverk var mangelfull planlegging hos innklagede.⁷⁹

KOFA 2006/89 gjaldt en sak om bilauksjonstjenester og innklagede hadde gjort en direkte anskaffelse uten at det fantes hjemmel for det. KOFA viser til at det i «uforutsette omstendigheter» ligger et krav til at oppdragsgiver ikke selv kan være ansvarlig for den uforutsette omstendigheten, og viser til sin egen avgjørelse i sak 2003/163 som er redegjort for over.⁸⁰

Heller ikke ubegrunnet tidsnød er ansett som en uforutsett omstendighet ifølge nemnda. Dette ble påberopt i en sak som gjaldt legging av gulv i en idrettshall. Opplysningene KOFA fikk gjorde at de mente det var tid til å følge ordinære tidsfrister.⁸¹ Disse sakene er i samsvar med hva kildene sier, og hva lovgiver har ment. Det kan ikke begrunne bruk av hasteanskaffelse dersom det skyldes dårlig planlegging hos oppdragsgiver, eller oppdragsgiver selv er skyld i at den uforutsette hendelsen oppstår.

Hasteanskaffelser kan ikke foretas med mangelfull planlegging hos oppdragsgiver som årsak. Dette kommer også frem i EU-domstolens sak C-385/02 (Magistrato) som er i samsvar med ordlyden i direktivet. I T-148/04 (TQ3) kom Førsteinstansdomstolen til et annet resultat og

⁷⁹ KOFA 2003/163 side 3.

⁸⁰ KOFA 2006/89 side 8.

⁸¹ KOFA 2006/70 premiss 14.

det er et av få tilfeller der EU-domstolen har akseptert at vilkårene for hasteanskaffelse er oppfylt.

Saken omhandler tildeling av en kontrakt for reisebyråtenester for Kommissjonens ansatte og andre fellesskapsinstitusjoner. Kommissjonen kunngjorde en konkurranse, men avlyste etter hvert denne fordi enkelte tilbydere trakk seg fra konkurransen. Deretter ble det utlyst en ny konkurranse og kontrakten ble tildelt Wagon-Lits Travel etter hasteprosedyre. Klager, TQ3 Travel Solutions Belgium, krevde at kontrakten ble annullert. Vurderingen domstolen gjorde var at hasteprosedyren kunne anvendes fordi det var viktig for innklagede med kontinuitet i prosessen, ettersom institusjonen gjennomførte omtrent 57 000 reiser i året og eksisterende leverandør, som er klager, ikke ønsket å levere ut over den opprinnelige kontraktsperioden. Domstolen legger vekt på at tidsplanen ble påvirket av leverandørene som trakk seg fra konkurransen, og at det gjorde det umulig for kommissjonen å opprettholde kontinuiteten i reisevirksomheten og ville få store følger.⁸² At kontrakten var kortvarig ble også vektlagt. Saken viser at bruk av hasteprosedyren kan godtas i tilfeller der manglende planlegging er en årsak til de uforutsette omstendighetene. Dette står i motsetning til ordlyden i bestemmelsen og domstolens uttalelse i *Magistrato* som er drøftet over.⁸³

Det er vanskelig å trekke noe klart ut av disse dommene fordi de kan leses som motstridende. Samtidig er resultatet i *Magistrato* mest tro mot ordlyden i direktivet, noe som må ha betydning. Hasteanskaffelser kan ikke berettiges når grunnlaget for å anvende prosedyren er forhold på oppdragsgivers side. Om tilfellet i TQ3 faktisk kan tillegges oppdragsgiver er derimot ikke så klart fordi domstolen mener at de ikke kunne forutse at leverandørene trakk seg. Derimot kan det argumenteres for at det er nettopp dette oppdragsgiver kunne forutsett, og måtte ha planlagt for, slik som man kan lese ut av *Magistrato*. Begrunnelsen i TQ3 fremstår som mindre tro til direktivets formål, fortalens nummer 80, enn begrunnelsen i *Magistrato*. I tillegg ble TQ3 avsagt av tre dommere, mens *Magistrato* ble avsagt av fem dommere. Ut av dette vurderes det som klart at manglende planlegging hos oppdragsgiver ikke kan begrunne bruk av hasteunntak.

C-318/94 (Ems) behandler en sak der Tyskland gjorde en direkteanskaffelse av en bygg- og anleggskontrakt som besto av å fordype elven Ems, slik at mer dyptgående skip kunne følge elven. Planen om å gjennomføre dette måtte godkjennes av regionale myndigheter.

⁸² TQ3 [C3] T-148/04 avsnitt 98.

⁸³ Dette er også kommentert i Weltzien og Lande (2008).

Myndighetene gjorde en innsigelse, og på grunn av den forsinkede godkjenningen besluttet oppdragsgiveren å tildele kontrakten med kunngjøring uten forutgående kunngjøring.⁸⁴ Kommisjonen klaget deretter anskaffelsen inn for EU-domstolen. Tyskland argumenterte med at det hadde oppstått en «uforudseelige begivenhed» da myndighetene «ganske uventet afviste» å godkjenne planen.⁸⁵ Denne begrunnelsen ble avvist av EU-domstolen og de kommenterer at det utgjør en «forudseelig faktor» at en overordnet myndighet som har saklig kompetanse til å reise innvendinger, faktisk gjør dette.⁸⁶ Resultatet ble at det forelå en ulovlig direkte anskaffelse. Ut av denne dommen kan man trekke at innsigelser fra en overordnet myndighet ikke kan utgjøre en uforutsett omstendighet, det er noe oppdragsgiveren må regne med i planlegging av anskaffelsen. Ordlyden i direktivet er at omstendighetene er noe oppdragsgiver objektivt sett «ikke har kunnet forudse», men i dommen ser domstolen ut til å fokusere på hva oppdragsgiver burde ha forutsett, uten at dette er kommentert i dommen.⁸⁷ Avgjørelsen viser at EU-domstolen stiller strenge krav til vurderingene som blir gjort av oppdragsgiveren, også i hastesituasjoner. Det er ikke akseptabelt å velge hasteanskaffelser selv om man har gjort en feilvurdering tidligere, eller ikke tatt inn mulige forbehold tidligere i prosessen. Dette illustrerer hvor høy terskelen for å anvende hasteunntaket er.

I sak C-394/02 (Megalopolis) behandler domstolen en sak der Kommisjonen klaget inn en sak mot Hellas etter at Dimosia Epicheirisi Ilektrismoys (den greske offentlige elektrisitetsmyndigheten, heretter DEI) tildelte en kontrakt om bygging av et transportbåndsystem til Megalopolis termiske kraftverk etter en prosedyre med forhandling uten forutgående kunngjøring. Bestemmelsen som er anvendt er ikke hentet fra det klassiske direktivet, men den tilsvarende bestemmelsen i forsyningsdirektivet.

