



Det juridiske fakultet ved Universitetet i Tromsø

## **Offentlige anskaffelser under Covid-19-pandemien**

I hvilken grad opptrådte offentlige aktører innenfor de rettslige skrankene som gjelder ved bruk av anskaffelsesforskriften § 13-3 første ledd bokstav e i anskaffelser for å dekke behov utløst av Covid-19 pandemien?

Leykun Thomassen

Masteroppgave i rettsvitenskap – JUR-3902, V23.

# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>Innledning .....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling.....	1
1.2	Bakgrunn og aktualitet.....	1
1.3	Rettskilder og metode .....	2
1.3.1	EU-retten .....	3
1.3.2	EØS-retten.....	4
1.3.3	Nasjonal rett .....	4
1.3.4	Nasjonal domstols- og forvaltningspraksis .....	5
1.3.5	Juridisk litteratur og etterarbeider .....	6
1.4	Den videre fremstillingen .....	7
<b>2</b>	<b>Grunnleggende prinsipper i anskaffelsesregelverket.....</b>	<b>8</b>
2.1	Generelt .....	8
2.2	Formål og funksjon.....	8
2.3	Forholdsmessighetsprinsippet .....	9
2.4	Konkurransesprinsippet.....	10
2.5	Likebehandlingsprinsippet.....	11
2.6	Gjennomsiktighetsprinsippet .....	12
<b>3</b>	<b>Adgangen til å benytte forkortede frister i anskaffelsesprosesser .....</b>	<b>13</b>
3.1	Generelt .....	13
3.2	Ordinære frister i anskaffelsesprosesser .....	13
3.2.1	Innledning.....	13
3.2.2	Minimumsfrister i anskaffelsesprosesser .....	14
3.3	Forkortede frister i anskaffelsesprosesser.....	15
3.3.1	Innledning.....	15
3.3.2	Når vil det foreligge et hastetilfelle? .....	17
3.3.3	Når vil hastetilfellet gjøre det umulig å overholde de ordinære fristene? .....	20

3.3.4	Var bruk av forkortede frister aktuelt under Covid-19-pandemien?.....	22
<b>4</b>	<b>Konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring og anskaffelser uten konkurranse.....</b>	<b>23</b>
4.1	Generelt .....	23
4.2	Konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring .....	25
4.2.1	Innledning.....	25
4.2.2	Hvilke forhold berettiger oppdragsgiveren til bruk av hasteprosedyren? .....	26
4.2.3	Hvilke forhold vil oppdragsgiveren ikke kunne forutse?.....	28
4.2.4	Når vil det være umulig for oppdragsgiveren å overholde forskriftens øvrige frister? .....	37
4.2.5	Hvilket omfang kan en kontrakt inngått etter hasteprosedyren ha? .....	43
4.3	Anskaffelser uten konkurranse .....	49
4.3.1	Innledning.....	49
4.3.2	Når vil det for oppdragsgiveren være umulig å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter forskriftens § 13-3? .....	50
<b>5</b>	<b>Avslutning .....</b>	<b>55</b>
<b>6</b>	<b>Kildeliste.....</b>	<b>56</b>

# 1 Innledning

---

## 1.1 Tema og problemstilling

Offentlig sektor benytter årlig om lag 650 milliarder kroner på anskaffelse av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider fra private aktører.<sup>1</sup> Innkjøpene dekker alt fra skoler, veinett og sykebiler til hviskelær, munnbind og håndsprit. I motsetning til private, har offentlige aktører ikke det samme incentivet til å opptre økonomisk rasjonelt i anskaffelsesprosessen idet anskaffelsen "skjer" ved bruk av fellesskapets midler.<sup>2</sup> For å sikre at offentlige aktører likevel forvalter ressursene på en mest mulig effektiv måte, angir anskaffelsesregelverket detaljerte prosedyreregler for hvordan prosessen skal skride frem. Grunnleggende prinsipper om likebehandling og konkurranse skal, ved å kreve at anskaffelsesbehovet kunngjøres offentlig og at de avholdes konkurranse om hvem kontrakten skal tildeles, realisere denne målsetningen.

Temaet for avhandlingen er hvordan anskaffelsesbehov utløst av ekstraordinære begivenheter kan dekkes hurtigere enn det alminnelige anskaffelsesprosedyrer tillater. Flyktningkrisen i 2015 og Covid-19-pandemien i 2020 er illustrerende for når slike behov kan oppstå. I denne avhandlingen, rettes søkelyset mot anskaffelsesprosedyren som fritar offentlige aktører fra forutgående kunngjøring av anskaffelsesbehovet etter anskaffelsesforskriften § 13-3 første ledd bokstav e.<sup>3</sup> Også adgangen til å gjennomføre en anskaffelse ved bruk av forkortede frister og adgangen til å unnta anskaffelsen fra både kunngjøring- og konkurranseplikten, vil belyses.<sup>4</sup>

Hovedproblemstillingen er i hvilken grad offentlige aktører opptrådte innenfor de rettslige skrankene som gjelder ved bruk av anskaffelsesforskriften § 13-3 første ledd bokstav e for å dekke behov utløst av Covid-19-pandemien. I kjernen av problemstillingen ligger om pandemien – både dets utbrudd og de ulike smittebølgene – var en begivenhet av en slik karakter at det berettiget oppdragsgiver til å benytte unntaksprosedyren for å dekke de utløste behovene.

## 1.2 Bakgrunn og aktualitet

Temavalget for avhandlingen begrunnes av det jeg oppfatter som et behov for klargjøring av oppdragsgiveres spillerom ved bruk av unntaksprosedyren i ekstraordinære situasjoner.

---

<sup>1</sup> Tall fra statistisk sentralbyrå (SSB), sist oppdatert 8. desember 2022.

<sup>2</sup> Se NOU 2010: 2 punkt 5.2.2 s. 46.

<sup>3</sup> Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).

<sup>4</sup> Anskaffelsesforskriften kapittel 20 og § 13-4 første ledd bokstav a.

Utfordringene som oppstod under Covid-19-pandemien er etter mitt syn illustrerende for viktigheten av at offentlige aktører er forberedt på hvordan unntaksprosedyren kan og skal benyttes. Ved å trekke lærdom av pandemien og hvordan prosedyren ble benyttet, vil offentlige aktører trolig være bedre rustet til å takle liknende situasjoner i fremtiden. Et samfunn preget av økt globalisering, radikaliserings og klimaendringer gjør det etter mitt skjønn nærliggende å tro at situasjoner som nødvendiggjør bruk av prosedyren, i fremtiden vil oppstå.<sup>5</sup>

Anskaffelsesrettens funksjon som pådriver for innovasjon og utvikling i samfunnet tilsier at viktigheten av å fastlegge de rettslige rammene for bruk av prosedyren, som griper inn i regelverkets grunnleggende prinsipper og som kan bidra til ineffektiv ressursutnyttelse, er høy. Klargjøring av oppdragsgivers spillerom fremstår også viktig for å sikre en hensiktsmessig balanse mellom oppdragsgivers behov for hurtige anskaffelser i ekstraordinære situasjoner og ivaretagelse av grunnleggende prinsipper som likebehandling og konkurranse.

### 1.3 Rettskilder og metode

Hovedformålet med avhandlingen er å fastlegge de rettslige skrankene som gjelder ved bruk av anskaffelsesforskriften § 13-3 første ledd bokstav e og hvorvidt offentlige aktører opptrådte innenfor disse under Covid-19-pandemien. Ved fastleggelsen av de rettslige skrankene, tas det utgangspunkt i *rettsdogmatisk metode* der siktemålet er en systematisk fremstilling av hva som kreves for berettiget bruk av prosedyren i anskaffelsesforskriften § 13-3 første ledd bokstav e og hvorvidt bruken som fant sted under pandemien var berettiget.<sup>6</sup>

Anskaffelsesregelverket springer ut av et samspill mellom EU, EØS- og nasjonal rett.<sup>7</sup> Dette får særlig betydning ved at rettskildene i lys av hverandre utgjør det samlede rettskildebildet og at metodelæren på området gis et særpreg. Under dette punktet, vil sentrale rettskilder for avhandlingens problemstilling trekkes frem parallelt med at det knyttes enkelte bemerkninger til metodiske særpreg. Det vil imidlertid føre for langt å redegjøre inngående for detaljene i metodelæren.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Se Innst. 326 S (2016–2017) kapittel 7 s. 12–13 hvor det uttales at "[u]tfordringene med naturhendelser" som følge av de pågående klimaendringene trolig "vil bli større i årene som kommer."

<sup>6</sup> For nærmere om rettsdogmatisk metode, se blant annet Salvesen, Sverre Magnus B. (2021) s. 31, Skoghøy, Jens Edvin A. (2018) s. 25-26 og Mæhle, Synne Sæther og Aarli, Ragna (2017) s. 280.

<sup>7</sup> NOU 2014: 4 punkt 10.1 s. 73.

<sup>8</sup> For en inngående gjennomgang av den nasjonale og EU/EØS-rettslige metodelæren, se Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund (2022), Skoghøy, Jens Edvin A. (2018) og Sejersted, Fredrik mfl. (2011).

### 1.3.1 EU-retten

Det sentrale traktatgrunnlaget for EU-samarbeidet består av Traktaten om Den europeiske union (TEU) og Traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte (TEUV). Traktatene spiller en viktig rolle i Unionen ved at de konstituerer EU-organene og deres kompetanse til å vedta bindende rettsakter samt oppstiller krav om fri bevegelighet av varer i Unionen.<sup>9</sup> Sentralt for hovedproblemstilling står direktiv 2014/24/EU, nærmere bestemt artikkel 32. nr. 2 bokstav c, som blant annet regulerer adgangen til å unnta anskaffelsen fra kunngjøringsplikten.<sup>10</sup> Også dets forløper – direktiv 2004/18/EF – er relevant ved fastleggelsen innholdet i dagens direktiv.<sup>11</sup>

Et særpreg ved EU-retten er at regelverkets mange språkversjoner, som følge av målsetningen om rettslig homogenitet, er likestilt og må sammenholdes der versjonene gir grunnlag for ulike tolkninger.<sup>12</sup> Avhandlingen vil i all hovedsak benytte den danske språkversjonen av direktivet, men dersom ulike språkversjoner gir grunnlag for ulike tolkninger, vil de ulike språkversjonene sammenholdes av hensyn til å sikre et helhetlig bilde.

Anskaffelsesdirektivets fortale – særlig premiss 50, 80 og 109 – står sentralt ved tolkning av artikkel 32 nr. 2 bokstav c ved å angi bakgrunnen til og formålet med direktivbestemmelsen.<sup>13</sup> Fortalen har ikke karakter av å være rettslig bindende, men kan likevel til en viss grad antas å fylle den samme funksjonen som forarbeider gjør i norsk rettskildelære.<sup>14</sup> Fortalens premisser vil i den videre behandlingen benyttes der disse kan bidra ved fastleggelsen av det nærmere innholdet i anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 2 bokstav c.

Medlemsstatene har tillagt EU-domstolen omfattende og eksklusiv kompetanse til å avgjøre og utvikle innholdet i EU-retten.<sup>15</sup> Domstolens funksjon som øverste vokter av "lov og rett" medfører at domstolens praksis står sentralt ved fastleggelsen av det nærmere innholdet i anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 2 bokstav c.<sup>16</sup> Av særlig relevans for problemstillingen, står blant annet avgjørelsene C-385/02 [C5] *Magistrato per il Po de Parma* og C-318/94 [C5]

---

<sup>9</sup> TEUV art. 288 og 34.

<sup>10</sup> Direktiv 2014/24/EU (anskaffelsesdirektivet) artikkel 32. nr. 2 bokstav c. Direktivet er for medlemmer av EU-samarbeidet av bindende karakter, jf. TEUV art. 288.

<sup>11</sup> Direktiv 2004/18/EF. Se HR-2022-1964-A *Flage Maskin* premiss 34 hvor dette fastslås eksplisitt.

<sup>12</sup> EØS-avtalen art. 129 tredje ledd og Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund (2022) s. 330–331 med videre henvisning til EU-domstolens avgjørelse C-950/19 [C5] *A v. Finland* premiss 37.

<sup>13</sup> Sejersted, Fredrik mfl. (2011) s. 53.

<sup>14</sup> Se EU-domstolens avgjørelse C-7/11 [C5] *Fabio Caronna* premiss 40 og Sejersted, Fredrik mfl. (2011) s. 53

<sup>15</sup> Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund (2022) s. 186 og Sejersted, Fredrik mfl. (2011) s. 234.

<sup>16</sup> TEU art. 19 nr. 1.

*EMS*.<sup>17</sup> Praksis fra EU-domstolen vil gjennomgående benyttes aktivt for å fastlegge det nærmere innholdet i anskaffelsesdirektivet artikkel 32. nr. 2 bokstav c.

Innstillinger fra EU-domstolens generaladvokater er også relevant ved tolkning av artikkel 32 nr. 2 bokstav c. Begrunnelsen er her at generaladvokatene er gitt i oppgave å foreslå for EU-domstolen hvordan enkeltsaker bør løses, forankre dette i eksisterende praksis og, dersom det ligger naturlig, hinte til hvordan praksis på området kan og bør utvikles.<sup>18</sup> I tillegg utdyper generaladvokatenes innstillinger i langt større grad det rettslige grunnlaget som ligger til grunn for EU-domstolens avgjørelser enn det som kan utledes av domstolens egne premisser.<sup>19</sup> Innstillingene tillegges følgelig ikke rettskildemessig vekt i kraft av å være en selvstendig rettskilde, men på bakgrunn av sin funksjon som kilde til forståelsen av EU-domstolens praksis.<sup>20</sup> Uttalelser fra innstillingene vil i den videre fremstillingen innhentes der dette kan bidra til å fastlegge det nærmere innholdet i anskaffelsesdirektivet artikkel 32. nr. 2 bokstav c.

### 1.3.2 EØS-retten

Tilslutning til EØS-avtalen gir Norge innpass i det indre marked ved å implementere EU-rettsens regler om de fire friheter i norsk lov.<sup>21</sup> Fra et folkerettslig ståsted, innebærer dette at Norge er forpliktet til å sikre at det nasjonale anskaffelsesregelverket er i overensstemmelse med det EU-rettslige regelverket.<sup>22</sup> Bestemmelsene om de fire friheter er opprinnelig barn av EU og skal, som et utslag av homogenitetsmålsetningen, tolkes og praktiseres ensartet med tilsvarende bestemmelser i EU-retten. Praksis fra EU-domstolen vedrørende tolkning av innholdet i, og rekkevidden av, anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 2 bokstav c vil derfor være normerende ved tolkning og praktisering av anskaffelsesforskriften § 13-3 første ledd bokstav e.

### 1.3.3 Nasjonal rett

I nasjonal rett gjennomfører anskaffelsesloven med tilhørende forskrift anskaffelsesdirektivet.<sup>23</sup> Direktivets artikkel 32 nr. 2 bokstav c er gjennomført i anskaffelsesforskriften del III kapittel

---

<sup>17</sup> Avhandlingen benytter forkortelsene C3, C5, C7, C9 for å beskrive EU-domstolens sammensetning i den enkelte sak. Førstnevnte beskriver antall dommere i avdeling mens sistnevnte angir at avgjørelsen er avsagt i storkammer.

<sup>18</sup> TEUV art. 252 nr. 2 og Emberland, Marius (2023) s. 60–61 med videre henvisning til Burrows, Noreen og Greaves, Rosa (2007) s. 5.

<sup>19</sup> Emberland, Marius (2023) s. 61.

<sup>20</sup> Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund (2022) s. 354–355 og Sejersted, Fredrik mfl. (2011) s. 135 og 236.

<sup>21</sup> EØS-loven § 1.

<sup>22</sup> EØS-avtalen art. 7 og anskaffelsesdirektivet art. 1 nr. 1 og art. 4.

<sup>23</sup> Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (Anskaffelsesloven) og anskaffelsesforskriften.

13 som omfatter anskaffelser lik eller over EØS-terskelverdiene.<sup>24</sup> I lys av det alminnelige presumsjonsprinsippet som gjør seg gjeldene i samspillet mellom nasjonal rett og folkeretten, ligger det en presumsjon om at korrekt tolkning av anskaffelsesforskriften § 13-3 første ledd bokstav e er i overenstemmelse med EØS-retten.<sup>25</sup> En slik tolkning samsvarer også med EU-retten som følge av homogenitetsmålsetningen. I den videre fremstillingen, vil det i all hovedsak fokuseres på anskaffelser etter forskriftens del III.

#### 1.3.4 Nasjonal domstols- og forvaltningspraksis

Hovedproblemstillingen er ikke berørt av Høyesterett eller underinstansene. Dette taler for å tillegge EU-domstolens tolkning av artikkel 32 nr. 2 bokstav c særlig vekt ved fastleggelsen av de rettslige skrankene som gjelder for anskaffelsesforskriften § 13-3 første ledd bokstav e.

##### *Særlig om praksis fra Klagenemnd for offentlige anskaffelser*

---

Klagenemnd for offentlige anskaffelser (KOFA) er et statlig og uavhengig organ bestående av jurister med særlig kompetanse innenfor saksfeltet.<sup>26</sup> Klagenemnda er opprettet for å bidra til håndhevelsen av det anskaffelsesrettslige regelverket gjennom sin funksjon som klageinstans. Nemnda er gitt mandat til å avsi rådgivende uttalelser uten bindende virkning for den avgjørelsen retter seg mot, samt ilegge bindende overtredelsesgebyrer på inntil 15% av anskaffelsens verdi ved påstand om ulovlig direkte anskaffelse.<sup>27</sup> Opprettelsen av klagenemnda er trolig en av årsakene til at anskaffelsesrettslige tvister sjelden finner veien til domstolsapparatet.

Klagenemndbehandling er for det første forbundet med vesentlig kortere saksbehandlingstid enn søksmål for ordinære domstoler. Sammenholdt med nemndas sammensetning og klagebehandlingens domstolliknende karakter, representerer nemndsbehandling ofte et rimelig, effektivt og kvalitetsmessig, fullgodt alternativ til ordinær domstolsbehandling. Prosessrisikoen ved å inngi klage for klagenemnda er også betydelig lavere enn ved å anlegge søksmål for ordinære domstoler, herunder ved at klager i en klagebehandling kun bærer risikoen for egne saksomkostninger.<sup>28</sup> Videre er det for forbigåtte leverandører knyttet usikkerhet til hvilke

---

<sup>24</sup> Anskaffelsesforskriften § 5-3 første ledd angir EØS-terskelverdiene. Disse verdiene gir uttrykk for den den nedre beløpsgrense for når anskaffelsen omfattes av anskaffelsesdirektivet og justeres annethvert år i takt med endringer i valutakursen

<sup>25</sup> Presumsjonsprinsippet innebærer at norske rettsregler presumeres å være i samsvar med våre folkerettslige forpliktelser, jf. blant annet HR-2018-456-P (*Nesseby*) premiss 103

<sup>26</sup> Klagenemndforskriften §§ 1 og 5.

<sup>27</sup> *Ibid.* § 1 tredje punktum, § 12 annet ledd første punktum og § 13a fjerde ledd.

<sup>28</sup> Klagenemndforskriften § 13 første punktum.



faktiske omstendigheter oppdragsgiver har lagt til grunn for tildelingen. Dette gjør det utfordrende for leverandører å spå hvordan saken vil forløpe dersom den bringes inn for domstolene uten forutgående klagenemndbehandling. En klagebehandling, som kartlegger de faktiske omstendigheter som ligger til grunn for tildelingen, vil derfor ofte være å foretrekke for begge parter. Endelig er det trolig også av betydning at den potensielle gevinsten av å gis medhold hos domstolene i praksis er liten hensett risikoen som løper for ikke å vinne frem og i stedet bli sittende med både egne og motpartens saksomkostninger.

Praksis fra klagenemnda må i et rettskildemessig perspektiv antas å ha begrenset vekt, særlig dersom det er tale om enkeltstående avgjørelser.<sup>29</sup> Der avgjørelsene gir uttrykk for en fastere praksis, argumentasjonen er særlig overbevisende eller rettskildebildet for øvrig er begrenset, kan det imidlertid være grunn til å tillegge avgjørelsene selvstendig rettskildemessig vekt.<sup>30</sup> I den videre fremstillingen, vil praksis fra klagenemnda benyttes dels til fastlegging av gjeldene rett og dels til å illustrere typetilfeller hvor prosedyren i forskriftens § 13-3 første ledd bokstave har vært benyttet. Fraværet av domstolspraksis åpner trolig for at klagenemndpraksis som behandler bestemmelsen kan tillegges noe større rettskildemessig vekt.

### 1.3.5 Juridisk litteratur og etterarbeider

Juridisk litteratur betraktes som en sekundærkilde kjennetegnet ved at det har et "opphav som ikke i seg selv er rettsnormerende [...]".<sup>31</sup> Tilsvarende betraktninger er lagt til grunn for rundskriv og veiledninger fra forvaltningen som er gitt rettslig merkelapp som etterarbeider.<sup>32</sup> En godt systematisert og velbegrunnet fremstilling kan imidlertid tillegges selvstendig rettskildemessig vekt i kraft av argumentasjonens overbevisningskraft.<sup>33</sup> For avhandlingens hovedproblemstilling, kan det utledes en rekke relevante uttalelser og betraktninger både i litteraturen og veiledere til hvordan anskaffelsesregelverket skal praktiseres.<sup>34</sup> Argumenter fra disse kildene vil i den videre fremstillingen innhentes der disse kan kaste lys over hvordan anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 2 bokstav c og anskaffelsesforskriften §§ 13-3 første ledd bokstav e og 13-4 første ledd bokstav a, skal praktiseres.

---

<sup>29</sup> Trygstad, Kristian Jåtog (2017) s. 30–31.

<sup>30</sup> Ibid. Se også Goller, Morten mfl. (2017) s. 17–19. Se likefullt LB-2014-58107 der lagmannsretten i svært begrenset grad anså seg bundet av uttalelser fra en forholdsvis klar og ensartet klagenemndspraksis.

<sup>31</sup> Skoghøy, Jens Edvin A. (2018) s. 44 og i samme retning Aasland, Gunnar (1999) s. 671.

<sup>32</sup> Skoghøy, Jens Edvin A. (2018) s. 215.

<sup>33</sup> Ibid s. 216.

<sup>34</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) og EU-kommisjonen (2020).

## **1.4 Den videre fremstillingen**

På et overordnet plan deles avhandlingen i tre deler. Avhandlingens punkt 2 utgjør den første hoveddelen og angår de grunnleggende prinsippene som er styrende for det EU/EØS-rettslige og nasjonale anskaffelsesregelverket. Denne delen av avhandlingen er begrunnet i temaets fokus på anskaffelsesprosedyrer som i ulik grad griper inn og fraviker disse grunnprinsippene.

