

FORSVARANSKAFFELSER – GJELDENDE UNNTAKSBESTEMMELSER



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 599

Leveringsfrist: 25.11.2010 kl.1200

Til sammen 13 889 ord

25.11.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>TEMA FOR OPPGAVEN</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>INNLEDENDE OM FORSVARSANSKAFSELSE</u>	<u>6</u>
<u>3</u>	<u>LOV OG FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFSELSE SOM HJEMMELSGRUNNLAG FOR Å UNNTA FORSVARSANSKAFSELSE FRA DET INDRE MARKED</u>	<u>8</u>
3.1	 Lov om offentlige anskaffelser § 3	8
3.2	 Anskaffelsesforskriftens § 1-3 (2) a	9
3.2.1	Kontrakter som er erklært hemmelige, eller som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak i samsvar med sikkerhetsloven eller beskyttelsesinstruksen, eller som kreves unntatt på grunn av vesentlige sikkerhetsinteresser	10
3.2.1.1	Er det mulig at anskaffelsesforskriften favner videre enn anskaffelsesloven?	11
3.2.1.2	Sikkerhetsgraderte anskaffelser, skjermingsverdig informasjon og objekt og sikkerhetsgradering	12
<u>4</u>	<u>EØS-AVTALENS ARTIKKEL 123</u>	<u>15</u>
4.1	 Innledning	15
4.2	 Proporsjonalitetsprinsippet	17
4.3	 Innholdet av EØS-avtalens art 123	19
4.3.1	EØS-avtalens art. 123 a)	20
4.3.2	EØS-avtalens art. 123 b)	20
4.3.2.1	"Våpen og ammunisjon"	20
4.3.2.2	"Krigsmateriell"	21
4.3.2.3	"Andre varer"	22
4.3.2.4	"Uunnværlige for forsvarsformål"	23
4.3.2.5	Ikke endrer konkurransevilkårene	23
4.3.2.5.1	KOFA sak 2003/27	24
<u>5</u>	<u>ROMA-TRAKTATENS ARTIKKEL 296</u>	<u>26</u>

5.1	Innledning	26
5.2	Innholdet av Roma-traktatens art. 296	26
5.2.1	Art. 296 nr. 1, a)	27
5.2.2	Art. 296 nr. 1, b)	28
5.2.3	Art 296 nr. 2	29
5.3	Ulikhetene og likhetene mellom Roma-traktatens art. 296 og EØS-avtalens art. 123	29
5.4	”Listen” av 1958	30
<u>6</u>	<u>LISBOA-TRAKTATENS ARTIKKEL 346</u>	<u>32</u>
<u>7</u>	<u>ANSKAFFELSESREGELVERK FOR FORSVARSSEKTOREN (ARF)</u>	<u>33</u>
7.1	Generelt om Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren	33
7.1.1	Virkeområde	34
7.1.2	Forskjeller mellom anskaffelser etter Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren og anskaffelser etter anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften	35
<u>8</u>	<u>ANSKAFFELSER MED BÅDE SIVILE OG MILITÆRE BRUKSOMRÅDER</u>	<u>38</u>
8.1	Innledning	38
8.2	EU-praksis	39
8.3	Norsk praksis	40
8.4	Oppsummert ut fra EU-praksis og norsk praksis	40
<u>9</u>	<u>NYTT DIREKTIV FOR FORSVARSANSKAFFELSER</u>	<u>41</u>
9.1	Innledning	41
9.2	Formål	43
9.3	Anvendelsesområde	44
9.3.1	Levering av militært utstyr	45
9.3.2	Levering av følsomt utstyr	46

9.3.3	Utførelse av bygge- og anleggsarbeider eller levering av varer eller tjenester, direkte tilknyttet militært utstyr eller elementer i militært utstys livssyklus	46
9.3.4	Bygge- og anleggsarbeider eller tjenesteytelser til militærspesifikke formål, eller følsomme bygge- og anleggsarbeider og følsomme tjenesteytelser	47
9.3.5	Anvendelsesområdets grense mot Lisboa-traktatens art. 346/ EØS-avtalens art. 123	48
9.3.6	Blandede kontrakter	49
9.3.7	Terskelverdier	50
9.3.8	Forsvars- og sikkerhetsmessige unntak fra direktivet	50
9.3.8.1	Kontrakt inngått i henhold til internasjonale regler	50
9.3.8.2	Kontrakt som vil medføre meddelelse av opplysninger i strid med vesentlige sikkerhetsinteresser	52
9.3.8.3	Kontrakter vedrørende etterretningsvirksomhet	52
9.3.8.4	Kontrakter basert på et samarbeidsprogram vedrørende forskning og utvikling	53
9.3.8.5	Kontrakter som en regjering tildeler en annen regjering	53
9.4	Direktivets innhold	54
9.4.1	Anskaffelsesprosedyrene	54
9.4.2	Særlig om informasjonssikkerhet	55
9.4.3	Forsyningssikkerhet	56
9.4.4	Underleverandører	58
9.4.5	Forskning og utvikling	58
10	<u>EDA</u>	<u>60</u>
10.1	Forholdet mellom forsvarsanskaffelsesdirektivet og EDAs Code of Conduct on Defence Procurement	61
11	<u>KONKLUSJON</u>	<u>62</u>
12	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>65</u>
12.1	Norske lover	65
12.2	Norske forskrifter	65
12.3	Forarbeider	65
12.4	EU-lovgivning	65

12.5	EU-direktiver	66
12.6	Avgjørelser fra KOFA	66
12.7	Saker fra EU-retten	66
12.8	Instrukser	66
12.9	Tolkningsuttalelser, Guidance Notes og veiledninger	67
12.10	Litteratur	67

1 TEMA FOR OPPGAVEN

Tema for oppgaven er hvilke hjemler som gir adgang til å unnta Forsvarsanskaffelser fra Lov og forskrift om offentlige anskaffelser og EU-rettens unntakshjemler for øvrig.

EØS-avtalen er ved EØS-loven¹ gjort til en del av Norges folkerettslige forpliktelser. Dette medfører at Norge må følge de av EUs direktiver som faller inn under EØS-avtalen.

Gjennom EØS-avtalen har vi fått regelverket for offentlige anskaffelser.

Lov om offentlige anskaffelser² og forskrift om offentlige anskaffelser³ gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer⁴. Herunder gjelder anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften for Forsvaret.

Hovedregelen er således at forsvarsanskaffelser skal gjennomføres i henhold til anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. Å følge loven og forskriften medfører i all hovedsak å kunngjøre en anbudskonkurranse på det frie marked, nasjonalt eller i hele EU-området i henhold til gjeldende terskelverdier⁵.

Enkelte forsvarsanskaffelser er av en slik art at de ikke bør eller kan kunngjøres på det frie marked. Jeg vil i denne oppgaven se på hvorfor det er behov for unntakshjemler for denne typen forsvarsanskaffelser. Dette vil jeg ta for meg i lys av særegenhetene som

¹ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS) m.v. (EØS-loven)

² Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69

³ Forskrift om offentlige anskaffelser fastsatt ved kgl. res. 7 april 2006 nr. 402 (FOA)

⁴ Jfr. anskaffelseslovens § 2

⁵ Jfr. anskaffelsesforskriftens § 2-2

forsvarsanskaffelsene antas å ha, for eksempel behovet for å verne om nasjonale vesentlige sikkerhetsinteresser.

Typiske problemstillinger som reiser seg når man ser på det å unnta en anskaffelse fra kunngjøring er de motstridende hensynene som foreligger ved særlige typer forsvarsanskaffelser.

På den ene siden har man ønsket om et fritt indre marked og ønsket om å oppnå de økonomiske gevinstene som gjennomføring av anbudskonkurranser antas å medføre. På den andre siden vegrer man seg for å gå ut med opplysninger om sikkerhetsgraderte anskaffelser på det åpne markedet, da dette kan være til risiko eller skade for rikets sikkerhet.

Forsvarets hovedoppgave er å fungere i situasjoner hvor man er rammet av krise eller krig. For anskaffelser som er kritiske i krise og krigssituasjoner, må en derfor være sikret gjennomføringsevne i slike situasjoner. I krise og krigssituasjoner sikres dette ved at utførende personell i kontrakten mobiliseres. Av denne grunn krever visse typer anskaffelser at utførende personell har norsk statsborgerskap, dette fordi det ikke har noen hensikt å mobilisere utenlandske statsborgere. Å vurdere nasjonalitet strider imidlertid med likebehandlingsprinsippet i EU-retten, men nasjonalitet kan samtidig være helt avgjørende for Forsvarets gjennomføringsevne i krise og krig.

Anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften inneholder, for å ivareta slike hensyn, hjemler som gir mulighet for å unnta visse anskaffelser fra å følge konkurransereglene i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. Unntakene finnes i anskaffelseslovens § 3 og anskaffelsesforskriftens § 1-3 (2) a. Disse to unntakene bygger på og ligner i stor grad på unntaksregler som gjenfinnes i EØS-retten⁶. EØS-rettens regler bygger igjen på regler som gjenfinnes i EU-retten⁷.

⁶ EØS-avtalens art. 123

⁷ Roma-traktatens art. 296/ Lisboa-traktatens art. 346.

Anskaffelseslovens § 3 er altså hjemmelsgrunnlaget som gir mulighet for å unnta en anskaffelse fra gjennomføring i henhold til anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. Unntaket i anskaffelsesloven viser til EØS-avtalens art. 123, og forutsetter at anskaffelsen faller inn under EØS-avtalens art. 123 for at anskaffelseslovens § 3 skal komme til anvendelse.