Myndighetene ga tillatelse til DEI med vilkår om at de innen ni måneder måtte søke om endelig tillatelse for avfallshåndtering, og at det innen tolv måneder måtte være installert et transportbåndsystem for overføring av aske.⁸⁸ Etter å ha fått disse fristene valgte DEI å inngå forhandling med to potensielle leverandører, og altså anvende unntaket, istedenfor å kunngjøre etter hovedregelen. Domstolen slår fast at Hellas ikke har godtgjort at vilkårene for bruk av unntaket er oppfylt. De presiserer at det forhold at en myndighet med kompetanse til å sette frister, faktisk gjør det, ikke kan anses som en «tvingende uoppsættelighet, der følger

⁸⁴ *Ems* [C5] C-318/94 avsnitt 5.

⁸⁵ *Ems* [C5] C-318/94 avsnitt 15.

⁸⁶ *Ems* [C5] C-318/94 avsnitt 18.

⁸⁷ Arrowsmith (2014) side 1076.

⁸⁸ *Megalopolis* [C5] C-394/02, avsnitt 7.

af en uforudseelig begivenhed».⁸⁹ Konklusjonen dommerne kom til var at vilkårene for hasteanskaffelse ikke var oppfylt.

Denne dommen og *Ems*, omtalt over, viser at det ikke kan begrunne bruk av unntaket, at en overordnet myndighet setter vilkår eller gjør innsigelser.

Kildene viser at de samlet sett er harmonisert, med unntak av *TQ3* fra Førsteinstansdomstolen, og at det ikke er mulig å identifisere stor motstrid mellom kildene. Kildene gir de samme resultatene, altså at det er en høy terskel for å anvende unntaket og at hasteanskaffelser ikke kan anvendes i tilfeller der det uforutsette skyldes forhold på oppdragsgivers side. Det er gjort en gjennomgang av ordlyden i direktivet, anvendelsen i EU-praksis, ordlyden i anskaffelsesforskriften, de norske forarbeidene og bruk i KOFA-praksis som fremstår harmonisert med hverandre. I utgangspunktet vil dette betyr at regelverket enkelt skal kunne tilpasses nye tilfeller som oppstår.

3.2 Koronasituasjonen som uforutsett omstendighet

Det første sykdomsutbruddet i Kina ble oppdaget sent i desember 2019, og tidlig i januar 2020 opplyste kinesiske myndigheter at SARS-CoV-2, i ettertid kjent som koronavirus, var årsak til sykdommen COVID-19. I Norge ble de første testene for koronavirus utført 23. januar 2020 og det første tilfellet i Norge ble påvist i slutten av februar 2020.⁹⁰ Det gikk ca. en måned fra situasjonen oppsto til det ble påvist koronavirus i Norge. WHO erklærte COVID-19 som en pandemi 11. mars 2020.⁹¹

Som det er drøftet over må grunnlaget for å anvende hasteunntak være noe oppdragsgiver ikke var forberedt på og noe som var utenfor deres kontroll. I NOU 2014:4 er ikke pandemi listet opp som et eksempel på hva som omfattes av unntaket. Utvalget viser til «force majeure-lignende forhold som flom, jordskjelv, brann og lignende».⁹² I de norske kildene er ikke pandemi eller sykdom brukt som eksempel som en uforutsett omstendighet, noe som vil si at det ikke i utgangspunktet blir ansett som en uforutsett omstendighet. Dette betyr ikke at det er utelukket, og det må sies å omfattes av «situasjoner som oppdragsgiver etter en objektiv

⁸⁹ *Megalopolis* [C5] C-394/02, avsnitt 43.

⁹⁰ Folkehelseinstituttet (2020a).

⁹¹ WHO (2020).

⁹² NOU 2014:4 side 112.

vurdering ikke kunne ha forutsett».⁹³ I vurderingen av vilkåret om at anskaffelsen ikke kan utsettes i den tid det tar å gjennomføre en konkurranse, er derimot liv og helse nevnt.

Klagenemnda har behandlet en sak, KOFA 2018/556, som omhandler anskaffelse av driftsentreprenørtjenester til riks- og fylkesveiene i Follo. Nemnda viser til at tjenesten sikrer faktorer som har stor innvirkning på trafikksikkerheten, og at mangelfull eller manglende utførelse av oppgavene kan ha alvorlige konsekvenser for menneskers liv og helse. Da årsaken til hasteanskaffelsen var at den eksisterende leverandøren misligholdt sine forpliktelser og i så stor grad at innklagede måtte varsle om heving, mener nemnda at vilkåret om at avtaleforholdet ble avsluttet «på grunn av forhold som skyldes oppdragsgiveren, og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse» er oppfylt. Nemnda går gjennom flere vilkår knyttet til § 13-3 bokstav e og § 13-4, og konkluderer med at det ikke er foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.⁹⁴ Vilrårene for hasteanskaffelse over EØS-terskelverdi var dermed oppfylt.

Ut av dette ser vi, som også er fremhevet i andre rettskilder, at liv og helse vil være et hensyn som kan begrunne bruk av unntaket. I det ovennevnte tilfellet var faren tilknyttet den generelle trafikksikkerheten i området, ikke en enkelt persons liv og helse. Det innebærer at det ikke må være en akutt fare for liv og helse, men risikoen for at det i fremtiden vil bli satt på spill kan begrunne bruk av unntaket. I andre saker som behandles av KOFA er det ofte økonomiske grunner som begrunner bruk av unntak, noe som i koronasituasjonen vil være et hensyn som kommer i andre rekke.

Hensynet til liv og helse kan likevel ikke alene brukes som grunn for å få til en avtale, noe som kan utledes av C-328/92 (*Farmaindustria*). Når sannsynligheten er lav for at en utsettelse vil gå på bekostning av liv og helse, vil ikke den begrunnelsen i seg selv være god nok.⁹⁵ Oppdragsgiver inngikk en e-leverandravtale for å sikre at ansatte ved sykehuset kunne ordinere medisiner fritt til sine pasienter. EU-domstolen uttalte at så lenge det ikke kun var mulig at en leverandør leverte medisinerne, og det heller ikke hadde oppstått en reell mangel på medisiner, kunne ikke avtalen rettferdiggjøres.⁹⁶ Ut av dette kan det tolkes at selv om man kan trekke inn liv og helse som et argument for å gjennomføre anskaffelsen, vil det ikke

⁹³ NOU 2014:4 side 112.

⁹⁴ KOFA 2018/556 premiss 12 og 13 som gjelder § 13-3 bokstav e.

⁹⁵ Arrowsmith (2014) side 1074.

⁹⁶ *Farmaindustria* [GC] C-328/92, avsnitt 17-18.

tilsidesette konkurransereglene uten at det er «absolutt nødvendig», slik artikkel 32.2 bokstav c krever.⁹⁷ Det viser hvor sterkt prinsippet om konkurranse er i anskaffelsesretten.

Europakommisjonen publiserte en veileder om anvendelse av anskaffelsesregelverket under koronasituasjonen 1. april 2020.⁹⁸ I avsnitt 2.3.1 svarer kommisjonen bekreftende på at antall pasienter som trenger behandling på grunn av COVID-19 er å anse som «unforeseeable» for oppdragsgivere. Kommisjonen presiserer at behovene sykehus og andre helseinstitusjoner fikk for personlig beskyttelsesutstyr, respiratorer, ekstra senger, ekstra intensivpleie og sykehusstruktur, inkludert alt teknisk utstyr, ikke kunne forutses og planlegges for i forkant, noe som gjør det til en uforutsett hendelse.