Avhandlingens punkt 3 utgjør den andre hoveddelen og vil rette søkelyset mot ordinære og forkortede frister som gjelder i ulike anskaffelsesprosesser. Under dette punktet, vil det særlig fokuseres på de forkortede fristene ettersom en forutsetning for bruk av de mer inngripende prosedyrene i forskriftens §§ 13-3 og 13-4 er at disse fristene ikke dekker behovet tidsnok.

Avhandlingens punkt 4 utgjør kjernen i avhandlingen og omhandler adgangen til å benytte prosedyrene i forskriftens §§ 13-3 første ledd bokstav e og 13-4 første ledd bokstav a. Kapitlet innledes under punkt 4.1 med en generell del der siktemålet er å kartlegge felles trekk for begge unntaksprosedyrene. Dernest vil unntaksprosedyren oppstilt i anskaffelsesforskriften § 13-3 første ledd bokstav e, og bruken av denne under Covid-19-pandemien, behandles inngående under punkt 4.2.

Endelig vil avhandlingen under punkt 4.3 i korte trekk se nærmere på oppdragsgivers adgang til å gjennomføre anskaffelser uten konkurranse etter anskaffelsesforskriften § 13-4 første ledd bokstav a. Behandlingen av forskriftens § 13-4 første ledd bokstav a er valgt på bakgrunn av dens sterke kontaktflate til forskriftens § 13-3 første ledd bokstav e. Det tas imidlertid ikke sikte på en inngående behandling idet prosedyren trolig i begrenset grad ble benyttet til å dekke anskaffelsesbehov utløst av pandemien.

## 2 Grunnleggende prinsipper i anskaffelsesregelverket

---

### 2.1 Generelt

Temaet under dette punktet er grunnleggende prinsipper som er styrende for det EU/EØS-rettslige og nasjonale anskaffelsesregelverket. Ved å ramme inn verdigrunnet som ligger til grunn for regelverket, tas det sikte på å gi en mer presis forståelse av grunnprinsippenes nærmere innhold og hvordan bruk av unntaksprosedyrene kan gripe inn i disse. Det faller imidlertid utenfor avhandlingens ramme å foreta en inngående og uttømmende behandling av innholdet i, og rekkevidden av, disse grunnprinsippene.

### 2.2 Formål og funksjon

Norges tilslutning til EØS-avtalen pålegger – som nevnt i innledningen – det nasjonale anskaffelsesregelverket å innføre tilsvarende grunnkrav som gjelder i EU/EØS på området for offentlige anskaffelser.<sup>35</sup> Grunnkravene på området for offentlige anskaffelser har dels til formål å sikre fri flyt av varer og tjenester og dels å sikre rettferdig konkurranse i medlemsstatene.<sup>36</sup> For å realisere disse målsetningene, er det i EU-retten utpenslet en rekke grunnleggende prinsipper.<sup>37</sup> Disse grunnprinsippene spiller en mer fremtredende rolle i EU-retten enn det vi er vant til i norsk rett.<sup>38</sup> Av sentrale prinsipper finner vi blant annet prinsippene om likebehandling, ikke-diskriminering, proporsjonalitet, gjensidig anerkjennelse og forholdsmessighet.<sup>39</sup>

Anskaffelsesloven § 4 gjennomfører i nasjonal rett EU-rettens grunnleggende prinsipper. Etter lovens § 2, aktualiseres grunnprinsippene for anskaffelser med kontraktsverdi som overstiger kr. 100 000 ekskl. mva. Lovgiver har imidlertid forutsatt at prinsippene er normgivende også for anskaffelser under denne verdien.<sup>40</sup> Grunnprinsippene utgjør fundamentet for det nasjonale regelverkets detaljerte prosedyreregler og kan i så måte betraktes som selve kjernen i anskaffelsesretten.<sup>41</sup> Prinsippenes funksjon kan i grove trekk deles i to; for det første kan de

---

<sup>35</sup> EØS-loven § 1 og Prop. 51 L (2015–2016) merknader til anskaffelsesloven § 4 s. 81–83.

<sup>36</sup> Se EU-domstolens avgjørelser C-336/12 [C3] *Manova* premiss 28 flg. og C-480/06 [GC] *Kommissionen v. Tyskland*.

<sup>37</sup> Anskaffelsesdirektivets fortale premiss 1 første punktum. Trolig kan prinsippene også utledes direkte fra TEUV-bestemmelsene om fri flyt av varer og tjenester, jf. henvisningen i anskaffelsesdirektivets fortale premiss 1.

<sup>38</sup> Sejersted, Fredrik mfl. (2011) s. 66–67.

<sup>39</sup> Anskaffelsesdirektivets fortale premiss 1 første punktum og art. 18 nr. 1.

<sup>40</sup> Innst. 358 L (2015–2016) s. 16–17.

<sup>41</sup> NOU 2014: 4 punkt 10.1 s. 73 og Prop. 51 L (2015–2016) punkt 7.4 s. 41–42.

tjene som selvstendig grunnlag for stiftelse av rettigheter og plikter.<sup>42</sup> Dette innebærer at etterlevelse av lov- og forskriftsfestede regler ikke er tilstrekkelig for å hindre brudd på regelverket dersom slik etterlevelse innebærer at en opptrer i strid med grunnprinsippene. Illustrerende her er dersom oppdragsgiver avviser én leverandørs forespørsel om deltakelse under henvisning til at forespørselen er inngitt etter fristens utløp, men samtidig velger å la en annen leverandør, som også leverte for sent, delta. Avisning av bare én leverandør vil i utgangspunktet ligge innenfor det innkjøpsfaglige skjønnet som forskriftens § 24-1 annet ledd åpner for, men samtidig bryte med likebehandlingsprinsippet og følgelig også anskaffelsesregelverket.<sup>43</sup> For det andre er grunnprinsippene gitt funksjon som tolkningsfaktor, herunder slik at tvil ved tolkning av enkeltbestemmelser skal søkes løst ved å legge til grunn tolkningsresultatet som støttes av grunnprinsippene.<sup>44</sup>

Anskaffelsesprosedyrer som unntar oppdragsgiver fra kunngjøringsplikten og plikten til å avholde konkurranse griper særlig inn i prinsippene om forholdsmessighet, konkurranse, gjennomsiktighet og likebehandling. På bakgrunn av dette, vil den videre behandlingen rette søkelyset mot de nevnte prinsippenes rettslige innhold og hvordan bruk av unntaksprosedyrene kan gripe inn i deres tiltenkte funksjon.

### **2.3 Forholdsmessighetsprinsippet**

Forholdsmessighetsprinsippet har lenge vært anerkjent i EU-retten og er i anskaffelsesdirektivet viet plass gjennom artikkel 18 nr. 1. Prinsippet har i EØS-retten ved flere anledninger tjent som rettslig grunnlag for tilsidesettelse av nasjonale ordninger.<sup>45</sup> Forholdsmessighetsprinsippet er i nasjonal rett nedfelt i anskaffelsesloven § 4.

Det overordnede formålet til prinsippet er å sikre at anskaffelsesprosessen gjennomføres på en måte som står i forhold til anskaffelsens art og omfang. Prinsippets funksjon er to-delt; for det første skal det regulere gjennomslagskraften til de øvrige grunnprinsippene ved at rettigheter og plikter som kan utledes av disse må tilpasses den enkelte anskaffelsens art, verdi og

---

<sup>42</sup> Ibid. s. 73 og s. 81–82.

<sup>43</sup> Det innkjøpsfaglige skjønnet er ikke uttrykkelig lov- eller forskriftsregulert, men er forutsatt i rettspraksis, jf. blant annet Rt. 2007 s. 1783 A *NIDA* premiss 44 og HR-2022-1964-A *Flage Maskin* premiss 43–46. Noe forenklet innebærer begrepet at oppdragsgiver kan utvise skjønn i vurderingen av hvorvidt en leverandør – basert på tildelingskriteriene – oppfyller kravene og i så måte er egnet til å tildeles kontrakten.

<sup>44</sup> Ibid. Se også LE-2021-113410 der lagmannsretten ga sin tilslutning til standpunktet.

<sup>45</sup> Se EFTA-domstolens avgjørelser i E-4/97 *Den norske bankforeningen* premiss 69–70, E-3/98 *Herbert Rainford-Towning* premiss 34 og E-1/94 *Restamark* premiss 60.

kompleksitet.<sup>46</sup> For det andre skal prinsippet sikre at oppdragsgivers krav til leverandører står i et rimelig forhold til behovet som søkes dekt.<sup>47</sup> Dette innebærer at jo mindre anskaffelsen er med hensyn til kompleksitet og omfang, jo færre detaljkrav til eksempelvis spesifisering av ytelsen kan oppdragsgiver stille. Etterlevelse av prinsippet er også et sentralt virkemiddel for å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser.<sup>48</sup>

For at oppdragsgiver skal gis adgang til å benytte prosedyren i forskriftens § 13-3 første ledd bokstav e, må formålet som søkes oppnådd stå i forhold eller veie tyngre enn ulempene som bruken medfører. Er bruken av prosedyren for eksempel begrunnet i faren for liv og helse, vil forholdsmessighetsprinsippet kunne akseptere bruken til tross for at dette innebærer et inngrep i prinsippene om etterprøvbarehet og forutberegnelighet. Dette er illustrerende for prinsippets funksjon som regulator av de øvrige grunnprinsippenes gjennomslagskraft.

## 2.4 Konkurransesprinsippet

Et generelt konkurranseprinsipp er ikke direktivfestet i EU-retten på området for offentlige anskaffelser. Prinsippet kan heller ikke utledes direkte av EU-domstolens praksis til tross for at dette er foreslått av generaladvokaten.<sup>49</sup> I nasjonal rett er imidlertid prinsippet viet en sentralt plass gjennom anskaffelsesloven § 4.

Prinsippet kan på et overordnet plan betraktes som en rettesnor for anskaffelsesrettens aktører fra planleggingsstadiet og frem til gjennomføringstidspunktet. En konkurranseplikt vil fra et samfunnsøkonomisk perspektiv stimulere til innovasjon og nytenkning blant leverandørene.<sup>50</sup> I tillegg gis leverandørene et incentiv til å holde kostnadsnivået nede ved at de må konkurrere om å inngi det beste tilbudet.<sup>51</sup> Plikten utgjør også et virkemiddel for sikre effektiv ressursutnyttelse og lojal etterlevelse av våre EU/EØS-rettslige forpliktelser om fri flyt av varer og tjenester.<sup>52</sup> Anskaffelser over EØS-terskelverdiene og som i tillegg omfattes av forskriftens del III sikrer konkurranse ved at oppdragsgiver plikter å kunngjøre behovet i TED-databasen.<sup>53</sup>

---

<sup>46</sup> Prop. 51 L (2015–2016) merknader til § anskaffelsesloven 4 s. 82–83.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> Forslag til avgjørelse av Generaladvokat C. Stix-Hackl i C-247/02 *Sintesi* punkt 27 flg.

<sup>50</sup> NOU 1997: 21 kapittel 21 s. 115–116 og Thue, Anders mfl. (2018) s. 57–58.

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Innst. 358 L (2015–2016) s. 6. Se også EØS-avtalen art. 1 og 8.

<sup>53</sup> TED-databasen er EUs database for kunngjøring av offentlige anskaffelser med kontraktsverdi som overstiger EØS-terskelverdiene.

Bruk av prosedyreformen i forskriftens § 13-3 første ledd bokstav e griper inn i prinsippet om konkurranse ved at leverandører – som følge av manglende kunngjøring av anskaffelsesbehovet – fratras muligheten til å melde sin interesse for å delta. Fra et samfunnsøkonomisk perspektiv, vil dette kunne hemme oppdragsgiverens mulighet til å få varer og tjenester av ønsket kvalitet til lavest mulig pris. Ettersom offentlige aktører er en viktig kunde i flere markeder, vil dette også kunne få negative virkninger for den generelle utvikling i næringslivet. Ved at behovet unntas kunngjøringsplikten, vil følgelig den uttalte målsetningene om effektiv ressursallokering og verdiskapning i samfunnet, svekkes.

## 2.5 Likebehandlingsprinsippet

Anskaffelsesdirektivet oppstiller i artikkel 18 nr. 1 et krav om likebehandling. Tilsvarende krav kan også utledes av en rekke avgjørelser fra EU-domstolen.<sup>54</sup> Prinsippet omfatter direkte og indirekte forskjellsbehandling og krever i tillegg at "[...], ensartede forhold ikke må behandles forskjellig, og at forskjellige forhold ikke må behandles ensartet, med mindre en sådan forskjellig behandling er objektivt begrundet".<sup>55</sup> I nasjonal rett er prinsippet nedfelt i anskaffelsesloven § 4 og dekker både EU-rettens forbud mot diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet og forbudet mot annen, usaklig forskjellsbehandling.<sup>56</sup>

Likebehandling er ikke et mål i seg selv, men et virkemiddel for å realisere målsetningen om velfungerende og rettferdige anskaffelsesprosesser.<sup>57</sup> I kjernen av prinsippet ligger at den samme informasjonen skal gjøres kjent for interesserte leverandører, uavhengig av nasjonalitet, slik at de gis den samme muligheten til deltakelse. Et utslag av prinsippet kommer til syne i forskriftens § 12-2 som oppstiller en plikt for oppdragsgiver til å utjevne konkurransefortrinn en leverandør har fått som følge av eksempelvis å ha mottatt råd fra oppdragsgiveren forut for konkurransen.

Anskaffelsesprosedyrer som unntar oppdragsgiver fra kunngjøringsplikten griper inn i likebehandlingsprinsippet ved at leverandører ikke gis den samme muligheten til å melde sin interesse. På denne måten svekkes konkurransen hvilket kan føre til at leverandøren med det

---

<sup>54</sup> Se EU-domstolens avgjørelser C-19/00 [C5] *SIAC* premiss 33 og C-538/13 [C5] *eVigilo* premiss 32–33.

<sup>55</sup> Se EU-domstolens avgjørelser C-237/94 [C5] *O'Flynn* premiss 20, de forente sakene C-21/03 og C-34/03 [C5] *Fabricom* premiss 27 og C-264/18 [C5] *P.M* premiss 28.

<sup>56</sup> NOU 2014: 4 punkt 10.4.1 s.77–78 og Prop. 51 L (2015–2016) punkt 7.2.4 s. 41.

<sup>57</sup> Prop. 51 L (2015-2016) punkt 7.2.4 s. 42. Se også Dragsten, Marianne (2020) Kommentar til anskaffelsesloven § 4.

potensielt beste tilbudet, ikke gis mulighet til å delta. Konsekvensene av dette kan være at offentlige aktører anskaffer varer og tjenester til en høyere pris enn kvaliteten tilsier.

## 2.6 Gjennomsiktighetsprinsippet

Gjennomsiktighetsprinsippet har sine røtter i EU-domstolens praksis og er utviklet i forlengelsen av likebehandlingsprinsippet.<sup>58</sup> Prinsippet er nedfelt i anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 1 og har til hensikt å sikre åpenhet og forutsigbarhet i anskaffelsesprosesser.<sup>59</sup> Prinsippene om etterprøvbarhet og forutberegnelighet i anskaffelsesloven § 4 gjennomfører og presiserer det EU-rettslige gjennomsiktighetsprinsippet.<sup>60</sup> Den nasjonale gjennomføringen er av lovgiver begrunnet i at disse prinsippene ble ansett å være mer dekkende for prinsippets rettslige innholdet enn EU-rettens generelle krav til gjennomsiktighet.<sup>61</sup> I forlengelsen av kravet til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet, er det også innfortolket et krav om åpenhet.<sup>62</sup>

Prinsippene har for øyet å gi leverandører muligheten til å kontrollere at tildelingsprosessen skjer i tråd med forhåndsfastsatte kriterier og regelverket for øvrig. Et utslag av prinsippene kommer til syne blant annet gjennom oppdragsgivers plikt til å protokollføre begrunnelsen som ligger til grunn for bru av prosedyren i forskriftens § 13-3 første ledd bokstav e.<sup>63</sup> Krav om protokollføring fungerer her som en rettssikkerhetsgaranti ved at gjør det mulig å kontrollere om prosessen er gjennomført på en samfunnstjenlig og tillitsvekkende måte.<sup>64</sup>

Manglende kunngjøring av anskaffelsesbehovet griper inn i prinsippene om etterprøvbarhet og forutberegnelighet ved at anskaffelsesprosessen ikke gjøres kjent for allmenheten. Som følge av dette, blir det vanskeligere å kontrollere om prosessen er upartisk og i tråd med regelverket. Liten grad av gjennomsiktighet er også egnet til å svekke aktørene og allmenhetens tillit til at prosessen gjennomføres på en samfunnstjenlig måte. Anskaffelser gjennomført ved bruk av prosedyren i forskriftens § 13-3 første ledd bokstav e kan på denne måten virke hemmende for realisering av grunnprinsippenes tiltenkte funksjon og regelverkets overordnede formål.

---

<sup>58</sup> Se EU-domstolens avgjørelser C-324/98 [C3] *Teleaustria og Telefonadress* premiss 61 og C-91/08 [GC] *Wall* premiss 36.

<sup>59</sup> Se EU-domstolens avgjørelse C-538/13 [C5] *eVigilo* premiss 34.

<sup>60</sup> Prop. 51 L (2015–2016) punkt 7.4.5 s. 45.

<sup>61</sup> Ibid. Se også Thue, Anders mfl. (2018) s. 67. Ulikheten er følgelig utelukkende av pedagogisk karakter.

<sup>62</sup> Dragsten, Marianne (2020) Kommentar til anskaffelsesloven § 4.

<sup>63</sup> Anskaffelsesforskriften § 25-5 første ledd. jf. annet ledd bokstav e. Se også klagenemndas avgjørelse i den rådgivende saken 2020/727 *Olsen Entreprenør* premiss 37.

<sup>64</sup> NOU 2014: 4 punkt 10.4.6 s. 78.

## **3 Adgangen til å benytte forkortede frister i anskaffelsesprosesser**

---

### **3.1 Generelt**

Temaet i dette punktet er hvilke frister som gjelder ved forespørsel om deltakelse og innlevering av tilbud i anbudskonkurranser og konkurranser med forhandling, herunder de ordinære og forkortede. De lovfestede fristene er absolutte i den forstand at oppdragsgiveren ikke kan operere med kortere frister. Oppdragsgiver står imidlertid fritt til å fastsette lengere frister. I enkelte tilfeller vil oppdragsgiveren – på bakgrunn av anskaffelsens art og omfang – også være forpliktet til dette.<sup>65</sup> De oppstilte minimumsfristene har til hensikt å sikre at interesserte leverandører i EU/EØS-området gis mulighet til å delta i konkurransen som et utslag av likebehandlingsprinsippet.<sup>66</sup>

Behandling av disse fristene har til hensikt å gi et helhetlig bilde av hvilke muligheter oppdragsgiver hadde til å dekke anskaffelsesbehov utløst av Covid-19-pandemien. I tillegg søker redegjørelsen å plassere de mer inngående unntaksprosedyrene i forskriftens §§ 13-3 første ledd bokstav e og 13-4 første ledd bokstav a, i perspektiv. Endelig fremstår redegjørelsen hensiktsmessig fordi berettiget bruk av unntaksprosedyrene forutsetter at oppdragsgiver ikke får dekket det utløste anskaffelsesbehovet tidsnok dersom anskaffelsen må overholde forskriftens forkortede frister. Med dette som bakteppe, vil det følgelig føre for langt å foreta en inngående og uttømmende behandling av anskaffelsesrettens fristregler. I det følgende, vil de ordinære fristene kort behandles under punkt 3.2 før søkelyset under punkt 3.3 rettes mot adgangen til å operere med forkortede frister.

### **3.2 Ordinære frister i anskaffelsesprosesser**

#### **3.2.1 Innledning**

For å etterleve konkurranseprinsippet plikter oppdragsgiver, ved fristfastsettelse for inngivelse av tilbud og forespørsel om deltakelse, å gi interesserte leverandører tilstrekkelig med tid. Ved fristfastsettelsen må oppdragsgiver derfor alltid ta hensyn til "kontraktens kompleksitet" og "tiden det tar for leverandørene å utarbeide forespørsler og tilbud".<sup>67</sup> For å sikre leverandører

---

<sup>65</sup> Se anskaffelsesforskriften § 20-1 og avhandlingens punkt 3.2.1.

<sup>66</sup> Anskaffelsesloven § 4, Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 224–225 og Dragsten, Marianne (2013) s. 442.

<sup>67</sup> Anskaffelsesforskriften § 20-1 første ledd.



en reell deltakelsesmulighet, oppstiller anskaffelsesforskriften kapittel 20 nedre grenser for hvor korte frister oppdragsgiver kan fastsette for den enkelte prosedyreformen.<sup>68</sup>

Minimumsfristene supplerer den generelle fristregelen i anskaffelsesforskriften § 20-1. Dette innebærer at oppdragsgiver alltid må vurdere om minimumsfristene er tilstrekkelig for å sikre reell deltakelse hensett kontraktens kompleksitet og tiden det tar for leverandører å utarbeide tilbud og forespørsler om deltakelse. Som den klare hovedregel, vil minimumsfristene være tilstrekkelig for å sikre leverandørene en reell deltakelsesmulighet.<sup>69</sup> For store og komplekse anskaffelser – som for eksempel store byggeprosjekter eller avanserte IT-installasjoner – kan imidlertid korteste lovlige frist anses uforsvarlig kort hensett kontraktens kompleksitet og tiden det tar for leverandørene å utarbeide tilbud og forespørsel om deltakelse.

### 3.2.2 Minimumsfrister i anskaffelsesprosesser

I en *åpen* anbudskonkurranse, kan alle interesserte leverandører inngi tilbud om å få dekke det utløste anskaffelsesbehovet. Fristen for mottak av tilbud skal i en åpen anbudskonkurranse være minst 30 dager fra tidspunktet oppdragsgiveren kunngjør anskaffelsesbehovet i TED-databasen.<sup>70</sup> I en *begrenset* anbudskonkurranse, kan alle interesserte leverandører inngi forespørsel om deltakelse mens bare kvalifiserte leverandører "går videre" til konkurransen om å få dekke behovet. Fristen for mottak av forespørsel om deltakelse skal være minst 30 dager fra tidspunktet oppdragsgiveren kunngjør anskaffelsesbehovet, mens fristen for mottak av tilbud for kvalifiserte leverandører skal være minst 25 dager fra invitasjonen sendes ut.<sup>71</sup>

I anbudskonkurranser stilles det krav om en tidsperiode på minst 10 dager fra valget av leverandør er offentliggjort og til kontraktsinngåelse tidligst kan finne sted.<sup>72</sup> Denne perioden omtales som "karensperioden" og løper fra dagen *etter* at valget av leverandør er offentliggjort.<sup>73</sup> Krav om karensperiode skal sikre forbigåtte leverandører en reell klageadgang ved å muliggjøre stans av kontraktsinngåelser som strider med regelverket.<sup>74</sup> En åpen

---

<sup>68</sup> Klagenemndas avgjørelse i den rådgivende saken 2008/83 *Roald Madsen* premiss 22. Se også Dragsten, Marianne (2013) s. 437.