Anskaffelsesforskriftens § 1-3 (2) a gir også mulighet for å unnta bestemte typer anskaffelser fra anskaffelsesforskriften. Denne unntaksmuligheten som forskriftens regler hjemler, gir imidlertid ikke rett til å unnta anskaffelsen fra bestemmelsene i anskaffelsesloven. Anskaffelser som er unntatt fra forskriften er således bare unntatt forskriften, og må således følge de mer grunnleggende prinsippene som følger av loven.

Grensedragningen mellom hvilke anskaffelser som kan unntas etter både anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften og hvilke som bare kan unntas fra anskaffelsesforskriften, er ikke alltid klar. Jeg vil derfor ta for meg både lovens og forskriftens unntakshjemler og redegjøre for omfanget av disse.

Da unntakshjemmelen i anskaffelsesloven viser til EØS-avtalens unntakshjemmel⁸, vil jeg også redegjøre for innhold og omfang av EØS-avtalens bestemmelse. Jeg vil i tillegg dra paralleller mellom anskaffelseslovens og forskriftens unntakshjemmel og EØS-avtalens unntakshjemmel og se på likheter og ulikheter mellom nasjonal og EØS-rettslig ordlyd, tolkning og praksis vedrørende unntakshjemmelen.

Hovedkilden til den EØS-rettslige reguleringen av unntaksmuligheten⁹ har lenge vært å finne i har lenge vært å finne i Roma-traktatens art. 296. Etter reformtraktaten trådte i kraft¹⁰ finnes den EU-rettslite parallellen til den EØS-reguleringen av unntaksmuligheten nå i Lisboa-traktatens art. 346.

⁸ EØS-avtalens art. 123.

⁹ EØS-avtalens art. 123.

¹⁰ Lisboa-traktaten, som endrer Traktaten for den Europeiske Union og Traktat for etableringen av det Europeiske Fellesskap av 1. desember 2009.

For bedre å kunne forstå EØS-avtalens unntaksmulighet og dermed også den norske lovgivningen, vil jeg også se på likheter og ulikheter mellom nasjonal, EØS-rettslig og EU-rettslig ordlyd, tolkning og praksis vedrørende unntakshjemmelen.

De senere årene har det i EU vært sterkt fokus på at unntakshjemlene som følger av de konkurranseregulerende direktivene i EU-retten¹¹ anvendes i alt for stor utstrekning. Enkelte nasjoner tolker og anvender unntaksbestemmelsene langt ut over de rammene som de er ment å favne. EU har på den bakgrunn kommet til at det er behov for en ytterligere presisering av unntaksmulighetene etter EU-rettens regler. På denne bakgrunn har Kommisjonen utarbeidet et nytt direktiv spesielt konstruert og tilpasset for forsvarsanskaffelser¹². Direktivet skal implementeres i norsk rett innen 21. august 2011.

Da direktivet er så nytt, finnes det enda svært begrenset med pålitelige kilder til det nye direktivet. En redegjørelse for sentrale emner rundt det nye direktivet er derfor av interesse.

Jeg vil ta for meg bakgrunnen og behovet for et nytt direktiv spesielt for forsvarsspesifikke anskaffelser. Jeg vil ta for meg direktivets formål og anvendelsesområde.

Innholdsmessig reiser forsvarsanskaffelsesdirektivet noen nyvinninger som ikke finnes i dagens innkjøpsdirektiver, men som har vært savnet for å få til et fungerende regelverk. Det er disse nyvinningene som utgjør den store forskjellen og som skal gjøre direktivet særlig egnet for forsvarsspesifikke anskaffelser.

Behandlingen av direktivet vil i all hovedsak skje på bakgrunn av direktivets ordlyd og en tolkning av denne. I tillegg har Kommisjonen utgitt Guidance Notes for noen av de vesentlige punktene i direktivet.

¹¹ Direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF

¹² direktiv 2009/81/EF

Jeg vil på bakgrunn av disse Guidance Notes ta for meg utvalgte artikler i direktivet og se på hvorfor direktivets artikler er utformet slik de er. Det er imidlertid verdt å merke seg at disse Guidance Notes ikke er rettslig bindene, men kun uttrykker Kommisjonens syn. Det er kun EU-domstolen som har kompetanse til å gi rettslig bindende tolkninger av EU-retten. En viss vekt må man imidlertid anta at uttalelser fra Kommisjonen har, i hvert fall i påvente av konkrete avgjørelser fra EU-domstolen.

2 INNLEDENDE OM FORSVARSANSKAFFELSER

I 2008 gjorde Forsvaret anskaffelser for i alt 24,8 milliarder kroner ¹³. Forsvaret står med andre ord for en betydelig andel av det offentliges innkjøp.

Forhold rundt anskaffelser til Forsvaret har flere ganger vært i vinden. På midten av 2000-tallet var Siemens saken aktuell både i presse og rettsvesen. Dette er saken hvor Siemens Business Services (SBS) var mistenkt for å overfakturere det norske Forsvaret samt smøre personell i Forsvaret, i forbindelse med en av datidens største IKT-kontrakter i Norge. På midten av 2000-tallet var også kjøp av nye fregatter mye omtalt. I 2008/2009 var anskaffelse av nye jagerfly tema for både presse og politikk. I januar 2010 kunne man lese i pressen at Forsvaret skal bruke 1 milliard kroner på å kjøpe egen satellitt av det spanske firmaet Hisdesat, noe Telenor Satellite Broadcasting reagerte kraftig på, da de mener de ikke har fått anledning til å delta i noen anbudsprosess. Forsvarsanskaffelser er altså stadig et hett tema.

Forsvaret gjør mange alminnelige innkjøp, på lik linje med andre offentlige instanser. For eksempel kjøpes det kontorrekvisita og kantinetjenester til ansatte. Forsvaret handler og en del helt særegne produkter, som ingen andre offentlige instanser kjøper, for eksempel kampfly og tanks. Videre handler Forsvaret også produkter som tilsynelatende er vanlige produkter, men som er tiltenkt militære anvendelsesområder og tilpasset disse.

Når man begir seg ut på slike anskaffelser, altså anskaffelse av særegne forsvarsspesifikke produkter, eller anskaffelse av produkter med særegent anvendelsesområde, melder det deg en del hensyn en må ta i betraktning, som for eksempel sikkerhetsaspekter.

¹³ <http://www.ssb.no/emner/12/01/offinnkj/tab-2009-11-27-01.html>

Disse hensynene er ofte så spesielle at Forsvaret anser de som mer tungtveiende enn fordelene de oppnår ved å gjennomføre konkurranse. De særegne hensynene ved forsvarsanskaffelser gjør at Forsvaret har behov for egne unntaksregler fra de alminnelige anskaffelsesprosedyrene.

Næringslivets aktører er naturlig nok svært interessert i hvordan Forsvaret gjennomfører sine anskaffelser og ønsker størst mulig konkurranse rundt disse. Næringslivet er således kanskje ikke så begeistret for at særreglene kommer til anvendelse i større grad en strengt nødvendig.

Forsvarsdepartementet har ansvaret for gjennomføring av anskaffelser både i og utenfor EØS lovverket. Dette innebærer at det er Forsvarsministeren som har det konstitusjonelle ansvar og kan gripe inn i saksbehandlingen på et hvert trinn¹⁴.

¹⁴ Kontrahering i prosjekters tidligfase; Forsvarets anskaffelser pkt. 3.2.1

3 LOV OG FORSKRIFT OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER SOM HJEMMELSGRUNNLAG FOR Å UNNTA FORSVARSANSKAFFELSER FRA DET INDRE MARKED

Som nevnt, er hovedregelen ved Forsvarsanskaffelser at disse skal gjennomføres i henhold til Lov og forskrift om offentlige anskaffelser¹⁵.

Både anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften inneholder imidlertid hjemler som gir mulighet til å unnta visse anskaffelser fra konkurranseprinsippene i loven og forskriften.

3.1 Lov om offentlige anskaffelser § 3

Hjemmelen som gir mulighet for å unnta en anskaffelse fra gjennomføring i henhold til anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften følger av anskaffelseslovens § 3 annet punktum. Anskaffelseslovens § 3 annet punktum sier at loven ikke gjelder for ”anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123.”

Anskaffelseslovens § 3 er ment å være en snever unntaksregel, som kun kommer til anvendelse i helt spesielle og tungtveiende tilfeller og som følge av en svært restriktiv tolkning av hjemmelen. Hvorfor dette er en snever unntaksregel vil bli nærmere redegjort for senere i oppgaven under drøftingen av EØS-avtalens art. 123, da EØS-avtalens art. 123 er utgangspunktet for anskaffelseslovens § 3.

Begrunnelsen for unntakshjemmelen i anskaffelseslovens § 3, er å verne om vesentlige forsvars- og sikkerhetsinteresser¹⁶. Dersom Norge skulle være forpliktet til full åpenhet

¹⁵ Jfr. anskaffelseslovens § 2 og anskaffelsesforskriftens § 1-2

¹⁶ Marianne H. Dragsten og Esther Lindalen “Offentlige anskaffelser” Kommentartutgave Bind I 2005 side 139

rundt slike interesser, kunne dette få svært uheldige konsekvenser for Norge og våre allierte.

Kontrakter som kan unntas i henhold til anskaffelseslovens § 3, herunder EØS-avtalens art. 123 er unntatt både anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. Selv om dette ikke står eksplisitt i anskaffelseslovens unntaksbestemmelse, kan man med sikkerhet slutte seg til dette. Dette fordi anskaffelsesforskriften er gitt med hjemmel i anskaffelsesloven. Forskriften kan således ikke ”stå alene”. Det er derfor klart at når anskaffelsesloven ikke gjelder, kan heller ikke anskaffelsesforskriften gjelde.