Dette har også blitt vurdert av norske myndigheter. Livsnødvendige varer, som medisiner, matforsyning eller lignende er eksempler på hva som kan begrunne bruk av hasteanskaffelser.⁹⁹ Anskaffelser av disse varene vil ligge i kjernen av det som omfatter liv og helse, og vil i høyeste grad gjøre seg gjeldende i koronasituasjonen. Sykdommen er dødelig og det oppsto et akutt behov for å gi helsehjelp til de som ble rammet, og sørge for livsopphold for disse. På tross av at mange land ble bevisst på risikoen allerede i januar og februar 2020, ble ikke utbruddet karakterisert som en pandemi før i mars. Dersom disse forholdene ikke kunne begrunne bruk av hasteunntak, vil det fremstå som disproporsjonalt og upassende.¹⁰⁰ Norge har konkludert med det samme som Europakommisjonen, altså at koronasituasjonen begrunner bruk av hasteunntaket.¹⁰¹

Sykehusinnkjøp startet i januar med å kartlegge hvor mye som kunne leveres med de ordinære avtaleleverandørene om smittevernutstyr.¹⁰² Det betyr at noen valgte å gjøre tiltak allerede i januar for å forberede seg på en eventuell smitte i Norge, noe som viser at det faktisk var mulig å tilpasse situasjonen allerede da. Likevel vil ikke det alene gjøre at anskaffelser gjort i ettertid, ikke kan anses uforutsette.

⁹⁷ Direktiv 2014/24/EU.

⁹⁸ European Commission (2020).

⁹⁹ Nærings- og fiskeridepartementet (2017) side 133.

¹⁰⁰ Kotsonis (2020a) side 202.

¹⁰¹ Nærings- og fiskeridepartementet (2020) avsnitt 9.

¹⁰² Ballari (2020).

3.3 Oppsummering

Etter å ha drøftet kildene og sett de opp mot hverandre, må konklusjonen være at koronasituasjonen er en «uforutsett omstendighet» etter Foa. § 5-2 første ledd bokstav c og «umulig for oppdragsgiver» å forutse etter § 13-3 bokstav e. Strenge krav er satt for at det ikke skal være enkelt å benytte seg av hasteunntak i tilfeller det ikke er strengt nødvendig, men i de tilfellene det faktisk er oppfylt, skal unntaket anvendes. På tross av at liv og helse ikke eksplisitt er nevnt i direktivet, vil det være et hensyn som begrunner bruk av unntaket.

Det er få tilfeller som begrunner bruk av unntaket, men det finnes tilfeller som eksempelvis KOFA 2018/556, som omtalt over i punkt 3.2, handler om trafiksikkerhet og hensynet til liv og helse. Fra det ene tilfellet fra EU-domstolen der vilkårene for hasteunntak ble ansett for oppfylt, dommen *TQ3*, er det vanskelig å trekke noe konkret ut av. Samtidig er kildene som er drøftet sett under ett klare. Koronasituasjonen må kunne sies å være en helt spesiell situasjon, og liv og helse står i sentrum, noe som ikke har vært sentralt i de fleste andre sakene som er drøftet. Anskaffelser handler om økonomi, og i mange av tilfellene som er behandlet, både sakene som er behandlet i KOFA og EU-domstolen, vil konsekvensene også ha innvirkning på økonomi. I koronaens tilfelle vil konsekvensene være dødsfall og nedstenging av samfunnet, som både har store økonomiske konsekvenser, men også psykiske og sosiale. Tilfeller der hensynet til liv og helse faktisk er det mest sentrale, vil begrunne bruk av unntaket.

I mange saker vil det være vanskelig å vurdere om det faktisk er årsakssammenheng mellom faren for liv og helse, og behovet for anskaffelsen. Så lenge det er oppfylt kan koronapandemien anses som en uforutsett omstendighet som begrunner bruk av unntaket.

4 Hvor lenge kan man anvende unntaksreglene på koronasituasjonen?

4.1 Hvor lenge er en omstendighet uforutsett?

Basert på konklusjonen i punkt 3 om at unntaket kan anvendes på koronasituasjonen, oppstår det et naturlig følgespørsmål om hvor lenge unntaket kan påberopes. Koronapandemien har pr. desember 2020 vart i ni måneder. Hvor lenge kan omstendigheter karakteriseres som «uforutsette» etter anskaffelsesforskriften § 5-2 første ledd bokstav c eller noe «oppdragsgiver ikke kunne forutse» etter § 13-3 bokstav e? Spørsmålet er om vilkåret er oppfylt hele perioden, eller om pandemien på et tidspunkt vil gå fra å være «uforutsett[e]» til å ikke lenger omfattes av unntaket.

Det er naturlig, og i samsvar med formålet med reglene, at det trekkes et skille mellom ulike behov som oppstår. På den ene siden er behov for beskyttelsesutstyr, kritisk helsehjelp og midlertidige sykehus som trengs akutt på individnivå. På den andre siden finnes tjenester, forsyninger og arbeidskraft som trengs i nær fremtid, men som ikke omhandler helse og sikkerhet på individnivå.¹⁰³ Dersom hensynet til liv og helse kunne anvendes for alle anskaffelser langt frem i tid, ville ikke hensynet til konkurranse kunne ivaretas. FHI uttalte i september 2020 at det må planlegges for en ny, nasjonal bølge.¹⁰⁴ Dette betyr at det var bevissthet rundt at de samme behovene for anskaffelser som oppsto i akutfasen, kan oppstå igjen.

Hvor lenge unntaksreglene kan anvendes på ulike tilfeller har vært oppe i domstolene. I dommen C-199/85 (Milano) behandlet domstolen en sak om et gjenvinningsanlegg anskaffet av kommunen Milano. Kontrakten ble ikke kunngjort og kommunen påberopte seg hasteanskaffelse på grunn av en ulykke som skjedde i juli 1976. Ifølge generaladvokaten ble kommunen kjent med at det var nødvendig å bygge et gjenvinningsanlegg i september 1978.¹⁰⁵ Da kontrakten ikke ble tildelt før i november 1979, uttaler domstolen at «I det foreliggende tilfælde er der ikke fremført nogen faktisk omstændighed» som kan begrunne at unntaket er anvendt.¹⁰⁶ Domstolen kommenterer også i premiss 14 at unntakene «må fortolkes

¹⁰³ Empting og Kotsonis (2020).

¹⁰⁴ Folkehelseinstituttet (2020b).

¹⁰⁵ Forslag til avgjørelse fra generaladvokat Lenz, sag 199/85, avsnitt 37.

