

## Notat

---

**Til:** Norske Tog AS  
**Fra:** Advokatfirmaet Wiersholm AS ved Morten Goller og Oda Hellenes Ekre  
**Dato:** 13. desember 2021  
**Tema:** Vurdering av handlingsrom – avvising

---

### 1. Innledning

Norske Tog AS ("**NT**") leier ut jernbanekjøretøy til operatører av persontransporttjenester med tog i Norge og bistår Jernbanedirektoratet med å utrede materiellstrategi. NT er videre ansvarlig for innkjøp av nye jernbanekjøretøy.

NT gjennomfører på nåværende tidspunkt en konkurranse med forhandling om anskaffelse av nye lokaltog. Konkurransen gjennomføres etter anskaffelsesloven ("**LOA**") og forsyningsforskriften ("**FOR**"). Konkurransen gjennomføres i to trinn. Det ble først gjennomført en prekvalifisering i mars/april 2020, hvor kvalifiserte leverandører deretter ble invitert til å inngi tilbud.

Etter gjennomføring av forhandlinger og reduksjon av antall tilbydere, gjenstår det nå fire leverandører som snart skal inngi endelig tilbud. Disse leverandørene er Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles SA ("**CAF**"), Alstom Transport Norway AS og Alstom Transport Deutschland GmbH ("**Alstom**"), Stadler Bussnang AG ("**Stadler**") og Hitachi Rail S.p.A (som nå heter Hitachi Rail STS S.p.A etter en fusjon mellom Hitachi Rail S.p.A of Hitachi Rail STS S.p.A – heretter benevnt "**Hitachi**").

I forbindelse med gjennomføringen av anskaffelsen har NT blant annet blitt kontaktet av LO. LO mener at NT må vurdere å avvise CAF grunnet selskapets tilknytning til en kontrakt om å utvide og drive forstadsbanen Jerusalem Light Rail. I denne forbindelse viser LO til avvinningsbestemmelsen i FOR § 20-2 (3) bokstav i. LO mener også at NT må vurdere å avlyse konkurransen fordi det "*i konkurransegrunnlaget er stilt for snevre vilkår i forhold til hva som følger av lov om offentlige anskaffelser § 5*".

NT har bedt oss om å vurdere spørsmålene LO mener at NT må ta stilling til. De konkrete forholdene LO har bedt NT om å vurdere reiser bakenforliggende spørsmål om hvilket handlingsrom oppdragsgivere har mht. ivaretagelse av samfunnshensyn ved gjennomføringen av offentlige anskaffelsesprosesser. For å vurdere de konkrete spørsmålene LO har fremsatt er det etter vårt syn nødvendig å redegjøre nærmere for anskaffelsesregelverkets regulering av ivaretagelse av samfunnshensyn, og hvilke eventuelle plikter og føringer dette gir for NT ved gjennomføringen av anskaffelsesprosesser. I det følgende gir vi derfor først en mer generell redegjørelse for dette. Vi vil deretter vurdere om NT har saklig grunn til å avlyse konkurransen, før vi vurderer om NT har adgang til å benytte avvinningsretten på det nåværende tidspunkt i konkurransen.

## 2. Hovedkonklusjoner

Anskaffelsesloven (LOA) § 5 krever at oppdragsgiver har "egne rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter". Ordlyden gir ikke anvisning på hva slags rutiner dette skal være, eller hvilke situasjoner det siktes til. Basert på uttalelser i forarbeidene synes det imidlertid klart at bestemmelsen retter seg mot situasjonen der det er risiko for brudd på menneskerettigheter ved gjennomføringen av en konkret anskaffelse og i den etterfølgende kontraktgjennomføringen.

Oppdragsgiver er etter ordlyden i bestemmelsen gitt en vid adgang til å fastsette hva som vil utgjøre egne rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Samtidig må føringer i konkurransegrunnlaget og eventuelle krav knyttet til det å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter utformes i tråd med de grunnleggende kravene i LOA § 4. Særlig kravene til likebehandling, forutberegnelighet og proporsjonalitet er viktige her. I tillegg gjelder det et generelt tilknytningskrav – tiltaket må i utgangspunktet relatere seg til den konkrete anskaffelsen.

Oppdragsgiver kan skape forutberegnelighet ved å angi hvilke forhold som vil lede til avvising i konkurransegrunnlaget. En slik fremgangsmåte kan samtidig bryte mot kravet til likebehandling og proporsjonalitet. EU-domstolen har fastslått at oppdragsgiver ikke kan oppstille særskilte avviseringsregler som automatisk leder til avvising. Slike avviseringsregler må i så fall ta høyde for en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. NT kan derfor i utgangspunktet ikke oppstille en regel om at leverandører som er svartelistet på en spesifikk liste automatisk skal avvises fra NTs konkurranser.

Likebehandlingsprinsippet leder videre til at oppdragsgiver må avvise samtlige leverandører som må anses å ha begått samme type feil. Dersom det som eksempel oppstilles krav om at leverandører ikke kan ha tilknytning til aktiviteter i spesifikke land grunnet forholdene der, så må oppdragsgiver også avvise leverandører som har tilknytning til andre land der tilsvarende forhold råder.

Selv om ivaretagelse av samfunnshensyn åpenbart ivaretar legitime forhold, og i seg selv er et grunnleggende hensyn, så oppstiller de øvrige grunnleggende prinsippene skranker som offentlige oppdragsgivere må forholde seg til ved gjennomføringen av anskaffelser.

I foreliggende sak har NT oppstilt en rekke krav i konkurransegrunnlaget og kontrakten som knytter seg til å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter. NT har betinget seg en rett til å foreta stedlige revisjoner av leverandørene i konkurransefasen. I en slik revisjon vil NT gjennomgå produktionsfasiliteter, miljøstyring, sosialt- og etisk ansvar. Kontrakten inneholder også etiske krav, hvor leverandørene må forplikte seg til å opptre i tråd med NTs etiske retningslinjer som utgjør en del av kontrakten. Leverandørene er videre forpliktet til å informere NT om arbeidsforholdene til ansatte som utfører arbeid under kontrakten, tillate stedlige inspeksjoner på arbeidsplasser der arbeid under kontrakten gjennomføres, sikre at relevant informasjon vedrørende arbeideres rettigheter er tilgjengelig for de som utfører arbeid under kontrakten og ikke straffe eller diskriminere ansatte som arbeider under kontrakten og som gir informasjon om overholdelse av NTs etiske retningslinjer. NT har også gjennomført en omfattende IDD-prosess av tilbyderne.

Etter vårt syn har NT utformet et konkurransegrunnlag som viser at NT har rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter, i tråd med det vi oppfatter som normal og god bransjepraksis. Om noe går NT i denne sammenheng litt lenger enn det som er vanlig bransjepraksis ved å innta revisjonsmekanismer som gir grunnlag for stedlig kontroll av leverandørens overholdelse av grunnleggende menneskerettigheter før kontrakten er signert.

På denne bakgrunn er vår konklusjon at NT ikke har saklig grunn til å avlyse konkurransen, og at en avlysning vil gi en relativt betydelig risiko for at NT vil anses erstatningsansvarlig for leverandørens negative kontraktsinteresse (kostnadene ved å ha deltatt i konkurransen).

Anskaffelsen er gjennomført i to trinn. NT gjennomførte prekvalifisering i mars/april 2020. Når resultatet av prekvalifiseringen er meddelt leverandørene, er oppdragsgiver i utgangspunktet avskåret fra å påberope en avvisningsrett på et senere tidspunkt i konkurransen. Unntak fra dette utgangspunktet kan tenkes der oppdragsgiver mottar ny informasjon som kan ha betydning for avvisningsvurderingen.

Etter vår vurdering vil bruk av avvisningsretten på nåværende tidspunkt i konkurransen gi en ikke ubetydelig prosessrisiko. Dette skyldes at det i det vesentligste ikke er avdekket nye faktiske forhold som gir grunnlag for å benytte avvisningsretten. Enkelte nye avdekkede faktiske forhold knytter seg videre til andre selskaper i en konsernstruktur der det er høyst tvilsomt om NT kan foreta identifikasjon mellom selskapene. Under enhver omstendighet krever avvisningshjemmelen i FOR § 20-2 (3) bokstav i at oppdragsgiver kan dokumentere at det er begått alvorlige feil, og leverandørene må i tillegg ha adgang til å dokumentere self-cleaning tiltak i medhold av FOR § 20-5.

Ovennevnte viser også at det ville påløpt prosessrisiko dersom NT benyttet avvisningsretten som følge av leverandørens tilknytning til aktiviteter i spesifikke land i forbindelse med prekvalifiseringen. Likebehandlingsprinsippet leder til at NT da også måtte avvist leverandører som har tilknytning til andre land der tilsvarende forhold råder. En slik grensedragnings kan være utfordrende å fastsette i tråd med likebehandlingsprinsippet. Også her kan spørsmål om identifikasjon mellom konsernselskaper samt NTs mulighet for å dokumentere alvorlige feil skape utfordringer som gir prosessrisiko.

Vår vurdering er totalt sett derfor at bruk av avvisningsretten som følge av ovennevnte forhold ved leverandørene gir en relativt betydelig risiko for forføyningssak eller etterfølgende erstatningskrav.

### **3. Ivaretagelse av sosiale hensyn som menneskerettigheter gjennom anskaffelsesprosesser**

#### **3.1 Innledning**

Innsigelsene LO har sendt til NT knytter seg til NTs handlingsrom for å hensynta spørsmål knyttet til selskaper som potensielt bryter med internasjonale standarder, eksempelvis FNs veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter ("**UNGP**"). Som nevnt innledningsvis mener LO at NT bør vurdere avvisning av CAF, eller avlysning av konkurransen. Sistnevnte som følge av at NT etter LOs syn har stilt for snevre vilkår i konkurransegrunnlaget i lys av hva som følger av LOA § 5.

Spørsmålene om avvisning og avlysning, samt NTs handlingsrom i anskaffelsesprosesser, har følgelig en side mot LOA § 5. Dette gjelder blant annet hvilke plikter NT har etter denne bestemmelsen, også sett i lys av de detaljerte reglene som følger av FOR. Innledningsvis vil vi derfor redegjøre for det nærmere innholdet i LOA § 5.

#### **3.2 Nærmere om betydningen av anskaffelsesloven § 5**

##### **3.2.1 Overordnet om anskaffelsesregelverket**

Formålet med anskaffelsesregelverket er å fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser, jf. LOA § 1. Reglene skal også bidra til at det offentlig opptre med integritet, for å sikre allmennhetens tillitt til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.

Det norske regelverket er basert på EUs anskaffelsesdirektiver. Dette innebærer at norske og europeiske leverandører skal kunne konkurrere på like vilkår om kontrakter over en viss verdi i Norge. Reglene skal bidra til å realisere EØS-rettens fire friheter. Det gjelder derfor noen sentrale grunnleggende prinsipper ved gjennomføringen av alle anskaffelser omfattet av det norske anskaffelsesregelverket. Dette er prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet, jf. LOA § 4.