<sup>69</sup> Klagenemndas avgjørelse i den rådgivende saken 2015/122 *Bekkevold* premiss 37–40.

<sup>70</sup> Anskaffelsesforskriften §§ 9-2 første ledd og 20-2 første ledd første punktum.

<sup>71</sup> Anskaffelsesforskriften §§ 9-2 annet ledd og 20-3 første ledd første punktum og annet ledd første punktum.

<sup>72</sup> Anskaffelsesforskriften § 4-5 første ledd bokstav g.

<sup>73</sup> Anskaffelsesforskriften § 25-2 første ledd annet punktum.

<sup>74</sup> NOU 2010: 2 punkt 7.1 s. 73 og Prop. 12 L (2011–2012) punkt 9.2.5 s. 71. Se også fortalen til direktiv 2007/66/EF (håndhevelsesdirektivet for offentlige anskaffelser) premiss 4.

anbudskonkurranse kan etter dette raskest gjennomføres på 41 dager, mens en begrenset anbudskonkurranse raskest kan gjennomføres på 66 dager.

I tilfeller der anskaffelsen overstiger den relevante EØS-terskelverdien, og i tillegg oppfyller vilkårene i anskaffelsesforskriften § 13-3 første ledd bokstav e, gis oppdragsgiver adgang til å benytte prosedyreformen *konkurranse med forhandling*.<sup>75</sup> Innenfor de samme minimumsfrister som gjelder i en begrenset anbudskonkurranse, bygger konkurranse med forhandling på en totrinnsprosedyre som innledes med en forhåndskvalifisering og deretter inngivelse av tilbud for kvalifiserte leverandører.<sup>76</sup>

I motsetning til anbudskonkurranser, oppstilles det imidlertid ikke et forhandlingsforbud mellom oppdragsgiveren og leverandørene etter at fristen for innlevering av tilbud har løpt ut.<sup>77</sup> Oppdragsgiver kan derfor forhandle om alle sider av det innleverte tilbudet med unntak av tildelingskriteriene og andre absolutte krav.<sup>78</sup> Forhandlingsadgangen fremmer effektiv ressursutnyttelse ved at anskaffelsen i størst mulig grad samsvarer med behovet og forventningene oppdragsgiver har til ytelsen.<sup>79</sup> I tillegg sikres også oppdragsgiver fleksibilitet når anskaffelsens karakter nødvendiggjør dette, slik tilfellet er for anskaffelsesbehov som nødvendiggjør bruk av prosedyren i anskaffelsesforskriften § 13-3. Oppdragsgiver står fritt til å velge forhandlingsmetode forutsatt at den valgte metoden ikke bryter med de grunnleggende prinsippene. Likebehandlingsprinsippet vil for eksempel være brutt dersom én oppdragsgiver gis mulighet til muntlig forhandling mens de øvrige bare skriftlig. I praksis er det imidlertid etter mitt syn utfordrende å se hvilke reelle utslag prinsippet her vil gi ettersom forhandlinger ofte er individualiserte og basert på den enkelte leverandørens tilbud.

### **3.3 Forkortede frister i anskaffelsesprosesser**

#### **3.3.1 Innledning**

Som skissert under punkt 3.2.2, vil en åpen anbudskonkurranse etter ordinære frister i teorien kunne gjennomføres på i overkant av en måned mens en anskaffelse ved konkurranse med forhandling kan gjennomføres på omtrent seks uker. Det er imidlertid flere forhold som tilsier

---

<sup>75</sup> Anskaffelsesforskriften § 13-1 fjerde og femte ledd.

<sup>76</sup> Anskaffelsesforskriften § 20-4 første ledd første punktum og annet ledd første punktum.

<sup>77</sup> Se anskaffelsesforskriften § 23-5 annet ledd som oppstiller et slikt forbud i anbudskonkurranser.

<sup>78</sup> Anskaffelsesforskriften § 23-7 annet ledd.

<sup>79</sup> Bakken, Espen og Nordby, Thomas (2013) s. 82.

at prosessen neppe kan gjennomføres innenfor et så stramt tidsskjema. For det første vil anskaffelser som overstiger den relevante EØS-terskelverdiene etter sin art ofte ha karakter av å være kompleks, omfattende og tidkrevende. Dette gir seg utslag både for leverandøren, ved utarbeidelse av tilbud og forespørsel om deltakelse, og for oppdragsgiver ved evaluering av tilbudene og i tildelingsfasen. Den samlede prosessen tar derfor ofte betydelig lengere tid enn det minimumsfristene i teorien gir grunnlag for. Videre tar ikke tidsskjemaet hensyn til forsinkelser begrunnet i nødvendige avklaringer med hensyn til det inngitte tilbudet eller begrenset kapasitet hos oppdragsgiveren. Heller ikke tas det hensyn til at karenperioden løper på fridager og helligdager og – som et utslag av dette – forlenges til utløpet av neste virkedag dersom fristen utløper på en helge- eller helligdag.<sup>80</sup>

Bruk av ordinære frister medfører følgelig at anskaffelsesprosessen i praksis er tidkrevende til tross for en teoretisk mulighet til gjennomføring i løpet av fem, seks uker. Dersom behovet som søkes dekt er av en slik art at det må dekkes hurtig, kan fristetterlevelse resultere i at prosessen tar for lang tid og følgelig at behovet ikke dekkes tidsnok. For å gi oppdragsgiveren muligheten til å dekke slike akutte behov, har anskaffelsesforskriften utformet særskilte unntak som på nærmere angitte vilkår kan gi grunnlag for å operere med forkortede frister. Begrunnelsen som ligger til grunn for en slik adgang er ønsket om å balansere oppdragsgiverens behov for fleksibilitet og målsetningen om etterlevelse av anskaffelsesrettens grunnprinsipper.

På den ene siden, vil bruk av forkortede frister sikre åpenhet rundt anskaffelsesprosessen ved at anskaffelsesbehovet må kunngjøres offentlig. På den andre siden gripes det imidlertid inn i konkurranseprinsippet ved at interesserte leverandører gis svært begrenset med tid til å vurdere om de ønsker å delta. Dette kan lede til at leverandører – som ville deltatt dersom prosessen var underlagt ordinære frister – ikke rekker å inngi forespørsel om deltakelse eller tilbud. Særlig for utenlandske aktører, som kan ha behov for oversettelse av konkurransegrunnlaget, kan bruk av forkortede frister virke hemmende for deltakelsesmuligheten.

For å gis adgang til å operere med forkortede frister, kreves det både i anbudskonkurranser og konkurranse med forhandling at det foreligger et *hastetilfelle* som for oppdragsgiveren *gjør det umulig* å overholde de ordinære minimumsfristene.<sup>81</sup> Dersom vilkårene er oppfylt, kan fristen for mottak av tilbud ved åpen anbudskonkurranse forkortes til 15 dager mens det i en begrenset

---

<sup>80</sup> Forskrift 4. desember 1992 nr. 910 om tidsfrister i EØS-avtalen art. 3 nr. 4.

<sup>81</sup> Anskaffelsesforskriften §§ 20-2 tredje ledd, 20-3 femte ledd og 20-4 tredje ledd, jf. 20-3 femte ledd.

anbudskonkurranse kan fastsettes en frist på 15 dager for forespørsel om deltakelse og 10 dager for mottak av tilbud for inviterte leverandører.<sup>82</sup> Også her gjelder kravet til karenperiode på minst 10 dager forutsatt at valgte leverandør ikke er den eneste berørte på markedet.<sup>83</sup> Ved konkurranse med forhandling, gjelder det tilsvarende minimumsfrister som i en begrenset anbudskonkurranse.<sup>84</sup> Vilkårene for rettmessig bruk av forkortede frister er lik for begge prosedyreformene og vil på bakgrunn av dette behandles samlet i det følgende.

### 3.3.2 Når vil det foreligge et hastetilfelle?

Begrepet "hastetilfelle" tilsier rent språklig at det må inntreffe en ekstraordinære begivenhet. Hvilke krav som stilles til begivenhetens karakter gir ordlyden lite veiledning om, men det er rimelig å anta at begivenheten må overstige en viss alvorlighetsgrad for å tilkjennes merkelapp som "ekstraordinær". Når begivenheten har den tilstrekkelige alvorlighetsgraden gjøres følgelig til gjenstand for en konkret vurdering.

Anskaffelsesdirektivet legger til grunn at behovet som begrunner bruk av forkortede frister, må være "behørig godtgjort".<sup>85</sup> Formuleringen oppstiller følgelig krav til begrunnelsens karakter. Av direktivets fortale, kan det utledes at behovet ikke nødvendigvis må springe ut av "tvingende grunde [...]" for at kriteriet anses oppfylt.<sup>86</sup> Dette gir inntrykk av at begrunnelsen ikke behøver å hvile på begivenheter av en slik karakter at det for oppdragsgiveren er tvingende nødvendig å gjennomføre anskaffelsen raskere enn det de ordinære fristen muliggjør.

I det nasjonale regelverket, er det lagt til grunn at kriteriet er tilfredsstilt i force majeure-situasjoner der en uventet og ekstraordinær begivenhet virker inn utenfra og ligger utenfor det oppdragsgiveren kan kontrollere.<sup>87</sup> Dette vil for eksempel være tilfellet dersom det foreligger fare for liv og helse som følge av flom, brann eller lignende.<sup>88</sup> Også situasjoner der den aktuelle kontrakten utgjør en del av et større prosjekt og det vil medføre kostbare forsinkelser dersom ordinære frister må etterleves, tilfredsstiller vilkåret.<sup>89</sup> Illustrerende her er kontrakt om levering

---

<sup>82</sup> Anskaffelsesforskriften §§ 20-2 tredje ledd og 20-3 femte ledd.

<sup>83</sup> Anskaffelsesforskriften § 25-2 annet ledd bokstav b og fortalen til håndhevelsesdirektivet for offentlige anskaffelser premiss 8 annet punktum.

<sup>84</sup> Anskaffelsesforskriften §§ 20-4 tredje ledd, jf. 20-3 femte ledd.

<sup>85</sup> Anskaffelsesdirektivet art. 27 nr. 3.

<sup>86</sup> Fortalen til anskaffelsesdirektivet premiss 46.

<sup>87</sup> NOU 1997: 21 kapittel 9 s. 126 og Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 228–229. Se HR-2016-1235-A *Røldal-Suldal* premiss 40 for nærmere om begrepet force majeure.

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> NOU 1997: 21 s. 126 og Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 228–229.

av vann- og avløpstjenester til et eldre hjem der en offentlig aktør opptrer som byggherre; dersom leveringen blir forsinket med den følge at byggearbeidet ikke kan ferdigstilles til fastsatt tid, vil forsinkelsen kunne bli kostbar for byggherren ved at beboerne, som skulle flytte inn, må bo et annet sted finansiert av det offentlige frem til vann- og avløpstjenestene er levert. I et slikt scenario, vil det for byggherren kunne bli kostbart dersom ny kontrakt om levering av vann- og avløpstjenester må tildeles gjennom en anskaffelse etter ordinære frister. Av typetilfeller som ikke tilfredsstiller kravet til begrunnelse, fremheves blant annet oppbygningsarbeider etter en naturkatastrofe som det ikke er tvingende nødvendig å påbegynne før etter utløpet av de ordinære fristene eller sterkt politisk press til hurtig gjennomføring av prosjektet.<sup>90</sup> Felles for disse tilfellene er at behovet som nødvendiggjør bruken ikke har karakter av å være tvingende og, av den grunn, heller ikke må gjennomføres hurtigere enn det de ordinære fristene tillater.

Det nasjonale regelverket synes følgelig å opererer med et strengere krav til begrunnelse enn det som gjelder etter anskaffelsesdirektivet, herunder ved å kreve at behovet som begrunner bruken er av tvingende karakter. I lys av at forkortede frister griper inn i konkurranseprinsippet, fremstår det naturlig at det stilles strenge krav til begrunnelsen. Kravet kan imidlertid ikke praktiseres for strengt idet det antas å gjelde en videre adgang til å operere med forkortede frister enn til å gjennomføre en anskaffelse etter prosedyren i anskaffelsesforskriften § 13-3 første ledd bokstav e.<sup>91</sup> Begrunnelsen er her at anskaffelser gjennomført ved bruk av forkortede frister i langt mindre grad vanner ut prinsippet om likebehandling og konkurranse. Forkortede frister bør følgelig benyttes der karakteren av behovet tilsier at det haster, men likevel ikke mer enn at offentlig kunngjøring er mulig.

Et naturlig spørsmål i forlengelsen av kravet til hastetilfelle er *hva* hastetilfellet kan ha sitt utspring i. Vurderingstemaet er her om bruk av forkortede frister vil være berettiget dersom hastetilfellet skyldes forhold ved oppdragsgiver selv, eller om det kreves at hastetilfellet inntreffer som en konsekvens av omstendigheter som ligger utenfor oppdragsgiverens kontroll og det oppdragsgiveren kunne forutse.

---

<sup>90</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 228–229 og klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2011/52 *NHO* premiss 44–47 med videre henvisning til Forsynings- og administrasjonsdepartementet (2006) s. 83–84.

<sup>91</sup> Se NOU 1997: 21 s. 21 og 125 og Steinicke, Michael og Groesmeier, Line (2008) s. 1020–1021. Se også EU-domstolens avgjørelse C-107/92 [C9] *Kommisjonen v. Italia* premiss 13 for tilsvarende betraktninger

Anskaffelsesdirektivets fortale angir at hasteelementet ikke nødvendigvis behøver å ha sitt utspring i omstendigheter "der ikke kunne forudses af [...]" oppdragsgiver.<sup>92</sup> Formuleringen gir rent språklig inntrykk av at hasteelementet kan springe ut av forhold som oppdragsgiveren kunne forutse. Dette innebærer for eksempel at en flom eller skogbrann – som er varslet og dermed gjort kjent for oppdragsgiveren – ikke avskjærer adgangen til å operere med forkortede frister til tross for å være en begivenhet som oppdragsgiver kunne forutsett. Etter mitt syn, åpner dette for en praksis der oppdragsgiver bevisst kan plassere seg i en situasjon der bruk av forkortede frister er nødvendig for å dekke behovet tidsnok. Å praktisere regelen slik at døren for misbrukstilfeller står åpen, fremstår uheldig.

I det nasjonale regelverket er det imidlertid lagt til grunn at det må innfortolkes et krav om at hasteelementet ikke skyldes forhold ved oppdragsgiveren selv og ligger utenfor det oppdragsgiveren kunne forutse.<sup>93</sup> Kriteriet kommer ikke eksplisitt til uttrykk i bestemmelsens ordlyd, men må betraktes som et naturlig utsalg av målsetningen om effektiv ressursutnyttelse og integritet i offentlig sektor knesatt i anskaffelsesloven § 1 første punktum. For å realisere denne målsetningen, er det nødvendig å stille visse krav til oppdragsgiveren med hensyn til planlegging av driften. Den nasjonale praktiseringen innebærer blant annet at manglende eller utilstrekkelig planlegging ikke berettiger til bruk av forkortede frister.<sup>94</sup>

Etter mitt syn, er en slik tilnærming sammenfallende med målsetningen om effektiv bruk av samfunnets ressurser og integritet i offentlig sektor, herunder ved at oppdragsgiveren ikke gis anledning til å misbruke adgangen ved å bevisst plassere seg i en situasjon som nødvendiggjør bruk av forkortede frister. At oppdragsgiveren, som et resultat av manglende eller utilstrekkelig planlegging, har havnet i en tidsklemme, bør ikke gå ut over leverandørene.<sup>95</sup> Illustrerende er passusen i forarbeidene om at forkortede frister ikke skal fungere som en "sovepute" for oppdragsgiveren når behovet springer ut av forhold som gjennom planlegging kunne vært tatt høyde for.<sup>96</sup> En slik praktisering vil etter mitt syn også gi incentiv til god og proaktiv

---

<sup>92</sup> Fortalen til anskaffelsesdirektivet premiss 46.

<sup>93</sup> Se blant annet TOSLO-2008-140177, klagenemndas avgjørelse i den rådgivende saken 2006/96 *Norges Taxiforbund* premiss 45 flg., Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 228–229 og Dragsten, Marianne (2020) Kommentar til anskaffelsesforskriften § 20-2.

<sup>94</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 228–229 og klagenemndas avgjørelser i den rådgivende saken 2007/77 *Justisdepartementet* premiss 37.

<sup>95</sup> Steinicke, Michael og Groesmeyer, Lise (2008) s. 1021.

<sup>96</sup> Prop. 12 L (2011–2012) punkt 9.4.1 s. 74.

planlegging hos oppdragsgiveren. Den nasjonale gjennomføringen synes i lys disse momentene å harmonere godt med regelverkets overordnede målsetninger.

### 3.3.3 Når vil hastetilfellet gjøre det umulig å overholde de ordinære fristene?

En naturlig språklig forståelse av kriteriet "umulig" tilsier at det må foreligge en absolutt umulighet som for oppdragsgiveren medfører at en anskaffelsesprosess etter ordinære frister ikke dekker det utløste behovet tidsnok. Begrepet "umulig" er vagt og skjønnspreget slik at det må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle om en slik umulighet foreligger. Terskelen for når vilkåret er oppfylt vil her være høy. Ordlyden krever videre at det akutte anskaffelsesbehovet utløses som følge av den ekstraordinære begivenheten. Dette innebærer at oppdragsgiveren må påvise årsakssammenheng mellom begivenheten og det oppståtte anskaffelsesbehovet.

De autentiske språkversjonene av anskaffelsesdirektivet gir uttrykk for ulike oppfatninger av hvordan kravet til umulighet skal forstås. I retning et krav om *absolutt* umulighet taler den danske uttrykksmåten "umuligt", den franske formuleringen "impossible" og det tyske begrepet "unmöglich".<sup>97</sup> Den engelske språkversjonen benytter på sin side formuleringen "impracticable" hvilket rent språklig tilsier et krav om *objektiv* umulighet.<sup>98</sup> Ettersom autentiske språkversjoner – som et utsalg av homogenitetsmålsetningen – er likestilt, kan det nærmere innholdet i direktivbestemmelsen vanskelig fastslås entydig gjennom en tolkning av direktivets ordlyd.<sup>99</sup> Dette gir andre tolkningsfaktorer, som bestemmelsens formål og kontekst, en forsterket posisjon som vektige tolkningsfaktorer.<sup>100</sup>

Formålet bak adgangen til å operere med forkortede frister er – som nevnt i punkt 3.3.1 – å imøtegå oppdragsgiverens behov for fleksibilitet når ekstraordinære begivenheter inntreffer uten å gripe inn i anskaffelsesrettens grunnprinsipper i større utstrekning enn nødvendig. Dersom kriteriet praktiseres slik at oppdragsgiveren må sannsynliggjøre at etterlevelse av ordinære frister er absolutt umulig, vil det nødvendige behovet for fleksibilitet etter mitt skjønn i liten grad imøtegås på bakgrunn av den svært høye terskelen som her vil gjelde. Adgangen vil da raskt bære preg av å bli illusorisk ettersom det for oppdragsgiveren i praksis vil være nærmest umulig å sannsynliggjøre at fristetterlevelse er absolutt umulig. I lys av bestemmelsens

---

<sup>97</sup> Anskaffelsesdirektivet art. 27 nr. 3

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund. (2022) s. 330–331. Se også EU-domstolens avgjørelse C-950/19 [C5] A v. *Finland* premiss 37.

<sup>100</sup> Ibid. s. 332 flg.

formål, bør kriteriet etter mitt syn forstås som et krav om objektiv umulighet. Vurderingen bør her knyttes til hvilke omstendigheter oppdragsgiver påberoper som grunnlag for umuligheten. En slik praktisering sikrer oppdragsgiver den nødvendige graden av fleksibilitet parallelt med at bestemmelsen undergis en streng fortolkning.

Også en kontekstuell tolkning taler etter mitt skjønn for et krav om objektiv umulighet. Sentralt her ligger at bruk av forkortede frister er ment som et mindre inngripende alternativ for oppdragsgivere til å dekke akutte behov i ekstraordinære tilfeller enn prosedyren i forskriftens § 13-3 første ledd bokstav e. Dersom bruk av forkortede frister stiller krav om absolutt umulighet, vil det i realiteten føre til at prosedyren i forskriftens § 13-3 første ledd bokstav e blir nærmest illusorisk fordi terskelen som her gjelder er enda høyere. Av hensyn til sammenheng i regelverket, fremstår det følgelig lite skjønnsomt å stille krav om absolutt umulighet. I samme retning trekker den historiske utviklingen av direktivbestemmelsens innhold, herunder at de tillatte minimumsfristene stadig har blitt kortere sammenliknet med tidligere direktiver.<sup>101</sup> Dette gir inntrykk av et ønske fra EU-rettslig hold om at oppdragsgiver heller bør benytte seg av forkortede frister, som utgjør et mildere inngrep i anskaffelsesrettslige grunnprinsipper, enn prosedyren forskriftens § 13-3 første ledd bokstav e.<sup>102</sup>

De nasjonale rettskildene legger – i tråd med argumentasjonen ovenfor – til grunn at kriteriet "umulig" må undergis en objektiv fortolkning. Dette illustreres ved at fare for liv, helse og andre interesser, som etter en skjønnsmessig og konkret vurdering, gjør det *nødvendig* å gjennomføre anskaffelsesprosessen hurtigere enn de ordinære tidsfristene tillater, kan tjene som grunnlag for rettmessig bruk av forkortede frister.<sup>103</sup> Bruk av forkortede frister er følgelig ikke utelukkende forbeholdt tilfeller der det er absolutt umulig å gjennomføre en anskaffelse på bakgrunn av ordinære frister, men også tilfeller der bruk av ordinære frister kan medføre alvorlige konsekvenser for beskyttede interesser. Ett mitt skjønn, sikrer den nasjonale gjennomføringen at oppdragsgivers behov for fleksibilitet – når behovet er akutt – imøtegås på en hensiktsmessig og forsvarlig måte.

I teorien er det fremholdt at store ulemper ved å kunngjøre i henhold til anskaffelsesforskriftens ordinære frister eller at slik etterlevelse fordyrer anskaffelsen, ikke er tilstrekkelig for at kravet

---

<sup>101</sup> Minimumsfristen for mottak av tilbud ved åpen anbudskonkurranse var i anskaffelsesdirektivet av 2004 – direktiv 2004/18/EC art. 38 – 52 dager sammenliknet med dagens frist på 15 dager.

<sup>102</sup> Arrowsmith, Sue (2014) s. 667–668.