¹⁰⁶ *Milano* [GC] C-199/85, avsnitt 15.

indskrænkende» og at det er kommunen som har bevisbyrden. Weltzien og Lande drøfter dommen i sin artikkel og hevder at dommen gir et inntrykk av en nokså klar omgåelse av direktivet, noe som gjør at fortolkningen av dommen ikke kan overdrives.¹⁰⁷

Ut av dommen kan det likevel utledes at bevisbyrden påligger den «der vil påberåpe sig» unntaksbestemmelsene.¹⁰⁸ Domstolen kommenterer også at bestemmelsen skal tolkes innskrenkende, som henvist til i forrige avsnitt. Dersom det går 1,5 år fra behovet oppstår til kontrakten blir tildelt, er det for lenge. I desember 2020 har pandemien vart i ni måneder. Hensynet til liv og helse vil selvsagt stå sterkere i koronasituasjonen enn hensynet til økonomi i saken mot Italia, men det nærmer seg 1,5 år som kommisjonen har uttalt at er for lang tid å anvende hasteunntaket på. Per dags dato må det kunne kreves av de fleste som driver virksomhet at de har fått en oversikt over hvilke følger koronasituasjonen har for sin bedrift. Det er da ikke snakk om oversikt på detaljnivå, men på et overordnet nivå. Da kan en kreve at oppdragsgivere vil innta forbehold i sine kontrakter som utlyses, som diskutert i saken *Ems* i punkt 3.1 ovenfor. Dette vil også være i samsvar med prinsippet om likebehandling, da alle tilbydere vil ha like forutsetninger for å tilpasse anbudet sitt til oppdraget.

Kapasitetsbehovet vil kunne endre seg raskt i en situasjon som koronasituasjonen, for eksempel ved at antall smittede og innlagte pasienter stadig endrer seg og oppdragsgiver oppdager flere områder det trengs å gjennomføre anskaffelser.¹⁰⁹ Dette er et argument i seg selv for å gi anledning til å anvende hasteunntaket på behov som oppstår senere. Etter andre uforutsette hendelser enn en pandemi vil konsekvensene av hendelsen vise seg raskt. Et eksempel er etter naturkatastrofer, som er vist til i direktivet. Relativt raskt etter katastrofen inntreffer vil man se hvilke konsekvenser naturkatastrofen har, og hvilke anskaffelser som er nødvendige å gjøre som følge av det. Pandemien skiller seg fra dette ved at det over tid har tilkommet andre konsekvenser, som likevel anses å ha årsakssammenheng med utbruddet. Eksempler kan være flere runder med nedstenging av samfunnet, noe som ikke nødvendigvis var en konsekvens som ble forutsett da pandemien inntraff.

I EU-dommen *Finn Frogne*, som er omtalt i punkt 2.2.2, gir domstolen en uttalelse om fortolkningen av artikkel 2 i direktiv 2004/18, som omhandler prinsipper for inngåelse av kontrakter. I den forbindelse kommenterer også domstolen artikkel 31 i direktiv 2004/18¹¹⁰ og

¹⁰⁷ Weltzien og Lande (2008).

¹⁰⁸ *Milano* [GC] C-199/85, avsnitt 14.

¹⁰⁹ Helsedirektoratet (2020).

¹¹⁰ Som tilsvarer artikkel 32 i dagens direktiv.

sier at de tilfellene der en kontrakt, som på forhånd kan anses for å ha en usikker karakter, gjør det mulig for oppdragsgiver å forutse risikoen for at det kan oppstå vanskeligheter på gjennomføringsstadiet. Domstolen sier at det i disse tilfellene ikke bare påhviler oppdragsgiver å anvende riktig prosedyre, men «også at definere kontraktens genstand med omhu».¹¹¹ Dette setter krav til oppdragsgiver både med tanke på prosedyrevalg og innholdet i kontrakten, herunder å identifisere hvilke problemer som kan oppstå og definere dette i kontrakten.

Dommen kan tolkes dithen at også kontraktene som ble inngått under pandemien måtte ta høyde for å kunne vare lenge. Med tanke på hvor omfattende man så pandemien ville bli allerede i startfasen, kan det settes krav til at oppdragsgivere tenkte gjennom dette da anskaffelsene skulle inngås. Det kan argumenteres for at oppdragsgivere kunne ta høyde for at pandemien, og dermed behovet for varer og tjenester, ville vare lenge. Kravet til hvor lenge man kan anvende unntaket på koronasituasjonen vil da skjerpes, da det vil være en del av vurderingen hvorvidt om oppdragsgiverne burde tatt høyde for pandemiens varighet ved inngåelse av kontraktene, og dermed tatt høyde for dette i kontrakten.

KOFA har også behandlet en sak som omhandler endring i kapasitet gjennom anskaffelsesprosessen. Saken omhandler anskaffelse av et UV-anlegg. Innklagede tok kontakt med flere leverandører på et tidspunkt, før kapasitetsbehovet endret seg og det ble på bakgrunn av denne endringen, gjennomført en direkte anskaffelse fra en av tilbyderne. Da det var forhold hos innklagede som gjorde at de gjennomførte den direkte anskaffelsen, mener KOFA at det ikke møter kravet om en uforutsett omstendighet etter forskriften.¹¹² Dette betyr at det stilles krav til at anskaffelsen er nøye planlagt og at man ikke kan ta snarveier dersom det dukker opp en endring i behov gjennom tiden konkurransen gjennomføres. Dersom det ikke ble gjort, ville det også stride mot prinsippet om konkurranse. Grunnen til det er at behovet som er grunnlaget for prosessen har endret seg og enkelte leverandører kan ha valgt å ikke inngi tilbud på bakgrunn av informasjonen som først forelå. Her må det likevel bemerkes at liv og helse ikke var et relevant hensyn i saken om UV-anlegg, noe det vil være i anskaffelser som har koronasituasjonen som uforutsett omstendighet.

Ut av disse to avgjørelsene kan det trekkes at det stilles strenge krav til planleggingsfasen før anbudskonkurransen settes i gang. Det som kjennetegner en hastesituasjon er at det er lite tid

¹¹¹ *Finn Frogne* [C3] C-549/14, avsnitt 36.

¹¹² KOFA 2006/105 premiss 37-39.

å bruke, men det står seg klart som et krav til oppdragsgiver at det skal tas med i vurderingen om behovet og situasjonen kan forandre seg. Dersom det følges, ivaretas også prinsippet om likebehandling og forutberegnelighet, da det gjør at tilbydere vet hva som forventes av de. Når det gjelder pandemien har behovene endret seg, og det kan argumenteres både for og mot at anskaffelser gjort etter akutfasen skal omfattes. Et argument mot at disse kontraktene skal omfattes av unntaksreglene er at behovet ikke oppsto umiddelbart, og at det derfor ikke omfattes av ordlyden i direktivet og anskaffelsesforskriften. Et argument for at disse kontraktene skal omfattes er at behovet for å gjøre anskaffelsen har årsakssammenheng med pandemiutbruddet, og at det derfor er grunnlag for å anvende unntaksbestemmelsene.