3.2 Anskaffelsesforskriftens § 1-3 (2) a

I anskaffelsesforskriften finnes det og hjemmel for å unnta en anskaffelse fra konkurransereglene. Hjemmelen finnes i anskaffelsesforskriftens § 1-3 (2) a og lyder:

*”(2) Forskriften får ikke anvendelse på:
kontrakter som enten kan unntas i henhold til EØS-avtalens artikkel 123, eller som er erklært hemmelige, eller som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak i samsvar med lov 20. mars 1998 nr. 10 (sikkerhetsloven) eller beskyttelsesinstruksen av 17. mars 1972 nr. 3352, eller når det kreves av vesentlige sikkerhetsinteresser,”*

Det presiseres at det er ”kontrakten” som må falle inn under ett av vilkårene i anskaffelsesforskriftens. Forsvaret kan ikke påberope seg retten til å anvende unntakshjemmelen bare fordi Forsvaret fra tid til annen bedriver hemmelig virksomhet. Hvorvidt unntakshjemmelen kommer til anvendelse må vurderes i hvert enkelt tilfelle på bakgrunn av kontraktens innhold.

Dersom det er mulig å tilfredsstille hemmelighold og krav til sikkerhetsinteresser på annet vis, kommer ikke unntakshjemmelen til anvendelse. I EF-domstolens sak 3/88 premiss 11 kom domstolen med forslag til løsning, ved at:

”regeringen, for at sikre, at de paagaeldende oplysninger forblev fortrolige, kunne træffe foranstaltninger, der var mindre indgribende i forhold til etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser end de i sagen omhandlede, bl.a. ved at pålægge medarbejderne i de berørte selskaber en strafsanktioneret tavshedspligt”.

Det er altså mulig å sørge for hemmelighold og vern om vesentlige sikkerhetsinteresser ved anvendelse av taushetserklæringer. Ved å gjøre brudd på taushetsplikten strafferettslig sanksjonerbar, blir dette et effektivt middel for å forhindre brudd på taushetsplikten.

Et annet virkemiddel som anvendes ved Forsvarets anskaffelser er krav om en såkalt leverandørklarering. En leverandørklarering er en klarering som utstedes av Nasjonal sikkerhetsmyndighet, i henhold til krav som følger av Sikkerhetsloven § 28. Slik leverandørklarering skal foreligge før leverandøren gis tilgang til skjermingsverdig informasjon.

Det presiserer også at unntak i henhold til anskaffelsesforskriften kun gir rett til unntak fra bestemmelsene i forskriften, for eksempel prosedyrereglene for anbudskonkurranser. Anskaffelsesloven gjelder likevel, herunder de grunnleggende prinsippene i anskaffelseslovens § 5, så langt de passer¹⁷.

3.2.1 Kontrakter som er erklært hemmelige, eller som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak i samsvar med sikkerhetsloven eller beskyttelsesinstruksen, eller som kreves unntatt på grunn av vesentlige sikkerhetsinteresser

Når man leser anskaffelsesforskriftens unntaksbestemmelse ser man at hjemmelen ser ut til å favne videre enn anskaffelseslovens unntaksbestemmelse.

¹⁷ NOU 1997: 21, Kapittel 21, side 159

Anskaffelsesforskriftens hjemmel gir og rett til å unnta kontrakter som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak i samsvar med sikkerhetsloven eller beskyttelsesinstruksen, samt kontrakter hvor vesentlige sikkerhetsinteresser krever det.

Disse tilfellene er imidlertid ikke unntatt etter anskaffelsesloven. Etter anskaffelsesloven er det bare de tilfeller som faller inn under EØS-avtalens art. 123 som er unntatt, og momentene som anskaffelsesforskriften her reiser, er ikke gjengitt i EØS-avtalens bestemmelse.

3.2.1.1 Er det mulig at anskaffelsesforskriften favner videre enn anskaffelsesloven?

En kan undre seg over hvordan en forskrift som er gitt med hjemmel i en lov, kan gå ut over grensene loven den er hjemlet i oppstiller. Normalt vil en forskrift måtte holde seg innenfor rammene av loven den er hjemlet i. Jeg har imidlertid ikke greid å finne svar på hvorfor lovgiver har valgt å uforme hjemmelen slik den står. Både forarbeider og litteratur er tause på dette punkt.

For å gjøre et forsøk på å oppstille en mulig forklaring på dette, har jeg sett på EØS-avtalens art. 33. Denne artikkelen sier at tiltak truffet med hjemmel i EØS-avtalens kapittel 2, ikke skal være til hinder for bestemmelser om særbehandling av fremmede statsborgere (for eksempel unntak fra kunngjøring på det frie marked), når bestemmelsene er fastsatt i lov eller forskrift. I tillegg er det et absolutt krav om at bestemmelsen må være begrunnet ut fra hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelse.

I lys av denne bestemmelsen skulle det være anledning til å legge restriksjoner på leveranse av en kontrakt, når nasjonale sikkerhetshensyn taler for dette og det er hjemlet i anskaffelsesloven eller anskaffelsesforskriften (eller annen lov og forskrift).

Sikkerhetsloven og beskyttelsesinstruksen skal nettopp ivareta slike nasjonale sikkerhetshensyn. Når et unntak da er begrunnet ut fra betraktninger fra sikkerhetsloven og beskyttelsesinstruksen, skulle dette være tilstrekkelig til å oppfylle EØS-avtalens art. 33.

Anskaffelsesforskriften inneholder imidlertid ingen gjengivelse av unntakshjemmelen i EØS-avtalens art. 33. Men unntaket er begrunnet ut fra nasjonale sikkerhetshensyn og således tillatt i henhold til EØS-avtalen og er trolig gyldig uten noen gjengivelse av den EØS-rettslige hjemmelen for unntak. Ingen av de andre bestemmelsene i forskriften viser jo heller til hvor i EØS-avtalen de er hentet fra.

Lovgiver har ikke gitt kontrakter som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak i samsvar med sikkerhetsloven eller beskyttelsesinstruksen, samt kontrakter hvor vesentlige sikkerhetsinteresser krever det den samme frie unntaksmuligheten som de kontrakter som er unntatt etter EØS-avtalens art. 123. Kanskje var det nettopp dette som var tanken bak utformingen.

Det fantes et behov for å gi en unntaksmulighet for denne typen anskaffelser og unntaket var lovlig i henhold til EØS-avtalens art. 33. Det var imidlertid ikke ønskelig å gi disse anskaffelsene den samme frie unntakshjemmelen som anskaffelser unntatt etter EØS-avtalens art. 123. Unntakene etter anskaffelsesforskriften er derfor videre enn unntaket i anskaffelsesloven, men fanges opp av de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven, slik at man følger konkurranseprinsippene, men ikke de strenge prosedyrekravene i anskaffelsesforskriften. Således er man igjen innenfor anskaffelsesloven.

3.2.1.2 Sikkerhetsgraderte anskaffelser, skjermingsverdig informasjon og objekt og sikkerhetsgradering

Unntaket i anskaffelsesforskriften er knyttet til anskaffelser som er erklært hemmelige eller som bare kan gjennomføres i samsvar med sikkerhetsloven eller

beskyttelsesinstruksen. Det er derfor naturlig å ta stilling til hva som ligger i betydningen ”en sikkerhetsgradert anskaffelse”¹⁸.

Definisjonen av sikkerhetsgraderte anskaffelser finnes i Sikkerhetsloven § 3(14) og lyder:

”Sikkerhetsgradert anskaffelse; anskaffelse, foretatt av anskaffelsesmyndighet, som innebærer at leverandøren av varen eller tjenesten vil kunne få tilgang til skjermingsverdig informasjon eller objekt, eller som innebærer at anskaffelsen må sikkerhetsgraderes av andre årsaker.”

Av sikkerhetslovens § 3(14) kan en utlede flere tolkningsspørsmål. Hva er definisjonen av skjermingsverdig informasjon og skjermingsverdig objekt?

Skjermingsverdig informasjon er definert i sikkerhetsloven § 3(8) og er informasjon som skal merkes med sikkerhetsgrad. Sikkerhetsgradene og når disse skal anvendes fremgår av sikkerhetsloven § 11:

- ”a. STRENGT HEMMELIG nyttes dersom det kan få helt avgjørende skadefølger for Norges eller dets alliertes sikkerhet, forholdet til fremmede makter eller andre vitale nasjonale sikkerhetsinteresser om informasjonen blir kjent for uvedkommende.*
- b. HEMMELIG nyttes dersom det alvorlig kan skade Norges eller dets alliertes sikkerhet, forholdet til fremmede makter eller andre vitale nasjonale sikkerhetsinteresser om informasjonen blir kjent for uvedkommende.*
- c. KONFIDENSIELT nyttes dersom det kan skade Norges eller dets alliertes sikkerhet, forholdet til fremmede makter eller andre vitale nasjonale sikkerhetsinteresser om*

¹⁸ Marianne H. Dragsten og Esther Lindalen “Offentlige anskaffelser” Kommentartutgave Bind I 2005 side 387

informasjonen blir kjent for uvedkommende.

- d. *BEGRENSET* nyttes dersom det i noen grad kan medføre skadefølger for Norges eller dets alliertes sikkerhet, forholdet til fremmede makter eller andre vitale nasjonale sikkerhetsinteresser om informasjonen blir kjent for uvedkommende.”

Det er den som utsteder eller tilvirker informasjonen som skal sørge for å merke den med riktig sikkerhetsgrad. Sikkerhetsgradering skal ikke anvendes i større utstrekning enn strengt nødvendig, og det skal ikke brukes høyere sikkerhetsgrad enn nødvendig. Det er således ikke anledning til å sikkerhetsgradere en kontrakt i den hensikt å unnta denne i fra anskaffelseslovens og anskaffelsesforskriftens bestemmelser¹⁹. En sikkerhetsgradering skal heller ikke gis virkning for lengre tid enn strengt nødvendig og avgraderes uansett etter 30 år.