<sup>103</sup> Se avhandlingens punkt 3.3.2 for nærmere om dette.



til umulighet er oppfylt.<sup>104</sup> Først når overholdelse av ordinære frister leder til at oppdragsgiver ikke får dekket et akutt behov tidsnok, eller at det på andre måter får alvorlige konsekvenser for oppdragsgiver eller tredjepersoner, anses vilkåret oppfylt.<sup>105</sup> Det avgjørende er følgelig hvilke beskyttede interesser som påberopes og hvorvidt overholdelse av ordinære frister vil resultere i uforholdsmessig store ulemper for oppdragsgiveren selv eller tredjepersoner. En slik forståelse av kriteriet bidrar til å utvide rommet for skjønnsmessige vurderinger parallelt med at oppdragsgivers behov for fleksibilitet ivaretas.<sup>106</sup>

### **3.3.4 Var bruk av forkortede frister aktuelt under Covid-19-pandemien?**

Det foreligger ingen praksis fra EU-domstolen, EFTA-domstolen, nasjonale domstoler eller klagenemnda der bruk av forkortede frister, for å dekke behov utløst av Covid-19-pandemien, har vært gjenstand for behandling. Som skissert ovenfor, vil en anbudskonkurranse gjennomført ved forkortede frister være den raskeste prosedyreformen med en potensiell tidsramme på 26 dager fra kunngjøringstidspunktet.<sup>107</sup> Begivenheten som Covid-19-pandemien representerte må trolig betraktes som en omstendighet, av en slik art og omfang, at bruk av forkortede frister ikke var tilstrekkelig for å dekke behovet for medisinsk utstyr tidsnok. Særlig må dette antas å ha vært tilfelle for pandemiens innledende fase der behovet for beredskap trolig var på sitt mest akutte.

Det kan tenkes at forkortede frister var mer egnet i en senere fase av pandemien når situasjonen til en viss grad hadde stabilisert seg, men der behovet fortsatt var av en slik karakter at det nødvendiggjorde anskaffelser hurtigere enn det de ordinære fristene tillot. Den manglende rettspraksisen tilsier imidlertid at adgangen heller ikke i disse fasene ble hyppig brukt. For oppdragsgivere var det derfor nødvendig å benytte seg av prosedyrer som ga mulighet til å dekke de utløste behovene raskere enn det bruk av forkortede frister tillot. I det følgende, er det disse prosedyrene som gjøres til gjenstand for behandling.

---

<sup>104</sup> Dragsten, Marianne (2020) Kommentar til anskaffelsesforskriften § 20-3.

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Telles, Pedro, Butler, Luke (2014) s. 137 og Steinicke, Michael. Vesterdorf, Peter L. (2018) s. 396.

<sup>107</sup> Se avhandlingens punkt 3.3.1 for nærmere om dette.

## 4 Konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring og anskaffelser uten konkurranse

---

### 4.1 Generelt

Offentlige anskaffelser med kontraktsverdi lik eller den relevante EØS-terskelverdien skal som et utgangspunkt gjennomføres med grunnlag i fastsatte prosedyrer, baseres på konkurranse og kunngjøres i samsvar med anskaffelsesforskriften del III.<sup>108</sup> I enkelte tilfeller vil det imidlertid haste så meget å dekke det utløste behovet at oppdragsgiveren ser seg nødt til å gå i direkte forhandlinger eller dialog med én eller flere leverandører.<sup>109</sup> For at slike behov skal kunne dekkes tidsnok, åpner anskaffelsesforskriften i enkelte tilfeller opp for at oppdragsgiveren i kan gjennomføre en *hasteprosedyre* eller *direkteanskaffelse*.

Begrepet "hasteprosedyre" har intet rettslig innhold, men beskriver en situasjon der et oppstått behov er så akutt at oppdragsgiveren ikke har tid til å kunngjøre anskaffelsesbehovet, men i stedet må gå direkte i dialog og forhandlinger med én eller flere leverandører. Heller ikke begrepet "direkteanskaffelse" er tillagt et rettslig innhold, men er beskrivende for tilfeller der oppdragsgiveren henvender seg direkte til én leverandør uten forutgående kunngjøring av anskaffelsesbehovet og uten å avholde konkurranse om anskaffelsen. I den videre behandlingen vil "hasteprosedyre" brukes om prosedyren forespeilet i forskriftens § 13-3 første ledd bokstav e, mens "direkteanskaffelse" beskriver prosedyren i forskriftens § 13-4 første ledd bokstav a.

Oppdragsgivers adgang til å ta i bruk hasteprosedyren eller gjennomføre en direkteanskaffelse sikrer en etterlevelse av våre EU/EØS-rettslige forpliktelser etter anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 2 bokstav c. Anskaffelsesforskriften skiller imidlertid disse prosedyrene i to separate bestemmelser i motsetning til anskaffelsesdirektivet som opererer med én felles bestemmelse. Bakgrunnen for dette er lovgivers ønske om å tydeliggjøre oppdragsgiverens plikt til å sikre konkurranse så langt det er mulig.<sup>110</sup> Også retts teknisk fremstår inndelingen hensiktsmessig ved at typetilfellene som berettiger direkteanskaffelser helt åpenbart ikke egner seg for konkurranse av hensyn til effektiv utnyttelse av samfunnets ressurser.<sup>111</sup>

---

<sup>108</sup> Anskaffelsesforskriften § 21-2 første ledd. Se også Weltzien, Kurt og Lande, Henrik (2008) s. 361.

<sup>109</sup> Ibid.

<sup>110</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 136-137 og Thue, Anders mfl. (2018) s. 581-582.

<sup>111</sup> Ibid.

Bruk av unntaksprosedyrene innebærer i varierende grad unntak fra anskaffelsesforskriften del III. Det gjelder for eksempel ingen krav til forutgående kunngjøring eller karenperiode ved bruk av prosedyreformene.<sup>112</sup> Fritaket fra sistnevnte er begrunnet i at leverandørene gis anledning til å få tilkjent den tildelte kontrakten "uten virkning" dersom det i ettertid viser seg at oppdragsgiver ikke var fritatt kunngjøringsplikten.<sup>113</sup> Konsekvensene av dette vil være en tilsidesettelse av an tildelte kontrakten. Gjennom en slik mulighet, sikres leverandørene en reell og effektiv klageadgang tilsvarende den karenperioden sikrer i anbudskonkurranser.<sup>114</sup>

Det gjelder heller ingen minimumsfrister ved bruk av prosedyreformene. Oppdragsgiver står derfor fritt ved fristfastsettelse for henholdsvis forespørsel om deltakelse og inngivelse av tilbud for inviterte leverandører. Ved bruk av hasteprosedyren, må imidlertid den fastsatte fristen være saklig begrunnet og ikke komme på kant med anskaffelsesrettens grunnprinsipper, eksempelvis ved å være så kort at det i realiteten bare er én leverandør som har mulighet til å delta.<sup>115</sup> Som et ytterpunkt har klagenemnda akseptert frister helt ned til fire dager for mottak av forespørsel om deltakelse.<sup>116</sup> Dette illustrerer at anskaffelsesprosessen kan gjennomføres svært raskt.

Unntaksprosedyrene representerer imidlertid ikke et generelt unntak fra anskaffelsesforskriften del III i sin helhet.<sup>117</sup> Oppdragsgiver kan derfor ikke benytte prosedyrene som en form for generalklausul for hurtige anskaffelser i situasjoner hvor det oppstår tidsnød.<sup>118</sup> Dette innebærer at de øvrige reglene i forskriftens del III, om blant annet protokollføring av begrunnelsen som nødvendiggjør bruken og kunngjøring av den endelige kontraktsinngåelsen, må overholdes så langt det passer.<sup>119</sup> Manglende etterlevelse av sistnevnte vil trolig i seg selv representere et brudd på anskaffelsesregelverket. Krav om å etterleve forskriftens øvrige regler så langt det passer illustrerer regelverkets forsøk på å ivareta grunnprinsippene i tilfeller der motstridene hensyn – med tyngde – taler for fritak.

I det følgende, vil hasteprosedyren og bruken av denne under pandemien behandles under punkt 4.2 før adgangen til å gjennomføre direkteanskaffelser behandles kort under punkt 4.3.

---

<sup>112</sup> Anskaffelsesforskriften § 25-2 annet ledd bokstav a.

<sup>113</sup> Anskaffelsesloven § 13 første ledd bokstav a.

<sup>114</sup> Fortalen til håndhevelsesdirektivet for offentlige anskaffelser premiss 8 første punktum.

<sup>115</sup> Se klagenemndas avgjørelse i den rådgivende saken 2007/26 *Signex* premiss 12.flg.

<sup>116</sup> Se klagenemndas avgjørelse i den rådgivende saken 2003/108 *Oslo Kommune*.

<sup>117</sup> NOU 2014: 4 s. 110 og Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 128

<sup>118</sup> Bakken, Espen og Nordby, Thomas (2013) s. 111–112.

<sup>119</sup> NOU 2014: 4 s. 110 og Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 128.

## 4.2 Konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring

### 4.2.1 Innledning

Anskaffelsesforskriften § 13-3 angir flere hjemmelsgrunnlag som kan gi oppdragsgiver adgang til å gjennomføre anskaffelsen ved konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. Etter alternativet i bokstav e, kan oppdragsgiver gjennomføre en anskaffelse etter prosedyren dersom det er "umulig å overholde fristene" som gjelder for forskriftens øvrige prosedyreformer "som følge av forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren" og som "oppdragsgiveren ikke kunne forutse". Omfanget av anskaffelsen gjennomført ved bruk av prosedyren skal ikke være større enn "strengt nødvendig".

For at bruk av hasteprosedyren skal være rettmessig, stilles det følgelig krav om at *fire* kumulative vilkår foreligger. Bevisbyrden for å sannsynliggjøre at dette er tilfellet ligger hos oppdragsgiveren.<sup>120</sup> Det alternative hjemmelsgrunnlaget som oppstilles i bokstav e må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle med utgangspunkt i en streng fortolkning.<sup>121</sup> Bakgrunnen for dette er at bestemmelsen, ved å gripe inn i likebehandlingsprinsippet, vanskeliggjør leverandørens deltakelsesmulighet – og da særlig utenlandske leverandører.<sup>122</sup>

Bestemmelsen tar ikke sikte på en realitetsendring fra tilsvarende bestemmelse i tidligere anskaffelsesforskriften av 2006 § 14-4 første ledd bokstav d. Forarbeider, praksis og teori tilknyttet den tidligere bestemmelsen er derfor relevant ved fastleggelsen av de rettslige skrankene som gjelder for dagens hasteprosedyre i forskriftens § 13-3 første ledd bokstav e.<sup>123</sup>

Hensynet som ligger til grunn for hasteprosedyren er at en kunngjøringsplikt, i tilfeller der behovet springer ut av omstendigheter som ikke skyldes oppdragsgiveren og som oppdragsgiveren ikke kunne forutse, ikke lar seg forene med målsetningen om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Sentralt her ligger at behovet er av en slik karakter at et krav om offentlig kunngjøring vil kunne virke mer ressurskrevende enn ressursbesparende. Hensynet som ligger til grunn for prosedyren illustrerer at preferansen om offentlig kunngjøring i enkelte tilfeller må vike dersom andre tilnærminger er bedre egnet til å ivareta overordnede samfunnsinteresser.

---

<sup>120</sup> Se EU-domstolens avgjørelser C-394/02 [C5] *Kommisjonen v. Hellas* premiss 33, C-337/05 [GC] *Augusta* premiss 58 og klagenemndas avgjørelser i de rådgivende saken 2016/139 *Steenstrup Stordrange* premiss 21 og 2010/129 *Risør kommune* premiss 33.

<sup>121</sup> Ibid.

<sup>122</sup> Se EU-domstolens avgjørelse C-199/85 [C7] *Kommisjonen v. Italia* premiss 14.

<sup>123</sup> NOU 2014: 4 punkt 12.5.2.4 s. 112–113.

Til tross for at oppdragsgiver er fritatt kunngjøringsplikten, er det imidlertid ikke tale om et fritak fra regelverkets grunnkrav som sådan. Prinsippet om konkurranse innebærer for eksempel at oppdragsgiveren må invitere minst tre–fire leverandører til å delta i konkurransen forutsatt at det finnes så mange leverandører i markedet.<sup>124</sup>

Bruk av hasteprosedyren har vært gjenstand for prøving ved flere anledninger både i EU-domstolen og Underretten.<sup>125</sup> Det eneste tilfellet der vilkårene ble ansett å være oppfylt var i Underrettens avgjørelse *TQ3 Travel Solutions Belgium v. Kommisjonen*. I saken ble EU-kommisjonen innvilget adgang til å benytte hasteprosedyren idet opprinnelig leverandør nektet å levere reisebyråtenester ut over den opprinnelige kontraktsperioden. Som et resultat av dette, oppstod det et brått og midlertidig behov for reisetjenester blant kommisjonens underordnede organer. Kommisjonen var ikke skyld i behovet og kunne heller ikke forutse at dette ville oppstå. Den rettskildemessige vekten må imidlertid antas å være begrenset idet avgjørelsen er avsagt av førsteinstansdomstolen, bygger på en svært konkret begrunnelse som i liten grad egner seg for generaliserende slutninger og i tillegg omhandler et søksmål mot EUs egne institusjoner der konsekvensene av å underkjenne bruken av hasteprosedyren ville medført betydelig bryderi.<sup>126</sup>

Bruk av hasteprosedyren har, både i relasjon til Covid-19-pandemien og andre situasjoner som ikke kan betegnes som krisesituasjoner, vært gjenstand for behandling hos Klagenemnd for offentlige anskaffelser. Praksis fra klagenemnda vil, sammen med praksis fra EU-domstolen, i det følgende benyttes til å fastlegge hasteprosedyrens rettslige skranker.

#### **4.2.2 Hvilke forhold berettiger oppdragsgiveren til bruk av hasteprosedyren?**

Ordlyden "forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren" tilsier rent språklig at det må inntreffe en konkret omstendighet som ikke kan tilskrives oppdragsgiveren selv. Antitetisk tolket tilsier ordlyden at adgangen til å benytte hasteprosedyren vil være avskåret dersom behovet springer ut av forhold som oppdragsgiveren selv er ansvarlig eller bærer risikoen for. Det lar seg ikke gjøre å fastslå generelt hvilke omstendigheter som oppfyller lovens vilkår slik at dette gjøres til

---

<sup>124</sup> Klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2020/974 *Hurtigtester* premiss 38. Se også Dragsten, Marianne (2020) Kommentar til anskaffelsesforskriften § 13-3.

<sup>125</sup> Se blant annet EU-domstolens avgjørelser C-318/94 *EMS* [C5], C-394/02 [C5] *Kommisjonen v. Hellas*, C-126/03 [C5] *Kommisjonen v. Tyskland* og C-385/02 [C5] *Magistrato per il Po de Parma*. Se også Underrettens avgjørelse T-148/04 [C3] *TQ3 Travel Solutions Belgium v. Kommisjonen*.

<sup>126</sup> Weltzien, Kurt og Lande, Henrik (2008) s. 369–372.

gjenstand for en konkret vurdering. Bestemmelsens funksjon som unntaksprosedyre gjør det imidlertid nærliggende å tro at ikke enhver omstendighet vil tilfredsstillende lovens vilkår.

Anskaffelsesdirektivet legger til grunn at den påberopte omstendighet må kunne betraktes om "tvingende grunde" for at lovens vilkår skal anses tilfredsstillende.<sup>127</sup> Formuleringen gir inntrykk av at den påberopte omstendighet må overstige en viss terskel med hensyn til alvorlighet for at kriteriet skal anses oppfylt og således gjelder det en høy terskel. En slik forståelse underbygges av fortalen som i sine premisser fremholder at lovens vilkår blant annet anses oppfylt ved "naturkatastrofer [som] kræver øjeblikkelig handling".<sup>128</sup> Den påberopte omstendigheten må videre "under ingen omstændigheder kunne tilskrives den ordregivende myndighed".<sup>129</sup> Bruk av prosedyren er følgelig avskåret der omstendigheten skyldes forhold ved oppdragsgiver selv.

Også det nasjonale regelverket legger til grunn en tilsvarende forståelse av vilkåret.<sup>130</sup> Av eksempler på omstendigheter som har den tilstrekkelige alvorlighetsgraden nevnes jordskjelv, oversvømmelse, brann eller lignende samt andre omstendigheter som ikke har et slikt force majeure-lignende preg, men som har karakter av å være uforutsett.<sup>131</sup> I tillegg nevnes forhold knyttet til forretningsmessige aktiviteter som for eksempel leveransesvikt fra en leverandør som følge av konkurs eller tilfeller der leveransen ikke kan utstå i tiden det vil ta å gjennomføre en kunngjort konkurranse.<sup>132</sup> Sistnevnte kan for eksempel være tilfellet ved behov for levering av livstruende vaksiner eller medisiner til et sykehus.

Rettskildebildet på området illustrerer at den nasjonale gjennomføringen er i overensstemmelse med det EU/EØS-rettslige anskaffelsesregelverket. Gjennomgangen viser at vurderingstemaet er hvorvidt den påberopte omstendighet ligger utenfor det oppdragsgiveren selv bærer risikoen for og hvorvidt omstendigheten innehar den nødvendige graden av alvorlighet.

*Var Covid-19-pandemien et forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren?*

---

Med utgangspunkt i vilkåret slik det er beskrevet ovenfor, er det flere momenter som tilsier at Covid-19-pandemien var et forhold som ikke skyldes forhold ved oppdragsgiveren. Utbruddet

---

<sup>127</sup> Anskaffelsesdirektivet art. 32 nr. 2 bokstav c første punktum.

<sup>128</sup> Fortalen til anskaffelsesdirektivet premiss 80 sjette punktum.

<sup>129</sup> Ibid. annet punktum.

<sup>130</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 132–133 og klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2021/1342 *Sykehuset Telemark HF* premiss 43.

<sup>131</sup> Ibid.

<sup>132</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 132–133.

av en pandemi kommer riktignok ikke eksplisitt til uttrykk i hverken anskaffelsesdirektivet eller det nasjonale regelverket, men hadde likevel karakter av å være så ekstraordinær, alvorlig og omfattende at den etter mitt skjønn bør likestilles med tilfellene som er uttrykkelig nevnt. At utbruddet ikke kunne tilskrives oppdragsgiveren fremstår heller ikke tvilsomt. Illustrerende er koronakommisjonens betegnelse av Covid-19-pandemien som en "verdensomspennende" og "gjennomgripende krise" av langvarig karakter som rammet hele befolkningen.<sup>133</sup>

Praksis fra klagenemnda underbygger en slik forståelse. I avgjørelsen *Smittestopp* fant nemnda det "klart" av pandemien måtte betraktes som et forhold ikke kunne tilskrives oppdragsgiveren selv og som i tillegg hadde den nødvendige graden av alvorlighet.<sup>134</sup> Tilsvarende betraktninger kan også utledes av underrettspraksis hvor det ble fremholdt at Covid-19-pandemien var en "ekstraordinær" og "typisk force majeure-begivenhet".<sup>135</sup> Avgjørelsen er riktignok avsagt av underinstansen og omhandlet et spørsmål om vederlagsjustering grunnet smitteverntiltak, men er likevel illustrerende for den rettslige merkelappen som force majeure-begivenhet Covid-19-pandemien ble tillagt. Det må etter dette legges til grunn at Covid-19-pandemien var et "forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren".

#### **4.2.3 Hvilke forhold vil oppdragsgiveren ikke kunne forutse?**

Ordlyden "forhold [...] som oppdragsgiveren ikke kunne forutse." henviser rent språklig til en vurdering av hvilke omstendigheter som for oppdragsgiveren kan forutses med en viss grad av sikkerhet og, i forlengelsen av dette, hvilke anskaffelsesbehov som vil kunne oppstå dersom omstendigheten materialiserer seg. Begrepet "kunne" tilsier isolert sett at det må være tale om positiv kunnskap hos oppdragsgiveren. Dette innebærer at hva oppdragsgiveren kunne forutsett må vurderes i lys av oppdragsgiverens *subjektive* kunnskap på handlingstidspunktet.

Av anskaffelsesdirektivet kan det imidlertid utledes at kriteriet må forstås slik at den påberopte omstendighet ikke kunne vært forutsett til tross for "rimeligt omhyggelige forberedelser" av oppdragsgiver.<sup>136</sup> Sentrale momenter vil her være "tilgængelige midler, det spesifikke projekts art og kendetegn" og "god praksis på det pågældende område [...]".<sup>137</sup> Formuleringen gir

---

<sup>133</sup> NOU 2022: 5 punkt 2.1 s. 16–17.

<sup>134</sup> Klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2020/313 *Smittestopp* premiss 42.

<sup>135</sup> Se lagmannsrettens dom i LB-2022-38472 punkt 2.

<sup>136</sup> Fortalen til anskaffelsesdirektivet premiss 109. Premisset gjelder riktignok endring av kontrakt etter anskaffelsesdirektivet artikkel 72, men må likevel antas å kunne si noe om det generelle innholdet i det tilsvarende vilkåret for hasteprosedyren i anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 2 bokstav c.

<sup>137</sup> Ibid.

inntrykk av at vurderingstemaet bygger på *objektive* kriterier som anskaffelsens egenart og tilgjengelige ressurser. Videre kan formuleringen tas til inntekt for at det stilles strenge krav til oppdragsgiveren med hensyn til hva som kan forutsees gjennom planlegging.

Også det nasjonale regelverket har lagt seg på en tilsvarende linje.<sup>138</sup> Det kan her utledes at aktsomhetsnormen må fastlegges på bakgrunn av en objektiv vurdering med utgangspunkt i hva en påpasselig oppdragsgiver med forsvarlige rutiner kunne forutse.<sup>139</sup> Hvor langt denne planleggingsplikten rekker kan ikke fastslås generelt, men må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Det springende punkt er følgelig ikke hva oppdragsgiveren i lys av sin subjektive kunnskap forutså, men hva oppdragsgiveren basert på objektive kriterier *burde* ha forutsett. Vilkåret kan etter dette ikke tas helt bokstavelig etter sin ordlyd.

I vurderingen av hva en påpasselig oppdragsgiver burde forutsett, ligger det som nevnt implisitt et krav om en viss sannsynlighet for at omstendigheten som påberopes, vil materialisere seg. Illustrerende her er EU-domstolens avgjørelse *Farmaindustria* der et sykehus hadde benyttet hasteprosedyren til innkjøp av medisiner for fremtidig leveringssikkerhet.<sup>140</sup> Etter domstolens syn, kunne det ikke utelukkes at det i lys av retten til å ordinere medisiner kan oppstå tilfeller der sykehuset har et akutt behov for å anskaffe bestemte medisiner.<sup>141</sup> Denne rettigheten kunne imidlertid ikke begrunne en konsekvent bruk av hasteprosedyren til medisinske innkjøp idet prosedyren er forbeholdt tilfeller der behovet er reelt og nært forestående.<sup>142</sup>

Det underliggende poenget synes her å være at oppdragsgiver ikke var berettiget til å benytte hasteprosedyren for å forebygge en fremtidig helsefare fordi det var knyttet usikkerhet til om omstendigheten ville materialisere seg. Den påberopte omstendigheten må følgelig ha en viss aktualitet for at den kan tjene som grunnlag for bruk av hasteprosedyren.<sup>143</sup> Det kan i lys av dette argumenteres for at aktsomhetsnormen – med hensyn til hva oppdragsgiver burde ta høyde for ved planlegging – skjerpes jo større sannsynligheten er for at omstendigheten(e) vil inntre.