I Norge er et aktuelt tema appen Smittestopp som FHI lanserte 16. april 2020.¹¹³ Appen ble lansert i april, noe som vil si måneden etter at WHO erklærte situasjonen for en pandemi, men ca. to måneder etter at viruset ble allment kjent i Norge. EU-domstolen har uttalt at når det er tid til å bruke forkortet frist, kan man ikke anvende hasteprosedyre.¹¹⁴ Spørsmålet er om det i dette tilfellet var tid til å anvende en annen prosedyre enn hasteprosedyre. Anskaffelsen av appen er klaget inn til KOFA.¹¹⁵

Saken har vært omtalt i media og Marianne Dragsten, medlem i KOFA, har uttalt at hun mener at Helsedirektoratet hadde adgang til å inngå kontrakt direkte om appen.¹¹⁶

Folkehelseinstituttet anvendte altså hasteprosedyre for å gjennomføre anskaffelsen. Formålet med unntaket er å gi oppdragsgivere anledning til å foreta anskaffelser der akutte krisesituasjoner gjør at tidsfristene ikke er tilstrekkelig, og innebærer at oppdragsgiver må avholde konkurranse om kontrakten så fort som mulig.¹¹⁷ Formålet med appen er blant annet å analysere hvordan tiltakene myndighetene har satt i gang virker.¹¹⁸ Samtidig er det en forutsetning at appen må være raskt på plass for at den skal virke etter sin hensikt.¹¹⁹ Europakommisjonen inkluderer “all the technical equipment” i sin opplisting over hva som kan berettige bruk av unntaket i koronasituasjonen.¹²⁰

Et argument er at det i alle tilfeller skal gjennomføres anbudskonkurranse av hensyn til prinsippet om konkurranse og likebehandling. Det er derfor naturlig å drøfte spørsmålet om

¹¹³ Folkehelseinstituttet (2020c).

¹¹⁴ *Kommissionen mod Tyskland* [C5] C-126/03 avsnitt 22 og 23.

¹¹⁵ KOFA 2020/313.

¹¹⁶ Hovland (2020).

¹¹⁷ NOU 2014:4 side 112.

¹¹⁸ Folkehelseinstituttet (2020c).

¹¹⁹ Hovland (2020).

¹²⁰ European Commission (2020).

hvor lenge noe er uforutsett, og i forlengelsen av det, hvor lenge man kan anvende reglene om hasteanskaffelser. På et punkt må det gå fra å være en uforutsett hendelse som begrunner bruk av unntaket, til en situasjon der det kan forventes at man følger forskriften og direktivets prosedyre.

Når det gjelder Smittestopp var formålet å kartlegge hvordan smitten sprer seg, for å kunne sette inn tiltak som stoppet smitten raskt.¹²¹ Formålet må sies å være begrunnet i hensynet til liv og helse, som vil være et argument for å godta at appen ble anskaffet ved hjelp av hasteanskaffelse. Det kan nevnes at appen er blitt stoppet av personvern hensyn, men ikke begrunnet i at anskaffelsen var ulovlig.¹²²

Det må skilles mellom behovet for anskaffelser som oppsto umiddelbart, og de behovene som oppstår noe senere i tid. Dersom man skal argumentere for at unntaket skal kunne anvendes på tilfeller som ikke oppsto umiddelbart da pandemien traff verden, må en tolke lovteksten noe utvidende. Unntaket skal kun anvendes for å «cover the gap until more stable solutions can be found», altså kun frem til andre løsninger kan anvendes, for eksempel «accelerated procedures», også i koronasituasjonen.¹²³ Samtidig er tilfellet her så spesielt at kravene kan anses oppnådd dersom det finnes objektive grunner for lengre kontrakter eller mulighet for innkjøp som dekker noe mer enn det akutte behovet.¹²⁴ Likevel er det viktig å understreke at meningen er at kontrakter inngått etter hasteprosedyre kun skal brukes til å dekke oppdragsgivers behov i en overgangsperiode.¹²⁵ Dersom det strekkes lenger enn det vil ikke prinsippet om konkurranse være ivaretatt.

KOFA 2013/16, omtalt som *Eimskip*, omhandler lekkasje i en oljetank etter at et skip har grunnstøtt. Anskaffelsen som er klaget inn som ulovlig gjelder avfallshåndteringstjenester. Nemnda har delt opp avgjørelsen etter anskaffelser som skjedde i akutfasen, og anskaffelser som skjedde etter akutfasen. I premiss 85 vises det til generaladvokatens innstilling til sak C-252/03 (Kommissjonen mot Italia), der det blir uttalt at

"udbrud af skovbrande om sommeren er et regelmæssigt og tilbagevendende fænomen i hele Sydeuropa; brandene kan således forudses, og ethvert tvingende behov for erhvervelse af midler til deres bekæmpelse skyldes de italienske myndigheder". Selv om slike

¹²¹ Folkehelseinstituttet (2020c).

¹²² Folkehelseinstituttet (2020d).

¹²³ European Commission (2020).

¹²⁴ Kotsonis (2020) side 203.

¹²⁵ Nærings- og fiskeridepartementet (2020) avsnitt 11.

"regelmæssige, sæsonprægede hændelser ikke kan anses for uforudseelige begivenheder", ble det uttalt at "selv sådanne hændelser i nogle år kan være af en sådan usædvanlig styrke eller omfang, at det er berettiget at anse disse for uforudseelige".

Nemnda konkluderer med at utslippene er en uforutsett omstendighet basert på statistikk som er fremlagt av partene.¹²⁶ Statistikken viser at det jevnt skjer ulykker som denne, men at få ulykker har ført til slike aksjoner som etter Eimskip. I generaladvokatens innstilling vises det til at noen begivenheter er av en usedvanlig styrke eller omfang, at det berettiger å anse disse som uforutsette, noe som kan anvendes på dette tilfellet.

Klagenemnda går så videre for å vurdere anskaffelsene som er gjort etter akuttfasen er over, som ikke er av interesse for vurderingen her. Konklusjonen ble at, i forlengelsen av at anskaffelsene skjedde som følge av en uforutsett omstendighet, ingen av anskaffelsene var ulovlig direkte anskaffelser. Det kan likevel stilles spørsmål ved at KOFA mener at resten av anskaffelsene er å anse som en form for fortsettelse på de akutte kontraktene, og at det ikke er naturlig å skille ut arbeidet og lage nye kontrakter på disse. I tilfellene som er behandlet her vil det være naturlig å skille kontraktene på grunn av nærhet i tid og sted, og med tanke på konsekvensene av å ikke anse kontraktene som en naturlig fortsettelse av de akutte kontraktene. Likevel kan dette anses som en utvidende tolkning av bestemmelsen, noe som gjør at det må understrekes at det ikke er hovedregelen å anvende unntaksreglene på denne type kontrakt.