Det er ikke bare sikkerhetsloven som er med på å gi grunnlag for unntak etter anskaffelsesforskriften. Beskyttelsesinstruksen er og nevnt. Beskyttelsesinstruksen er et regelverk som kommer til anvendelse:

”ved behandling av dokumenter som trenger beskyttelse av andre grunner enn de som er nevnt i sikkerhetsloven med forskrifter²⁰”.

¹⁹ Jfr. sikkerhetsloven § 11

²⁰ Jfr. beskyttelsesinstruksens § 1

4 EØS-AVTALENS ARTIKKEL 123

4.1 Innledning

EØS-reglene gjelder i sin helhet for Forsvaret og forsvarsanskaffelser. Det er imidlertid akseptert at Forsvarets anskaffelser ikke alltid kan følge vanlige anbudsregler. Dette på grunn av forsvarsanskaffelsenenes art, og særlig med tanke på anskaffelse av teknisk kompliserte materiellsystemer der det ikke er mulig eller ønskelig å fastsette spesifiserte krav til materiellet²¹. I tillegg har man de nasjonale sikkerhetsaspektene.

For mange av Forsvarets anskaffelser er det et begrenset utvalg av leverandører som kan tilby det forespurte. Ofte er det ikke tilstrekkelig antall leverandører til å foreta valg av leverandør på bakgrunn av anbudskonkurranse. Noen ganger, for svært spesielle typer utstyr, finnes det kanskje bare noen få tilbydere på markedet. Strengt krav til kvalitet kan til og med føre til at det bare er en reell tilbyder igjen.

Å kreve åpenhet rundt alle forsvarsanskaffelser vil dessuten kunne lede til skadelige konsekvenser i strid med vesentlige forsvars- og sikkerhetshensyn²². Medlemsstatene er derfor avhengige av å kunne holde visse anskaffelser tett til brystet.

Forsvaret er avhengige av sikker tilgang på materiell og tjenester. Forsvaret er og avhengige av nasjonal evne til å understøtte materiellet i levetiden. Uten dette vil Forsvaret ha store problemer med å opprettholde nasjonal råderett og handlingsfrihet i krisesituasjoner²³.

²¹ NOU 1997: 21, pkt. 9.3.2

²² NOU 1997: 21, Kapittel 21, side 159

²³ Kontrahering i prosjekters tidligfase; Forsvarets anskaffelser pkt. 3.1

På grunn av overnevnte momenter, tillater EU at enkelte forsvarsanskaffelser faller utenfor EU-direktivene. Det er disse unntakene i fra EU-retten som gjør at deler av Forsvarets anskaffelsesvirksomhet faller utenfor lov og forskrift om offentlige anskaffelser²⁴.

EØS-avtalens art. 123 er den materielle hjemmelen for å unnta visse forsvarsanskaffelser fra konkurransereglene Norge har forpliktet seg til gjennom EØS-avtalen.

EØS-avtalens art. 123 springer igjen ut av Roma-traktatens art. 296, som nå gjenfinnes i Lisboa-traktatens art. 346.

Både EØS-avtalens art. 123 og Roma-traktatens art. 296 er kompliserte hjemler i sin anvendelse. Det finnes svært få norske dommer som omhandler anvendelsen av hjemlene. Det er heller ikke nevneverdig mange utfyllende avgjørelser fra EF-domstolen. Kommisjonen har laget en tolkningsuttalelse til art. 296. Denne kan til en viss grad legges til grunn, men det presiseres at det kun er EF-domstolen som kan gi autoritative tolkninger av EU-retten.

Ordlyden i EØS-avtalens art. 123 er at bestemmelsene i EØS-avtalen ikke skal hindre en avtalepart i å "treffe tiltak" når en kontrakt faller inn under bestemmelsens anvendelsesområde. Å "treffe tiltak" kan for eksempel være å sikkerhetsgradere anskaffelsen helt eller delvis, å sette begrensninger for anskaffelsen slik at den bare kan gjennomføres av norske firma eller statsborgere, å unnta anskaffelsen fra anskaffelseslovens anvendelsesområde eller å vedta intern lovgivning, som fraviker EØS-avtalen²⁵.

Det er imidlertid Forsvaret som oppdragsgiver, som har bevisbyrden for at unntakshjemmelen er anvendt riktig. KOFA og både nasjonale og EU/ EØS-rettslige

²⁴ NOU 1997: 21, pkt. 9.3.3

²⁵ ARF pkt.1.2.4

domstoler kan prøve bruken av unntaksreglene. Det er derfor viktig at vurderingen av hvorvidt unntakshjemplene skal brukes er grundig og etterprøvable.

EØS-avtalens art. 123 er laget for å verne om vesentlige sikkerhetsinteresser. Dette vernet vil i særlig grad gjøre seg gjeldende for de typiske forsvarsanskaffelsene som våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål²⁶.

For enkelte anskaffelser er det ut fra beredskapshensyn behov for å ta nasjonale hensyn. For eksempel kan visse kontrakter kun gjennomføres av norske statsborgere. Dette kan for eksempel være kontrakter vedrørende videreutvikling og vedlikehold av datasystemer som skal fungere i krise- og krigssituasjoner. Slike datasystemer krever at de kontraktsfestede forpliktelsene å løpe i slike situasjoner. Dette kan i hovedsak skje ved at personell blir mobilisert til disse oppgavene. Norge har kun rett til å mobilisere norske statsborgere, slike kontrakter vil derfor kreve gjennomføres av norske statsborgere.

4.2 Proporsjonalitetsprinsippet

Proporsjonalitetsprinsippet er hjemlet i Roma-traktatens art. 5.

Proporsjonalitetsprinsippet innebærer at medlemslandene ikke kan benytte strengere tiltak enn nødvendig for å oppnå sine mål. Det skal være forholdsmessighet (proporsjonalitet) mellom det som ønskes oppnådd og virkemidlene som tas i bruk for å oppnå målet.

Trybus har formulert det slik:

”the proportionality test involves a reasonable relationship of the relevant interests involved”²⁷.

²⁶ NOU 1997: 21, Kapittel 21, side 159

²⁷ Trybus 2005 pkt. 3.3

En proporsjonalitetsvurdering har etter Trybus oppfatning tre elementer:

1. *"the measure in question has to be suitable to promote the objective of public security."*
2. *"the measure has to be adequate."*
3. *"the measure needs to be proportionate in the strict sense."*²⁸

Når Trybus taler om relevante interesser sikter han på den ene siden til det indre markedes interesser på den ene siden, og medlemsstatens sikkerhetsinteresser på den andre siden. De positive effektene av "tiltakene" må veies mot de negative følgene for det indre marked²⁹.

Et proporsjonalitetsprinsipp ligger i ordlyden til EØS-avtalens art. 123. Det fremgår særlig av EØS-avtalens a) og c). Av a) fremgår det at medlemsstaten kan treffe tiltak som "den anser nødvendig". Av c) fremgår det at medlemsstaten kan treffe tiltak som "den anser vesentlig". Et proporsjonalitetsprinsipp kan og legges til grunn for b) da anskaffelsesobjektet må være "uunnværlig".

"Nødvendig", "vesentlig" og "uunnværlig" er alle begreper som viser til et skjønn. Roma-traktatens art. 296 som EØS-avtalens art. 123 bygger på sier at "*hver medlemsstat kan træffe de foranstaltninger, som den anser for nødvendige*". Ordlyden her indikerer at det er opp til hver enkelt medlemsstat å vurdere hva denne anser som nødvendig for å verne om sine vesentlige sikkerhetsinteresser. Kommisjonen deler dette synet i sin tolkningsuttalelse³⁰. Dette er og bekreftet gjennom rettspraksis gjennom Fiocchi Munizioni-saken fra 2003³¹.

²⁸ Trybus 2005 pkt. 3.3

²⁹ Trybus 2005 pkt. 3.3

³⁰ Kommisjonens tolkningsuttalelse side 6

³¹ Sak T-26/01, premiss 58

4.3 Innholdet av EØS-avtalens art 123

EØS-avtalens art. 123 lyder som følger:

”Bestemmelsene i denne avtale skal ikke hindre en avtalepart i å treffe tiltak:

- a) som den anser nødvendig for å hindre spredning av opplysninger som er i strid med dens vesentlige sikkerhetsinteresser;*

- b) som angår produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål, eller forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål, såfremt disse tiltak ikke endrer konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål;*

- c) som den anser vesentlig for sin sikkerhet i tilfelle av alvorlig indre uro som truer den offentlige orden, i krigstid eller ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare for krig, eller for å oppfylle forpliktelser den har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet.”*

EØS-avtalens art. 123 er tredelt:

Del a) omhandler adgang til å treffe tiltak som anses nødvendig for å hindre spredning av opplysninger i strid med landets “*vesentlige sikkerhetsinteresser*”.

Del b) omhandler kjøp av typisk forsvarsspesifikt materiell og kjøp, forskning og utvikling av produkter tiltenkt forsvarsformål.

Del c) fremstår som en slags nødrettsbestemmelse.

4.3.1 EØS-avtalens art. 123 a)

EØS-avtalens art. 123 a) gir Forsvaret rett til å treffe tiltak som er nødvendige for å hindre spredning av opplysninger som er i strid med Norges vesentlige sikkerhetsinteresser. Dette er typisk de anskaffelsene som krever slik sikkerhetsgradering som det ble redegjort for over, jfr. pkt. 3.2.1.2.

4.3.2 EØS-avtalens art. 123 b)

EØS-avtalen art. 123 b) gir Forsvaret rett til å treffe tiltak som angår produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål. Det samme gjelder forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål. Vilåret for å kunne treffe tiltak rundt de angitte typer anskaffelser, er at tiltakene ikke endrer konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål. Hva ligger så i dette?