Anskaffelsesregelverkets primære formål er dermed å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser, samt å åpne opp for best mulig konkurranse på like vilkår om kontraktene.

Samtidig forutsetter også anskaffelsesregelverket at sentrale hensyn fra sektorlovgivningen skal vektlegges i anskaffelsesprosessene. Dette gjelder blant annet miljø, menneskerettigheter, arbeidsforhold og andre sosiale forhold.

Dette fremgår også av direktiv 2014/24/EU ("**anskaffelsesdirektivet**") artikkel 18 og direktiv 2014/25/EU ("**forsyningsdirektivet**") artikkel 36. I sistnevnte bestemmelse fremgår følgende:

*"Member States shall take appropriate measures to ensure that in the performance of public contracts economic operators comply with applicable obligations in the fields of environmental, social and labour law established by Union law, national law, collective agreements or by the international environmental, social and labour law provisions listed in Annex XIV"*

Direktivet pålegger dermed medlemstatene å besørge hensiktsmessige tiltak som ivaretar at offentlige kontrakter gjennomføres i tråd med forpliktelser knyttet til miljø og sosiale- og arbeidsrettslige forhold nedfelt i relevante lover og bestemmelser som er opplistet i direktivets vedlegg 14. I sak C-395/18 avsnitt 38 fastslo EU-domstolen at dette kravet utgjør et grunnleggende prinsipp på lik linje med de grunnleggende prinsippene til likebehandling mv. som følger av LOA § 4.

I Norge er bestemmelsen blant annet implementert gjennom LOA § 5. Oppdragsgivere er pålagt å innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelige miljøutslipp, samt å ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter der det er en risiko for brudd på slike rettigheter. Oppdragsgiver kan videre oppstille krav som fremmer hensyn til arbeidsforhold og sosiale forhold.

I forarbeidene til anskaffelsesloven redegjøres det for offentlige anskaffelser som virkemiddel for å ivareta samfunnsmessige hensyn. I Prop.51 L (2015-2016) punkt 6.1 uttales følgende:

*"Anskaffelsesloven skal bidra til effektiv ressursbruk, slik at offentlig sektor får mest mulig ut av ressursene den har tilgjengelig. Varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider skal anskaffes til riktig kvalitet og riktig pris ut fra et samfunnsøkonomisk ståsted. Regelverket inneholder detaljerte og konkrete prosedyreregler som skal bidra til at dette formålet realiseres. Det er et rettighetsbasert regelverk der leverandører som mener at prosedyrene ikke er fulgt, kan klage til KOFA eller reise sak for domstolene.*

*Spørsmål knyttet til om og hvordan andre samfunnshensyn – hensyn som ligger på siden av lovens formål om effektiv ressursbruk – skal reguleres i anskaffelsesregelverket, har vært debattert i mange år. Slike samfunnshensyn kan for eksempel være å bekjempe arbeidslivskriminalitet, bedre miljøet og redusere klimautfordringene, øke antallet læreplasser, ivareta helse, miljø og sikkerhet på arbeidsplassene, sikre grunnleggende menneskerettigheter, fremme næringslivsinteresser og innovasjon, unngå diskriminering og ivareta ulike svake grupper i samfunnet.*

*Slike samfunnshensyn kan ivaretas i anskaffelsesregelverket gjennom en rekke former for regulering. For det første kan det være tale om krav som skal bidra til at et annet, horisontalt regelverk blir overholdt. Et eksempel er regler som pålegger oppdragsgivere å avvise tilbud som ikke oppfyller bestemmelser i annet regelverk om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold. For det andre kan det være tale om å pålegge oppdragsgivere en plikt til å stille krav som går lenger enn det ellers gjeldende horisontale regelverket. Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter er et eksempel på dette. Denne forskriften pålegger oppdragsgivere å stille krav om at ansatte hos leverandører og eventuelle underleverandører har lønns- og arbeidsvilkår som ikke bare respekterer allmenngjøringsforskriftene, men som i tillegg ikke er dårligere enn landsomfattende tariffavtaler. For det tredje kan det være tale om strategisk bruk av offentlige anskaffelser som ledd i gjennomføringen av mer generelle politiske målsettinger. Det kan for eksempel være krav om bruk av lærlinger som skal bidra til å dekke behovet for læreplaner, eller gjennomføring av innovative offentlige anskaffelser som skal bidra til utvikling av nye produkter eller tjenester*

*Det samlede innkjøpet av varer og tjenester for offentlig sektor utgjorde om lag 461 milliarder kroner i 2014. Dette er omtrent 14 prosent av BNP. Vurdert ut fra hvilke offentlige anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesregelverket, utgjør omfanget imidlertid rundt 230 milliarder kroner per år. Offentlige anskaffelser representerer et stort og viktig marked for næringslivet. Krav fra offentlige innkjøpere kan derfor være et virkemiddel for å påvirke private virksomheters handlingsmønstre. Eksempelvis kan manglende etisk bevissthet hos offentlige innkjøpere resultere i at arbeidslivskriminalitet og miljøkriminalitet får grobunn og undergraver den seriøse delen av arbeidslivet. Motsatt kan offentlig sektor gjennom sin markedsrett påvirke viktige samfunnsinteresser i ønsket retning, for eksempel ved å etterspørre miljøvennlige og innovative ytelser.*

*Samtidig er det nesten ingen grenser for hvilke samfunnshensyn som kan trekkes inn i en anskaffelsesprosess gjennom ulike former for regulering. Man kan vanskelig kreve at en offentlig oppdragsgiver skal ivareta ethvert godt formål i enhver anskaffelse. Tilsvarende vanskelig vil det være å regulere dette ansvaret i anskaffelsesregelverket i detalj. Regelverket ville da blitt uforholdsmessig komplekst og de administrative kostnadene svært høye."*

Forarbeidene redegjør følgelig for avveiningene som må foretas for å oppnå formålet med anskaffelsesregelverket opp mot ivaretagelse av samfunnshensyn. Det påpekes at samfunnshensyn kan ivaretas gjennom anskaffelsesregelverket på flere ulike måter, men at dette må ses i lys av at omfanget av samfunnshensyn som kan trekkes inn i en anskaffelsesprosess nesten er ubegrenset.

I lys av ovennevnte og høringsinnspill til ny anskaffelseslov fremgår følgende av departementets vurdering i Prop.51 L (2015-2016) punkt 6.5:

*"Anskaffelsesregelverket er kritisert for å være for komplisert og for å pålegge både offentlige oppdragsgivere og leverandørene store administrative byrder. Et sentralt formål med revisjonen av regelverket er å forenkle reglene og redusere de administrative byrdene, jf. kapittel 5. Det er et spenningsforhold mellom ønsket om forenklinger og ønsket om strategisk bruk av offentlige anskaffelser for å ivareta andre samfunnshensyn. Departementet er derfor opptatt av å finne en rimelig balanse mellom behovet for forenkling og reduksjon av administrative byrder på den ene siden og behovet for å adressere aktuelle samfunnsutfordringer på den andre.*

(...)

Hver enkelt regulering krever en vurdering av om alternative tiltak kan ha en like god eller bedre effekt sett opp mot kostnadene. Alternative virkemidler kan være horisontal lovgivning, det vil si krav som retter seg mot både offentlig og privat sektor, bruk av sentrale tilsynsmyndigheter som for eksempel Arbeidstilsynet eller Miljødirektoratet, tilskuddsordninger, krav og signaler gjennom etatsstyring eller veiledning og annen bistand til oppdragsgivere. Økonomisk teori tilsier at direkte, målrettede virkemidler gir en mer effektiv ressursutnyttelse enn indirekte virkemidler. Pålegg om å ivareta ulike samfunnshensyn i offentlige anskaffelser er indirekte virkemidler. Det er imidlertid ikke gitt at det alltid finnes andre effektive tiltak.

Krav om å ivareta ulike samfunnshensyn kan gjøre det vanskeligere for oppdragsgiver å anskaffe varer og tjenester av riktig kvalitet til riktig pris. God behovsdekning – ikke bare for den offentlige virksomheten selv, men også for brukerne av offentlige tjenester – må være hovedoppgaven til alle innkjøpere. Jo flere hensyn en oppdragsgiver pålegges å ivareta i en anskaffelse, jo større er risikoen for at oppdragsgivers oppmerksomhet om denne hovedoppgaven svekkes. Dette tilsier at lovgiver bør utvise varsomhet med å legge inn krav som forfølger andre samfunnsmessige hensyn, i anskaffelsesregelverket. Det er nødvendig å foreta en prioritering blant de tiltakene som det isolert sett hadde vært ønskelig å innføre.

I forslaget til ny anskaffelseslov har departementet søkt å veie ovennevnte hensyn mot hverandre. Etter departementets vurdering er enkelte samfunnsutfordringer så alvorlige at også anskaffelsesregelverket bør tas i bruk for å bidra til like konkurransevilkår, seriositet i leverandørmarkedet og en generell utvikling i ønsket retning. Departementet har i hovedsak prioritert arbeidet med å løse miljø- og klimautfordringene, kampen mot arbeidslivskriminalitet og ivaretagelse av internasjonale menneskerettigheter. Formålet med nye lovbestemmelser knyttet til disse samfunnsområdene er å bidra til en positiv utvikling på en effektiv måte, uten å legge uforholdsmessig tyngende oppgaver på oppdragsgivere og leverandører. Departementet har blant annet vurdert det som viktig at tiltakene rettes inn mot bransjer og sektorer med særlige utfordringer, slik at de ikke favner videre enn det reelt sett er behov for.

Selv om bare utvalgte samfunnshensyn er omfattet av de foreslåtte lovpåleggene, vil departementet understreke at anskaffelsesregelverket gir oppdragsgiver handlingsrom til å trekke inn også andre samfunnshensyn på de ulike stadiene i en anskaffelsesprosess. Oppdragsgiver bør bruke dette handlingsrommet når det fremstår hensiktsmessig i den enkelte anskaffelse."

Departementet fremhever at lovgiver bør være varsom med å vedta krav som forfølger andre samfunnshensyn gjennom anskaffelsesregelverket. Basert på en prioritering har lovgiver vurdert at enkelte samfunnsutfordringer er så sentrale at anskaffelsesregelverket bør tas i bruk for å sikre ønsket utvikling. Prioriterte områder ble derfor miljø- og klimautfordringer, kampen mot arbeidslivskriminalitet og ivaretagelse av internasjonale menneskerettigheter. Det er samtidig sentralt å merke seg at det presiseres at formålet med lovbestemmelsene knyttet til dette er å bidra på en positiv måte, uten å legge en uforholdsmessig byrde på oppdragsgivere og leverandører.

Fastleggelsen av det nærmere innholdet i LOA § 5 må foretas på bakgrunn av ovennevnte utgangspunkt.