---

<sup>138</sup> NOU 2014: 4 punkt 12.5.2.4 s. 113 og Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 132 med videre henvisning til Dragsten, Marianne (2013) s. 298.

<sup>139</sup> Ibid.

<sup>140</sup> Se EU-domstolens avgjørelse C-328/92 [C9] *Farmaindustria*. Saken gjaldt daværende anskaffelsesdirektiv 77/62/EØF art. 4 som tilsvarende dagens anskaffelsesdirektivet art. 32 nr. 2 bokstav c.

<sup>141</sup> Ibid. premiss 18.

<sup>142</sup> Ibid. premiss 17–18. Se også Dragsten, Marianne (2020) Kommentar til anskaffelsesforskriften § 13-3.

<sup>143</sup> Bakken, Espen og Nordby, Thomas (2013) s. 112.



Av typetilfeller vil et klassisk scenario være situasjoner der oppdragsgiveren er underlagt styrings- og instruksjonsmyndighet av overordnede organer. Dette var temaet i EU-domstolens avgjørelse *EMS* som gjaldt planer om å grave elven EMS dypere slik at større fartøy kunne benytte elven som fraktrute.<sup>144</sup> Et verft påtok seg deretter ansvaret for å bygge et skip som kunne benyttes til slik frakt. I tillegg påtok de seg omfattende dagmulktkrav ved eventuelle forsinkelser. Arbeidet med elven var forbeholdt godkjenning fra regionale myndigheter som etter en tids vurderinger reiste innsigelser mot det planlagte arbeidet. Kontrakten om fordypning av elven skulle i utgangspunktet tildeles gjennom en åpen anbudskonkurranse. Som en konsekvens av myndighetenes innsigelser, havnet imidlertid verftet i tidsklemme med hensyn til ferdigstillelse av skipet fordi fordypning av elven var en forutsetning for at skipet kunne sjøsettes. Verftet tildelte derfor kontrakt om midlertidig fordypning av elven til en leverandør ved bruk av hasteprosedyren. Som begrunnelse for bruken, ble det vist til at innsigelsene fra de overordnede myndighetene fremsto totalt uventede.<sup>145</sup>

Denne begrunnelsen ble av EU-domstolen avfeid under henvisning til at det ikke kan betraktes som en uforutsett omstendighet at et overordnet organ reiser innsigelser mot en planlagt handling på et område hvor den har saklig kompetanse til dette.<sup>146</sup> Uttalelsen kan tas til inntekt for at oppdragsgiver ikke kan høres med at omstendigheter – som fra et subjektivt perspektiv fremsto uventet – berettiger til bruk av hasteprosedyren dersom omstendigheten fra et objektivt ståsted er noe en påpasselig oppdragsgiver gjennom planlegging burde tatt høyde for.<sup>147</sup>

Liknende betraktninger kan utledes av EU-domstolens avgjørelse *Kommisjonen v. Hellas* hvor det ble fremholdt at det burde være påregnelig for oppdragsgiveren at offentlige organer – ved tildeling av konsesjonsvedtak – oppstiller tidsfrister for gjennomføring som vilkår for tildelingen.<sup>148</sup> Saken gjaldt riktignok forsyningsdirektivet av 1993, men ettersom vilkårene for hasteprosedyren er lik de som oppstilles i dagens anskaffelsesdirektiv, er avgjørelsen relevant ved fastlegging av det nærmere innholdet i anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 2 bokstav c.<sup>149</sup> Den gjennomgatte praksisen gir inntrykk av at det stilles strenge krav til hva oppdragsgivere,

---

<sup>144</sup> EU-domstolens avgjørelse C-318/94 [C5] *EMS*. Se også Weltzien, Kurt og Lande, Henrik (2008) s. 365–366 der saken behandles kort.

<sup>145</sup> Ibid. premiss 15.

<sup>146</sup> Ibid. premiss 16.

<sup>147</sup> Se Weltzien, Kurt og Lande, Henrik (2008) s. 365–366.

<sup>148</sup> EU-domstolens avgjørelse C-394/02 [C5] *Kommisjonen v. Hellas* premiss 42–43.

<sup>149</sup> Forsyningsdirektiv 93/38/EØF art. 40 nr. 3 bokstav d angir daværende hasteprosedyre.

underlagt overordnede organer, burde ta høyde for med hensyn til overordnede organenes bruk av styrings- og instruksjonsmyndigheten.

Et annet scenario er der den påberopte omstendigheten springer ut av dårlig eller manglende planlegging fra oppdragsgiveren. Illustrerende er EU-domstolens avgjørelse *Magistrato per il Po de Parma* som gjaldt tildeling av arbeidskontrakter i relasjon til ferdigstillelse av blant annet et oppdemningsbasseng og regulering av vannhøyde for å hindre oversvømmelse fra elven Po.<sup>150</sup> Bruk av hasteprosedyren ble her begrunnet i at ferdigstillelse av arbeidet var strengt nødvendig for å forhindre oversvømmelse.<sup>151</sup> Denne begrunnelsen ble avfeid av EU-domstolen på bakgrunn av at arbeidet var påbegynt allerede på 1980-tallet og at arbeidet var planlagt å gjennomføres parallelt med at det ble bevilget midler.<sup>152</sup> At oppdragsgiveren nå havnet i en situasjon der behovet for ferdigstillelse var tidskritisk, var ikke et resultat av en uforutsett omstendighet, men et resultat av "den ordregivende myndigheds [dårlige] planlægning".<sup>153</sup> Det underliggende poenget synes her å være at arbeidet strakk seg over et så betydelig tidsrom at oppdragsgiveren hadde mer enn nok av tid til å planlegge og dekke anskaffelsesbehov ved bruk av ordinære anskaffelsesprosesser.

Tilsvarende betraktninger kommer til syne i EU-domstolens avgjørelse *Finn Frogne* der det ble fremholdt at enkelte offentlige kontrakter har en så usikker karakter at det er sannsynlig at det kan oppstå vanskeligheter i gjennomføringsfasen.<sup>154</sup> Dersom oppdragsgiver ikke tar høyde for slike utfordringer ved eksempelvis å innta en endringsklausul, og risikoelementet materialiserer seg under gjennomføring, vil dette ikke betraktes som en uforutsett omstendighet, men en omstendighet som oppdragsgiveren gjennom planlegging eller ved kontraktsutformingen burde tatt høyde for.<sup>155</sup> Oppdragsgiver vil her være avskåret fra å benytte hasteprosedyren. Faktum i saken gjaldt riktignok endring av kontrakt etter anskaffelsesdirektivet artikkel 72 nr. 1 bokstav c, men ettersom også denne bestemmelsen krever at omstendigheten som påberopes ligger utenfor det oppdragsgiveren kunne forutse, har avgjørelsen overføringsverdi ved fastleggelsen av det nærmere innholdet i anskaffelsesdirektivet artikkel 32 nr. 2 bokstav c.

---

<sup>150</sup> EU-domstolens avgjørelse C-385/02 [C5] *Magistrato per il Po de Parma*. Se også Weltzien, Kurt og Lande, Henrik (2008) s. 368–369.

<sup>151</sup> Ibid. premiss 25.

<sup>152</sup> Ibid. premiss 27.

<sup>153</sup> Ibid. premiss 28.

<sup>154</sup> Se EU-domstolens avgjørelse C-549/14 [C3] *Finn Frogne* avsnitt 36.

<sup>155</sup> Ibid. premiss 36 flg.

Klagenemnda har i sin praksis lagt seg på en tilsvarende linje. Illustrerende er avgjørelsen *Arkitektlaget* som gjaldt en kommunes manglende utlysning av bygg- og anleggskontrakter for oppføring av omsorgsboliger.<sup>156</sup> Bakgrunnen for at kommunen tok direkte kontakt med to leverandører, i stedet for å kunngjøre anskaffelsen offentlig, var tidsnød for å rekke Husbankens søknadsfrist for tilskudd. Etter klagenemndas syn, var kommunen i dette tilfellet uberettiget til å benytte hasteprosedyren fordi tidspresset var et resultat av mangelfull planlegging.<sup>157</sup>

Den linjen EU-domstolen og klagenemnda har valgt synes å ha gode grunner for seg. Hensett den overordnede målsetningen om å sikre allmenhetens tillit i anskaffelsesprosesser, fremstår det naturlig at manglende eller utilstrekkelig planlegging ikke gis karakteristikk som uforutsett. I samme retning trekkes ønsket om å forhindre misbrukstilfeller.

Den valgte tilnærmingen illustrerer etter mitt syn også den sterke kontaktflaten mellom vilkåret om at det må inntreffe et forhold som ikke skyldes oppdragsgiveren og vilkåret om at forholdet ligger utenfor det oppdragsgiveren kunne forutse; dersom oppdragsgiveren – grunnet dårlig eller manglende planlegging – havner i en situasjon der anskaffelsesbehovet er så akutt at forkortede frister ikke er tilstrekkelig, vil dette ofte betraktes som et forhold oppdragsgiveren selv er skyld i og følgelig avskjære adgangen til å dekke behovet ved bruk av hasteprosedyren. Den sterke kontaktflaten innebærer at det ikke kan trekkes et skarpt skille mellom vurderingen av de ulike vilkårene idet denne kan raskt vil gli noe over i hverandre.

Som et ytterpunkt, kan det oppstå tilfeller der en omstendighet – som i utgangspunktet fremstår påregnelig – likevel karakteriseres som uforutsett fordi den har et omfang som går ut over det normale. Illustrerende her er EU-domstolens avgjørelse *Kommisjonen v. Italia*.<sup>158</sup> I saken ble hasteprosedyren benyttet til anskaffelse av to helikoptre til bruk for slukking av skogbrann. Anskaffelsen ble gjennomført i medhold av midlertidige bestemmelser i Italia gitt med "bekæmpelse af skovbrande fra luften" for øyet.<sup>159</sup> Spørsmålet om hvorvidt bruken av hasteprosedyren var berettiget kom aldri på spissen idet domstolen avviste søksmålet grunnet formalitetsmangler.<sup>160</sup> I sitt forslag til avgjørelse, kom imidlertid generaladvokaten med enkelte betraktninger om hva en påpasselig oppdragsgiver burde forutse som har overføringsverdi ved

---

<sup>156</sup> Se klagenemndas avgjørelse i den rådgivende saken 2003/163 *Arkitektlaget*.

<sup>157</sup> Se i samme retning klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2021/1432 *Sykehuset Vestfold HF* premiss 43 flg.

<sup>158</sup> Se EU-domstolens avgjørelse C-525/03 [C5] *Kommisjonen v. Italia*.

<sup>159</sup> Ibid. premiss 2.

<sup>160</sup> Ibid. premiss 13–17. Formfeilen var i saken at de midlertidige bestemmelsene ikke lenger var gjeldene i Italia og at det av den grunn ikke lenger var knyttet rettsvirkninger til dem.

fastleggelsen av hvilken aktsomhetsnorm oppdragsgiver bør undergis.<sup>161</sup> Generaladvokaten uttalte innledningsvis at skogbranner i Sør-Europa som et utgangspunktet måtte betraktes som et "regelmessigt og tilbakevendende fænomen" og av den grunn ikke kunne bar preg av å være "uforudseelige".<sup>162</sup> Det kunne imidlertid oppstå tilfeller der omstendigheter av sesongpreget og påregnelige karakter hadde en så "usædvanlig styrke eller omfang" at den likevel måtte anses som "uforudseelige".<sup>163</sup>

Uttalelsene gir inntrykk av at dersom en påregnelig omstendighet har et større omfang eller styrke enn normalt, kan dette tilsi at omstendigheten må betraktes som uforutsett og noe en påpasselig oppdragsgiver ikke kan forventes å ta høyde for. Tankegodset som ligger til grunn for resonnementet er at forekomsten av omstendigheter som overskrider det normale hva gjelder omfang og styrke, er sjelden. Oppdragsgiver vil av den grunn ha mindre incentiv til å ta høyde for at slike omstendigheter kan inntreffe.

I lys av uttalelsene, kan det etter mitt syn argumenteres for at aktsomhetsnormen, i relasjon til hva oppdragsgiver burde ta høyde for, bør mildnes dersom den påberopte omstendighet overgår det normale hva gjelder omfang og styrke. Det er imidlertid viktig å ha klart for seg at den rettskildemessige vekten til generaladvokatens innstilling ikke kan overdrives, herunder fordi slike innstillinger ikke har status som selvstendig rettskilde og ikke minst fordi det aktuelle vilkåret aldri ble gjenstand for prøving i EU-domstolen grunnet formfeilen. Etter mitt skjønn fremstår imidlertid resonnementet å ha gode grunner for seg og bør av den grunn tillegges noe vekt i vurderingen av hva oppdragsgiver gjennom planlegging burde forutse.

Gjennomgangen av rettskildebildet på området viser at det gjelder en streng aktsomhetsnorm for oppdragsgiveren med hensyn til hvilke omstendigheter, som gjennom planlegging av anskaffelsesprosessen, burde tas høyde for. Terskelen for å anse vilkåret som oppfylt legges følgelig høyt og illustrerer at prosedyren er forbeholdt unntakstilfellene.

*Kunne Covid-19-pandemien påberopes som et forhold oppdragsgiveren ikke kunne forutse?*

---

EU-domstolen har ikke behandlet tilfeller der hasteprosedyren er benyttet for å dekke behov utløst av Covid-19-pandemien. Det finnes imidlertid enkelte uttalelser i EU-kommisjonens

---

<sup>161</sup> Forslag til avgjørelse av Generaladvokat F.G. Jacobs i C-525/03 *Kommisjonen v. Italia*.

<sup>162</sup> Ibid. punkt 62–63.

<sup>163</sup> Ibid. punkt 64.

veileder samt noen enkeltavgjørelser fra Klagenemnd for offentlige anskaffelser som behandler tematikken. I kommisjonens veileder, gis pandemien status som "uforudsigelig" og et forhold som "i hvert fald ikke [kunne] forudses og planlægges på forhånd, [...]".<sup>164</sup> Kommisjonen var følgelig av den oppfatning at anskaffelsesbehov utløst av pandemien måtte betegnes som et forhold oppdragsgiveren ikke kunne forutse.

Klagenemnda har også lagt seg på en tilsvarende linje. I avgjørelsen *Smittestopp* var spørsmålet om Folkehelseinstituttet var berettiget til å benytte hasteprosedyren til anskaffelse av blant annet en samarbeidsavtale og vedlikeholdsavtale om utvikling av mobilappen "Smittestopp".<sup>165</sup> Avtalene ble inngått henholdsvis 8. og 14. april 2021. Etter nemndas syn måtte det være "klart" at behovet for smittesporing, herunder en smittesporingsapp, lå utenfor det en påpasselig oppdragsgiver gjennom planlegging burde tatt høyde for før viruset inntraff i midten av mars 2020.<sup>166</sup> Avgjørende for nemndas standpunkt var det akutte behovet for beredskap i en prekær situasjon og behovet for å sikre ivaretagelse av borgernes liv og helse.<sup>167</sup>

Spørsmålet var også gjenstand for behandling i klagenemndavgjørelsen *Hurtigtester* som gjaldt et tilfelle der Sykehusinnkjøp HF gjennomførte to anskaffelser av antigene hurtigtester henholdsvis 25. september og 1. oktober 2020 ved bruk av hasteprosedyren.<sup>168</sup> Begrunnelsen for at anskaffelsesprosessen ikke ble gjennomført nærmere virusets utbrudd i mars 2020 var at antigene hurtigtester med akseptabel presisjon ikke var tilgjengelig på markedet på et tidligere tidspunkt.<sup>169</sup> Denne begrunnelsen ble at nemnda ansett som tilstrekkelig for å tilfredsstille lovens vilkår. Det ble særlig vist til at det ikke kunne forventes at oppdragsgiveren forutså den nøyaktige medisin- og produktutviklingen som løp under pandemien og at oppdragsgiver, av den grunn, ikke burde ha gjennomført anskaffelsen på et tidligere tidspunkt.<sup>170</sup>

Det samlede – om enn sparsommelige – rettskildebildet tilsier at Covid-19-pandemien må betraktes som et forhold som en påpasselig oppdragsgiver gjennom planlegging ikke kunne forutsett. En interessant observasjon er at klagenemnda i avgjørelsen *Hurtigtester* aksepterte pandemien som en uforutsett omstendighet omtrent seks måneder etter dets utbrudd. Ved første

---

<sup>164</sup> EU-kommisjonen (2020) s. 4.

<sup>165</sup> Klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2020/313 *Smittestopp*.

<sup>166</sup> Ibid. premiss 42.

<sup>167</sup> Ibid.

<sup>168</sup> Klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2020/974 *Hurtigtester*.

<sup>169</sup> Ibid. premiss 30

<sup>170</sup> Ibid.

øyekast fremstår det bemerkelsesverdig at en begivenhet – som har vært kjent nasjonalt og internasjonalt i omtrent seks måneder – likevel ble karakterisert som uforutsett og, i kraft av dette, åpnet døren for bruk av en prosedyre som griper inn og rokker ved flere av regelverkets grunnprinsipper.

Ved nærmere analyse fremstår imidlertid en adgang til å benytte hasteprosedyren i dette tilfellet å ha gode grunner for seg. Det kunne vanskelig forventes av oppdragsgiver å ta høyde for at det ville oppstå en global etterspørsel for tilstrekkelig presise hurtigtester som, både på kort og mellomlang sikt, overgikk det som var tilgjengelig på markedet. Det kan trolig til en viss grad argumenteres for at behovet for hurtigtester kunne vært forutsett og planlagt for på et tidligere tidspunkt som følge av at pandemien hadde pågått over en ikke ubetydelig tidsperiode. Når det er sagt, utviklet presise tester seg så langsomt at det ikke var mulig å påbegynne konkurranse om disse på et tidligere tidspunkt, var det avgjørende for oppdragsgivere å kunne gjennomføre anskaffelser av slike tester straks disse ble tilgjengelig på markedet. Sentralt her sto både det akutte behovet for hurtigtester men trolig også ønsket om å unngå å havne sist i leveransefølgen.

Det kunne heller forventes av oppdragsgiveren å forutse at pandemien ville utvikle seg slik den gjorde og, i forlengelsen av dette, behovene som oppstod som en konsekvens av utviklingen. Det var trolig svært krevende å estimere det fremtidige behovet for medisinsk utstyr, herunder fordi (1) behovet varierte ut fra hvordan viruset muterte og utviklet seg med hensyn til smittsomhet og alvorlighetsgrad og (2) fordi det var vanskelig å spå når og hvilke type tiltak og restriksjoner for å forhindre smittesporing som ville innføres. Disse faktorene sett under ett tilsier at oppdragsgiver neppe hadde en tidsmessig horisont til å forutse utbredelsen av viruset og, i forlengelsen av dette, planlegge og gjennomføre anskaffelsesprosesser etter ordinære prosedyrer. Bruk av hasteprosedyren – forutsatt av de øvrige vilkårene var oppfylt – fremstår etter mitt skjønn som en av svært få muligheter oppdragsgiveren hadde til å dekke de utløste behovene tidsnok.

*Hvor lenge kunne oppdragsgiveren påberope Covid-19-pandemien som uforutsett?*

---

I forlengelsen av Covid-19-pandemiens status som en uforutsett omstendighet, er det naturlig å spørre seg *hvor lenge* pandemien kunne tillegges en slik karakteristik. Særlig interessant er det å vurdere om det var grunnlag for å operere med en skjerpet aktsomhetsnorm med hensyn til hva som kreves av oppdragsgiver jo lengere ut i pandemien anskaffelsen ble gjennomført.

Allerede i september 2020 kom prognosene om at det måtte planlegges for en ny, nasjonal smittebølge.<sup>171</sup> For oppdragsgivere ga dette indikasjoner om at behov oppstått ved pandemiens utbrudd på ny kunne tenkes å oppstå. Bevisstgjøringen rundt en ny smittebølge tilsier etter mitt skjønn at oppdragsgiver på dette tidspunktet trolig hadde et bedre grunnlag for å forutse at pandemi-relaterte anskaffelsesbehov igjen ville materialisere seg. Som en naturlig følge av dette, hadde oppdragsgivere trolig et større incentiv til å iverksette anskaffelsesprosesser etter ordinære prosedyrer på et tidlig tidspunkt for å unngå å havne i tidsklemme. Sagt med andre ord, tilsier bevisstgjøringen av den nye smittebølgen at aktsomhetsnormen – i relasjon til hva som kreves av oppdragsgiveren med hensyn til planlegging – burde skjerpes sammenliknet med den som gjaldt ved pandemiens utbrudd.

Som et viktig motargument, kan det imidlertid vises til at den nye smittebølgen var av et slikt omfang og hadde en smittsomhet som tilsier at den likevel må karakteriseres som uforutsett og noe som lå utenfor det oppdragsgiver burde tatt høyde for.<sup>172</sup> Illustrerende er forarbeidenes beskrivelse av situasjonen i oktober 2020 som "den mest alvorlige" siden pandemiens utbrudd i mars samme år.<sup>173</sup> Det stadig økende smittetrykket resulterte i svært strenge tiltak i form av begrensninger på private og offentlige arrangementer parallelt med at befolkningen ble anmodet om å begrense den sosiale kontakten.<sup>174</sup> I Oslo kommune var smittetrykket så høyt at det ble innført en midlertidig sosial nedstengningen der sentrale velferdstilbud som kinoer og treningsentre ble stengt.<sup>175</sup> Fra oppdragsgivers ståsted, var det trolig også svært utfordrende å fastsette kapasitetsbehovet for medisinsk utstyr under den nye smittebølgen. Momentene sett under ett tilsier at også den andre smittebølge må betraktes som et forhold som oppdragsgiver ikke kunne forutse.

Inngangen til den tredje smittebølgen var preget av å være ustabil og uoversiktlig.<sup>176</sup> Bakteppet var her at den nye virusvariantene spredte seg ulikt i ulike deler av landet. Smittetrykket var i løpet av mars 2021 høyt i store deler av landet og innebar svært strenge smitteverntiltak. Det

---

<sup>171</sup> Nettartikkel, Folkehelseinstituttet, 11. september 2020, "*Fortsatt høy risiko for lokal spredning av covid-19*".

<sup>172</sup> Tankegodset bygger på betraktningene som kommer til uttrykk i forslag til avgjørelse av Generaladvokat F.G. Jacobs i C-525/03 *Kommisjonen v. Italia* som er nærmere behandlet under avhandlingens punkt 4.2.

<sup>173</sup> Se NOU 2022: 5 punkt 2.2 s. 18–19.

<sup>174</sup> Ibid. punkt 2.2.1 s. 20–21.

<sup>175</sup> Pressemelding, Oslo kommune, 6. november 2020, "*Byrådet innfører sosial nedstengning av Oslo*".