Resonnementet har overføringsverdi til koronasituasjonen. Da pandemien brøt ut oppsto det for mange oppdragsgivere akutte behov for å anskaffe ulike varer og tjenester. Pandemien har i skrivende stund vart i mange måneder, og behovet for anskaffelser har vedvart. Kan kontraktene som er aktive i dag anses som en naturlig fortsettelse av de akutte kontraktene? Det understrekes at det omhandler et unntak, men samtidig er det i dette tilfellet liv og helse som er begrunnelsen for å anvende unntaket. I *Eimskip* er det økonomiske hensyn og hensyn til miljø som er de sentrale, som også er viktige hensyn å ivareta. Likevel er det liv og helse som er fremhevet mest, og det kan være naturlig å trekke frem KOFA 2013/16 som et argument for at kontrakter som har fortsatt langt inn i pandemien, etter en akuttkontrakt ved pandemiens utbrudd, ikke er å anse som ulovlig direkte anskaffelser.

¹²⁶ KOFA 2013/16 premiss 89.

4.2 Oppsummering

Det finnes ikke kilder som sier spesifikt hvor lenge unntaksreglene kan anvendes på koronasituasjonen, noe som gjør det vanskelig å gi en entydig konklusjon. Kildene som omtaler unntaksreglene, kan likevel gi en anvisning på hvor lenge man kan anvende unntaksreglene på koronasituasjonen. Pandemien har nå vart så lenge at det ikke vil anses som uforutsett på kontrakter som nå skal inngås. Det ville stride mot prinsippet om konkurranse, som er redegjort for over i punkt 2.1.2. På dette tidspunkt forventes det at oppdragsgivere og samfunnet har nok informasjon om situasjonen, til at de kan inngå kontrakter på ordinær måte. Dette har først og fremst grunnlag i formålene som er plassert i fortalen i direktivet, der det i premiss 80 understrekes at omstendighetene skal gjøre det «umulig av gjennomføre en almindelig procedure». Med informasjonen som nå foreligger er det ikke lenger umulig, noe det lenge var mulig å argumentere for. Poenget understrekes av eksempelet i fortalen, som er tilfeller «hvor naturkatastrofer kræver øjeblikkelig handling». Det er ikke forholdsmessig å strekke denne perioden lenger. En dato for når unntaksreglene ikke lenger kan anvendes er vanskelig å anslå fordi det vil variere fra anbudsprosess til anbudsprosess. Dersom man ser på saken *Eimskip* og uttalelsene som er hentet fra generaladvokatens innstilling, kan en løsning være at de kontrakter som faktisk er en reell fortsettelse på kontraktene som dekket det akutte behovet, er lovlige. Kontraktene som blir inngått som selvstendige kontrakter etter akutfasen er over, kan ikke anses som å være dekket av unntaksreglene. I koronasituasjonen vil det variere med tanke på hvilket behov som gjelder og hvor i verden behovet oppstår. Det kan likevel være fornuftig å vurdere akuttsituasjonen til å være over noen måneder etter koronasituasjonen ble erklært som en pandemi av WHO.

5 Var regelverket egnet til å håndtere koronasituasjonen?

Etter de foregående drøftelsene vil det nå vurderes om regelverket var egnet til å håndtere koronasituasjonen i en de lege ferenda-vurdering.

Rettsstilstanden er harmonisert og rettskildene gir løsninger som i hovedsak ikke strider mot hverandre. I utgangspunktet vil det tilsi at det skal være enkelt å anvende reglene på nye tilfeller som oppstår, for eksempel koronasituasjonen. Både Europakommisjonen og Nærings- og fiskeridepartementet har vært tidlig ute med veiledere til reglene, for å gjøre situasjonen enklere for de som driver med offentlige anskaffelser. Veilederne gir oppdragsgivere hjelp til å tolke regelverket. Det som derimot har vist seg i denne oppgaven er at regelverket ikke har vært klart nok til at det ikke oppstår usikkerhet. Å sammenlikne koronapandemien med en annen konkret hendelse er vanskelig, men det er uansett klart at det har oppstått spørsmål og behov som ikke er dekket. Når regelverket ikke er konkret nok, oppstår det utfordringer. Metoden i EU-retten gjør at hvert land skal tilpasse regelverket til seg selv, sammen med inkorporeringen av for eksempel anskaffelsesdirektivet. Dette gir en utfordring fordi det forutsetter at direktivet gir klare regler som gir sammenheng. Dersom det ikke er på plass, vil det være utfordrende for medlemsstatene og EØS-landene å utforme gode og konkrete regelverk. Når det fremstår som at direktivet ikke er konkret nok, vil det være vanskelig å si at regelverket var egnet. Samtidig er det meningen at det skal være rom for tolkning, nettopp for å kunne anvende reglene når nye tilfeller oppstår. Da gjelder det å se på formålet med reglene og hvilket tolkningsrom som er gitt.

C-6/05 (Medipac) omhandler anskaffelse av suturmateriale til et sykehus i Hellas. Saken omhandler ikke unntaksbestemmelsen som er tema her, men illustrerer et annet poeng som er overførbart til koronasituasjonen fordi det omhandler medisinsk utstyr og beskyttelse av folkehelsen. Domstolen kom frem til at sykehuset midlertidig kunne fravike prinsippet om «varernes frie bevægelighet», dersom sykehuset kunne bevise at det forelå et nødstilfelle.¹²⁷ Fritt varebytte er et av formålene i EØS-avtalen og følgelig et grunnprinsipp i EU/EØS-retten, noe som tilsier at det skal sterke grunner til for å fravike prinsippet.¹²⁸ Grunnlaget for fravikelsen i saken var beskyttelse av folkehelsen, noe som er overførbart til

¹²⁷ *Medipac* [C5] C-6/05, avsnitt 61.

¹²⁸ EØS-avtalen art. 1 nr. 2 bokstav a, jf. nr. 1.

koronasituasjonen. Dersom hensyn til folkehelsen kan begrunne unntak fra et grunnprinsipp i EU-retten, må hensyn til folkehelsen også kunne begrunne bruk av et unntak som faktisk er tatt inn i direktivet. Det problematiske her er at det er for lite konkretisert at det er mulig å fravike de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesretten. *Medipac* viser at det finnes muligheter til å fravike de grunnleggende prinsippene, som er omtalt i punkt 2.1.2, dersom disse vurderes opp mot hensynet til liv og helse.

I direktivets premiss 50 fremkommer det at på grunn av de negative konsekvensene som følger av en konkurranse uten forutgående kunngjøring, bør det bare anvendes under «helt ekstraordinære omstendigheter». Formålet med anskaffelsesdirektivet er å ivareta hensynet til konkurranse og likebehandling. Pandemien har krevd mange liv, og slik det ser ut i desember 2020 vil pandemien fortsette å spre seg og kreve flere liv. Samlet sett må det sies å kunne være ekstraordinære omstendigheter, som det også er konkludert med over i punkt 3.2. Dersom det finnes gode grunner til å vike fra prinsippene om konkurranse og likebehandling, vil det være i tilfeller der liv og helse er alvorlig truet, noe som helt klart er gjeldende her. Et klart skille må gå mellom anskaffelser som faktisk direkte ivaretar hensynet til liv og helse, og de anskaffelsene som gjør det indirekte eller langt ut i en kjede av sammenhenger. De anskaffelsene som omfattes av det første tilfellet berettiger unntak fra prosedyrene, men de som faller inn under det andre tilfellet, vil det ikke være like opplagt. Der må det gjøres en nærmere vurdering av om prinsippet om konkurranse og likebehandling skal vike. I tilfellene som indirekte ivaretar hensynet til liv og helse skal det ikke automatisk gjøres unntak, men det må finnes et rom der man veier fordeler og ulemper opp mot hverandre.