Et av hovedvilkårene for at EØS-avtalens art. 123 b) skal komme til anvendelse, ligger i begrepet ”uunnværlige for forsvarsformål”. Hvilke varer som er uunnværlige for forsvarsformål trenger en nærmere vurdering.

Eksemplene EØS-avtalens art. 123 b) oppstiller er våpen, ammunisjon og krigsmateriell.

4.3.2.1 ”Våpen og ammunisjon”

”Våpen og ammunisjon” er nevnt spesielt i hjemmelen og vil derfor som hovedregel være omfattet av unntaksbestemmelsen. ”Våpen og ammunisjon” er ut fra en generell betraktning produsert med det formål å anvendes i krig. ”Våpen og ammunisjon” har således hovedsakelig ikke noe tilsvarende sivile anvendelsesområder³².

³² ARF pkt. 1.2.4

”Våpen” er redskap, materiell eller innretninger som er egnet og konstruert for å kunne drepe, skade eller ødelegge mennesker, dyr, eller fysiske mål. Våpen forbindes i hovedsak med forsvarsformål og angrep i krigssituasjoner, Våpen kan også ha andre bruksområder som for eksempel jakt, men det anvendes ikke samme type våpen til disse formålene.

Det finnes mange ulike typer våpen. Noen våpen trenger ammunisjon for å fungere, andre våpen fungerer ved hjelp av muskelkraft. Noen eksempler på ulike typer våpen er skytevåpen, miner, kjemiske og biologiske våpen, masseødeleggelsesvåpen, slagvåpen, kniver og sverd.

”Ammunisjon” er eksplosiver og prosjektiler til ulike typer skytevåpen. Eksempler på ammunisjon er patroner og missiler.

4.3.2.2 ”Krigsmateriell”

”Krigsmateriell” byr kanskje på større tolkningstvil enn begrepene våpen og ammunisjon. Hvis man ser på begrepet ”krigsmateriell” etter sin ordlyd er det et mye videre begrep enn ordene ”våpen og ammunisjon”.

Vurderingen av hva som er ”krigsmateriell” kan baseres på en vurdering av hvorvidt materiellet er produsert med militært hovedformål og bruk³³. Militært hovedformål og bruksområde vil kunne innebære at produktets egenskaper normalt sett ikke etterspørres i det sivile markedet.

Forsvarsdepartementet har i sin redegjørelse for forståelsen av EØS-avtalens art. 123 uttalt at det er to måter å forstå begrepet ”krigsmateriell” på. Forsvarsdepartementet legger til grunn at hvis en ser på en snever tolkning av begrepet ”er ”*krigsmateriell*”

³³ ARF pkt. 1.2.4

varer som brukes til å **utføre selve krigshandlingen** ("kuler og krutt").³⁴

Forsvarsdepartementet sier videre at dersom en legger en vid fortolkning til grunn, vil "krigsmateriell" og kunne favne sivile varer. Som eksempel anvendes deler til et kjøretøy. Legger man den vide fortolkning til grunn, vil disse delene kunne være krigsmateriell, såfremt materiellet er ment å brukes i en krigs- eller krisesituasjon³⁵.

4.3.2.3 "Andre varer"

Når det gjelder "andre varer" siktes det til øvrige typer produkter og varer enn "våpen, ammunisjon og krigsmateriell", men som også er "uunnværlige for forsvarsformål". "Andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål" er etter sin ordlyd et svært vidt begrep.

Vurderingen av om varen er "uunnværlig for forsvarsformål" vil avhenge av en faglig vurdering av anskaffelsens art og formål, og om den kan forsvares ut fra nasjonale sikkerhetshensyn³⁶. Men i teorien skulle alle typer anskaffelser som Forsvaret kan ha bruk for til utøvelse av forsvarsformål, kunne plasseres i denne kategorien.

Det som er verdt å merke seg er at kategorien "andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål" ikke er å gjenfinne i Roma-traktatens art. 296, som er hjemmelen EØS-avtalens art. 123 bygger på. Igjen står vi overfor en problemstilling hvor en bestemmelse er videre enn bestemmelsen som den er hjemlet i. Når man i tillegg legger til grunn at Roma-traktaten art. 296 er ment å vurderes svært snevert³⁷, er dette høyst merkverdig.

Forsvarsdepartementet har i sin redegjørelse for forståelsen av EØS-avtalen art. 123 påpekt nettopp dette med at "andre varer" ikke er å gjenfinne i Roma-traktatens art. 296, og mener at dette kan tyde på at beskrivelsen av de varer som kan unntas etter

³⁴ Forsvarsdepartementets redegjørelse for forståelsen av EØS-avtalen art. 123. side 3

³⁵ Forsvarsdepartementets redegjørelse for forståelsen av EØS-avtalen art. 123. side 3

³⁶ ARF pkt. 2.1.4

³⁷ Kommisjonens tolkningsuttalelse av TEF 296 side 5

EØS-avtalen art. 123, har ett videre omfang enn EU-traktaten art. 296.

Forsvarsdepartementet problematiserer imidlertid ikke dette videre, men oppfordrer til en restriktiv fortolkning på området³⁸.

4.3.2.4 "Uunnværlige for forsvarsformål"

EØS-avtalens art. 123 b) oppstiller kumulative vilkår som må være oppfylt før det er anledning til å unnta varer etter EØS-avtalens art. 123 b). I tillegg til at anskaffelsen må falle inn under en av kategoriene "våpen, ammunisjon, krigsmateriell eller andre varer", må også vilkåret om at varene må være "uunnværlige for forsvarsformål" være oppfylt.

Ordlyden "uunnværlig" vitner om at det skal mye til for å oppfylle vilkåret. Dette er og fastslått i to saker for EF-domstolen. Sak 222/84 snakker om "exceptional and clearly defined cases"³⁹. Den samme ordlyden med usedvanlig, klart avgrensede tilfeller er og brukt i sak C-414/97⁴⁰. Det presiseres videre at unntaksbestemmelsene ikke kan tolkes utvidende på grunn av deres snevert avgrensede innhold.

4.3.2.5 Ikke endrer konkurransevilkårene

EØS-avtalens art. 123 b) er begrenset ved formuleringen om at tiltaket ikke må endre konkurransevilkårene for "varer som ikke er bestemt for direkte militære formål".

Sagt på en annen måte betyr dette at anskaffelser bestemt direkte for militære formål, uten videre kommer inn under unntaksbestemmelsen uten ytterligere krav. Er anskaffelsen derimot ikke bestemt for direkte militære formål, foreligger det et tilleggskrav som må oppfylles for at anskaffelsen skal kunne unntas i henhold til EØS-avtalens art. 123 b). Vilkaeret er at tiltakene som treffes ikke endrer konkurransevilkårene mellom leverandørene.

³⁸ Forsvarsdepartementets redegjørelse for forståelsen av EØS-avtalen art. 123. side 3

³⁹ Sak 222/84 premiss 26

⁴⁰ Sak C-414/97 premiss 21

Forsvarsdepartementet har i sin redegjørelse for forståelsen av EØS-avtalens art. 123 tolket dette dit hen at ordlyden fokuserer på virkningene av tiltaket⁴¹. Dersom den uønskede konkurransemessige virkningen kommer til uttrykk på det sivile markedet, vil virkningen av tiltaket være av betydning, og man må ta stilling til om det er en forsvarsspesifikk eller sivil anskaffelse. Dersom anskaffelsen leder til en slik konkurransevridning på det sivile markedet, vil ikke anskaffelsen være tillatt.

4.3.2.5.1 KOFA sak 2003/27

Anvendelsesområdet for EØS-avtalens art. 123 b) var oppe i KOFA i 2003 i sak 2003/27. Forsvarets logistikkorganisasjon kjøpte en kirurgisk plattform for å utføre livreddende kirurgisk virksomhet og kritisk pleie ved krigssituasjoner. Anskaffelsen ble gjennomført unntatt fra anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften og således etter Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren.

Ettersom plattformen skulle brukes i krig var det stilt en rekke militærspesifikke krav. Blant annet var det krav om at den måtte gi beskyttelse mot atom-, biologiske- og kjemiske våpen (ABC-våpen).

Problemstillingen i saken var hvorvidt anskaffelsen av den kirurgiske enheten faktisk kunne unntas fra anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. EØS-avtalens art. 123 gir hjemmel for å treffe tiltak for anskaffelse av varer som er uunnværlige for forsvarsformål. I den aktuelle saken besto tiltaket i å unnta anskaffelsen i sin helhet fra loven og forskriftens regler, herunder alle prosedyrekrav og grunnleggende anbudsrettslige prinsipper.

Klagenemnda tok utgangspunkt i en snever tolkning av unntaksregelen. Det var ingen uenighet mellom partene i at anskaffelsen var unnværlig for forsvarsformål og at den

⁴¹ Forsvarsdepartementets redegjørelse for forståelsen av EØS-avtalens art. 123 side 4

var bestemt direkte for militært bruk. Derfor var det tillatt å la tiltakene endre konkurransevilkårene mellom partene.

Klagenemnda uttalte dessuten at produkter med både militært og sivil anvendelsesområde kan unntas så lenge anskaffelsen er bestemt direkte for militært bruk. At anskaffelsen har et sivilt marked, medfører ingen begrensning i retten til å unnta anskaffelsen fra anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften.

Konklusjonen ble derfor at oppdragsgiver fikk medhold, og hadde rett til å unnta anskaffelsen fra anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften.