### **3.2.2 Oppdragsgivers rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter**

Anskaffelsesloven (LOA) § 5 krever at oppdragsgiver har "egnedede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter". Av annet ledd fremgår det at oppdragsgiver kan stille egnede krav ved ulike trinn i anskaffelsesprosessen, slik at offentlige kontrakter gjennomføres på en måte som fremmer hensynet

til miljø, innovasjon, arbeidsforhold og sosiale forhold, forutsatt at kravene og kriteriene har tilknytning til leveransen.

Bestemmelsens ordlyd fastsetter at oppdragsgiver må ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter i anskaffelser der det er en risiko for brudd på grunnleggende menneskerettigheter.

Ordlyden gir ikke anvisning på hva slags rutiner dette skal være, men synes å vise til rutiner som skal fremme respekt for menneskerettigheter der det er en risiko for at disse brytes ved gjennomføringen av en konkret anskaffelse og etterfølgende kontraktgjennomføring.

Bestemmelsens innhold er nærmere beskrevet i forarbeidene til loven. I Prop.51 L (2015-2016) punkt 7.5.5.2 fremgår følgende:

*"FN vedtok i 2011 veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter. Prinsippene omhandler medlemsstatenes ansvar for å beskytte individer mot brudd på menneskerettighetene – herunder krenkelser begått av tredjeparter, for eksempel aktører i næringslivet – og næringslivets ansvar for å respektere menneskerettighetene. FNs veiledende prinsipper viser til FNs verdenserklæring fra 1948, FNs to konvensjoner fra 1966 om henholdsvis sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, og ILOs kjernekonvensjoner om grunnleggende rettigheter og prinsipper i arbeidslivet. I henhold til prinsipp 6 i FNs veiledende prinsipper bør staten fremme respekt for menneskerettigheter hos selskapene de gjennomfører forretningstransaksjoner med.*

*Departementet foreslår at dette ansvaret reflekteres gjennom en bestemmelse i anskaffelsesloven som slår fast at oppdragsgiverne skal ha etablert egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser, der det er en risiko for brudd på slike rettigheter, jf. lovforslaget § 5 første ledd annet punktum. Så lenge produksjonen finner sted i andre land, først og fremst i den tredje verden, har norske myndigheter få alternative virkemidler tilgjengelig for å påvirke disse produksjonsforholdene.*

(...)

*Rutinene skal primært bidra til å forhindre brudd på grunnleggende menneskerettigheter i forbindelse med kjøp fra land der den nasjonale lovgivningen og/eller nasjonale kontrolltiltak er utilstrekkelige for å beskytte ansatte mot uforsvarlige arbeidsforhold.*

*Det er i hovedsak medlemsland, ikke private rettssubjekter, som er pliktsubjekter etter internasjonale konvensjoner. Departementet ser det derfor som lite hensiktsmessig å begrense bestemmelsen til menneskerettighetsbrudd som er begått av et pliktsubjekt etter den aktuelle konvensjon. Det ville gjort bestemmelsen tilnærmet innholdsløs.*

*Samtidig er det krevende ikke bare å stille, men særlig å følge opp slike krav i praksis. Nivået på oppdragsgivers oppfølgingsrutiner må gjenspeile risikoen for brudd på kravene. Som utgangspunkt bør oppfølging av slike krav inngå i oppdragsgivers ordinære kontraktsoppfølging."*

Basert på uttalelsene i forarbeidene skal rutinene til oppdragsgiver primært bidra til å forhindre brudd på grunnleggende menneskerettigheter i forbindelse med kjøp fra land som ikke i tilstrekkelig grad beskytter mot uforsvarlige arbeidsforhold. Kravene retter seg mot produksjonsforholdene, dvs. produksjonen av det som anskaffes.

Dette er nærmere utdypet i Prop.51 L (2015-2016) Kapittel 10, merknader til § 5:

*"Første ledd annet punktum slår fast at statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser.*

*At «grunnleggende menneskerettigheter» skal ivaretas, innebærer at varene produseres under forhold som ivaretar ansattes grunnleggende krav på forsvarlige arbeidsforhold. Lovbestemmelsen inneholder ikke en uttømmende liste over relevante rettslige instrumenter om menneskerettigheter. Den enkelte oppdragsgiver må ha stor frihet til å tilpasse sine interne rutiner til sin virksomhet. Departementet gjør imidlertid oppmerksom på at FNs veiledende prinsipper for næringsliv og menneskerettigheter viser til FNs verdenserklæring fra 1948, FNs to konvensjoner fra 1966 om henholdsvis sivile og politiske rettigheter og økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, og ILOs kjernekonvensjoner om grunnleggende rettigheter og prinsipper i arbeidslivet.*

*I tråd med forholdsmessighetsprinsippet skal rutinene gjelde anskaffelser der det er risiko for brudd på slike rettigheter. Det må dreie seg om mer enn en teoretisk risiko. Direktoratet for forvaltning og IKT har utarbeidet en liste over høyrisikoprodukter som blir oppdatert med jevne mellomrom. Denne listen kan være veiledende. Produkter som krever en arbeidsintensiv tilvirkning og er produsert i lavkostland, er ofte høyrisikoprodukter."*

Her siktes det igjen til rutiner for å fremme menneskerettigheter, og da særlig mht. forsvarlige arbeidsforhold. Det vises videre til at rutinene skal gjelde anskaffelser der det er risiko for brudd på slike rettigheter, i tråd med forholdsmessighetsprinsippet. Dette gir en relativt klar indikasjon på at lovgivers intensjon har vært å pålegge ansvaret om egnede rutiner i forbindelse med gjennomføring av konkrete anskaffelser, for å forhindre brudd på menneskerettigheter ved den konkrete gjennomføringen av en offentlig kontrakt.

Spørsmålet blir videre hvor vidtrekkende plikten til å ha egnede rutiner er. At bestemmelsen omfatter rutiner som fremmer menneskerettigheter i forbindelse med konkrete leveranser til oppdragsgiver, synes klart. Eksempelvis at oppdragsgiver skal ha egnede rutiner for å unngå leveranser av varer eller tjenester som er produsert under omstendigheter der grunnleggende krav til forsvarlige arbeidsforhold ikke ivaretas.

Et annet spørsmål er om bestemmelsen også pålegger norske oppdragsgivere å ha rutiner i anskaffelsesprosesser som sørger for at leverandører som har vært involvert i det som anses som kritikkverdige eller uetiske forhold i andre land, skal forhindres fra å levere varer og tjenester til norske oppdragsgivere i en situasjon der det er sannsynlig at brudd på menneskerettighetene ikke foregår ved den konkrete leveransen til oppdragsgiver.

I denne forbindelse er følgende uttalelser om LOA § 5 (2) i forarbeidene av interesse:

*"Bestemmelsen viser at oppdragsgiver kan ivareta et vidt spekter av samfunnshensyn i en anskaffelsesprosess, ikke bare pris og økonomiske hensyn i snever forstand, bare det gjøres på riktig måte.*

*«Arbeidsforhold» og «sosiale forhold» skal ikke tolkes snevert eller antitetisk. **Avgjørende for om et krav kan stilles, er om regelverkets øvrige vilkår er oppfylt.***

*Slike samfunnshensyn kan altså trekkes inn på ulike trinn i anskaffelsesprosessen. Dette betyr at de, brukt riktig, kan benyttes som kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier eller kontraktsvilkår. Bruken må være innenfor de begrensninger regelverket setter. De nye direktivene utvider og tydeliggjør adgangen til å trekke inn slike hensyn i en anskaffelsesprosess, men*



handlingsrommet er ikke ubegrenset. For eksempel legger direktivene mye større begrensninger på muligheten til å trekke inn slike hensyn som kvalifikasjonskrav enn kontraktsvilkår. Enkelte forskriftsbestemmelser vil også inneholde en mer detaljert regulering av når og hvordan hensynene kan trekkes inn. Rettspraksis fra EU-domstolen vil være førende også for forståelsen av den nasjonale delen av regelverket. EU-kommisjonen har utarbeidet en veileder om sosiale hensyn i offentlige anskaffelser, og Direktoratet for forvaltning og IKT har veiledningsmateriale, maler mv. tilgjengelig på sine nettsider.

**Kravene og kriteriene som oppdragsgiver benytter, må i tillegg ligge innenfor rammene som EØS-avtalen ellers setter. Det gjelder både de grunnleggende prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet, som er nedfelt i lovforslaget § 4, og annen sekundærlovgivning. (...)**

**Kravene og kriteriene må ha tilknytning til leveransen. Det innebærer blant annet at oppdragsgiver ikke har adgang til å stille krav til leverandørens generelle virksomhet. Kravene må være knyttet til ytelsen som anskaffelsen gjelder. Kjøper oppdragsgiver biler, kan han for eksempel ikke stille krav til leverandørens produksjon av båter. Begrepet må tolkes i samsvar med praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen." (uthevet her)**

Utforming av konkurransegrunnlag og eventuelle krav må følgelig oppstilles i tråd med de grunnleggende prinsippene og de må ha tilknytning til leveransen. Dette utgjør i praksis en viktig skranke for hvilke krav oppdragsgiver kan oppstille, herunder forhold som skal lede til avvisning.

Dette må også ses i sammenheng med at krav til ivaretagelse av bestemte menneskerettigheter er nedfelt i konkrete bestemmelser i forsyningsforskriften. Her er det angitt enkelte forhold som skal lede til avvisning, uavhengig av om forholdet har tilknytning til den aktuelle konkurransen. Et eksempel er oppdragsgivers avvisningsplikt der leverandøren er rettskraftig dømt eller har vedtatt forelegg om straffbare forhold knyttet til barnearbeid og andre former for menneskehandel, jf. FOR § 20-2 (4) jf. (2). Et annet eksempel er avvisningsrett der oppdragsgiver kan dokumentere alvorlige eller gjentatte brudd på bestemmelser om arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler angitt i forskriftens vedlegg 6, jf. FOR § 20-2 (3) bokstav c. Her er oppdragsgiver gitt en avvisningsrett dersom oppdragsgiver kan dokumentere gjentatte og alvorlige brudd på bestemte konvensjoner. Eksempler på dette er flere ILO-konvensjoner knyttet til arbeidstakerrettigheter. I disse tilfellene gjelder det ikke noe tilknytningskrav.

Virkemidler for ivaretagelse av menneskerettigheter er således også gitt direkte i forskriften. Oppdragsgivers handlingsrom for å ha rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter, må ses i lys av dette. Det faktum at det er gitt spesifikke regler i forskriften som skal ivareta menneskerettigheter og andre sosiale hensyn viser at enkelte forhold er prioritert fra lov- og forskriftsgiver.

Ovennevnte avvisningshjemler representerer som vist et unntak fra prinsippet om at krav og kriterier oppdragsgiver oppstiller, må ha tilknytning til kontrakten. Ettersom dette er fastsatt på direktiv- og forskriftsnivå, representerer disse avvisningshjemlene i praksis uttrykk for unison enighet blant EUs medlemsstater om at noen generelle forhold ved leverandørens virksomhet, utover oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, kan og skal lede til avvisning.