Det synes klart at anskaffelsesregelverket ikke har vært ideelt, og for lite konkret til å håndtere pandemien på en god måte. Samtidig kan kildene tolkes til at det er mulig å gjennomføre unntakene, men det at regelverket er for lite konkret skaper unødvendig usikkerhet. Med kunnskapen EU skal besitte, kan det argumenteres for at de kunne tatt høyde for at en pandemi skulle oppstå.

Et spørsmål som reiser seg, er om det er behov for mer klarhet i lovgivningen. Drøftelsen til nå har vist at dersom man tolker kildene med mål om å kunne omfattes av reglene, vil man finne argumenter for at koronasituasjonen omfattes av regelverket. Samtidig ville ikke dette spørsmålet vært like aktuelt dersom regelverket var så klart at det ikke var rom for å tolke. Regelverket vil miste sitt dynamiske preg dersom det ikke er rom for tolkning, men i akkurat dette tilfellet, der liv og helse er formålet, kan det argumenteres for at det er behov for klarere

regler. Det ville også ivaretatt hensynet til forutberegnelighet om pandemi var nevnt eksplisitt. På den andre siden kan det argumenteres for at når formålet med anskaffelsen uansett er liv og helse, vil det ikke være noe problem å tolke reglene dithen at anskaffelsene omfattes av unntaket. Dersom en skal sette seg inn i utfordringene en oppdragsgiver har, er det naturlig å tenke seg at en er redd for å gjøre feil som får økonomiske konsekvenser. For oppdragsgiver vil det være en fordel å slippe unna en del av de vanskelige vurderingene når det gjelder å gjøre anskaffelser som faktisk har hensynet til liv og helse som formål. For økonomien og de som trenger tjenestene og varene som anskaffes, vil det være negativt dersom anskaffelsesprosessene er vanskelige å gjennomføre. I koronasituasjonen har vi sett at de største aktørene, som land, direktorater og stater har måttet gjøre en stor jobb. Det er viktig å tenke på at det også omfatter alle de små aktørene, som frivillige foreninger som må opprettholde smittevern, til små butikker med få ansatte, som likevel er pålagt å gjøre store endringer i sine daglige rutiner som har økonomiske konsekvenser. Gjennom pandemien har de aller fleste bedrifter måttet gjøre nye anskaffelser av hensyn til smittevern, og dersom regelverket var klarere ville prinsippet om likebehandling vært ivaretatt. De som har størst mulighet til å vurdere de juridiske konsekvensene vil komme best ut av dette. Det er ikke alle som har rom til dette. For disse ville det være enklere om reglene var klare fra start, slik at de enkelt kunne orientere seg i hvordan de skal tilpasse seg situasjonen. Tiltakene som kommer fra myndighetene vil endre seg i takt med smittespredning, noe som ikke kan planlegges for, men dersom oppdragsgiverne visste hvilket handlingsrom de hadde hatt hele tiden, ville det trolig være en bekymring mindre.

Formålene i konkurranseretten er først og fremst hensyn til konkurranse og likebehandling.¹²⁹ I koronasituasjonen blir disse hensynene satt opp mot hensynet til liv og helse. Det kan virke ufølsomt å vurdere disse opp mot hverandre, men regelverket er laget på bakgrunn av prinsipper for EUs indre marked, noe som er viktig for vår økonomi. I koronapandemiens tilfelle ser man at hensynet til liv og helse er så tydelig at det må kunne måles med formålene i konkurranseretten. Likevel er det vanskelig å utforme regler som både skal ivareta hensyn til liv og helse, og samtidig hensynta de tilfellene der konkurransemessige hensyn gjør at det ikke er riktig å foreta hasteanskaffelser. I mange tilfeller vil disse gå over i hverandre. Det kan være en løsning å dele opp reglene, og gi en mer liberal løsning i de tilfellene der liv og helse står i fare enn de som foreligger nå. Dersom en faktisk kan bevise at liv og helse står i fare må det være rom for å gjøre raske anskaffelser, uten at oppdragsgiver skal være redd for å gjøre

¹²⁹ Se mer om disse i punkt 2.1.2.

feil. I tilfellene der økonomiske interesser står i fare, vil dagens regelverk ivareta formålene og være mulig å anvende.

Kildene sett under ett viser at anskaffelsesregelverket er egnet til å håndtere en krise som koronasituasjonen, men at det finnes forbedringspotensiale med tanke på hvor anvendelig det er for oppdragsgivere, herunder konkretisering og klarhet. Direktivet gir handlingsrom, men direktivet inneholder ikke alle nødvendige verktøy for å løse utfordringene som oppstår.¹³⁰ Regelverket var egnet til å håndtere koronasituasjonen til en viss grad, men det har vist seg et behov for en oppdatering og klargjøring av reglene.¹³¹

¹³⁰ Kotsonis (2020) side 210.

¹³¹ Kotsonis (2020) side 212.

6 Litteraturliste

6.1 Litteratur

- Arrowsmith (2014) Arrowsmith, Sue, The law of public and utilities procurement, volume 1, 3. Utgave, Sweet & Maxwell, 2014
- Ballari (2020) Ballari, Aslak «Slik håndterte Sykehusinnkjøp covid-19-henvendelsene», Sykehusinnkjøp, 16.07.20
<https://sykehusinnkjop.no/nyheter/slik-handterte-sykehusinnkjop-covid-19-henvendelsene> (Sist besøkt 4.12.20)
- Det norske akademis ordbok «Uforutsett», <https://naob.no/ordbok/ufurutsett> (Sist besøkt 9.11.20)
- Dragsten (2013) Dragsten, Marianne, Offentlige anskaffelser, Regelverk, praksis og løsninger, Universitetsforlaget, 2013
- Dragsten (2020) Dragsten, Marianne, Anskaffelsesloven med forskrift, kommentarutgave, Juridika.no, 2020 (lest 10.11.20)

- Empting og Kotsonis (2020) Empting, Anke og Totis Kotsonis, «Public procurement parameters shift with Covid-19 pandemic», Pinsent Masons, 08.04.20
<https://www.pinsentmasons.com/out-law/analysis/public-procurement-covid-19-pandemic> (Sist besøkt 4.12.20)
- European Commission (2020) European Commission, *Communication from the Commission, Guidance from the European Commission on using the public procurement framework in the emergency situation related to the COVID-19 crisis*, 01.04.20
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401\(05\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0401(05)&from=EN) (Sist besøkt 4.12.20)
- Folkehelseinstituttet (2020a) Folkehelseinstituttet, Ukerapport: 12 2020 (13.3-19.3), 21.03.20
<https://www.fhi.no/contentassets/8a971e7b0a3c4a06bdbf381ab52e6157/vedlegg/forste-halvar-2020/2020-03-21-ukerapport-covid-19.pdf> (Sist besøkt 4.12.20)
- Folkehelseinstituttet (2020b) Folkehelseinstituttet, «Fortsatt høy risiko for lokal spredning av covid-19», 11.09.20
<https://www.fhi.no/nyheter/2020/fortsatt-hoy-risiko-for-lokal-spredning-av-covid-19/> (Sist besøkt 4.12.20)