5 ROMA-TRAKTATENS ARTIKKEL 296

5.1 Innledning

Det norske anskaffelsesregelverket er utledet av to EU-direktiver som Norge har forpliktet seg til å etterleve gjennom EØS-avtalen. Dette er forsyningsvirksomhetsdirektivet⁴² og direktiv om samordning av fremgangsmåtene for inngåelse av offentlige varekontrakter, tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter⁴³.

Parallellen til EØS-avtalens art 123 er Roma-traktatens art. 296. Roma-traktatens art. 296 er utledet av de to ovennevnte direktiver.

For bedre å forstå innholdet av EØS-avtalens art. 123 er det naturlig å se på Roma-traktatens art. 296. EØS-avtalens art. 123 og TEF 296 er langt fra likelydende. Likevel vil tolkning av EØS-avtalens art. 123 følge EUs vurderinger og retningslinjer vedrørende TEF 296.

5.2 Innholdet av Roma-traktatens art. 296

Artikkel 296 lyder som følger:

”1. Denne traktats bestemmelser er ikke til hinder for følgende regler:

a) ingen medlemsstat er forpliktet til at meddele opplysninger, hvis udbredelse efter dens opfattelse ville stride mod dens væsentlige sikkerhedsinteresser

⁴² Direktiv 2004/17/EF

⁴³ Direktiv 2004/18/EF

b) hver medlemsstat kan træffe de foranstaltninger, som den anser for nødvendige til beskyttelse af sine væsentlige sikkerhedsinteresser, og som vedrører fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel; disse foranstaltninger må ikke forringe konkurrencevilkårene inden for fællesmarkedet for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål.

2. Rådet fastlægger med enstemmighed på forslag af Kommissionen ændringer til den liste, det har fastlagt den 15. april 1958, over de varer, hvorpå bestemmelserne i stk. 1, litra b), finder anvendelse.”

5.2.1 Art. 296 nr. 1, a)

Artikkel 296 nr 1, a) konstaterer at en medlemsstat ikke er forpliktet til å meddele opplysninger, dersom spredning av disse opplysningene strider med medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser.

Bestemmelsen er nok så lik EØS-avtalens art. 123 a). Ordlyden er imidlertid vridd litt anderledes i EØS-avtalen, da den taler om ”tiltak” nødvendig for å hindre spredning av opplysninger som er i strid med medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser.

Det er imidlertid tvilsomt om den ulike ordlyden medfører noen betydning. ”Tilkaket” som det vises til i EØS-avtalens art. 123 a) kan være å ikke spre opplysningene, som er det som art. 296 gir rett til å hindre. Det er mulig at ”tiltak” kan favne noe videre enn bare det å ikke spre opplysninger. Men i utgangspunktet skulle begge hjemlene lede til det samme, da EØS-avtalens unntaksbestemmelse bygger på Roma-traktatens unntaksbestemmelse.

5.2.2 Art. 296 nr. 1, b)

Artikkel 296 nr. 1 b) angir at hver medlemsstat kan træffe de tiltak, som medlemsstaten anser som nødvendig for å beskytte sine vesentlige sikkerhetsinteresser, og som angår produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell. Det er i tillegg krav om at disse tiltakene ikke må være konkurransevridende innenfor fellesmarkedet for varer som er tiltenkt forsvarsspesifikke formål.

Bestemmelsen oppstiller to kummulative vilkår. Tiltaket må være nødvendig for å beskytte medlemslandets vesentlige sikkerhetsinteresser. I tillegg må anskaffelsen angå produksjon eller handel med våpen, ammunisjon eller krigsmateriell.

Ved en sammenligning mellom EØS-avtalens art. 123 og TEF 296 ser man raskt at de ikke er like. Mest iøynefallende er kanskje unntaket for ”andre varer” som er inntatt i EØS-avtalens 123 b). Dette unntaket gjenfinnes ikke i art. 296.

Bortsett fra dette, later det ikke til å være de store forskjellene mellom ordlyden i unntaksbestemmelsene.

Hva staten mener er ”nødvendig” er helt og holdent opp til medlemsstaten. Men i henhold til praksis fra EU-domstolen kan ikke medlemsstatene å avvike fra traktaten bare ved å referere til vern av sikkerhetsinteresser. Det må foreligge eksepsjonelt klart definerte saker⁴⁴.

Som alle avvik fra de fundamentale friheter skal unntak tolkes strengt⁴⁵. Hvis en medlemsstat skal tildele en kontrakt som er omfattet av innkjøpsdirektivet uten å følge prosedyrekravene nedfelt i disse, må staten sørge får at midlene som blir valgt – for eksempel direkte tildeling av kontrakt - er strengt nødvendig for å beskytte vesentlige sikkerhetsinteresser.

⁴⁴ Sak 222/84

⁴⁵ Guidance Note Field of application, pkt. 2.3.

5.2.3 Art 296 nr. 2

Det vises til en liste av 15. april 1958. Denne listen vil bli redegjort for senere i oppgaven under pkt. 5.4. Henvisning til denne listen finnes imidlertid ikke i EØS-avtalens art. 123.

5.3 Ulikhetene og likhetene mellom Roma-traktatens art. 296 og EØS-avtalens art. 123

Ved en sammenligning mellom EØS-avtalens art. 123 og TEF 296 ser man raskt at de ikke er like. Mest iøynefallende er kanskje unntaket for ”andre varer” som er inntatt i EØS-avtalens 123 b). Dette unntaket gjenfinnes ikke i art. 296.

Det går ikke frem av forarbeidene⁴⁶ hvorfor EØS-avtalens art. 123 er utformet forskjellig fra Roma-traktatens art. 296.

Av NTNU-rapporten ”Kontrahering i prosjekters tidligfase; Forsvarets anskaffelser” pkt. 3.3.3.2 er det hevdet at dette heller ikke er vanlig i forbindelse med godkjenning av traktater og andre internasjonale avtaler.

Forsvarsdepartementet påpeker i sin redegjørelse for forståelsen av EØS-avtalens artikkel 123 at det er en forskjell mellom de to artiklene, men de verken problematiserer eller begrunner dette.

Det er ikke sikkert at ulikhetene mellom de to artiklene egentlig utgjør noen vesentlig forskjell mellom dem. Men en viss tolkningstvil vil naturlig nok kunne forekomme. Kanskje særlig på de punkter hvor den ene artikkelen inneholder eller ikke inneholder noe den andre gjør.

Det er litt underlig at EØS-avtalens art. 123 slik at det åpnes for slik tvil, sett i forhold til Roma-traktatens art. 296. EØS-avtalen skal jo i størst mulig grad ta opp i seg de

⁴⁶ Stortingsproposisjon nr 100 (1991-92)

samme retningslinjer og bestemmelser som gjelder for det indre marked, samt dens unntak, jfr. EØS-avtalens art. 105 (1)⁴⁷. Det er videre slått fast i EØS-avtalens art. 106 (1) at man skal sikre en mest mulig lik fortolkning av avtalene.

Det som er likt for begge artiklene er at det må foretas en konkret vurdering for hver enkelt anskaffelse. Det er ikke tilstrekkelig at det er forsvarsmateriell som skal anskaffes. Anskaffelsene må i tillegg vurderes opp mot hvorvidt ”vesentlige sikkerhetsinteresser” eller ”uunnværlighet for forsvarsformål” foreligger⁴⁸.

5.4 ”Listen” av 1958

Hva som skal omfattes av unntaksbestemmelsen i Roma-traktatens art. 296 tok EF stilling til i 1958, da det ble utarbeidet en supplerende liste til bestemmelsen. Listen er av 15. april 1958 og art. 296 pkt. 2 viser til denne listen.

Listen ble aldri offisielt utgitt, og medlemsstatene har derfor hatt ulik oppfatning og innstilling til listens relevans⁴⁹. Listen er imidlertid omtalt i rettspraksis fra EF-domstolen i Fiocchi Munizioni-saken⁵⁰. Listen er og omtalt i Kommisjonens tolkningsuttalelse til art. 296 på side 5. Nå er også listen anført i det nye direktivet for forsvarsanskaffelser. Det skulle derfor være tilstrekkelig godtgjort at listen er relevant.

Roma-traktatens art. 296 pkt. 2 viser altså til 1958 listen. Listen er ment å gi veiledning i forhold til hvilke produkter som skal falle inn under art. 296 pkt. 1. b. Listen inneholder kun konkrete militære varer med et klart militært formål, ikke varer med både sivil og militært anvendelsesområde⁵¹.

⁴⁷ Kontrahering i prosjekters tidligfase; Forsvarets anskaffelser pkt.3.3.3.2

⁴⁸ Kontrahering i prosjekters tidligfase; Forsvarets anskaffelser pkt.3.3.3.2

⁴⁹ Trybus 2005 pkt. 2.1

⁵⁰ Sak T-26/01 premiss 61

⁵¹ Kontrahering i prosjekters tidligfase; Forsvarets anskaffelser pkt.3.3.3.2

Det har vært stilt spørsmål om hvorvidt listen er ment å være uttømmende eller ikke. Kommisjonens tolkningsuttalelse later til å indikere at listen er ment nettopp slik⁵². Kommisjonen hevder at 1958-listen er tilstrekkelig generisk til å dekke kommende teknologiske nyvinninger. Det presiseres imidlertid videre i tolkningsuttalelsen at det må tas hensyn til en eventuell utvikling i teknologi siden 1958. Kommisjonen påpeker og at innkjøp av arbeid og tjenester som direkte vedrører produktene på listen, og vil være omfattet, forutsatt at de øvrige betingelser for bruk av art. 296 er oppfylt.

Listen er ikke inntatt til EØS-avtalens art. 123. Listen har heller ikke vært oppe i norsk rettspraksis. Men ettersom våre nasjonale anskaffelsesregler og EØS-avtalens regler bygger på EU-retten, burde listen også ha anvendelse hos oss.