Oppdragsgivers øvrige handlingsrom etter § 5 må imidlertid utøves i tråd med LOA § 4 og kravet til tilknytning. Det er derfor eksempelvis ikke fritt frem for oppdragsgiver å oppstille krav i

---

<sup>1</sup> [https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/prop-51-l-201516/KAPITTEL\\_10-5](https://lovdata.no/pro/#document/PROP/forarbeid/prop-51-l-201516/KAPITTEL_10-5)

konkurransgrunnlag som gir anvisning på strengere avvisningsregler enn det som følger av forskriften.

Man kunne tenkt seg at NT eksempelvis konkretiserte i konkurransegrunnlaget at spesifikke forhold som NT anser som uetisk oppførsel eller kritikkverdig opptreden vil lede til avvisning etter FOR § 20-2 (3) bokstav i. Et eksempel kan være at selskaper som gjennomfører arbeider i navngitte områder med krig eller okkuperte områder vil avvises. En utfordring med dette er imidlertid overholdelse av prinsippet om likebehandling og krav til proporsjonalitet. Likebehandlingsprinsippet vil da lede til at leverandører som er involvert i lignende forhold andre steder også må avvises. Vurderingen av hva som utgjør liknende forhold er kompleks og vil også i ytterste konsekvens kunne avhenge av politiske vurderinger, og gjeldende politisk klima. Utelukkelse av leverandører basert på politisk syn kan som utgangspunkt tenkes å være relevant. Innenfor områder hvor det foreligger politisk uenighet vil det imidlertid være en risiko for at kravene til likebehandling, forutberegnelighet og forholdsmessighet tilsier at oppdragsgiver bør utvise varsomhet med å angi konkrete forhold som grunnlag for avvisning i konkurransegrunnlaget. Vår anbefaling er følgelig at NT bør utvise varsomhet med å oppstille spesifikke avvisningsgrunner av ovennevnte type i konkurransegrunnlagene sine.

Ivaretagelse av oppdragsgivers samfunnsansvar gjennom utøvelse av innkjøpsmakt er åpenbart begrunnet i legitime hensyn. Samtidig er EU-domstolen klar på at bestemmelser som har til formål å luke ut useriøse aktører fra offentlige kontrakter, må overholde de grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsippene. Som eksempel kan det vises til sak C-395/18. Her fastslo EU-domstolen at anskaffelsesregelverket er til hinder for nasjonal lovgivning som fastsetter automatisk avvisning av en leverandør som benytter seg av underleverandører som ikke erklærer at de overholder regler om handikappedes adgang til arbeid. Bestemmelsen var fastsatt i strid med kravet til proporsjonalitet når den ikke la opp til en konkret vurdering av det enkelte tilfellet, og i stedet fastsatte en absolutt avvisningsplikt.

Det samme fremgår av sak C-63/18. Saken gjaldt spørsmålet om italienske oppdragsgivere lovlig kunne oppstille et krav vedtatt i italiensk lovgivning om at maksimalt 30 % av kontraktsarbeidene kunne utføres gjennom underentreprise. Formålet med bestemmelsen var ifølge italienske myndigheter å bekjempe kriminalitet ved å forhindre at mafiaen fikk tilgang til slike kontrakter. I denne forbindelse uttaler EU-domstolen:

*"40 In particular, as pointed out in paragraph 30 of the present judgment, the national legislation at issue in the main proceedings prohibits, in general and abstract terms, use of subcontracting which exceeds a fixed percentage of the public contract concerned, so that that prohibition applies whatever the economic sector concerned by the contract at issue, the nature of the works or the identity of the subcontractors. Furthermore, such a general prohibition does not allow for any assessment on a case-by-case basis by the contracting entity (see, by analogy, judgment of 5 April 2017, Borta, C-298/15, EU:C:2017:266, paragraphs 54 and 55)."*

EU-domstolen anså kravet som en restriksjon som ikke var forenlig med anskaffelsesdirektivet, og vektla det forhold at kravet fremsto som generelt og abstrakt, i tillegg til at det gjaldt uavhengig av arbeidenes karakter. EU-domstolen kom til at dette måtte anses som en ulovlig restriksjon i strid med anskaffelsesdirektivet, som gikk lenger enn det som var nødvendig for å bekjempe økonomisk kriminalitet. Dette viser at selv om en begrensning i bruk av underentreprenører har et legitimt formål er dette ikke nok til å være i samsvar med EU-retten, dersom den går lenger enn nødvendig.

Selv om anskaffelsesregelverket i stor grad åpner for ivaretagelse av samfunnshensyn som menneskerettigheter, oppstiller også anskaffelsesregelverket skranker for hvordan dette kan gjennomføres. Generelle regler om at visse forhold skal lede til avvisning, uten at det åpnes for en

konkret vurdering av forholdene ved leverandøren, vil som et utgangspunkt være i strid med anskaffelsesregelverket. Et eksempel på dette er regler i konkurransegrunnlaget om at leverandører som er svartelistet på en spesifikk liste automatisk skal avvises fra NTs konkurranser.

I tillegg kommer det forhold at forarbeidene viser at oppdragsgiver ikke kan ivareta ethvert godt formål i enhver anskaffelse, og at ansvaret for ivaretagelse av menneskerettigheter i medhold av LOA § 5 primært knytter seg til egnede rutiner for å unngå brudd på menneskerettigheter i den konkrete anskaffelsen. Det gjelder således et tilknytningskrav, noe som også bekreftes av de konkrete hjemlene i anskaffelsesforskriften som oppdragsgiver kan og skal forholde seg til ved gjennomføringen av den enkelte anskaffelse og hvor et slikt krav ikke gjelder.

Ovennevnte skranker og hensyn må vektlegges når oppdragsgivere skal innrette anskaffelsesprosessene sine. Dersom helt spesifikke hensyn eller avvisningsgrunner ønskes hensyntatt i enhver anskaffelsesprosess, så vil dette i enkelte sammenhenger også kunne anses som en lovgiveroppgave, som i så fall også må ivaretas innenfor de grenser anskaffelsesregelverket setter.

#### **4. Har NT saklig grunn til å avlyse konkurransen**

Forsyningsforskriften § 21-4 første ledd fastslår at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen med øyeblikkelig virkning dersom det foreligger "saklig grunn". Det oppstilles dermed et vilkår om at det må foreligge en saklig grunn for at en avlysning foretas i tråd med anskaffelsesregelverket.

Hvorvidt det foreligger saklig grunn til å avlyse konkurransen beror på en konkret helhetsvurdering, hvor det er av betydning om årsaken til avlysningen objektivt sett er saklig, og om oppdragsgiver kan bebreides for å ikke ha forutsett den aktuelle årsaken, jf. HR-2019-1801-A avsnitt 84-86. Hvilke omstendigheter som utløste avlysningen, hva oppdragsgiver ønsket å oppnå med den og tidspunktet for avlysningen vil i den sammenheng også være relevante momenter, jf. Rt. 2001 s. 473, Rt. 2007 s. 983 og LG-2016-133934.

Typiske saklige grunner for avvisning er at det ikke foreligger tilstrekkelig antall tilbud for å oppnå konkurranse, at tilbudene overstiger oppdragsgivers forhåndsfastsatte budsjett, eller at oppdragsgiver har begått feil ved gjennomføringen av konkurransen som ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning og ny utlysning.

Dersom oppdragsgiver ikke har saklig grunn til å avlyse konkurransen, kan oppdragsgiver blir erstatningsansvarlig for den positive eller negative kontraktsinteresse, jf. HR-2019-1801-A.

Som nevnt i punkt 1 mener LO at NT må vurdere å avlyse konkurransen fordi det "*i konkurransegrunnlaget er stilt for snevre vilkår i forhold til hva som følger av lov om offentlige anskaffelser § 5*".

I lys av gjennomgangen under punkt 3 over, skal det en god del til for at en oppdragsgiver kan avlyse en konkurranse som følge av at det er oppstilt for snevre vilkår i lys av handlingsrommet som LOA § 5 gir. Dette er først og fremst aktuelt der det ikke er stilt krav relatert til oppfyllelse av kontrakten anskaffelsen gjelder. Det kan således tenkes at oppdragsgiver kan ha saklig grunn for avlysning i en anskaffelse der det foreligger betydelig risiko for brudd på menneskerettigheter ved gjennomføring av kontraktsarbeidene, men hvor oppdragsgiver overhodet ikke har iverksatt rutiner for å avhjelpe denne risikoen.

LOs innsigelser knytter seg imidlertid ikke til risiko for brudd på menneskerettigheter ved gjennomføringen av NTs anskaffelse og kontrakt. Innsigelsene knytter seg til en av leverandørenes gjennomføring av en kontrakt et annet sted i verden. Det er etter vår vurdering som vanskelig å se at NT kan ha saklig grunn til å avlyse konkurransen som følge av at konkurransegrunnlaget i seg selv

ikke har mekanismer for avvisning av leverandører som er involvert i andre prosjekter som kan anses kritikkverdige. Som vist over ville en slik regel også kunne være problematisk etter anskaffelsesreglene.

I tillegg kommer at NT har en rekke bestemmelser i konkurransegrunnlaget og kontrakten knyttet til ivaretagelse av menneskerettigheter, etiske standarder og miljøhensyn. I Instruction to Tender ("ITT") punkt 13 og 18 har NT betinget seg en rett til å foreta stedlige revisjoner av leverandørene i konkurransefasen. I en slik revisjon vil NT gjennomgå produksjonsfasiliteter, miljøstyring, sosialt og etisk ansvar. Andre hensyn som vektlegges i tråd med LOA § 5 fremgår av tildelingskriteriene der Miljø og universell utforming blir vektlagt. Kontrakten inneholder også etiske krav, hvor leverandørene må forplikte seg til å opptre i tråd med NTs etiske retningslinjer som utgjør en del av kontrakten, jf. punkt 25. Leverandørene er videre forpliktet til å informere NT om arbeidsforholdene til ansatte som utfører arbeid under kontrakten, tillate stedlige inspeksjoner på arbeidsplasser der arbeid under kontrakten gjennomføres, sikre at relevant informasjon vedrørende arbeideres rettigheter er tilgjengelig for de som utfører arbeid under kontrakten og ikke straffe eller diskriminere ansatte som arbeider under kontrakter og som gir informasjon om overholdelse av NTs etiske retningslinjer. NT viser med dette at konkurransegrunnlaget og kontrakten inneholder bestemmelser som skal sikre overholdelse av menneskerettigheter for ansatte og personell som gjennomfører arbeidet i kontrakten med NT. Dette er i tråd med forarbeidenes føringer på hvordan rutiner for iverksettelse av menneskerettigheter kan iverksettes etter LOA § 5.

Etter vårt syn har NT utformet et konkurransegrunnlag som klart viser at NT har rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter, i tråd med det vi oppfatter som normal bransjepraksis. NT går i denne sammenheng om noe litt lenger enn det som er vanlig bransjepraksis ved å innta revisjonsmekanismer som gir grunnlag for stedlig kontroll av leverandørenes overholdelse av grunnleggende menneskerettigheter før kontrakten er signert.