- Folkehelseinstituttet (2020c) Folkehelseinstituttet, «Smittestopp, ny app fra Folkehelseinstituttet», 16.04.20
<https://www.fhi.no/nyheter/2020/ny-app-fra-folkehelseinstituttet/> (Sist besøkt 4.12.20)
- Folkehelseinstituttet (2020d) Folkehelseinstituttet 2020c, FHI stopper all innsamling av data i Smittestopp, 15.06.20,
<https://www.fhi.no/nyheter/2020/fhi-stopper-all-innsamling-av-data-i-smittestopp/> (Sist besøkt 4.12.20)
- Fredriksen og Mathisen (2018) Fredriksen, Hallvard Haukeland og Gjermund Mathisen, EØS-rett, 3. utgave, Fagbokforlaget, 2018
- Goller mfl. (2017) Goller, Morten mfl., Anskaffelsesrett i et nøtteskall, 2. utgave Gyldendal forlag, 2017
- Helsedirektoratet (2020) Helsedirektoratet, «Covid-19 – antall innlagte pasienter på sykehus», 08.12.20
<https://www.helsedirektoratet.no/statistikk/antall-innlagte-pasienter-pa-sykehus-med-pavist-covid-19> (Sist besøkt 08.12.20)
- Hovland (2020) Hovland, Lennart, «Smittestopp-appen klaget inn for Kofa – Kofa-medlem med støtte til innklagede», Anbud365, 22.04.20
<https://www.anbud365.no/bransjer/helse-omsorg/smittestopp-appen-klaget-inn-for-kofa-kofa-medlem-med-stotte-til-innklagede/> (Sist besøkt 4.12.20)

- Kotsonis (2020) Kotsonis, Totis 2020 Public Procurement Law Review. 2020, 4, 199-212, side 204. «EU Procurement legislation in the time of COVID-19: fit for purpose?», 2020
- Nærings- og fiskeridepartementet (u.å.) «Offentlige anskaffelser»
<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/id2511781/>
«Sist besøkt 25.11.20)
- Nærings- og fiskeridepartementet (2017) Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, 2017
<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id2581234/> (Sist besøkt 4.12.20)
- Nærings- og fiskeridepartementet (2020) «Covid-19-utbruddet og anskaffelsesregelverket», 23.04.20
<https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/covid-19-utbruddet-og-anskaffelsesregelverket/id2693720/> (Sist besøkt 4.12.20)
- Sejersted m.fl. (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyen, og Olav Kolstad, EØS-rett, 3. utgave, Universitetsforlaget 2011

- Thue og Buan m.fl. (2018) Thue, Anders, Anne Buan, Sofia Lazaridis, Kristine Røed Brun, Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer, Anders Thue, Anne Buan mfl., 2. utgave, Gyldendal, 2018
- Thue og Søyland (2020) Thue, Anders og Mona Søyland, *Norsk lovkommentar; Forskrift om offentlige anskaffelser*, note 84, Rettsdata.no (lest 07.10.20)
- Trygstad (2017) Trygstad, Kristian Jåtog, Tildeling av offentlige kontrakter, 2. utgave, Gyldendal, 2017
- Weltzien og Lande (2008) Weltzien, Kurt og Henrik Lande, «Når anskaffelsen haster. Nærmere om «umulighetsterskelen» over og under EØS-terskelverdiene», Lov og rett 05-06/2008 (Volum 47).
- WHO 2020 WHO Director-Generals' opening remarks at the media briefing on COVID-19, 11.03.20
<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020> (Sist besøkt 9.12.20)

6.2 Andre internasjonale kilder

Internasjonale rettskilder

EØS-avtalen	Lov om gjennomføring i norsk rett av hovedavtalen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS).
Direktiv 2014/24/EU	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF, EØS-relevant tekst.
Direktiv 2004/18/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

EU-praksis

Dom av 10. mars 1987 [GC], *Milano*, C-199/85, EU:C:1987:115.

Dom av 3. mai 1994, [GC], *Farmaindustria*, C-328/92, EU:C:1994:178.

Dom av 28. mars 1996, [C5], *Ems*, C-318/94, EU:C:1996:149.

Dom av 17. september 1998, [C5] *Kommissionen mod Kongeriget Beligen*, C-323/96, EU:C:1998:411.

Dom av 10. april 2003, [C5] *Kommissionen mod Tyskland*, C-20/01, EU:C:2003:220.

Dom av 14. september 2004 [C5], *Magistrato*, C-385/02, EU:C:2004:522.

Dom av 18. november 2004 [C5], *Kommissionen mod Tyskland*, C-126/03, EU:C:2004:728.

Dom av 2. juni 2005, [C5], *Megalopolis*, C-394/02, EU:C:2005:336.

Dom av 6. juli 2005, [C3], *TQ3*, T-148/04, EU:T:2005:274.

Dom av 14. juni 2007 [C5], *Medipac*, C-6/05, EU:C:2007:337.

Dom av 7. september 2016 [C3], *Finn Frogne*, C-549/14, EU:C:2016:634.

Generaladvokatens uttalelse

Fremsatt 13. januar 1987, Generaladvokat Lenz, Sak 199/85, EU:C:1987:1

6.3 Andre norske kilder

Norske lover

EØS-loven Lov om gjennomføring i norsk rett av hovedavtalen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS).

Anskaffelsesloven Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser.

Norske forskrifter

Anskaffelsesforskriften Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser

Forskrift om klagenemnda for offentlige anskaffelser Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser

Opphevede forskrifter

Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser

Forskrift 16. juni 2001 nr. 616 om offentlige anskaffelser

Norske forarbeider

NOU 2010:2	Håndhevelse av offentlige anskaffelser
NOU 2014:4	Enklere regler – bedre anskaffelser
NOU 2020:11	Den tredje statsmakt – Domstolene i endring
Prop. L. 51 (2015-2016)	Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)
Ot. Prp. Nr. 3 (2000-2001)	Lov om endringer i lov 16. juni 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser
St. Mld. 22 (2018-2019)	Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser

Norske dommer

Rt. 2005 s. 1754	Rt. 2007 s. 983
Rt. 2006 s. 1218	Rt. 2008 s. 1705

Avgjørelser fra KOFA

KOFA 2003/163	KOFA 2011/220
KOFA 2005/68	KOFA 2011/336
KOFA 2006/70	KOFA 2012/20
KOFA 2006/89	KOFA 2013/16
KOFA 2006/105	KOFA 2014/60
KOFA 2008/56	KOFA 2016/39
KOFA 2008/81	KOFA 2018/494
KOFA 2010/221	KOFA 2018/556
KOFA 2010/249	KOFA 2020/313
KOFA 2011/52	KOFA 2020/388