Forsvarsdepartementet nevner listen i sin redegjørelse for forståelsen av EØS-avtalens art. 123⁵³. Forsvarsdepartementet synes imidlertid her å være skeptisk til bruken av listen. For det første vil listen medføre en innsnevrende tolkning av ordene ”krigsmateriell” og ”andre varer”. Forsvarsdepartementet hevder videre at listen er uoffisiell og gammel, og at man derfor kun bør bruke den som støtte ved en helhetsvurdering av produkter.

Når det nye forsvarsanskaffelsesdirektivet som er helt nytt legger listen til grunn, dog med den presisering at man må ta høyde for teknologisk utvikling med mer, må kanskje Forsvarsdepartementet revurdere sitt syn her.

⁵² Kommisjonens tolkningsuttalelse side 5.

⁵³ Side 3

6 LISBOA-TRAKTATENS ARTIKKEL 346

Traktaten som tidligere var kjent som Reformtraktaten, eller Lisboa-traktaten som endrer Traktaten for den Europeiske Union og Traktaten for etableringen av det Europeiske fellesskap, som er traktatens fulle navn, ble undertegnet av EUs 27 statsoverhoder i Lisboa, Portugal, den 13. desember i 2007. Traktaten trådte i kraft 1. desember 2009.

Ved Lisboa-traktaten reformeres Roma-traktatens art. 296 og den nye EU-rettslige unntakshjemmelen for forsvarsspesifikke anskaffelser er TFEU art. 346. Ordlyden i de to artiklene er imidlertid identisk.

Jeg har i denne oppgaven i det foregående valgt å vise til Roma-traktatens art. 296, da det er denne hjemmelen alle kilder viser til og det er denne hjemmelen som har vært utgangspunkt for Kommisjonens tolkningsuttalelse rundt anvendelse av unntaksbestemmelser.

7 ANSKAFFESESREGELVERK FOR FORSVARSSEKTOREN (ARF)

7.1 Generelt om Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren

Jeg finner det nødvendig å si noe om Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren (ARF) i denne oppgaven, da det er dette regelverket som legges til grunn når man er unntatt anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften.

Forsvarets eget anskaffelsesregelverk, Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren, som trådte i kraft 1. september 2004 og erstattet da Bestemmelser vedrørende Anskaffelser til Forsvaret (BAF)⁵⁴.

Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren gjelder for Forsvarsdepartementet og alle etater underlagt Forsvarsdepartementet⁵⁵.

Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren er utgitt av Forsvarsdepartementet som en intern instruks⁵⁶. At Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren er en intern instruks medfører at tredjemann ikke er gitt rettigheter i henhold til bestemmelsene i regelverket. Det er derfor vesentlig for tredjemann å skaffe seg klarhet i hvorvidt en anskaffelse gjennomføres etter regelverket for forsvarsanskaffelser eller anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften⁵⁷.

Formålet med Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren er *”å bidra til at Forsvarets anskaffelser utføres i samsvar med gjeldende lover, forskrifter og overordnede*

⁵⁴ Forord til ARF, fjerde avsnitt

⁵⁵ ARF pkt. 1.2.1

⁵⁶ ARF pkt. 1.2.1

⁵⁷ Kontrahering i prosjekters tidligfase; Forsvarets anskaffelser pkt. 3.2.2.1

*retningslinjer*⁵⁸” samt å gi anskaffelsesfaglig veiledning ved de ulike fasene av anskaffelser. Videre er Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren ment å bidra til å sikre likeartede prosedyreregler og lik bruk av prosedyrereglene i hele Forsvaret⁵⁹.

7.1.1 Virkeområde

Selv om Forsvaret har sitt eget anskaffelsesregelverk er hovedregelen at Forsvarets anskaffelser skal følge anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften, ettersom Forsvaret er å betrakte som et offentligrettslig organ⁶⁰.

Virkeområdet for Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren avgrenses i regelverket selv mot anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften, og således til hovedsakelig å gjelde anskaffelser hvor unntakene etter anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften kan påberopes⁶¹. Når man befinner seg utenfor anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften kommer altså Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren til anvendelse i sin helhet.

Unntakstilfellene fra hvor Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren i sin helhet kommer til anvendelse fremgår av anskaffelseslovens § 3, anskaffelsesforskriftens § 1-3.2 litra a, og EØS-avtalens art. 123.

Ved siden av unntakstilfellene er Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren kun ment å være et supplerende regelverk til anskaffelser som skal gjøres i henhold til reglene i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften, der hvor disse ikke dekker det gjeldende forholdet, forutsatt at dette ikke strider med anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften⁶².

⁵⁸ Forord til ARF, annet avsnitt

⁵⁹ NOU 1997: 21, pkt. 9.3.2

⁶⁰ LOA § 2 og FOA § 1-2

⁶¹ ARF pkt. 1.2.4

⁶² ARF pkt. 1.2.4

7.1.2 Forskjeller mellom anskaffelser etter Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren og anskaffelser etter anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften

Innholdsmessig er det mange likheter i Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren og anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften.

Konkurransereformene åpen anbudskonkurranse, begrenset anbudskonkurranse, konkurransepreget dialog, konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring og kjøp etter anskaffelsesforskriftens Del 1⁶³ er å finne igjen i både Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren og anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. Det er imidlertid noen vesentlige forskjeller ved gjennomføring av anskaffelser etter anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften og gjennomføring etter Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren.

En særlig fremtredende forskjell er Anskaffelsesregelverk for forsvarssektorens pkt. 2.15.4. Ved anskaffelser som er unntatt anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften, og som i sin helhet følger Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren, åpner forsvarsanskaffelsesregelverket for å føre forhandlinger. Ved anskaffelser etter Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren kan alle sider ved tilbudene gjennom forhandlinger både endres og suppleres. Det kan til og med forhandles vedrørende pris⁶⁴.

Ved anskaffelser etter anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften gjelder det et strengt forhandlingsforbud ved åpen og begrenset anbudskonkurranse⁶⁵. Anskaffelser som gjennomføres etter anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften, ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse, kan kun det kun gjøres mindre avklaringer i henhold til

⁶³ jfr. § 2-1

⁶⁴ ARF pkt. 2.15.4

⁶⁵ FOA § 21-1

noen snevre unntak⁶⁶. Momenter som pris og andre forhold av betydning for konkurransen er det ikke anledning til å endre eller forsøke å endre⁶⁷.

Det er og forskjell i klageadgangen ved anskaffelser gjort etter regelverket for forsvarsanskaffelser og anskaffelser gjort etter loven og forskriften.

Det følger av Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (KOFA-forskriften) § 1 at klagenemnda ”skal behandle klager om brudd på lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne.” Videre følger det av KOFA-forskriften § 6 at ”Klage til klagenemnda må gjelde unnlatelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser eller forskrifter gitt med hjemmel i denne.”

Av disse paragrafene følger det at når en anskaffelse er unntatt anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften, og således følger Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren, kan det ikke fremmes klage for klagenemnda, da nemnda kun har kompetanse i klagesaker som omhandler bestemmelser i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. En eventuell klage over anskaffelser unntatt loven og forskriften og således gjennomført i henhold til Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren sine regler, må fremmes for domstolene.

At en eventuell klage må fremmes for domstolene medfører en ulempe for leverandørene, i forhold til å kunne fremme klage for Klagenemnda for offentlige anskaffelser. For det første er saksomkostningene ved en klagebehandling i klagenemnda vesentlig lavere enn omkostningene forbundet med en rettsak. Gebyret for å fremme klage for Klagenemnda for offentlige anskaffelser er for tiden på 860 kr⁶⁸. Det er heller ikke nødvendig å stille med advokat, noe som og er kostnadsbesparende.

⁶⁶ FOA § 21-1 (2)

⁶⁷ FOA § 21-1 (1)

⁶⁸ <http://kofa.no/no/Leverer-klage/Saksgangen/#6>

Videre er klagebehandling i klagenemnda vesentlig raskere enn å få fremmet en sak for domstolene. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid for alle typer saker i klagenemnda er for tiden på 197 dager⁶⁹. Men det er mulighet for å få saken behandlet raskere. Dette forutsetter at saken faller innunder prioriterte saker.

Prioriterte saker er saker hvor innklagede venter med å inngå kontrakt til nemnda har behandlet klagen⁷⁰. Gjennomsnittlig saksbehandlingstid for prioriterte ligger for tiden på 64 dager⁷¹.

En klagebehandling i Klagenemnda for offentlige anskaffelser er forholdsvis enkel sammenlignet med en domstolsbehandling. Klager må formulere på hvilken måte han mener at innklagede har brutt regelverket. Klager trenger imidlertid ikke å vise til riktig hjemmel. Videre får begge parter anledning til å legge ved relevant dokumentasjon, dette kan for eksempel være konkurransegrunnlaget for anskaffelsen og eventuell korrespondanse i saken mellom klager og innklagede. I tillegg er det anledning for partene til å legge med en redegjørelse for sakens bakgrunn. Klagebehandlingen i nemnda er skriftlig ikke nødvendig (eller anledning til) personlig fremmøte.

Momentene over med en rimeligere, raskere og enklere klagebehandling for saker vedrørende offentlige anskaffelser, var noe av formålet med opprettelsen av Klagenemnda for offentlige anskaffelser⁷². Dette leder igjen til at den siste målsetningen for klagenemnda oppfylles, nemlig et lavere konfliktnivå mellom partene ved en eventuell klage.

Basert på alle momenter som nevnt over er det ganske åpenbart at det medfører en ulempe i forhold til håndhevelse av leverandørenes rettigheter, når en sak gjennomføres etter Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren. Dette er et ytterligere moment for å behandle unntaksadgangen snevert.