På denne bakgrunn kan vi ikke se at NT har saklig grunn til å avlyse konkurransen fordi det i konkurransegrunnlaget er stilt for snevre vilkår i lys av de forpliktelsene som følger av LOA § 5. Dersom NT avlyser anskaffelsen på dette grunnlag, vil det etter vårt syn gi en relativt betydelig risiko for at NT vil anses ansvarlig for tilbydernes negative kontraktsinteresse. Ettersom dette er en langvarig og omfattende anskaffelse, vil erstatning til leverandørene kunne utgjøre betydelige beløp.

## **5. NTs handlingsrom for avvisning**

### **5.1 Rettslige utgangspunktet for når avvisningsretten kan benyttes**

#### **5.1.1 Innledning**

Forsyningsforskriftens avvisningsbestemmelser skiller mellom oppdragsgivers rett og plikt til å avvise leverandører og tilbud. NT har plikt til å avvise dersom oppdragsgiver er kjent med at leverandøren er rettskraftig dømt, eller som har vedtatt forelegg for opplistede forhold i FOR § 20-2 (2) jf. (4). Dette omfatter deltakelse i kriminell organisasjon, korrupsjon, bedrageri, terrorhandlinger/straffbare handlinger i forbindelse med terrorvirksomhet, hvitvasking av penger, finansiering av terrorisme, barnearbeid og andre former for menneskehandel.

Etter bestemmelsens ordlyd foreligger det kun avvisningsplikt dersom oppdragsgiveren *er kjent med* at leverandøren er rettskraftig dømt, eller har vedtatt forelegg for de opplistede forholdene. Utgangspunktet etter bestemmelsen antas å være at oppdragsgiver ikke har noen undersøkelsesplikt. I dette ligger også at oppdragsgiver kun skal etterspørre dokumentasjon for at det ikke foreligger

forhold som kan medføre avvisning etter bestemmelsen, dersom det foreligger grunnlag for å undersøke nærmere.<sup>2</sup>

NT har imidlertid gjennomført en omfattende integrity due dilligence ("IDD") av leverandørene med bistand fra KMPG. Første vurdering ble foretatt i forbindelse med prekvalifiseringen i mars/april 2020. Det ble deretter gjennomført en ny IDD-prosess i oktober/desember 2021. Det er etter vårt syn klart at den reviderte IDD-prosessen ikke har avdekket forhold som gir NT avvisningsplikt.

Avvisningsretten som følger av FOR § 20-2 (3) gir oppdragsgiver rett til å avvise en leverandør i medhold av alternativene i bestemmelsen, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig. Det er opp til oppdragsgivers innkjøpsfaglige skjønn å vurdere om avvisningsretten skal benyttes eller ikke. Dersom oppdragsgiver ønsker å benytte avvisningsretten må imidlertid kravet til forholdsmessighet oppfylles.

I foreliggende sak vil det følgelig ikke utgjøre et brudd på anskaffelsesregelverket at NT velger å ikke benytte seg av en eventuell avvisningsrett. NT ønsker uansett belyst om NT har adgang til å benytte avvisningsretten på nåværende tidspunkt i konkurransen. Hvis det er tilfellet, blir neste spørsmål om vilkårene for å benytte avvisningsretten er oppfylt. For fullstendighetens skyld vil vi i denne sammenheng knytte noen kommentarer til bruk av avvisningsretten i forbindelse med prekvalifiseringen også.

#### **5.1.2 Tidspunkt for avvisning**

Det følger av FOR § 20-10 (1) at oppdragsgiver skal ta stilling til spørsmålet om avvisning snarest mulig. Ettersom leverandørene binder opp ressurser ved deltakelse i anskaffelsesprosesser, er det viktig for leverandørene med en rask avklaring av om tilbudet blir avvist, jf. NOU 2014:4 punkt 25.5.1. Leverandøren får da muligheten til å frigjøre ressurser som er bundet opp, og kan benytte disse i andre prosjekter eller anskaffelser.

Bestemmelsen fastsetter samtidig at avvisning kan skje på ethvert tidspunkt i konkurransen når det viser seg at vilkårene for avvisning er oppfylt. I tilfeller der oppdragsgiver har plikt til å avvise et tilbud, vil oppdragsgiver alltid kunne påberope seg avvisning selv om oppdragsgiver ikke har tatt stilling til avvisningsspørsmålet "*snarest mulig*". Dette gjelder også etter at tildeling av kontrakt har funnet sted, men før kontrakten er signert.

Dette er ikke nødvendigvis tilfellet mht. avvisningsretten. Utgangspunktet er at oppdragsgiver ikke kan påberope seg avvisningsretten etter at tildeling av kontrakt har skjedd, jf. bla. Rt. 1998 s. 1398 (Torghatten) og LH-2014-168975. Dette har sammenheng med at oppdragsgiver på dette stadiet kun kan rette opp i feil begått under anskaffelsesprosessen, og at et lovlig innkjøpsfaglig skjønn ikke kan endres etter tildeling.<sup>3</sup>

Kontrakt er som kjent ikke tildelt i foreliggende sak. Anskaffelsen gjennomføres imidlertid som en to-trinnsprosess der NT vurderte leverandørenes oppfyllelse av kvalifikasjonskravene og andre grunner for avvisning som følge av forhold ved leverandøren i mars/april 2020. I slike prosesser er det spørsmål om oppdragsgiver kan benytte avvisningsretten etter at prekvalifisering har funnet sted, dersom denne ikke ble benyttet i forbindelse med prekvalifiseringen. LB-2018-37955 gjaldt en slik to-trinnsprosess,

---

<sup>2</sup> Marianne Dragsten, Anskaffelsesforskriften. Lovkommentar, § 24-2. Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren, Juridika <https://juridika.no/forskrift/2016-08-12-974/%C2%A724-2/kommentar/>

<sup>3</sup> Marianne Dragsten, Anskaffelsesforskriften. Lovkommentar, § 25-1. Meddelelse om valg av leverandør og begrunnelse, Juridika <https://juridika.no/forskrift/2016-08-12-974/%C2%A725-1/kommentar/>

der det ble begjært midlertidig forføyning etter at resultatet av prekvalifiseringen ble meddelt leverandørene, og dermed før tilbudsfasen ble iverksatt. Lagmannsretten uttaler følgende:

*"Lagmannsretten finner ikke grunn til å gå inn på de vurderinger som kommunen foretok, og i hvilken grad det eventuelt har vært engasjert ekstern juridisk bistand, før kommunen i brevet av 28. juni 2017 meddelte sin beslutning til PRK. En eventuell foreløpig vurdering om at PRK oppfylte kvalifikasjonskravene, binder ikke kommunen i anskaffelsesrettslig sammenheng. Det er sikker rett at oppdragsgiver – uhindret av forutberegnelighetsprinsippet – kan endre sin oppfatning om kvalifikasjonsvurderingen før en beslutning er meddelt leverandørene, jf. Dragsten, Offentlige anskaffelser (2013) side 518-519. Det er først etter at beslutningen om kvalifisering er meddelt leverandørene, at oppdragsgiver ikke kan endre den skjønsmessige vurderingen, jf. KOFA-2010-114 (Mesta Drift) avsnitt 42."*

Utgangspunktet er dermed at oppdragsgiver ikke kan endre de skjønsmessige vurderingene som er foretatt ved prekvalifiseringen, etter at resultatet av prekvalifiseringen er meddelt leverandørene.

I praksis fra Klagenemnda for offentlige anskaffelser ("KOFA") er det imidlertid lagt til grunn at avvisningsretten i unntakstilfeller kan være i behold, selv om kontrakten er tildelt. Denne praksisen vil også være relevant for adgangen til å benytte avvisningsretten etter at prekvalifisering er foretatt. I sak 2013/119 uttaler KOFA følgende i avsnitt 21:

*"I saker som gjelder de fakultative avvisningsreglene, er adgangen til å avvise i enkelte saker ansett å være i behold selv om kontrakt er tildelt, se eksempelvis 2006/153 (KOFA-2006-153) premiss (112) og forutsetningsvis 2012/246 (KOFA-2012-246) premiss (45). Heller ikke i disse sakene var forholdet som kunne gi grunnlag for avvisning kjent på tidspunktet for tildeling av kontrakt."*

Unntaket synes å gå ut på at avvisningsretten kan være i behold dersom oppdragsgiver mottar ny og relevant informasjon som ikke var kjent på tidspunktet for den opprinnelige kvalifikasjonsvurderingen.

Sak 2013/119 gjaldt spørsmål om omgjøring av vurderingen av oppfyllelsen av et kvalifikasjonskrav, og spørsmålet om adgangen til å benytte avvisningsretten etter tildeling kom derfor ikke direkte på spissen.

Sak 2006/153 gjaldt en begrenset anbudskonkurranse om kjøp av konsulenttjenester til Forsvaret. Klager ble tildelt kontrakt, men oppdragsgiver utsatte kontraktsignering blant annet som følge av at oppdragsgiver avventet en granskningsrapport fra Granskningsutvalget for IKT-kontrakter i Forsvaret (Dalseideutvalget). Etter mottak av granskningsrapporten avviste oppdragsgiver valgte leverandør i medhold av § 8-12 (2) i anskaffelsesforskriften av 2001, som gir oppdragsgiver avvisningsrett der leverandøren *"i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje"*.

I granskningsrapporten ble det lagt til grunn at eieren av selskapet som ble tildelt kontrakten, og som tidligere hadde fungert som oppdragsgivers forhandlingsleder hadde vært inhabil i flere sammenhenger. Dette skyldtes at forhandlingslederen hadde en mulig økonomisk egeninteresse i at et bestemt selskap fikk en avtale med Forsvaret. Oppdragsgiver la også til grunn at det fremgikk av granskningsrapporten at eieren av valgte leverandør kunne ha begått overtredelse av korrupsjonsbestemmelsene i straffeloven.