<sup>176</sup> NOU 2022: 5 punkt 2.3 s. 26–27.

var i denne perioden mange som ble innlagt på sykehuset hvilket førte til at kapasiteten hos de fleste av av landets helseforetak, igjen ble utsatt for stort press.<sup>177</sup>

Også den fjerde og femte smittebølgen, og da kanskje særlig den femte bølgen representert ved omikronvarianten, innebar en markant økning i det nasjonale smittetrykket med påfølgende strenge smitteverntiltak.<sup>178</sup> Omikronvarianten var betydelig mer smittsom enn dens forgjengere og nødvendiggjorde derfor et enda større behov for antigene hurtigtester og annet medisinsk utstyr for å kunne drive effektiv smittesporing.<sup>179</sup> I tillegg var anskaffelser av slikt medisinsk utstyr et helt sentralt virkemiddel for å unngå total overbelastning av en allerede presset helsetjeneste.

Gjennomgangen av smittesituasjonen i pandemiens ulike faser gjør det rimelig og naturlig å konkludere med at oppdragsgiver var berettiget til å påberope pandemien som en uforutsett omstendighet under samtlige av dens faser. Momentene som ligger til grunn for konklusjonen er de mange likhetstrekk mellom smittebølgene, herunder at de hadde et omfang som overgikk det som med rimelighet kunne forventes samtidig som behovet for smittevernustyr og annet beredskap gjennomgående var stort. De strenge smitteverntiltakene som ble innført under de ulike smittebølgene er etter mitt syn symptomatisk for dette.

#### **4.2.4 Når vil det være umulig for oppdragsgiveren å overholde forskriftens øvrige frister?**

Ordlyden "umulig å overholde fristene [...] som følge av forhold [...]" tilsier rent språklig at omstendigheten som inntreffer må medføre at det for oppdragsgiveren er absolutt umulig å dekke anskaffelsesbehovet tidsnok dersom fristene som gjelder forskriftens øvrige prosedyreformer må overholdes. Begrepet "umulig" er skjønnspreget slik at det må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle når den påberopte omstendigheten medfører slike virkninger for oppdragsgiveren. Den konkrete vurderingen må foretas med utgangspunkt i en høy terskel.

Formuleringen "som følge av" tilsier videre at umuligheten må springe ut av den påberopte omstendighet. Det gjelder følgelig et krav til årsakssammenheng, herunder slik at årsaken til at

---

<sup>177</sup> Ibid.

<sup>178</sup> Ibid. punkt 2.4 og 2.5 s. 31–32. Se også nettartikkel, Regjeringen, 29. november 2021, "*Innfører tiltak for å forsinke spredningen av omikronvarianten i Norge*".

<sup>179</sup> Se nettartiklene Norsk Helseinformatikk, 17. desember 2021, "*Omikron*" og Folkehelseinstituttet, 11. mars 2022, "*Nytt om omikrons spredningsevne i norske husstander*".



det for oppdragsgiver er umulig å overholde fristene skyldes at den påberopte omstendigheten utløser et behov som må dekkes hurtigere enn forskriftens forkortede frister tillater. Kravet om årsakssammenheng bidrar til å forhindre misbrukstilfeller ved at det må påvises en nærhet mellom umuligheten og omstendigheten som nødvendiggjør bruken. Dersom anskaffelsen gjennomføres i lang tid etter av omstendigheten inntraff, vil kravet til årsakssammenheng ikke være oppfylt.<sup>180</sup>

Ordlyden "umulig" tilsier – som nevnt ovenfor – at etterlevelse av ordinære frister må medføre at behovet ikke dekkes tidsnok. Bestemmelsen representerer imidlertid en hasteprosedyre, gjennomført ved konkurranse med forhandling, slik at vilkåret må antas å være oppfylt først når det utløste behovet umulig kan dekkes tidsnok ved bruk av forkortede frister som gjelder for denne prosedyreformen.<sup>181</sup> Videre tilsier ordlyden også – som nevnt – at det kreves en absolutt umulighet. Praksis fra EU-domstolen kan imidlertid tas til inntekt for at det gjelder et krav om objektiv umulighet. Illustrerende er avgjørelsen *Magistrato per il Po de Parma* der domstolen vurderte om det ville være forholdsmessig byrdefullt for oppdragsgiveren å etterleve fristene sett hen til formålet som lå til grunn for anskaffelsen.<sup>182</sup> En slik interesseavveining tilsier at det stilles krav om en objektivt umulighet, herunder slik at det må vurderes om etterlevelse av forskriftens forkortede frister innebærer en uakseptabel risiko eller at det oppstår uakseptable konsekvenser.<sup>183</sup> Vilkåret kan etter dette ikke forstås bokstavelig etter sin ordlyd.

Å operere med et krav om objektiv umulighet synes etter mitt syn å ha gode grunner for seg. For det første vil hasteprosedyren raskt bære preg av å være illusorisk dersom oppdragsgiver må sannsynliggjøre at etterlevelse av forskriftens forkortede frister er absolutt umulig. Argumentet bygger på en tanke om at det i praksis vil være ytterst få tilfeller der en slik absolutt umulighet foreligger og i så henseende ytterst få tilfeller der oppdragsgivers gis adgang til å benytte hasteprosedyren. At terskelen for rettmessig bruk skal være så høy kan neppe ha vært lovgivers intensjon. For det andre vil en objektiv tilnærming til umulighetsvilkåret bidra til å realisere regelverkets overordnede målsetning om integritet og tillit i anskaffelsesprosesser. Resonnementet springer ut av likebehandlingsprinsippet; dersom vurderingstemaet bygger på

---

<sup>180</sup> Se EU-domstolens avgjørelse C-107/92 [C9] *Kommisjonen v. Italia* premiss 9–14 og klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2020/806 *Volt Entreprenør Harstad* premiss 33 og 35.

<sup>181</sup> Anskaffelsesforskriften §§ 20-4 tredje ledd, jf. 20-3 femte ledd. Se også EU-domstolens avgjørelser C-24/91 [C9] *Kommisjonen v. Spania* premiss 11–15 og C-126/03 [C5] *Kommisjonen v. Tyskland* premiss 23.

<sup>182</sup> EU-domstolens avgjørelse C-385/02 [C5] *Magistrato per il Po de Parma*.

<sup>183</sup> Se tilsvarende betraktninger i EU-domstolens avgjørelse C-126/03 [C5] *Kommisjonen v. Tyskland* premiss 22.

objektive kriterier, vil dette bidra til å forhindre ulik praksis med hensyn til hva som kreves av omstendigheten for at vilkåret ansees oppfylt. I forlengelsen av dette, vil også risikoen for korrupsjon og selektiv utvelgelse i tildelingsfasen reduseres. I lys av argumentasjonen, fremstår et vurderingstema basert på subjektive kriteriet å være utelukket.

Anskaffelsesdirektivet anser vilkåret som oppfylt dersom det foreligger "tvingende grunde" som gjør det umulig å overholde de forkortede fristene.<sup>184</sup> Den påberopte omstendighet må – i motsetning til hva som kreves ved bruk av forkortede frister – overstige en viss terskel med hensyn til alvorlighet.<sup>185</sup> Omstendigheten må ha karakter av å være så alvorlig at det er helt nødvendig for oppdragsgiveren å gjennomføre en anskaffelse hurtigere enn det de forkortede fristene tillater. En slik forståelse understøttes av direktivets fortale som angir at prosedyren gjelder for de "helt ekstraordinære situationer".<sup>186</sup> Direktivet gir samlet sett inntrykk av at terskelen for å anse vilkåret oppfylt er enda høyere enn den som gjelder for berettiget bruk av forkortede frister. Dette forsterker inntrykket av at prosedyren er forbeholdt unntakstilfellene.

Underrettens avgjørelse *TQ3 Travel Solutions Belgium v. Kommisjonen* er foreløpig den eneste avgjørelsen etter anskaffelsesdirektivet der kravet til umulighet ble ansett oppfylt.<sup>187</sup> I saken kom Underretten til at det for oppdragsgiveren var umulig å opprettholde kontinuitet i den omfattende reisevirksomheten som råder blant EU-organene med mindre det ble inngått en midlertid anskaffelse ved bruk av hasteprosedyren.<sup>188</sup> Avgjørelsen må imidlertid som nevnt tillegges begrenset rettskildemessig vekt.<sup>189</sup>

Det nasjonale regelverket legger til grunn en tilsvarende forståelse av umulighetsvilkåret som anskaffelsesdirektivet. Dersom den påberopte omstendighet skyldes politisk press til hurtig gjennomføring eller at etterlevelse av de forkortede fristene gjør anskaffelsen ekstra kostbar eller ressurskrevende, vil dette ikke oppfylle lovens vilkår.<sup>190</sup> Først når omstendigheten som påberopes har en slik karakter at det for oppdragsgiveren er *tvingende nødvendig* å gjennomføre en anskaffelse hurtigere enn det de forkortede fristene tillater, vil vilkåret anses tilfredsstillt.<sup>191</sup> Dette vil typisk være tilfellet dersom fristetterlevelse fører med seg negative konsekvenser for

---

<sup>184</sup> Anskaffelsesdirektivet art. 32 nr. 2 bokstav c.

<sup>185</sup> Se avhandlingens punkt 3.3.3.

<sup>186</sup> Fortalen til anskaffelsesdirektivet premiss 50.

<sup>187</sup> Underrettens avgjørelse T-148/04 [C3] *TQ3 Travel Solutions Belgium v. Kommisjonen*.

<sup>188</sup> Ibid. premiss 96–100. Se også Weltzien, Kurt og Lande, Henrik (2008) s. 369–372.

<sup>189</sup> Se avhandlingens punkt 4.2.1 der avgjørelse omtales nærmere.

<sup>190</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 133–134.

<sup>191</sup> Ibid.

oppdragsgiverens eiendom eller fare for liv og helse.<sup>192</sup> Anskaffelse av livsnødvendige varer som medisiner og matforsyning kan oppfylle lovens vilkår.<sup>193</sup> Også i teorien uttrykkes det at fristetterslevelse må lede til at akutte behov ikke dekkes tidsnok eller negative konsekvenser for oppdragsgiveren selv eller andre tredjemenn.<sup>194</sup> Det kreves følgelig at fristetterslevelse må lede til ulemper av en viss alvorlighetsgrad – enten for oppdragsgiveren selv eller for andre som berøres av anskaffelsen.

Rettskildebildet sett under ett viser at det gjelder en høy terskel for å konstatere at en inntrådt omstendighet gjør det umulig for oppdragsgiver å etterleve de forkortede fristene. Det springende punkt i vurderingen er hvor byrdefullt det for oppdragsgiveren er å gjennomføre anskaffelsesprosessen etter forskriftens forkortede frister hensett formålet som ligger til grunn for anskaffelsen. Vurderingen må bygge på en objektivt norm med utgangspunkt i hvorvidt den omstendighet som påberopes – etter en interesseavveining basert på de hensyn og interesser som gjør seg gjeldene – tilsier at det er tvingende nødvendig for oppdragsgiveren å benytte hasteprosedyren dersom behovet skal dekkes tidsnok. Når kravet til umulighet er oppfylt henger følgelig tett sammen med hvilke interesser som påberopes som grunnlag for umuligheten.

*Innebar Covid-19-pandemien at det for oppdragsgiveren var umulig å etterleve forskriftens forkortede frister?*

---

I sin veileder, la EU-kommisjonen til grunn at det for oppdragsgiveren "i de fleste tilfælde, i det mindste med hensyn til de væsentligt større kortsigtede behov, i takt med at smittekurven stiger" var umulig å gjennomføre en anskaffelse ved bruk av forkortede frister dersom behovet skulle dekkes tidsnok.<sup>195</sup> Kommisjonen var følgelig av den oppfatning at umulighetsvilkåret som et utgangspunkt var oppfylt for oppdragsgiveres kortsiktige behov utløst av pandemien og utviklingen av denne. Liknende betraktninger kommer til syne i den nasjonale veilederen.<sup>196</sup> For oppdragsgivere, innebar dette at kortsiktige anskaffelsesbehov for vaksiner, munnbind og annet smittevernustyr utløst på bakgrunn av økt smittetrykk i samfunnet, trolig var tilstrekkelig for å fastslå at anskaffelsen umulig kunne gjennomføres i tråd med forskriftens forkortede frister.

---

<sup>192</sup> Ibid.

<sup>193</sup> Ibid.

<sup>194</sup> Dragsten, Marianne (2020) Kommentar til anskaffelsesforskriften § 13-3.

<sup>195</sup> EU-kommisjonens (2020) s. 5.

<sup>196</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2020).

Spørsmålet har også vært gjenstand for behandling i klagenemnda. I avgjørelsen *Helseboka* hadde Oslo kommune gått til anskaffelse av vaksinasjonssystemet "Helseboka" ved bruk av hasteprosedyren.<sup>197</sup> I vurderingen av umulighetsvilkåret uttalte nemnda at kommunen ikke hadde konkret informasjon om vaksinetilgang og andre forhold av betydning for å gjennomføre anskaffelsen på et tidligere tidspunkt.<sup>198</sup> Når kommunen fikk den nødvendige informasjonen, var behovet så akutt at det for oppdragsgiveren var umulig å gjennomføre anskaffelsen etter de forkortede fristene dersom behovet skulle dekkes tidsnok.<sup>199</sup>

Tilsvarende betraktninger kommer til syne i klagenemndavgjørelsen *Hurtigttester*. I saken, kom nemnda til at umulighetsvilkåret var oppfylt under henvisning til at markedssituasjonen for hurtigttester var så usikker at når tester med akseptabel presisjon først ble tilgjengelig på markedet, var bruk av hasteprosedyren den eneste muligheten oppdragsgiver hadde til å skaffe et tilstrekkelig antall tidsnok.<sup>200</sup> Det underliggende poenget er her at dersom oppdragsgiver var pålagt å etterleve de forkortede fristene som gjelder for prosedyreformen, kunne dette resulterte i at oppdragsgiver havnet bakerst i leveransefølgen. Gitt den usikre markedssituasjonen og en allerede stor global etterspørsel, var det følgelig avgjørende at oppdragsgiver kunne benytte hasteprosedyren straks hurtigttester mer akseptabel presisjon ble tilgjengelig på markedet.

Den tilnærmingen EU-kommisjonen og klagenemnda valgte i vurderingen av om pandemiens utbrudd og utvikling oppfylte umulighetsvilkåret synes etter mitt skjønn å ha de beste grunner for seg. For den første og andre smittebølgen kan det vises til at disse innebar strenge tiltak og restriksjoner samtidig som det for oppdragsgiver var utfordrende å forutse det eksisterende og fremtidige kapasitetsbehovet for smittevernutstyr og annen beredskap. For den tredje og fjerde smittebølgen – særlig den fjerde representert ved omikronvarianten – innebar disse som nevnt en markant økning i den globale etterspørselen av hurtigttester.<sup>201</sup> Den drastiske smitteøkningen sammenholdt med allerede store utfordringer knyttet til distribusjon og tilgjengelighet av hurtigttester, tilsier etter mitt skjønn at det for oppdragsgiver var nødvendig å effektivere bestillingen av hurtigttester når dette først ble tilgjengelige som et tiltak for å forhindre total nedstemning av samfunnet.

---

<sup>197</sup> Klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2021/385 *Helseboka*.

<sup>198</sup> Ibid. premiss 47.

<sup>199</sup> Ibid. premiss 48.

<sup>200</sup> Klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2020/974 *Hurtigttester* premiss 30.

<sup>201</sup> Se avhandlingens punkt 4.2.3 s. 34–37 for nærmere om den nasjonale tilstanden under de ulike smittebølgene.

Dersom oppdragsgiver ble vært pålagt å kunngjøre anskaffelsesbehovet i tråd med forskriftens forkortede frister, ville oppdragsgiver risikere å gå tom for hurtigtester. Konsekvensene ville her potensielt ha vært lengere nedstengningsperioder av samfunnet eller lengere perioder med strenge, nasjonale smitteverntiltak. Disse omstendighetene sett under ett tilsier at det for oppdragsgiveren var umulig å gjennomføre anskaffelser ved bruk av forkortede frister dersom de utløste behovene skulle dekkes tidsnok.

Når det gjelder kravet til årsakssammenheng, taler de nevnte omstendighetene for at også dette må antas å ha vært oppfylt under samtlige smittebølger idet den drastiske smitteøkningen var årsaken til at det var umulig å gjennomføre anskaffelser etter de forkortede fristene. Den nødvendige nærheten må her antas å ha vært til stede ettersom anskaffelsene ble gjennomført kort tid etter at de ulike smittebølgene var et faktum.

*Kunne hasteprosedyren benyttes til anskaffelser som ikke var begrunnet i faren for liv og helse?*

---

Covid-19-pandemien utløste behov for andre varer enn medisinsk smittevernutstyr og som var begrunnet i andre hensyn enn faren for liv og helse. Behovet for hjemmekontorløsninger og videoløsninger kunne for eksempel ikke direkte forankres i faren for liv og helse til tross for at behovet skyldtes påbudet om hjemmekontor. Spørsmålet under dette punktet er hvilken adgang oppdragsgiver hadde til å dekke slike anskaffelsesbehov ved bruk av hasteprosedyren.

Anskaffelsesdirektivet åpner for at behovet ikke nødvendigvis må ha sitt utspring i faren for liv og helse ved at hasteprosedyren er gitt nedslagsfelt for "begivenheder" som har karakter av å være "tvingende".<sup>202</sup> Direktivet gir inntrykk av at det gjelder en adgang til å vektlegge andre hensyn enn faren for liv og helse forutsatt at hensynet som påberopes kan karakteriseres som "tvingende". Også i det nasjonale regelverket tilsier formuleringen "[...] oversvømmelser, brann eller lignende" i departementets veileder ved angivelsen av hvilke omstendigheter som kan berettige bruk av hasteprosedyren at døren holdes åpen for å legge vekt på andre hensyn enn faren for liv og helse.<sup>203</sup>

Behovet for hjemmekontor- og videoløsninger hadde som nevnt sitt faktiske utspring i påbudet om hjemmekontor. Hensynet som tilsa at hasteprosedyren kunne benyttes til å dekke disse

---

<sup>202</sup> Anskaffelsesdirektivet art. 32 nr. 2 bokstav c første punktum og fortalen premiss 50.

<sup>203</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 132–133.

behovene var imidlertid ikke faren for liv og helse, men det overordnede ønsket om å unngå verdispill av samfunnsmessige interesser.<sup>204</sup> Det var neppe i samfunnets interesser at ansatte, da påbudet om hjemmekontor ble innført, skulle la vær å arbeide hjemmefra så langt det lot seg gjøre. Behovet for hjemmekontor- og videoløsninger kan i lys av dette betraktes som tvingende i den forstand at slike løsninger var avgjørende for at arbeidshverdagen og næringslivet skulle fortsette å gå rundt under pandemien.

Det foreligger ingen praksis der hasteprosedyren er benyttet til anskaffelser hjemmekontor- eller videoløsninger. Bakgrunnen for dette er trolig at slike anskaffelser jevnt over hadde en kontraktsverdi som ikke oversteg de relevante EØS-terskelverdiene og i så måte fulgte prosedyrereglene i anskaffelsesforskriften del I eller II. Videre kan det også tenkes at behovet for slike ordninger ikke hadde den samme tvingende karakter som anskaffelse av medisinsk smittevernutstyr og, av den grunn, kunne gjennomføres etter ordinære prosedyrer eller ved bruk av forkortede frister. Dette til tross, må det antas at hasteprosedyren kunne tjent som grunnlag for oppdragsgiver til å dekke slike behov.

#### **4.2.5 Hvilket omfang kan en kontrakt inngått etter hasteprosedyren ha?**

Det følger av anskaffelsesdirektivet og anskaffelsesforskriften at anskaffelser gjennomført ved bruk av hasteprosedyren ikke skal overgå det som er "strengt nødvendig".<sup>205</sup> Rent språklig oppstiller ordlyden en kvantitativ begrensning til kontraktens omfang. Formuleringen "strengt nødvendig" angir at yttergrensen for hvilket omfang kontrakten kan inneha må fastlegges konkret med utgangspunkt i hvilket omfang som er nødvendig for å dekke det utløste behovet.

Begrensningen har til hensikt å forhindre misbrukstilfeller ved at det inngås kontrakter med et omfang som overskrider det som er absolutt nødvendig for å dekke det oppståtte behovet.<sup>206</sup> I dette ligger en målsetning om å sørge for at prosedyren bare benyttes til å dekke akutte og midlertidige behov før oppdragsgiver, deretter, benytter ordinære prosedyrer eller forkortede frister til å dekke øvrige behov. Kriteriet kan i lys av dette betraktes som en sikkerhetsventil for

---

<sup>204</sup> Se forslag til avgjørelse av Generaladvokat M.B. Elmer i C-318/94 *EMS* pnkt. 20 hvor blant annet verdispill av samfunnsinteresser ble vektlagt.

<sup>205</sup> Anskaffelsesdirektivet art. 31 nr. 2 bokstav c første punktum og anskaffelsesforskriften § 13-3 bokstav e første ledd annet punktum.

<sup>206</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 133–134 og klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2020/974 *Smittestopp* premiss 32.

å forhindre bruk av anskaffelsesprosedyrer som i betydelig grad griper inn i regelverkets grunnleggende prinsipper i større utstrekning enn det som er absolutt nødvendig.

Det er i litteraturen tatt til orde for at den lovregulerte begrensningen også omfatter kontraktens *varighet*.<sup>207</sup> Begrunnelsen har sitt utspring i forholdsmessighetsprinsippet i den forstand at det fremstår lite hensiktsmessig at kontraktens varighet ikke er underlagt den samme begrensningen som kontraktens omfang. En slik forståelse underbygges av at prosedyren har til hensikt å gi oppdragsgiver mulighet til å dekke akutte behov i en begrenset tidsperiode.

Det foreligger ikke praksis fra EU-domstolen der kontraktens varighet har kommet på spissen. Underretten har imidlertid behandlet spørsmålet i avgjørelsen *TQ3 Travel Solutions Belgium v. Kommisjonen* der en avtale om reisereisebyråtenester, med en varighet på en måned, ble ansett å ligge innenfor rammen av det som var strengt nødvendig for å dekke EU-kommisjonens akutte behov for reisebyråvirksomhet.<sup>208</sup> Dette tilsier til en viss grad at det gjelder klare begrensninger med hensyn til kontraktens varighet.

En kontrakt vil ofte bestå av flere deler der hver del har til hensikt å dekke ulike behov. Et eksempel på dette er anskaffelse av en IT-tjeneste som dels skal dekke behovet for håndtering og sporing av smittetilfeller på tvers av fylkesgrensene og dels behovet for fjernarbeid og virtuelle helsetjenester for å forhindre økt smitte i samfunnet. Dersom ikke alle deler av kontrakten har karakter av å være tvingende nødvendig, vil bruk av hasteprosedyren som grunnlag for hele anskaffelsen raskt kunne medføre at kontraktens omfang overskrider det som er strengt nødvendig.