Klager anførte at oppdragsgiver ikke hadde adgang til å avvise leverandøren etter de fakultative avvisningsreglene ettersom oppdragsgiver ikke hadde opplyst om hvilke av de fakultative

avvisningsreglene som ville bli benyttet i konkurransegrunnlaget. KOFA tok ikke anførselen til følge og uttalte deretter i avsnitt 112 at:

*"Når det under en pågående tildelingsprosess kommer opp ved offentlig granskning (her Dalseideutvalget) at en leverandør som deltar i konkurransen kan antas å ha gjort seg skyldig i bransjeetiske lovbrudd i fortid, må dette kunne lede til avvisning selv om forholdet ikke er tatt opp i den første begrunnelse."*

I sak 2012/146 ble en tildeling påklaget med påstand om at valgte leverandør hadde tilbudt et produkt som vedkommende ikke hadde rett til å selge. I etterkant av dette kontaktet oppdragsgiver valgte leverandør, og ba om en bekreftelse på at vedkommende hadde rett til å tilby og selge dette produktet. Valgte leverandør informerte da om at leveransen var tenkt gjennomført ved å kjøpe produktene av leverandøren som var innstilt som nummer to i konkurransen. Valgte leverandør ble ikke avvist, men oppdragsgiver valgte i stedet å trekke produktet ut av konkurransen. I KOFA-saken anførte klager at oppdragsgiver hadde plikt til å avvise valgte leverandør som følge av vesentlige avvik. KOFA kom til at oppdragsgiver ikke hadde avvisningsplikt ettersom tilbudet ikke inneholdt avvik, forbehold eller uklarheter. Samtidig hadde oppdragsgiver mottatt etterfølgende informasjon som gjorde det uklart om leverandøren kunne levere å tråd med tilbudet. KOFA vurderte om oppdragsgiver hadde avvisningsplikt i en slik situasjon og uttalte i denne forbindelse:

*"Innklagedes situasjon kan i prinsippet tenkes håndtert på flere måter. For det første kan de fakultative avvisningsreglene være aktuelle i tilfeller hvor det ikke kan konstateres avvik, forbehold eller lignende, men hvor det likevel er usikkert hvorvidt leverandøren faktisk vil levere i henhold til sine forpliktelser. Forholdet i foreliggende sak er i så måte nærmest å vurdere etter forskriften § 20-12 (2) bokstav g, hvorefter oppdragsgiver kan avvise en leverandør som har gitt feilaktige opplysninger. Avvisningsrett kan også tenkes på grunnlag av antesipert mislighold. Klagenemnda har tidligere holdt dette spørsmålet åpent, jf. sak 2006/66 (KOFA-2012-66) premiss (44), men da knyttet nettopp til oppdragsgivers rett, og ikke plikt, til å avvise."*

Avsnittet er av KOFA i senere praksis tolket som at det indirekte åpner for å benytte avvisningsretten etter tildeling der det oppstår berettiget usikkerhet om leverandøren faktisk er i stand til å levere tilbudt ytelse, eller der det er gitt uriktige opplysninger.

Praksis utover dette er sparsom. Avgjørelsene fra KOFA er gamle, og slike avgjørelser har i utgangspunktet lav rettskildemessig vekt.

Basert på et noe sparsomt rettskildebilde, er vår vurdering at oppdragsgiver som det klare utgangspunkt ikke har anledning til å endre det innkjøpsfaglige skjønnnet mht. bruk av avvisningsretten etter FOR § 20-2 (3) etter at prekvalifisering har funnet sted. Dette harmonerer med utgangspunktet i § 20-10 om at oppdragsgiver skal ta stilling til avvisningsspørsmål snarest mulig. Det er også i tråd med hensynet til forutberegnelighet for leverandørene.

Samtidig bør oppdragsgiver ha adgang til å benytte avvisningsretten etter prekvalifisering dersom oppdragsgiver mottar ny informasjon som endrer det faktiske grunnlaget for oppdragsgivers vurderinger foretatt i forbindelse med prekvalifiseringen. Dette er også i tråd med FOR § 20-2 (6) som fastsetter at avvisning etter bestemmelsen kan skje for handlinger og unnlaterelser som er foretatt før og under konkurransen.

## **5.2 Avvisningsvurdering CAF**

### **5.2.1 Kan CAF avvises på nåværende tidspunkt i anskaffelsen**

I IDD-rapport av 3. april 2020 fremgikk følgende om CAF:

**"Activities in the Occupied Palestinian Territory:**

- *Europa Press reported on 14 August 2019 that the Spanish left-wing political party Izquierda Unida (IU) demanded from the Government that the Office of the Public Prosecutor of the National Court initiate criminal actions against directors and employees of CAF who participate in the construction of the light rail in Jerusalem. IU alleges that this project "clearly violates international legality by expropriating" Palestinian land under Israeli occupation "for the construction of a train that will link" the occupied land with illegal settlements of the occupying power."*

NT fikk her informasjon om at CAF er involvert i arbeider med bygging av jernbane i Jerusalem, og at dette er et prosjekt som hevdes å bli utført i strid med internasjonal lovgivning.

I tillegg fremgikk omfattende annen informasjon om CAF og øvrige leverandører som KPMG hadde funnet frem til.

CAF ble ansett kvalifisert, og NT benyttet ikke avvisningsretten verken for CAF eller andre leverandører som søkte om deltakelse i konkurransen.

Informasjon om CAFs involvering i jernbaneprosjekt på Vestbredden fremgikk av opprinnelig IDD-rapport. NT hadde dermed informasjon om dette, men benyttet som nevnt ikke en eventuell avvisningsrett på tidspunktet for prekvalifiseringen. Utgangspunktet er da at NT ikke kan omgjøre den skjønnsmessige vurderingen av om avvisningsretten skal benyttes. Spørsmålet i det følgende blir om NT har mottatt ny informasjon som endrer det faktiske grunnlaget for en potensiell avvisningsvurdering.

KPMG har i etterkant av prekvalifiseringen som nevnt gjennomført en oppdatert IDD-vurdering av gjenstående leverandører i konkurransen. Nye avsnitt med informasjon er i denne forbindelse tatt inn i rapportene, og følgende fremgår av rapporten for CAF datert 13. oktober 2021:

**"Activities in the Occupied Palestinian Territory: CAF's activities in the Occupied Palestinian Territory have generated significant coverage in online media resources over the past year and a half, including in Norwegian media and in relation to a Norske tog tender launched in February 2020 for the supply of new local trains. Human rights organizations and labor unions in several countries have been denouncing CAF's involvement in the extension of the Red Line and the construction of the Green Line of the Jerusalem Light Rail (JLR) since 2019. In July 2021, CAF was also part of one of the consortia approved to bid on the tender for the Blue and Purple lines of the JLR, alongside Shafir [sic] Engineering and the Noy Infrastructure Fund.**

(...)

- **On 18 December 2020, over 30 human rights organizations, networks and trade unions submitted a joint statement to the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR). The statement argued that CAF was "involved in economic activities and relationships that contribute to the maintenance of Israel's illegal settlement enterprise, continued occupation and annexation of occupied East Jerusalem.", and that the JLR was deemed to be in clear violation of international law by the UN Human Rights Council and the European Union.**
- **The statement highlighted that Israeli Company Shafir Engineering and Industry Ltd., CAF's partner in the consortium which won the tender for the JLR, was listed on the UN database of 112 businesses involved in activities relating to settlements in the Occupied Palestinian Territory. CAF itself does not appear on the database, which was last updated in February 2020. It should be noted that Shafir Engineering and Industry**



***Ltd. was added to the NBIM/Council on Ethics exclusions list on 19 May 2021, and appears on the DNB and KLP exclusion lists as well.."***

Det er også vist til at flere fagforeninger og organisasjoner har engasjert seg, og krevd at CAF ikke får delta i offentlige anbudsprosesser som følge av aktivitetene på okkuperte områder.

Den oppdaterte IDD-rapporten gir følgelig ytterligere informasjon om engasjement fra fagforeninger og menneskerettighetsorganisasjoner som fordømmer CAFs involvering i prosjekter der israelske myndigheter er oppdragsgiver. Informasjonen representerer samtidig ikke nye faktiske opplysninger om CAF, utover at CAF synes å være prekvalifisert i et nytt prosjekt sammen med en leverandør som er svartelistet av Oljefondet, DNB og KLP. CAF er ikke svartelistet, og det fremgår også av IDD-rapporten at Oljefondet har økt sin eierandel i CAF fra 2019 til 2020 slik at Oljefondet eier 3,36 % av aksjene i CAF per 31. desember 2020.

Etter vårt syn fremkommer det ikke nye opplysninger i den oppdaterte IDD-rapporten som endrer det underliggende faktum sammenlignet med situasjonen ved prekvalifiseringen. Økt engasjement fra fagforeninger og menneskerettighetsorganisasjoner endrer etter vårt syn ikke den faktiske situasjonen CAF eventuelt befinner seg i. At CAF er prekvalifisert i et nytt prosjekt, endrer etter vårt syn heller ikke det underliggende faktum i særlig grad. Informasjonen om at CAF er involvert i prosjekter med israelske myndigheter, var informasjon NT hadde på tidspunktet for prekvalifisering.

Vår konklusjon er derfor at NT ikke har mottatt ny informasjon om CAFs virksomhet som gir grunnlag for å endre det innkjøpsfaglige skjønnet som ble lagt til grunn ved prekvalifiseringen.

Dersom NT likevel benytter avvisningsretten som følge av CAFs arbeider i Israel/Vestbredden, vil dette lede til en relativt betydelig prosessrisiko i en eventuell begjæring om midlertidig forføyning eller krav om erstatning fra CAF.

### **5.2.2 Har NT rett til å avvise CAF?**

På bakgrunn av konklusjonen i punkt 5.2.1, er det i utgangspunktet ikke nødvendig å ta stilling om vilkårene for avvisning i FOR § 20-2 (3) bokstav i, er oppfylt. Vi vil for fullstendighetens skyld knytte noen kommentarer til bestemmelsen i det følgende.

FOR § 20-2 (3) oppstiller ni alternative, fakultative avvisningsgrunner som gjelder forhold ved leverandøren.

Dersom en av avvisningsgrunnene foreligger, kan oppdragsgiver som nevnt velge å avvise leverandøren så lenge avvisningen ikke er uforholdsmessig. Oppdragsgiver har dermed en betydelig skjønnsfrihet innenfor rammen av proporsjonalitetsprinsippet.

Det sentrale vurderingstemaet for de fleste grunnlagene er hvorvidt leverandøren har den nødvendige integritet til å gjennomføre kontrakter hvor det offentliges midler benyttes. FOR § 20-2 (3) bokstav i, lyder slik:

*"(3) Oppdragsgiveren kan også avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig*

*(...)*

*i) når oppdragsgiveren kan **dokumentere** at leverandøren for øvrig har begått **alvorlige feil** som medfører tvil om **hans yrkesmessige integritet**" (uthevet her)*

FOR § 20-2 (3) bokstav i er en sekkebestemmelse foranlediget av de nye anskaffelses- og forsyningsdirektivene. Tilsvarende bestemmelse finnes i FOA § 24-2 (3) bokstav i.

I forbindelse med fastleggelsen av det nærmere innholdet i FOR § 20-3 (3) bokstav i er anskaffelsesdirektivet art. 57 nr. 4 bokstav c relevant. Forsyningsdirektivet artikkel 80, viser til artikkel 57 nr. 4 og Norge har valgt å implementere art. 57 nr. 4 både i anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften. Direktivbestemmelsen lyder slik:

*"4. Contracting authorities may exclude or may be required by Member States to exclude from participation in a procurement procedure any economic operator in any of the following situations:*

*[...]*

*c) where the contracting authority can **demonstrate by appropriate means** that the economic operator is **guilty of grave professional misconduct**, which **renders its integrity questionable**;" (uthevet her)*

Ordlyden i direktivet og forsyningsforskriften oppstiller en høy terskel.

I sak C-465/11, *Forposta*, slo EU-domstolen fast at begrepet "*grave professional misconduct*" omfatter "*all wrongful conduct which has an impact on the professional credibility of the operator*", og at det ikke kreves at leverandøren er rettskraftig dømt for forholdet.<sup>4</sup>

Forholdsmessighetsprinsippet, som også fremgår eksplisitt av FOR § 20-2, tilsier at "*the professional misconduct*" må ha en viss relevans for anskaffelsen. I forarbeidene til den tilsvarende avsningsgrunnen i den danske ubudsloven § 137, stk. 1, nr. 3., er det likevel presisert at bestemmelsen ikke bare omfatter alvorlige forsømmelser knyttet til kvaliteten på oppgaveutførelsen, men også forsømmelser i forbindelse med leverandørens virksomhetsutøvelse.<sup>5</sup>

I *Forposta* var EU-domstolen tydelig på at "*guilty of grave misconduct*" fordrer en viss alvorlighet, og at det må gjennomføres en "*specific and individual assessment of the conduct of the economic operator*".<sup>6</sup>

For at NT skal ha avvisningsrett i foreliggende sak, må NT dokumentere at CAF har begått alvorlige feil. NT må dermed sannsynliggjøre at CAFs virksomhet i Israel/Vestbredden utgjør alvorlige feil som gjør at NT anser det tvilsomt om CAF har den nødvendige integritet for å være kontraktspart med NT. Det er NT som har bevisbyrden for å dokumentere at slike feil foreligger.

I tillegg må avvisning i en slik situasjon fremstå som forholdsmessig. Dragsten uttaler følgende om denne vurderingen:

*"Kravet til forholdsmessighet må hensyntas ved vurderingen. Det må etter regelens ordlyd og formål antas at en leverandør bare kan avvises etter denne bestemmelsen dersom feilene som er begått*

- *angår utøvelsen av virksomheten («i sitt yrke»)*
- *er av en viss grovhet («alvorlige feil»), og*

---

<sup>4</sup> Avsnitt 27. Avgjørelsen gjaldt art. 45 (2) i det tidligere anskaffelsesdirektivet, men det er antatt at prinsipputtalelsene fortsatt er gjeldende rett, jf. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1 (3. utg 2014) s. 1258

<sup>5</sup> Fabricius, *Offentlige indkøb i praksis* (4. utg 2017) s. 495

<sup>6</sup> Avsnitt 30–31

- *etter en saklig, objektiv vurdering er av vesentlig betydning for leverandørens egnethet som kontraktspart («tvil om hans integritet»)<sup>7</sup>*

NT må dermed anse CAFs virksomhet i Israel/Vestbredden som så alvorlig at NT på objektivt grunnlag anser feilene av vesentlig betydning for CAFs egnethet som kontraktspart. I denne sammenheng vil det være relevant å se hen til om CAF rent faktisk har begått feil som utgjør brudd på bindende konvensjoner, og om CAFs virksomhet må anses som brudd på menneskerettighetene. Et annet moment av betydning kan også være om feilen er av en slik karakter at den er egnet til å belyse CAFs evne til å gjennomføre kontrakten med NT i tråd med menneskerettighetene.

Man kunne tenkt seg at NT hadde hatt avvisningsrett dersom NT hadde det gjort det klart i konkurransegrunnlaget at selskaper involvert i slik virksomhet som CAF gjennomfører, ville ledet til avvisning. Utfordringen med dette er imidlertid at NT da også måtte avvist andre leverandører som var involvert i lignende aktiviteter også i andre land enn Israel/Vestbredden. Som nevnt i punkt 3, kan det raskt oppstå usikkerhet om NT vil klare å praktisere slike føringer i konkurransegrunnlaget i tråd med kravene til likebehandling, forutberegnelighet og forholdsmessighet. Vår anbefaling er som nevnt at NT derfor bør utvise varsomhet med å oppstille spesifikke avvisningsgrunner av ovennevnte type i konkurransegrunnlagene sine.

Risikoen med en bestemt avvisningsgrunn som følge av forholdene nevnt over illustreres av informasjonen som fremkommer av de ulike IDD-rapportene i foreliggende anskaffelse. IDD-rapporten til Alstom nevner mediedekning angående angivelige menneskerettighetsbrudd i Kina knyttet til Alstoms leverandørkjede. Det samme fremgår av IDD-rapporten for Bombardier som KPMG også undersøkte i forbindelse med prekvalifiseringen. KPMG undersøkte også Siemens i forbindelse med prekvalifiseringen, og i IDD-rapporten til Siemens nevnes mediedekning knyttet til at et Siemens-selskap er involvert i et prosjekt i Vest Sahara, som er et okkupert område. I IDD-rapporten til Stadler fremgår det at Stadler har blitt kritisert for sin virksomhet i Hviterussland. Dette gjelder blant annet det faktum at Stadler har etablert et selskap i landet, mens det pågår menneskerettighetsbrudd i Hviterussland.

Ettersom deltakere i så store anskaffelser som den foreliggende gjerne er store, internasjonale konserner, så vil forhold som nevnt over ofte avdekkes i IDD-prosesser. Avvisning i situasjoner som nevnt i eksemplene kan derfor by på vanskeligheter fordi det kan være utfordrende å trekke en grense for hvilke forhold som skal utløse avvisningsretten og hvilke forhold som ikke gjør det, samtidig som de grunnleggende kravene overholdes. Det kan også skape utfordringer mht. grensedragningen for identifisering av selskaper i samme konsern. Dette er en risiko som foreligger både ved prekvalifiseringen og ved oppdaterte vurderinger før tildeling. Bruk av avvisningsretten som følge av forholdene nevnt over, kan følgelig gi en ikke ubetydelig prosessrisiko både ved prekvalifiseringen og før tildeling. Videre kan likebehandlingsprinsippet etter omstendighetene også medføre at NT sitter igjen uten tilbydere.

På bakgrunn av konklusjonen i punkt 5.2.1 anser vi det ikke nødvendig å konkludere konkret på om NT har en avvisningsrett i forhold til CAF i medhold av FOR § 20-2 (3) bokstav i. Vi presiserer imidlertid at det uansett ikke er tilstrekkelig at NT avviser bare i medhold av de opplysninger som fremgår av

---

<sup>7</sup> Marianne Dragsten, Anskaffelsesforskriften. Lovkommentar, § 24-2. Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren, Juridika <https://juridika.no/forskrift/2016-08-12-974/%C2%A724-2/kommentar/>

IDD-rapporten om CAF. NT må i så fall foreta en nærmere vurdering av CAFs opptreden basert på et bredere faktum vurdert opp mot vilkårene i bestemmelsen.

For fullstendighetens skyld gjør vi også oppmerksom på at NT ikke kan avvise leverandører etter § 20-2 (3) bokstav i, dersom leverandøren kan dokumentere å ha gjennomført tiltak som likevel viser nødvendig integritet, jf. FOR § 20-5. Bestemmelsens ordlyd pålegger ikke NT en plikt til å be om dokumentasjon iht. § 20-5, men NT må la leverandører som ønsker det få muligheten til å dokumentere tiltak etter § 20-5 før en avvisning eventuelt foretas.

NT har i to omganger mottatt informasjon fra CAF om prosjektet. I brev av 13. oktober 2021 redegjør CAF for sitt Corporate Compliance System og at følgende konkrete tiltak er gjennomført i forbindelse med prosjektet i Israel/Vestbredden:

[Redacted text block containing multiple lines of blacked-out information]

Også dette kan ha betydning for om det foreligger avvisningsrett, ettersom NT ikke vil ha adgang til å avvise CAF for det tilfellet at CAF kan demonstrere tilstrekkelige self-cleaningtiltak i tråd med FOR § 20-5. Forholdene må som nevnt uansett vurderes nærmere før avvisning kan være aktuelt.

### **5.3 Avvisningsvurdering - Alstom**

#### **5.3.1 Faktisk bakteppe**

KPMGs IDD-rapport om Alstom omfatter Alstom Transport Norway AS og Alstom Transport Deutschland GmbH, samt en "high level research" av Alstom Holding SA og ultimat morselskap Alstom SA. Alstom Transport Norway AS og Alstom Transport Deutschland GmbH støtter seg etter det opplyste på Alstom Holding SA for oppfyllelsen av kvalifikasjonskravet til økonomisk og finansiell kapasitet. Alstom SA er morselskapet til Alstom Holdings SA. Alstom SA og Alstom Holdings SA synes å utgjøre konsernspissen i Alstom-konsernet, og har svært mange datterselskaper.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Opplysningene er hentet fra KPMGs oppdaterte IDD-rapport datert 7. desember 2021.

Av Alstoms IDD-rapport datert 3. april 2020 fremgår det Alstom SA er på FNs "svarteliste" for selskaper som driver virksomhet ved Israelske bosettinger. Listen ble publisert i februar 2020. Det fremgår også av rapporten at Alstom er på denne listen til tross for at Alstom trakk seg fra et konsortium som innga tilbud for bygging av jernbane i Jerusalem i 2019. NT var dermed kjent med denne informasjonen da Alstom ble ansett kvalifisert i mars/april 2020. Informasjonen gjelder det ultimate morselskapet i Alstom-konsernet og følgelig ikke Alstom Transport Norway AS og Alstom Transport Deutschland GmbH som er deltakere i nærværende konkurranse. Informasjonen knytter seg heller ikke til Alstom Holdings SA som Alstom Transport Norway AS og Alstom Transport Deutschland GmbH har støttet seg på for å oppfylle kvalifikasjonskravet til økonomisk og finansiell kapasitet.

Det fremgår også av rapporten at Alstom er på Storebrands eksklusjonsliste. KPMG antar at dette kan være som følge av Alstoms aktiviteter ved israelske bosettinger. Det er også nevnt i rapporten at Alstom ikke var på KLPs eksklusjonsliste.

Av CAFs IDD-rapport fra oktober 2021 fremgår det at:

*Similarly, it should be noted that **French transport company Alstom S.A.** was included in KLP's exclusion list in **June 2021** based on the risk that it is "contributing to the abuse of human rights in situations of war and conflict through their links with the Israeli settlements in the occupied West Bank".<sup>23</sup> Alstom S.A. also appeared on the Storebrand exclusion list as of the first quarter of 2021.<sup>24</sup> Alstom S.A. is amongst the companies listed in the UN database mentioned above. However, following advocacy efforts by France-based NGOs, Alstom had announced its withdrawal from the bid for the JLR project in May 2019*

Av oppdatert IDD-rapport for Alstom datert 7. desember 2021, fremgår det at Alstom SA er på KLPs eksklusjonsliste som følge av selskapets tilknytning ("ties") til jernbaneinfrastrukturprosjekt i Israel. Det fremgår også at det er rapportert i mediene at Alstom i august 2021 var en del av et konsortium som hadde blitt prekvalifisert for konkurranse om en annen del av Jerusalem Light Rail. Sistnevnte er ny informasjon per 7. desember 2021.