Illustrerende her er klagenemndavgjørelsen *Eims* som gjaldt Kystverkets anskaffelse av blant annet avfallshåndteringstjenester og leie av slepebåter i forbindelse med at containerskipet "Godafoss" grunnstøtte med etterfølgende store oljelekkasjer.<sup>209</sup> Klager hevdet at deler av anskaffelsen utgjorde en direkte ulovlig anskaffelse under henvisning til at disse delene av kontrakten burde vært utskilt og kunngjort etter ordinære prosedyrer eller gjennom bruk av forkortede frister.<sup>210</sup>

---

<sup>207</sup> Thue, Anders mfl. (2018) s. 598.

<sup>208</sup> Underrettens avgjørelse T-148/04 [C3] *TQ3 Travel Solutions Belgium v. Kommisjonen* premiss 18.

<sup>209</sup> Klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2013/16 *Eims*.

<sup>210</sup> *Ibid.* premiss 90.

Klagenemnda slo innledningsvis fast at plikten til oppdeling *kan* oppstå i de tilfeller der det oppståtte anskaffelsesbehovet er vedvarende, herunder slik at det inngås en midlertidig kontrakt for den mest akutte delen, mens det resterende anskaffelsesbehovet dekkes etter ordinære prosedyrer eller ved bruk av forkortede frister.<sup>211</sup> Antitetisk tolket tilsier dette at den delen av kontrakten som strekker seg fra inngåelsestidspunktet og frem til tidspunktet man tidligst kunne inngått en kontrakt etter ordinære prosedyrer eller ved bruk av forkortede frister, ikke kan kreves adskilt.

Hvorvidt det foreligger en oppdelingsplikt avhenger av om de ulike kontraktselementene kan atskilles. Hvilke deler av kontrakten som potensielt skal skilles ut og kunngjøres beror på "tiden det tar å gjennomføre en kunngjort konkurranse".<sup>212</sup> Som skissert under punkt 3.3.1, kan en anskaffelse i teorien gjennomføres i løpet av 26 dager.<sup>213</sup> Det må imidlertid påregnes noe tid til utforming av konkurransegrunnlaget, evaluering av innleverte tilbud og offentliggjøring av tildelingsbeslutningen.<sup>214</sup> En anskaffelse ved bruk av forkortede frister vil derfor først være realistisk å ha på plass omtrent fire, fem uker etter kontraktsinngåelsen som fant sted ved bruk av hasteprosedyren.<sup>215</sup>

I den konkrete vurderingen, slo nemnda fast at kontrakten som gjaldt slepebåtene ikke kunne kreves adskilt ettersom utførselen av disse tjenestene fant sted de fire, fem første ukene etter at behovet oppstod.<sup>216</sup> Sagt med andre ord; denne delen av kontrakten var utført på et tidligere tidspunkt enn det hadde vært mulig å få på plass en anskaffelse etter ordinære prosedyrer eller forkortede frister og i så henseende ikke mulig å skille ut.

For anskaffelsen av avfallshåndteringstjenester, var løsningen mer usikker. Det var vanskelig å fastslå eksakt hvordan en kontrakt, som hadde til hensikt å dekke til dels ukjente opprydnings- og miljøbehov og som i tillegg vil kunne forandre seg underveis som arbeidet skred frem, skulle gjennomføres.<sup>217</sup> Dette var også problematisk med hensyn til at oppdragsgiver, som et utslag av forutberegnelighetsgrunnsetningen, plikter å gi potensielle leverandører opplysninger som er tilstrekkelig for å ha et forsvarlig grunnlag til å inngi tilbud ved kunngjøring av anskaffelsen

---

<sup>211</sup> Ibid. premiss 91.

<sup>212</sup> Ibid. premiss 92.

<sup>213</sup> Se avhandlingens punkt 3.3.1.

<sup>214</sup> Klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2013/16 *Eims* premiss 92.

<sup>215</sup> Ibid. Se også avhandlingens punkt 3.3.1.

<sup>216</sup> Klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2013/16 *Eims* premiss 93 og 96.

<sup>217</sup> Ibid.



og fremleggelse av konkurransegrunnlaget.<sup>218</sup> Endelig var det for nemnda usikkert om hvorvidt det å kreve utskillelse og kunngjøring for deler av kontrakten om avfallshåndtering var forholdsmessig hensett kostnadene et eventuelt leverandørbytte ville medføre.<sup>219</sup>

Etter en samlet vurdering, konkluderte nemnda med at disse usikkerhetsmomentene sett under ett innebar at heller ikke denne kontrakten kunne kreves oppdelt og kunngjort.<sup>220</sup> Sentralt her var blant annet at sluttbehandling var en fase i behandling av avfallet, og ikke en frittstående løpende tjenesteutførelse.<sup>221</sup> Hensynet til ansvarsforhold og risiko talte derfor mot en plikt til å kreve et leverandørskifte for denne delen av kontrakten.<sup>222</sup>

Etter mitt syn, kan avgjørelsen tas til inntekt for at oppdragsgiver har et begrenset spillerom ved spørsmål om utskillelse og kunngjøring av deler av en kontrakt inngått i medhold av hasteprosedyren. Styrende for når det stilles krav til oppdeling er karakteren av det arbeidet som potensielt skal skilles ut og hvilke kostander og ulemper som kan oppstå ved et potensielt leverandørbytte. Dersom hensynet til forutberegnelighet tilsier at deler av kontrakten kan skilles ut og kunngjøres, bør det kreves at ulempene et eventuelt leverandørbytte vil medføre overstiger en viss terskel. Som en overordnet rettesnor, vil det springende punkt være hvorvidt det etter en helhetsvurdering fremstår plausibelt å inngå en helhetlig kontrakt. Som klagenemnda uttalte i avgjørelsen *Eims*, kan regelen ikke praktiseres så strengt at det "stenger" for en "hensiktsmessig og forretningsmessig forsvarlig kontraktsavvikling."<sup>223</sup>

*Hvilke omstendigheter var av betydning for oppdragsgiver ved fastsettelse av kontraktens omfang og varighet under Covid-19-pandemien?*

---

Det er begrenset med praksis der kriteriet om kontraktens omfang og varighet har kommet på spissen i relasjon til anskaffelser gjennomført under Covid-19-pandemien. Problemstillingen ble imidlertid behandlet av klagenemnda i avgjørelsen *Smittestopp* som gjaldt anskaffelse av tjenestekjøp over internett (skyplattform), samarbeidsavtale og vedlikeholdsavtale av appen "Smittestopp" ved bruk av hasteprosedyren.<sup>224</sup> I vurderingen av kontraktens omfang, uttalte

---

<sup>218</sup> Ibid.

<sup>219</sup> Ibid.

<sup>220</sup> Ibid. premiss 99.

<sup>221</sup> Ibid. premiss 97.

<sup>222</sup> Ibid.

<sup>223</sup> Ibid. premiss 98.

<sup>224</sup> Klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2020/313 *Smittestopp*.

nemnda at en varighet på fem år, med opsjon på ytterligere fem år, overskred det som måtte antas å være strengt nødvendig. Det ble særlig vektlagt at det i løpet av denne perioden ville vært mulig å avholde en anbudskonkurranse i tråd med de ordinære prosedyrene i forskriften. At det i kontrakten var inntatt en avbestillingsklausul, endret ikke dette synspunktet.<sup>225</sup>

Også i avgjørelsen *Hurtigtester* var spørsmålet om kontraktens omfang og varighet overskred det strengt nødvendige.<sup>226</sup> I saken hadde Sykehusinnkjøp HF anskaffet tre millioner antigene hurtigtester, med opsjon på levering av ytterligere to millioner, ved bruk av hasteprosedyren. Etter nemndas syn lå anskaffelsen innenfor rammen av det som var strengt nødvendig.<sup>227</sup> I sin begrunnelse viste nemnda til at omfanget var nødvendig på tidspunktet for anskaffelsen for å sikre betryggende beredskap.<sup>228</sup> Også opsjonen var nødvendig hensett det omfattende behovet som forelå og usikkerheten knyttet til leveringsvilkår og tilgjengelighet for presise hurtigtester i leverandørmarkedet.<sup>229</sup> I relasjon til kontraktens varighet, var det avgjørende at behovet vedvarte under hele perioden og at anskaffelse av ytterligere hurtigtester skulle baseres på en kunngjort konkurranse.<sup>230</sup>

Klagenemnda kom til tilsvarende konklusjon i avgjørelsen *Helseboka* som gjaldt avtale om løpende tjenestekjøp av vaksinasjonssystemet "Helseboka" for henholdsvis massevaksinering og ansattvaksinering i sykehjem.<sup>231</sup> Avtalen om massevaksinering gjaldt et år fra leveringsdag med automatisk fornyelse for seks måneder med mindre den ble sagt opp med tre måneders varsel før fornyelsestidspunktet. Avtalen om ansattvaksinering gjaldt seks måneder fra leveringsdag med automatisk fornyelse for tre måneder med mindre den ble sagt opp med én måneds varsel før fornyelsestidspunktet.

På bakgrunn av at de foreliggende avtalene ble fornyet med kortere varighet enn det som var vanlig for løpende tjenesteavtaler og samtidig begrenset seg til konkrete tjenester for levering av vaksiner, hadde avtalen ikke et omfang som overskred det strengt nødvendige.<sup>232</sup> Sentralt

---

<sup>225</sup> Ibid.

<sup>226</sup> Klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2020/974 *Hurtigtester*.

<sup>227</sup> Ibid. premiss 35.

<sup>228</sup> Ibid. premiss 34.

<sup>229</sup> Ibid. Av betydning var også at oppdragsgiver hadde gjennomført en markedsundersøkelse knyttet til leveringssikkerhet og forventet presisjon på hurtigtester og deretter, basert på undersøkelsen, tatt kontakt med tre aktuelle leverandører for å gjennomføre forhandlinger.

<sup>230</sup> Ibid.

<sup>231</sup> Klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2021/385 *Helseboka*.

<sup>232</sup> Ibid. premiss 51.

for nemndas avgjørelse var at det måtte trekkes et skille mellom langvarige avtaler med en avbestillingsadgang og avtaler som fornyes automatisk dersom den ikke sies opp av kunden.<sup>233</sup>

Uttalelsen synes å ha avgjørelsen i *Smittestopp* friskt i minne hvor nemnda, som nevnt ovenfor, kom til at en kontraktslengde på fem år med opsjon på ytterligere fem år, overskred det som var strengt nødvendig til tross for at det var inntatt en avbestillingsklausul.

Av nemndas uttalelser kan det utledes at hasteprosedyren ikke kan benyttes til å inngå kontakter av et omfang og varighet som strekker seg lengere enn det behovet som foreligger tilsier. Det kan også utledes at forsøk på omgåelse av den kvantitative begrensningen som hasteprosedyren oppstiller, ved å innta en avbestillingsklausul, ikke vil aksepteres.

Som avgjørelsene ovenfor viser, var det under pandemien nødvendig for oppdragsgiver å til enhver tid foreta en konkret vurdering av det reelle behovet, med utgangspunkt i den kunnskap man var i besittelse av på innkjøpstidspunktet, for å unngå anskaffelser i større utstrekning enn det som var strengt nødvendig. Kunnskap om blant annet den faktiske lagersituasjonen, hvilke rolle objektet for anskaffelsen hadde for bekjempelse av smittespredning og potensialet for rask økning i behovet for varer som vaksiner, munnbind og håndsprit, var her trolig avgjørende.

For å forhindre at kontrakten overgikk det som var strengt nødvendig, kunne oppdragsgiver for eksempel inngå rammeavtaler som strakk seg over kortere tidsrom eller innta forbehold om at avtalen var bindene så lenge myndighetene vurderte situasjonen på en bestemt måte. Et annet tiltak oppdragsgiver kunne gjennomføre var å inngå forhandlinger for produkttyper som en så at flere leverandører hadde tilgjengelig og kunne levere. Sistnevnte ville skapt konkurranse om den aktuelle kontrakten og som følge av dette trolig resultert i en lavere innkjøpspris.

---

<sup>233</sup> Ibid.

## 4.3 Anskaffelser uten konkurranse

### 4.3.1 Innledning

Anskaffelsesforskriften § 13-4 gir på nærmere angitte vilkår adgang til å unnta anskaffelsen fra kunngjøringsplikten og plikten til å avholde konkurranse. Adgangen til å gjennomføre direkteanskaffelser er ikke uttrykkelig regulert i anskaffelsesdirektivet og kommer heller ikke til uttrykk i anskaffelsesforskriftens forarbeider.<sup>234</sup> Adgangen er imidlertid inntatt i forskriftens § 13-4 som et utslag av lovgivers valg om å synliggjøre plikten til å avholde konkurranse så langt det lar seg gjøre ved å separere prosedyreformene i §§ 13-3 og 13-4 i to bestemmelser.<sup>235</sup>

Oppdragsgiver bør kun gjennomføre en direkteanskaffelse i ekstraordinære tilfeller som følge av de negative virkningene bruk av prosedyreformen har på grunnprinsippene om konkurranse og likebehandling. Bestemmelsen må av den grunn undergis en restriktiv fortolkning.<sup>236</sup> I likhet med hasteprosedyren, er det oppdragsgiver som må sannsynliggjøre at vilkårene er oppfylt.<sup>237</sup>

For å redusere de negative effektene på konkurransegrunnsetningen som en direkteanskaffelse vil medføre, bør direkteanskaffelser bare gjennomføres i helt ekstraordinære tilfeller.<sup>238</sup> Det følger av dette at bestemmelsen – i likhet med prosedyren etter forskriftens § 13-3 første ledd bokstav e – må undergis en restriktiv tolkning. Også for direkteanskaffelser, ligger bevisbyrden for å sannsynliggjøre at vilkårene er oppfylt hos oppdragsgiveren.

Hensynet som ligger til grunn for prosedyreformen er at behovet har en karakter som tilsier at det ikke kan utsettes i påvente av en konkurranse. Et eksempel på dette er dersom behovet bare kan dekkes av én leverandør. I slike tilfeller vil det virke hemmende for målsetningen om effektiv ressursutnyttelse å kreve at det avholdes konkurranse om anskaffelsen.<sup>239</sup> Et utslag av denne tankegangen kommer til syne i de alternative hjemmelsgrunnlagene i forskriftens § 13-4 ved at de etter sin ordlyd åpenbart ikke egner seg for konkurranse.

---

<sup>234</sup> Thue, Anders mfl. (2018) s. 602.

<sup>235</sup> Se avhandlingens punkt 4.2.1.

<sup>236</sup> Se blant annet EU-domstolens avgjørelse C-26/03 [C5] *Stadt Halle* premiss 46 og klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2010/7 *Mesta Drift* premiss 60.

<sup>237</sup> Ibid.

<sup>238</sup> Ibid. Se også fortalen til anskaffelsesdirektivet premiss 50.

<sup>239</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 136–137.

Direkteanskaffelser kan gjennomføres med hjemmel i flere, alternative grunnlag. Alternativet om anskaffelse av tilleggsleveranser med den opprinnelige leverandøren og alternativet om bruk av eksisterende leverandør for gjentakelsesarbeid i forbindelse med nye tjenester, kan begge tenkes å ha vært aktuell for å dekke behov utløst av pandemien.<sup>240</sup> Disse alternativene springer imidlertid ut av effektivitetsbetraktninger, herunder at bruk av eksisterende leverandør kan være teknisk- og økonomisk mest fordelaktig.<sup>241</sup> Alternativene har følgelig ikke for øyet å dekke behov som har sitt grunnlag i force majeure-liknende tilfeller som Covid-19-pandemien.

Best egnet til å dekke anskaffelsesbehov utløst av pandemien fremstår etter mitt syn alternativet i bokstav a som gir grunnlag for direkteanskaffelser dersom det for oppdragsgiveren er *umulig* å gjennomføre en anskaffelse etter prosedyreformen i anskaffelsesforskriften § 13-3. Den videre behandlingen vil i det følgende rette søkelyset mot dette hjemmelsgrunnlaget.

#### **4.3.2 Når vil det for oppdragsgiveren være umulig å gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter forskriftens § 13-3?**

Bestemmelsens ordlyd krever at det for oppdragsgiveren er "umulig" å gjennomføre en anskaffelse etter prosedyren i forskriftens § 13-3. Kriteriet "umulig" må her forstås på samme måte som ved bruk av hasteprosedyren. En vesensforskjell på prosedyreformene er imidlertid at direkteanskaffelser forutsetter at det for oppdragsgiveren er umulig å avholde en konkurranse om anskaffelsen. Dette indikerer at alternativet i bokstav a har et enda snevrere nedslagsfelt enn hasteprosedyren i forskriftens § 13-3 første ledd bokstav c.

Departementet legger til grunn at umulighetsvilkåret er oppfylt når uforutsette forhold som naturulykker, epidemier el., gjør det tvingende nødvendig å anskaffe en vare eller tjeneste direkte fra én leverandør fordi forsinkelser kan medføre skade på liv og helse.<sup>242</sup> Av dette kan det sluttet at i situasjoner, der hver dag teller for å ivareta menneskers liv og helse, som et utgangspunktet vil berettige oppdragsgiver til å gjennomføre en direkteanskaffelse.

Hensyn som kan begrunne direkteanskaffelser er følgelig i stor grad sammenfallende med hensyn som kan berettige oppdragsgiver til bruk av hasteprosedyren. Illustrerende for den

---

<sup>240</sup> Anskaffelsesforskriften §§ 13-4 første ledd bokstav c første punktum og bokstav d første punktum.

<sup>241</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 140–142. Se også Dragsten, Marianne (2020) Kommentar til anskaffelsesforskriften § 13-4.

<sup>242</sup> Nærings- og fiskeridepartementet (2017) s. 136–138.

sterke kontaktflaten er at det kan tenkes tilfeller som er regulert av forskriftens § 13-3 første ledd bokstav e hvor det for oppdragsgiver ikke er mulig å skape konkurranse.<sup>243</sup> Et eksempel på dette er dersom det stilles så strenge krav til varens kvalitet – slik tilfellet var for antigene hurtigtester med hensyn til presisjon – at det for oppdragsgiver er svært vanskelig å finne flere leverandører som kan oppfylle kravene. I slike tilfeller kan det være objektivt umulig å avholde konkurranse til tross for at tilfellet er regulert av forskriftens § 13-3 første ledd bokstav e. Dette kan tas til inntekt for at tilfeller der oppdragsgiver er berettiget til å unnta anskaffelsen fra offentlig kunngjøring også kan berette oppdragsgiver til å unnta anskaffelsen fra konkurranse.

Når det gjelder den konkrete vurderingen av når avholdelse av konkurranse vil være umulig, kreves det i praksis at det for oppdragsgiver er umulig å innhente tre–fire tilbud, evaluere disse og deretter tildele kontrakten til én av de deltakende leverandørene. Når dette vil være tilfellet kan ikke fastslås generelt, men må vurderes konkret med utgangspunkt i graden av hast. I dette ligger at det må vurderes om det haster så mye å få gjennomført anskaffelsen at det er umulig å avholde konkurranse før kontrakten inngås. Faktorer som kan spille inn i denne vurderingen er hvilke krav som stilles til konkurransen og anskaffelsens art og kompleksitet.

I vurderingen av hvilken terskel som gjelder for å anse umulighetsvilkåret oppfylt, kan det etter mitt syn argumenteres for at denne bør være høyere ved gjennomføring av en direkteanskaffelse enn ved gjennomføring av anskaffelser etter hasteprosedyren. Tankegodset som ligger til grunn for resonnementet er at oppdragsgiver ved gjennomføring av en direkteanskaffelse mer eller mindre fraviker samtlige av anskaffelsesrettens grunnprinsipper. Etersom grunnprinsippene utgjør selve kjernen av regelverket, fremstår det etter mitt syn naturlig å undergi en prosedyre som griper så sterkt inn i prinsippene en strengere tolkning enn prosedyrer der grunnprinsippene i større grad ivaretas. Hensett målsetningen om å sikre tillit og integritet i anskaffelsesprosessen, fremstår det naturlig at terskelen skjerpes jo mer den valgte anskaffelsesprosedyren griper inn i regelverkets grunnleggende prinsipper.

Det er imidlertid viktig å ha klart for seg at adgangen til å gjennomføre direkteanskaffelser har sitt utspring i at typetilfellene som berettiger bruk av prosedyren åpenbart ikke egner seg for konkurranse som følge av anskaffelsens egenart og målsetningen om effektiv ressursutnyttelse. For å forhindre at adgangen blir illusorisk, kan terskelen derfor ikke settes urimelig høyt.

---

<sup>243</sup> Ibid.

Synspunktet underbygges av uttalelsene i klagenemndavgjørelsen *Statens Vegvesen* hvor det fremholdes at det ikke kan trekkes et skarpt skille mellom tilfeller der det er umulig å overholde forskriftens øvrige frister etter § 13-3 første ledd bokstav e, og tilfeller der det er umulig å avholde konkurranse etter forskriftens § 13-3 første ledd bokstav a.<sup>244</sup> Etter mitt syn, kan uttalelsen tas til inntekt for at det heller ikke kan gjelde et skarpt skille mellom når terskelen er oversteget for de ulike unntaksprosedyrene.

Det er svært begrenset med praksis der direkteanskaffelser etter forskriftens § 13-4 første ledd alternativ a har vært gjenstand for behandling. Klagenemndavgjørelsen *Statens Vegvesen*, som gjaldt midlertidig anskaffelse av entreprenørtjenester for riks- og fylkesvei i Follo, representerer i så måte et sjeldent tilfelle.<sup>245</sup> Bakgrunnen for direkteanskaffelsen var her at opprinnelig leverandør hadde misligholdt kontrakten i så vesentlig grad at oppdragsgiveren krevde kontrakten hevet.<sup>246</sup> Som begrunnelse for direkteanskaffelsen, viste oppdragsgiveren til at den nye leverandøren var (1) best rustet til å ivareta trafikksikkerheten, (2) presumtivt hadde ledig personell og utstyr til å overta kontraktsforpliktelsene omgående og (3) at enhver forsinkelse i arbeidet ville representere en uakseptabel risiko for menneskers liv og helse.<sup>247</sup>

Denne begrunnelsen ble ikke akseptert av klagenemnda fordi det etter nemndas syn ikke var sannsynliggjort hvorfor det for oppdragsgiveren var umulig å gjennomføre en konkurranse om anskaffelsen.<sup>248</sup> Det ble særlig fremhevet at det var fullt mulig å innhente tilbud på timepriser fra potensielle leverandører i tomånedersperioden som løp fra hevningsvarselet ble sendt og frem til kontraktsinngåelse med den nye leverandøren fant sted.<sup>249</sup> Av dette kan det slutes at konkurranseprinsippet står sterkt og bare helt unntaksvis kan fravikes. Dersom det går en viss tid mellom tidspunktet oppdragsgiver blir klar over at det vil oppstå behov for å gjennomføre en direkteanskaffelse og tidspunktet kontrakten gjennomført ved en direkteanskaffelse blir signert, vil dette raskt kunne innebære at det ikke var umulig å avholde konkurranse om anskaffelsen.