Alstom har i brev til NT forklart at Alstom-selskapene som er involvert i Israel er Citadis Israel Ltd og Bombardier Transportation Israel Ltd. Alstom har også forklart at disse selskapene har fjern tilknytning til Alstomselskapene som utøver aktiviteter i Norge. Selskapene som opererer i Israel er verken direkte eller indirekte datterselskaper til deltakerne i NTs konkurranse (Alstom Transport Norway AS og Alstom Transport Deutschland GmbH), og disse selskapene utøver heller ikke aktiviteter i Israel. Slik vi forstår det, er selskapene tilknyttet hverandre via et ultimate morselskap. I tillegg til spørsmålet om vilkårene i FOR § 20-2 (3) bokstav i kan anses oppfylt, må det også vurderes om leverandøren i NTs konkurranse, Alstom Transport Norway AS og Alstom Transport Deutschland GmbH, må identifiseres med selskapene som utøver aktivitet i Israel. Vi vil også knytte noen kommentarer til betydningen av Alstom Holdings SAs støtte mht. oppfyllelse av kravet til økonomisk og finansiell kapasitet.

### **5.3.2 Har NT rett til å avvise Alstom?**

Som det fremgår over, fikk NT informasjon om at Alstom SA var svartelistet av FN og Storebrand som følge av involvering i Israel før tidspunktet for prekvalifiseringen. NT avsto da fra å benytte seg av en eventuell avvisningsrett, hvilket NT har adgang til etter anskaffelsesregelverket. I oppdatert IDD rapport fremgår det ingen ny informasjon om Alstom SAs aktiviteter i Israel/Vestbredden.

I oppdatert IDD-rapport for CAF og Alstom fremgår det at også KLP har svartelistet Alstom SA. Dette er ny informasjon. Dette er etter vårt syn imidlertid ikke informasjon som endrer den underliggende faktiske situasjonen i forhold til informasjonen NT satt med på prekvalifiseringstidspunktet, nemlig at Alstom SA var svartelistet som følge av tilknytning til aktiviteter i Israel. Oppdateringen gir ikke ny

informasjon om endringer i Alstom SAs situasjon som er relevante for spørsmålet om det er begått alvorlige feil iht. FOR § 20-2 (3) bokstav i. Etter vårt syn har NT følgelig ikke adgang til å benytte avvisningsretten som følge av oppdatert informasjon i IDD-prosessen. Vi presiserer her at NT ved en slik vurdering uansett også måtte vurdert om Alstomselskapene som deltar i nærværende konkurranse, må identifiseres med Alstom SA. NT måtte også latt Alstom dokumentere eventuelle self-cleaning tiltak etter FOR § 20-5.

Det neste spørsmålet blir da om informasjonen om at Alstom er involvert i en ny anskaffelsesprosess om bygging av jernbaneinfrastruktur i Israel, gir NT adgang til å avvise Alstom. Alstom har i brev til NT opplyst at ingen av Alstomselskapene som deltar i nærværende konkurranse utfører virksomhet i Israel. Det må derfor vurderes om de to Alstomselskapene som deltar i konkurransen skal identifiseres med selskapene som opererer i Israel.

Det følger av FOR § 20-3 (3) at oppdragsgiver ved avvisningsvurderingen etter § 20-2 (3) har en rett til å identifisere leverandøren med feil begått av en annen juridisk person. Det fremgår også av bestemmelsen at avvisning i slike tilfeller særlig skal bero på en vurdering av graden av tilknytning mellom virksomhetene, inkludert personfelleskap og styrefelleskap, samt omgåelsesbetraktninger.

Oppdragsgiver har som nevnt ikke plikt til å foreta en identifikasjon mellom selskap. Alene på dette grunnlaget vil NT opptre i tråd med anskaffelsesregelverket selv om Alstom ikke avvises.

Vi redegjør likevel kort for utgangspunktene for vurderingen av identifikasjon. I denne forbindelse kan det vises til KOFA-avgjørelse 2013/69. Saken gjaldt avvisning av leverandør som følge av at leverandøren hadde et søsterselskap som utførte sikkerhetstjenester i Israel. Oppdragsgiver avviste leverandøren og viste blant annet til avvisningsretten. KOFA uttalte i denne forbindelse i premiss 38 følgende:

*"Innklagede har også gjort gjeldende at klager kunne avvises i medhold av forskriften § 11-10 (2) bokstav d.*

*Etter denne bestemmelsen kan oppdragsgiver avvise leverandører som «i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje». I Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets veileder uttales det at forsømmelsen må være av vesentlig betydning, relevant for den konkrete anskaffelsen, og at det må foretas en proporsjonalitetsvurdering. Klagenemnda er enig i at dette må gjelde som et utgangspunkt for vurderingen.*

*Bestemmelsen retter seg mot forsømmelser begått av leverandøren, altså det rettssubjektet som inngir tilbud. Det skal derfor mye til for at forsømmelser av andre, herunder andre juridiske personer i samme konsern o.l., skal kunne ha innvirkning på hvorvidt en leverandør kan eller skal avvises, jf. til sammenligning Rettens avgjørelse i sak T-457/10, premiss (48) følgende.*

*Forholdet som aktualiserte avvisningen gjaldt som nevnt over arbeid utført av G4S' israelske datterselskap på Vestbredden. Som det fremgår av vurderingen ovenfor, er det ikke andre tilknytninger mellom klager og det israelske datterselskapet i G4S enn den selskapsrettslige. Klagenemnda kan i foreliggende tilfelle ikke se at klager, på denne bakgrunn, «i sitt yrke har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje». Det ville derfor også være i strid med forskriften § 11-10 (2) bokstav d å avvise klager."*

Avgjørelsen er avsagt etter anskaffelsesregelverket av 2006, men KOFA's vurdering av tilknytningen mellom selskapene må anses å være relevant for identifikasjonsvurderingen mellom selskap også etter gjeldende forskrift. KOFA la her til grunn at søsterselskaper ikke kunne identifiseres i en situasjon der det ikke er annen tilknytning mellom dem enn den selskapsrettslige.

Tilknytningen mellom de to Alstomselskapene som deltar i konkurransen, og selskapene som deltar i anbudsprosessen i Israel synes å være avledet. Selskapene som deltar i NTs konkurranse er etter det opplyste verken direkte eller indirekte datterselskaper av selskapene som opererer i Israel, hvilket tilsier at sistnevnte selskaper har liten kontroll over Alstom-selskapene som deltar i den norske konkurransen. En oversendt selskapsstruktur for Citadis Israel LTD viser at selskapet er datterselskap i tredje ledd under det ultimate morselskapet Alstom SA. I følge IDD-rapporten har Alstom Transport Norway AS og Alstom Transport Deutschland GmbH samme morselskap, Alstom Transport Holding B.V. Alstom SA er imidlertid ultimat morselskap for begge Alstomselskapene som deltar i NTs anskaffelse. Vi er ikke kjent med om det foreligger styrefelleskap mellom virksomhetene. Det faktum at selskapene har samme ultimate morselskap kan tilsa at selskapene har en viss tilknytning til hverandre. Samtidig er det mye som taler for at identifikasjonsbestemmelsen ikke tar sikte på identifikasjon mellom ethvert selskap i et konsern. Dragsten skriver følgende om dette:

*"Ved vurderingen av om identifikasjon skal kunne finne sted, vil det avgjørende antagelig være at den andre juridiske personen har en innflytelse over leverandørselskapet som kan sidestilles med den innflytelsen som medfører identifikasjon med fysiske personer etter anskaffelsesforskriften § 24-3(1) og (2). Identifikasjon mellom juridiske personer vil derfor kunne foretas der den juridiske personen som avvisningsforholdet er knyttet til, har en bestemmende innflytelse på leverandøren."<sup>9</sup>*

Vi har ikke informasjon som tilsier at Alstom-selskapene som deltar i anskaffelsesprosessen i Israel har noen form for bestemmende innflytelse på de to selskapene som deltar i NTs konkurranse.

I følge Nærings- og fiskeridepartementet veileder til anskaffelsesregelverket punkt 36.5.3 er også et viktig moment om nye leverandørselskap er opprettet med det formål å unngå avvisning. Vi har ikke mottatt opplysninger som tilsier at dette er tilfellet i foreliggende sak.

Vår vurdering er følgelig at NT løper en ikke-ubetydelig prosessrisiko dersom det foretas en identifikasjon mellom selskapene som opererer i Israel og selskapene som er tilbudsgivere i foreliggende sak.

Som nevnt over støtter de to deltakerne i NTs konkurranse seg på Alstom Holdings SA for oppfyllelsen av kvalifikasjonskravet til økonomisk og finansiell kapasitet. Alstom Holdings SA utøver etter det opplyste ingen aktiviteter i Israel. Det foreligger derfor ikke avvisningsgrunnlag som følge av aktiviteter i Israel for dette selskapet i foreliggende konkurranse. Det kan antagelig argumenteres for at Alstom Holdings SA kan ha innflytelse både på selskapene som er leverandører i tilbudet til NT og selskapene med tilknytning til Israel, på samme måte som Alstom SA. Samtidig er det klart at avvisningsforholdet i foreliggende sak knytter seg til de to selskapene som deltar i anskaffelsesprosessen i Israel. Som det fremgår over i Dragstens sitat, kan identifikasjon skje der den juridiske personen avvisningsforholdet er knyttet til, har avgjørende innflytelse på leverandøren. Ettersom avvisningsforholdet i foreliggende sak ikke knytter seg til Alstom Holdings SA, er det vanskelig å se at

---

<sup>9</sup> <https://juridika.no/forskrift/2016-08-12-974/%C2%A724-3/kommentar>

det kan foretas identifikasjon mellom Alstom-Norway/Deutschland og selskapene som opererer i Israel fordi et av de ultimate morselskapene støtter leverandøren med oppfyllelsen av kravet til økonomisk og finansiell kapasitet. Dette endrer ikke det faktum at Alstom-selskapene som deltar i anskaffelsesprosessen i Israel ikke har noen form for bestemmende innflytelse på Alstom-selskapene som deltar i NTs konkurranse.

Vår vurdering er følgelig at NT løper en ikke-ubetydelig prosessrisiko dersom det foretas en identifikasjon mellom selskapene som opererer i Israel og selskapene som er tilbudsgivere i foreliggende sak, på bakgrunn av at tilbudsgiverne støtter seg på Alstom Holdings SA for oppfyllelsen av kvalifikasjonskravet til økonomisk og finansiell kapasitet.

Spørsmålet om informasjonen om involvering i et nytt prosjekt i Israel leder til et nytt faktum som kan gi grunnlag for en fornyet vurdering av avvisningsretten kommer da i utgangspunktet ikke på spissen. VI tilføyer for fullstendighetens skyld at vi anser dette spørsmålet som noe tvilsomt ettersom NT allerede var kjent med at Alstom SA tidligere har vært involvert i prosjekt i Israel og at NT ved tidspunktet for prekvalifisering dermed var kjent med dette.

\*\*\*