---

<sup>244</sup> Se klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 2018/556 *Statens vegvesen* premiss 25

<sup>245</sup> Ibid.

<sup>246</sup> Ibid. premiss 28.

<sup>247</sup> Ibid. premiss 35.

<sup>248</sup> Ibid. premiss 36.

<sup>249</sup> Ibid.

Også ved direkteanskaffelser kan det oppstå plikt til utskillelse av deler av kontrakten. Dette kom på spissen i klagenemndavgjørelsen *Forsvarets logistikkorganisasjon – FLO*.<sup>250</sup> Saken gjaldt anskaffelse av helikoptertjenester for bistand til nødføring av reinsdyr på Finnmarksvidda. For å dekke føringbehovet, ble det inngått en rammeavtale for fire år med opsjon om ytterligere tre år. I tråd med avtalen, ble det gjennomført fire føringoppdrag henholdsvis 3, 10 og 30. april samt 19. mai 2020. Bakteppet for anskaffelsen var unormalt store snømengder kombinert med sen snøsmelting på Finnmarksvidda.<sup>251</sup> Et enstemmig klagenemnda fant det sannsynliggjort at disse omstendighetene var tilstrekkelig for å oppfylle vilkårene for rettmessig bruk av hasteprosedyren.<sup>252</sup> Klagenemnda delte seg imidlertid i en flertall- og mindretallsfraksjon (2-1) på spørsmål om dette også var tilfellet for berettiget gjennomføring av en direkteanskaffelse.

Etter flertallets syn kunne de fire føringoppdragene ikke betraktes som én sammenhengende anskaffelse med den konsekvens at det var foretatt en ulovlig direkte anskaffelse ved ikke å avholde konkurranse om de to siste oppdragene.<sup>253</sup> I begrunnelsen viste flertallet til at de to første oppdragene ble gjennomført i en akutt fase av situasjonen der hvert minutt var viktig for å sikre reinsdyrene tilgang til mat.<sup>254</sup> For oppdragsgiver var det derfor umulig å avholde konkurranse om disse oppdragene.<sup>255</sup>

Når det gjaldt de to siste oppdragene, ble disse gjennomført i en mindre kritisk fase av situasjonen. Etter nemndas syn var det i tidsrommet mellom kontraktsinngåelsen og utføring av tredje og fjerde oppdrag fullt mulig for oppdragsgiver å innhente tilbud fra andre leverandører om kjøp av helikoptertjenester, eller eventuelt forhandle ned prisen med eksisterende leverandør.<sup>256</sup> Å avholde konkurranse om de to siste oppdragene var følgelig ikke "umulig".

Mindretallet var imidlertid av den oppfatning at de fire føringoppdragene måtte betraktes som én sammenhengende anskaffelse som rettmessig var gjennomført uten kunngjøring og uten at det ble avholdt konkurranse.<sup>257</sup> Avgjørende for mindretallets standpunkt var at manglende

---

<sup>250</sup> Klagenemndas avgjørelse i gebyrsaken 288/388 *Forsvarets logistikkorganisasjon – FLO*.

<sup>251</sup> Ibid. premiss 7.

<sup>252</sup> Ibid.

<sup>253</sup> Ibid. premiss 42 og 44–45.

<sup>254</sup> Ibid. premiss 40.

<sup>255</sup> Ibid.

<sup>256</sup> Ibid. premiss 42.

<sup>257</sup> Ibid. premiss 47.



snøsmelting i området var omstendigheten som nødvendiggjorde alle fôringsoppdragene og at årsaken til manglende konkurranse om de to siste oppdragene var at oppdragsgiver ikke visste at det ville oppstå behov for disse.<sup>258</sup> Disse faktorene innebar etter mindretallets syn at anskaffelsen var av en slik karakter at den ikke var egnet for å skilles ut. Det underliggende poenget synes her å være at det ikke kunne kreves av oppdragsgiver å skille ut deler av en kontrakt som på inngåelsestidspunktet ikke var påregnelig.

### *Direkteanskaffelser under Covid-19-pandemien*

---

Som nevnt innledningsvis, var bruken av direkteanskaffelsesadgangen begrenset – særlig hva gjelder bruk gjort kjent for allmenheten. Det finnes ingen praksis fra nasjonale domstoler eller Klagenemnd for offentlige anskaffelser der direkteanskaffelser etter forskriftens § 13-3 første ledd bokstav a har vært gjenstand for behandling. Bakgrunnen for dette er trolig at behov utløst av pandemien var mulig å dekke ved bruk av hasteprosedyren. Dette gir etter mitt syn inntrykk av at hasteprosedyren ga oppdragsgiver den graden av fleksibilitet som var nødvendig for å dekke de fortløpende behovene som oppstod.

Det er imidlertid nærliggende å tro at det i praksis ble gjennomført flere direkteanskaffelser for å dekke pandemi-relaterte behov til tross for at dette ikke ble gjort kjent for allmenheten. Lite gjennomskiktighet knyttet til en eventuell bruk er etter mitt syn ikke ensbetydende med at bruken ikke har funnet sted. En forklaring på hvorfor direkteanskaffelser ikke har vært gjenstand for behandling kan være at forbigåtte leverandører, i større utstrekning enn ellers, var villig til å la et eventuelt forskriftsbrudd "passere" som følge av at pandemien var krevende å håndtere for offentlige aktører. Sagt med andre ord, kan det tenkes at behovet var så akutt og omfattende at det til en viss grad overskygget leverandørens ønske om å kontrollere prosessen.

En annen forklaring kan være at forbigåtte leverandører i begrenset grad så seg tjent med å klage anskaffelsen inn for klagenemnda eller anlegge søksmål for domstolene. Sentralt her kan ha vært at begrunnelsen for bruken – som trolig var den overhengende faren for liv og helse – var noe leverandører anså som lite sannsynlig å motbevise.

---

<sup>258</sup> Ibid.

## 5 Avslutning

---

Hovedproblemstillingen lød som følger; i hvilken grad opptrådte offentlige aktører innenfor de rettslige skrankene som gjelder ved bruk av anskaffelsesforskriften § 13-3 første ledd bokstave i anskaffelser for å dekke behov utløst av Covid-19 pandemien? Etter å ha gjennomgått det EU/EØS-rettslige anskaffelsesregelverket, det nasjonale regelverket og den omstendighet utbruddet og utviklingen av Covid-19-pandemien representerte, mener jeg det er grunnlag for å si at offentlige aktører i svært stor grad opptrådte innenfor de rettslige skrankene som gjelder for anskaffelsesforskriften § 13-3 første ledd bokstave.

Slik gjennomgangen av praksis fra Klagenemnd for offentlige anskaffelser har vist, er det kun i ett eneste tilfelle at oppdragsgiver ble ansett å handle i strid med forskriftsbestemmelsen. Dette var i avgjørelsen *Smittestopp* der nemnda slo fast at en kontraktslengde på fem år, med opsjon på ytterligere fem år, overskred det som var strengt nødvendig for å dekke behovet for smittesporing.<sup>259</sup> Covid-19-pandemien som begivenhet ble imidlertid klart ansett som et forhold som ikke kunne tilskrives oppdragsgiveren og som oppdragsgiveren heller ikke kunne forutse.

Felles for øvrige anskaffelser gjennomført ved bruk av hasteprosedyren er at klagenemnda anså vilkårene for berettiget bruk som oppfylt. Dette gjaldt både anskaffelser som ble gjennomført tett opp mot pandemiens utbrudd og anskaffelser som ble gjennomført under de senere smittebølgene. Etter mitt syn er den relativt entydige praksisen på området symptomatisk for at pandemien, herunder dets utbrudd og de ulike smittebølgene, var en begivenhet av en slik karakter at det berettiget oppdragsgiver til å benytte hasteprosedyren til å dekke de utløste behovene.

---

<sup>259</sup> Se avhandlingens punkt 4.2.5.

## 6 Kildeliste

### Internasjonale rettskilder

#### Traktater (sortert etter årstall)

---

TEU	Traktaten om den Europæiske Union. Konsolideret udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).
TEUV	Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde. Konsolideret udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Konsolidert udgave 2014.

#### Direktiver (sortert etter årstall)

---

Direktiv 77/62/EØF	Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb [Anskaffelsesdirektiv 1977] – <i>Opphevet.</i>
Direktiv 93/38/EØF	Rådsdirektiv av 14. juni 1993 om samordning av innkjøpsreglene for oppdragsgivere innen vann- og energiforsyning, transport og telekommunikasjon [Forsyningsdirektivet] – <i>Opphevet.</i>
Direktiv 2004/18/EC	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter [Anskaffelsesdirektivet 2004] – <i>Opphevet.</i>
Direktiv 2007/66/EF	Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige

kontrakter (EØS-relevant tekst). [Håndhevelsesdirektivet for offentlige anskaffelser].

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 [Anskaffelsesdirektivet].

## **Internasjonale dommer (sortert etter domstol og årstall)**

---

### **EU-domstolen**

- Sag C-11/70 [C7] Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel (interventionsorgan for kornmarkedet), Frankfurt am Main, ECLI:EU:C:1970:114.
- Sag C-199/85 [C7] Kommissionen for De europæiske Fællesskaber mod Den italienske Republik, ECLI:EU:C:1987:115.
- Sag C-24/91 [C9] Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Spanien. ECLI:EU:C:1992:134.
- Sag C-107/92 [C9] Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik. ECLI:EU:C:1993:344.
- Sag C-328/92 [C9] Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Spanien, ECLI:EU:C:1994:178.
- Sag C-237/94 [C5] John O'Flynn mod Adjudication Officer, ECLI:EU:C:1996:206
- Sag C-318/94 [C5] Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Forbundsrepublikken Tyskland, ECLI:EU:C:1996:149.
- Sag C-323/96 [C5] Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Kongeriget Belgien, ECLI:EU:C:1998:411.

Sag C-324/98 [C3]	Telaustria Verlags GesmbH, Telefonadress GmbH mod Telekom Austria AG, tidligere Post & Telekom Austria AG, ECLI:EU:C:2000:669.
Sag C-19/00 [C5]	SIAC Construction Ltd mod County Civil of the County of Mayo, ECLI:EU:C:2001:553.
Sag C-385/02 [C5]	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik, ECLI:EU:C:2004:522.
Sag C-394/02 [C5]	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Hellske Republik, ECLI:EU:C:2005:336.
Forenede sager C-21/03 og C-34/03 [C5]	Fabricom SA mod État belge, ECLI:EU:C:2005:127.
Sag C-26/03 [C5]	Stadt Halle og RPL Recyclingpark Lochau GmbH mod Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, ECLI:EU:C:2005:5.
Sag C-126/03 [C5]	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Forbundsrepublikken Tyskland, ECLI:EU:C:2004:728.
Sag C-210/03 [GC]	The Queen, ex parte: Swedish Match AB, Swedish Match UK Ltd mod Secretary of State for Health, ECLI:EU:C:2004:802.
Sag C-525/03 [C5]	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik, ECLI:EU:C:2005:648.
Sag C-337/05 [GC]	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik, ECLI:EU:C:2008:203.
Sag C-480/06 [GC]	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Forbundsrepublikken Tyskland, ECLI:EU:C:2009:357.
Sag C-7/11 [C5]	Wall AG mod Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, ECLI:EU:C:2010:182.

Sag C-336/12 [C3]	inisteriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mod Manova A/S, ECLI:EU:C:2013:647.
Sag C-538/13 [C5]	eVigilo Ltd mod Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, støttet af »NT Service« UAB, »HNIT-Baltic« UAB, ECLI:EU:C:2015:166.
Sag C-549/14 [C3]	Finn Frogne A/S mod Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, ECLI:EU:C:2016:634.
Sag C-264/18 [C5]	P. M., and others mod Ministerraad, ECLI:EU:C:2019:472.
Sag C-950-19 [C5]	A mod Finland, ECLI:EU:C:2021:230.

## **Underretten**

Sag T-148/04 [C3]	TQ3 Travel Solutions Belgium SA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, ECLI:EU:T:2005:274.
-------------------	--

## **Innstillinger fra EU-domstolens generaladvokater (sortert etter årstall)**

Forslag til avgørelse av Generaladvokat M.B. Elmer i C-318/94	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Forbundsrepublikken Tyskland, ECLI:EU:C:1996:41.
Forslag til avgørelse av Generaladvokat C. Stix-Hackl i C-247/02	Sintesi SpA mod Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, ECLI:EU:C:2004:399.
Forslag til avgørelse av Generaladvokat F.G. Jacobs i C-525/03	Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mod Den Italienske Republik, ECLI:EU:C:2005:343.

## **EFTA-domstolen**

Sak E-1/94	Anmodning om en rådgivende uttalelse fra Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark, Ct. Rep. 1994-1995 s. 15.
Sak E-4/97	Den norske bankforening mot EFTAs overvåkningsorgan, Ct. Rep. 1998 s. 38.
Sak E-3/98	Herbert Rainford-Towning mot Liechtenstein, Ct. Rep 1998 s. 205.

## **Styringsverktøy**

---

Europakommisjonen	Vejledning fra Europa-Kommissionen om anvendelse af rammen for offentlige udbud i forbindelse med covid-19-krisesituationen, 1. april 2020, (2020/C 108 I/01), <a href="#">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 2020/C 108 I/01 - Publications Office of the EU (europa.eu)</a> .
-------------------	--

## **Nasjonale rettskilder**

### **Lov (sortert etter årstall)**

---

EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
Anskaffelsesloven	Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (Anskaffelsesloven).

## **Forskrift (sortert etter årstall)**

---

Forskrift om tidsfrister i EØS-avtalen	Forskrift 12. desember 1992 nr. 910 om gjennomføring av EØS-avtalen vedlegg XVI punkt 6 (Rfo EØF/Euratom nr. 1182/71) om fastsettelse av regler for frister, datoer og tidspunkter.
Klagenemndforskriften	Forskrift 15 november 2002 nr. 1288 om Klagenemnd for offentlige anskaffelser (Klagenemndforskriften).
Anskaffelsesforskriften	Forskrift 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser (Anskaffelsesforskriften 2006) – <i>Opphevet</i> .
Anskaffelsesforskriften	Forskrift 15. november 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (Anskaffelsesforskriften).

## **Forarbeid (sortert etter art og årstall)**

---

### **Innstillinger**

Innst. 358 L (2015–2016)	Innstilling fra næringskomiteen om lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).
Innst. 326 S (2016–2017)	Innstilling fra justiskomiteen om Risiko i et trygt samfunn – Samfunnssikkerhet.

### **Proposisjoner**

Prop. 12 L (2011–2012)	Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett).
Prop. 51 L (2015–2016)	Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).



## Offentlige utredninger

NOU 1997: 21	Offentlige anskaffelser.
NOU 2010: 2	Håndhevelse av offentlige anskaffelser.
NOU 2014: 4	Enklere regler – bedre anskaffelser. Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket.
NOU 2022: 5	Myndighetenes håndtering av koronapandemien, del 2 Rapport fra Koronakommisjonen.

## Rettsavgjørelser (sortert etter domstol og årstall)

---

### Norges Høyesterett

Rt. 2007 s. 1783 A <i>NIDA</i>	HR-2016-1235-A <i>Røldal Suldal</i>
HR-2018-456-P <i>Nesseby</i>	HR-2022-1964-A <i>Flage Maskin</i>

### Lagmannsretten

LB-2014-58107	LE-2021-113410
LB-2022-39472	

### Tingretten

TOSLO-2008-140177

## Forvaltningspraksis (sortert etter årstall)

---

### Klagenemnd for offentlige anskaffelser - KOFA

KOFA 2003/108 <i>Oslo kommune</i>	KOFA 2003/163 <i>Arkitektlaget</i>
KOFA 2006/96 <i>Norges Taxiforbund</i>	KOFA 2007/26 <i>Signex</i>
KOFA 2007/77 <i>Justisdepartementet</i>	KOFA 2008/83 <i>Roald Madsen</i>
KOFA 2008/56 <i>Daimyo Rindi Energi</i>	KOFA 2010/7 <i>Mesta Drift</i>
KOFA 2010/129 <i>Risør kommune</i>	KOFA 2011/52 <i>NHO</i>
KOFA 2013/16 <i>Eims</i>	KOFA 2015/122 <i>Bekkevold</i>
KOFA 2016/139 <i>Steenstrup Stordrange</i>	KOFA 2018/556 <i>Statens vegvesen</i>
KOFA 2020/313 <i>Smittestopp</i>	KOFA 2020/388 <i>Forsvarets logistikkentral - FLO</i>
KOFA 2020/727 <i>Olsen Entreprenør</i>	KOFA 2020/806 <i>Volt Entreprenør Harstad</i>
KOFA 2020/974 <i>Hurtigtester</i>	KOFA 2021/385 <i>Helseboka</i>
KOFA 2021/1342 <i>Sykehuset Telemark HF</i>	KOFA 2021/1432 <i>Sykehuset Vestfold HF</i>

### Styringsverktøy (sortert etter årstall)

---

Forsynings- og administrasjonsdepartementet	Veileder til reglene om offentlige anskaffelser, 30. november 2006, Dokumentnr. P-2006-933 [Lest i Lovdata].
Nærings- og fiskeridepartementet	Veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften), november 2017, Dokumentnr. P-2017-933 [Lest i Lovdata].

## Litteratur (alfabetisk sortert)

---

- Aasland, Gunnar *"Noen synspunkter på Høyesteretts bruk av rettslitteraturen"*, Tidsskrift for Rettsvitenskap årg. 120, nr. 5, (2007) s. 667–678.
- Arrowsmith, Sue *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, Vol.1, 3.utg., London: Sweet & Maxwell, 2014.
- Burrows, Noreen, Greaves, Rosa *The Advocate General and EC Law*, 1. Utg., Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Bakken, Espen, Nordby, Thomas *Offentlige anskaffelser*, 1. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2013.
- Dragsten, Marianne *Offentlige anskaffelser. Regelverk, praksis og løsninger*, 1. utg., Oslo: Universitetsforl., 2013.
- Dragsten, Marianne *Anskaffelsesloven, Med forskrift, Kommentartutgave*, 1. utg., Oslo: Universitetsforl., 2020 (PDF-versjon på Juridika.no).
- Fredriksen, Halvard Haukeland, Mathisen, Gjermund *EØS-rett*, 4. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2022.
- Goller, Morten mfl. *Anskaffelsesrett i et nøtteskall*, 2. utg., Oslo: Gyldendal juridisk, 2017.
- Emberland, Marius *"Om 'innlegg til belysning av allmenne interesser' etter tvisteloven § 15-8 i lys av nyere praksis"*, Jussens Venner vol. 58, nr. 1 (2023) s. 35–72.
- Mæhle, Synne Sæther, Aarli Ragna *Fra lov til rett*. 2 utg., Oslo: Gyldendal juridisk, 2017.
- Salvesen, Sverre Magnus Bergslid *Kreditorvern*, 1. utg., Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2021.
- Sejersted, Fredrik mfl. *EØS-rett*, 3. utg., Oslo: Universitetsforl., 2011.

- Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og rettsanvendelse*, 1. utg., Oslo: Universitetsforl., 2018.
- Steinicke, Michael og Groesmeyer, Line *EU's Udbudsdirektiver med kommentarer*, 2. utg., 1. opplag, København Ø: Jurist- og økonom, 2008.
- Steinicke, Michael, Vesterdorf, Peter L. (eds). *EU Public Procurement Law – Brussels Commentary*, Baden-Baden: Nomos; München: C.H. Beck; Oxford: Hart, 2018.
- Telles, Pedro, Butler, Luke *"Public Procurement Award Procedures in Directive 2014/24/EU"*, Modernising Public Procurement: The New Directive (European Procurement Law Series), Volume: 6, Pages: 131 – 184.
- Thue, Anders mfl. *Lov og forskrift om offentlige anskaffelser med kommentarer*, 2. utg., 1. opplag, Oslo: Gyldendal, 2018.
- Trygstad, Kristian Jåtog *Tildeling av offentlige kontrakter – Rettslige vurderinger i tildelingsfasen ved offentlige anskaffelser*, 2. utg., 1. opplag, Oslo: Gyldendal akademisk, 2017.
- Weltzien, Kurt, Lande Henrik *"Når anskaffelsen haster. Nærmere om 'umulighetsterskelen' over og under EØS-terskelverdiene"*, Lov og rett årg. 47, nr. 5-6 (2008) s. 361–379.

### Øvrige kildereferanser (alfabetisk sortert)

---

- Folkehelseinstituttet *"Fortsatt høy risiko for lokal spredning av covid-19"*, 11. september 2020 <https://www.fhi.no/historisk-arkiv/covid-19/nyheter-2020/sept/fortsatt-hoy-risiko-for-lokal-spredning-av-covid-19/> [Sist sjekket 02.05 11:00]
- Folkehelseinstituttet *"Nytt om omikrons spredningsevne i norske husstander."*, 11. mars 2022 [Nytt om omikrons spredningsevne i norske husstander - FHI](#) [Sist sjekket 02.05 11:05].

Helse- og omsorgsdepartementet	" <i>Innfører tiltak for å forsinke spredningen av omikronvarianten i Norge</i> ", 29. november 2021. <a href="https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/innforer-tiltak-for-a-forsinke-spredningen-av-omikronvarianten-i-norge/id2890028/">https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/innforer-tiltak-for-a-forsinke-spredningen-av-omikronvarianten-i-norge/id2890028/</a> [Sist sjekket 02.05 11:10].
Norsk Helseinformatikk	" <i>Omikron.</i> " Johannessen, Terje, sist oppdatert 17. desember 2021. <a href="https://www.nhi.no/omikron/">Omikron - NHI.no</a> [Sist sjekket 02.05 11:15]
Nærings- og fiskeridepartementet	" <i>Covid-19 utbruddet og anskaffelsesregelverket</i> ", 23. april 2020. <a href="https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/covid-19-utbruddet-og-anskaffelsesregelverket/id2693720/">https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/covid-19-utbruddet-og-anskaffelsesregelverket/id2693720/</a> [Sist sjekket 02.05 11:20].
Oslo kommune	" <i>Byrådet innfører sosial nedstenging av Oslo</i> ", pressemelding 6. november 2020 <a href="https://www.oslo.kommune.no/helse-og-omsorg/koronavirus/status-om-handteringen-av-korona/6-november-byradet-innforer-sosial-nedstenging-av-oslo#gref">https://www.oslo.kommune.no/helse-og-omsorg/koronavirus/status-om-handteringen-av-korona/6-november-byradet-innforer-sosial-nedstenging-av-oslo#gref</a> . [Sist sjekket 02.05. 11:25].
Statistisk Sentralbyrå	" <i>Offentlig forvaltnings inntekter og utgifter</i> ", 8. desember 2022, <a href="https://www.ssb.no/statbank/table/10807/tableViewLayout1/">https://www.ssb.no/statbank/table/10807/tableViewLayout1/</a> [Sist sjekket 02.05 11:30].