⁶⁹ <http://kofa.no/>

⁷⁰ <http://kofa.no/no/Leverer-klage/Saksgangen/#7>

⁷¹ <http://kofa.no/>

⁷² <http://kofa.no/no/Om-KOFA/>

8 Anskaffelser med både sivile og militære bruksområder

8.1 Innledning

Forsvaret gjør en rekke anskaffelser av produkter som har både sivile og militære anvendelsesområder. Slike produkter omtales ofte som "Dual-use" produkter. En problematisering rundt dual-use produkter hører naturlig hjemme i en avhandling vedrørende unntaksbestemmelsene til anbudsreglene, da det stadig hersker tvil om hvorvidt det er anledning til å anvende unntakshjemplene på slike dual-use produkter.

Eksempler på dual-use produkter kan være kjøretøy, klær og medisinsk utstyr. Disse produktene er av en helt annen karakter enn de typisk forsvarsspesifikke anskaffelsene som våpen, tanks og kampfly. Forskjellen mellom dual-use produktene og de forsvarsspesifikke produktene, er at de forsvarsspesifikke produktene mangler et sivilt marked, mens dual-use produktene, kanskje anvendes i like stor grad på det sivile markedet.

Det er mange produkter som ikke er typisk forsvarsspesifikke produkter, som likevel kan falle inn under betegnelsen "uunnværlige for forsvarsformål" som det tales om i EØS-avtalens art. 123 b). For eksempel er det behov for medisinsk utstyr på militære feltsykehus. Det samme behovet eksisterer imidlertid på vanlige sykehus i fredstid.

Spørsmålet er hvorvidt det er anledning til å unnta dual-use produkter i henhold til EØS-avtalens art. 123 b) og Roma-traktatens art. 296 1.b.

8.2 EU-praksis

Det fremgår av Kommisjonens tolkningsuttalelse av Roma-traktatens art. 296⁷³ at art. 296 1.b ikke kan anvendes ved anskaffelser av produkter med sivile formål. Produkter med både sivil og militært anvendelsesområde kan imidlertid tolkes inn under Roma-traktatens art. 296 1.a, men da under forutsetning av at medlemsstaten ved bruk av anbudsreglene, ville måtte oppgi opplysninger som kunne skade landets vesentlige sikkerhetsinteresser. Men i følge Kommisjonen er altså anvendelse av TEF 296 1.b utelukket ved dual-use produkter.

Saken stiller seg imidlertid noe annerledes i *Fiocchi Munizioni*-saken⁷⁴. Her er dette med dual-use produkter omtalt i premiss 63. EF-domstolen later ikke til å sette noen begrensning i muligheten for å unnta produkter med både et militært og et sivilt anvendelsesområde etter art. 296 1.b., så lenge det ikke medfører noen konkurransevridning på det ikke-militære markedet.

I sak C-337/05 var og dual-use problematikken oppe i premiss 47. Her dreide deg seg om helikopter som var kjøpt inn til sivil bruk, men med mulighet for militær bruk. Domstolen kom her til at det ikke var anledning til å unnta anskaffelsen etter Roma-traktatens art. 296 1.b., selv om den muligens kunne komme til å bli brukt til militære formål. EF-domstolen presiserte at det var anskaffelsens hovedformål som måtte legges til grunn. Dersom hovedformålet er sivil, må anskaffelsen skje etter vanlige anbudsregler. Dette uavhengig av om det er en militær eller sivil enhet som gjennomfører anskaffelsen.

EF-domstolen ekskluderer heller ikke i denne saken muligheten for å unnta dual-use produkter, selv om dette var General-advokatens påstand i saken. De lar heller vurderingen bero på produktets hovedanvendelsesområde.

⁷³ Side 6

⁷⁴ Sak T-26/01

8.3 Norsk praksis

EØS-avtalens art. 123 b) kan ikke sies å sette noen grenser for muligheten for å unnta produkter med et sivilt anvendelsesområde så lenge det er anskaffet for et forsvarsspesifikt formål.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser sin sak 2003/27, som det ble redegjort for i pkt. 4.3.2.5.1, er vel den eneste norske saken som direkte omhandler dual-use problematikken. Her kom klagenemnda til at det er anledning til å unnta varer med sivile og militære anvendelsesområder etter EØS-avtalens art. 123 b), så lenge anskaffelsen er bestemt direkte for militær bruk.

8.4 Oppsummert ut fra EU-praksis og norsk praksis

Problematikken rundt muligheten for å unnta dual-use produkter i henhold til EØS-avtalens art. 123 b) og Roma-traktatens art. 296 1.b., synes ikke å være helt avklart.

EF-domstolen har ikke uttalt at det er anledning til å unnta dual-use produkter, men de har heller ikke sagt at det ikke er anledning til det.

Kommisjonen mener imidlertid at det definitivt ikke er anledning til å unnta dual-use produkter etter TEF 296. 1.b.

Norge har lagt seg på at det er anledning til å unnta dual-use produkter, så lenge de er tiltenkt forsvarsspesifikke formål.

Inntil EF-domstolen som er den eneste instans med kompetanse til å avgjøre spørsmålet endelig, kommer med en avgjørelse på dette, er rettstilstanden uavklart.

9 NYTT DIREKTIV FOR FORSVARSANSKAFFELSER

9.1 Innledning

Direktiv 2009/81/ EF av 13. juli 2009 om samordning av fremgangsmåtene ved oppdragsgiveres inngåelse av visse offentlige bygge- og anleggs-, vare- og tjenestekontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet, er et nytt direktiv for forsvarsanskaffelser, skreddersydd for innkjøp av sikkerhets- og militærmessig art.

Årsaken til at det er utarbeidet et nytt direktiv er at unntaksbestemmelsene i EU-retten, hittil ikke har blitt forstått og tolket likt av medlemsstatene. Unntaksbestemmelsen anvendes i alt for stor utstrekning⁷⁵. Kommisjonen mener at en av grunnene til den sterkt overdrevne bruken kan være at det ikke er tilstrekkelig klarhet rundt forståelsen av Roma-traktatens art. 296⁷⁶. Men også forsvarsmaterialets egenart tilsier at det ordinære anbudsregelverket fremstår som uegnet til å ivareta de særlige hensyn som gjør seg gjeldende på Forsvarets område⁷⁷.

Det nye direktivet for forsvarsanskaffelser er et direktiv særskilt tilpasset forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Det er skreddersydd til de særegenheter forsvars- og sikkerhetsanskaffelser typisk reiser, i form av at det ivaretar forsvarsanskaffelsenes kompleksitet og sensitivitet.

For å håndtere forsvarsanskaffelsenes særegenheter reiser det nye direktivet en rekke nyvinninger i forhold til det alminnelige anskaffelsesdirektivet:

1. Det nye direktivet tillater at forhandlet prosedyre med forutgående kunngjøring kan brukes uten restriksjoner og som standard prosedyre. Dette gir

⁷⁵ Grønnbok side 6

⁷⁶ Jfr. Kommisjonens tolkningsuttalelse side 3

⁷⁷ Kommisjonens tolkningsuttalelse side 2-3

oppdragsgivere den fleksibiliteten som trengs til å forhandle alle sider av komplekse anskaffelser.

2. Det nye direktivet inneholder særskilte bestemmelser om informasjonssikkerhet, noe som sikrer at sensitiv informasjon beskyttes mot uautorisert tilgang.
3. Det nye direktivet inneholder klausuler om forsyningsikkerhet, noe som skal sikre at væpnede styrker vil bli levert i tide i krisetider eller ved væpnet konflikt.
4. Det nye direktivet inneholder særskilt regulering av underleveranser, noe som gjør det mulig å gjennomføre konkurranse i forsyningskjedene, noe som igjen vil bedre markedsadgangen for små og mellomstore bedrifter.
5. Det nye direktivet inneholder dessuten særlige bestemmelser for forsknings- og utviklingskontrakter, noe som er spesielt viktig i forsvarssektoren.

Norge er gitt en frist frem til 21. august 2011 på å implementere det nye direktivet i norsk rett. En implementering av det nye direktivet for forsvarsanskaffelser vil kreve en endring av det gjeldende anskaffelsesregelverket. Det er imidlertid opp til nasjonale myndigheter å bestemme hvordan direktivet skal gjennomføres i norsk rett, og i hvilken form. Det er grunn til å tro at det vil bli gjort endringer i gjeldende anskaffelseslov og anskaffelsesforskrift, kombinert med en ny egen forskrift for forsvarsanskaffelser.

Det foreligger enda ikke et nasjonalt forslag i Norge til ny lovgivning på dette området, men det som i alle fall kan fastslås er at det nye direktivet medfører at det nå blir tre hjemmelsgrunnlag for forsvarsanskaffelser. Hovedregelen vil fortsatt være at anskaffelser til Forsvaret følger anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. De forsvarsspesifikke anskaffelsene vil følge det nye direktivet og dets spesialtilpassede regler for denne typen anskaffelser. Der hvor det nye direktivet ikke anses tilstrekkelig

for å verne om rikets vesentlige sikkerhetsinteresser vil EØS-avtalens art. 123 komme til anvendelse.

9.2 Formål

Formålet med det nye direktivet for forsvarsanskaffelser består i hovedsak av følgende hovedpunkter:

- 1) Å tilby forsvarssektoren et regelverk særskilt tilpasset forsvars og sikkerhetsanskaffelser.
- 2) Å tilby forsvarssektoren mer fleksible regler ved forsvarsanskaffelser.
- 3) Å sørge for økt konkurranse på forsvars- og sikkerhetsområdet.

Norge ikke er nok ikke blant ”verstingene” i Europa på å gi unntakshjemplene utvidet anvendelse. Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF) stiller krav til at det skal forsøkes å gjennomføre konkurranse så langt som mulig⁷⁸. De grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven skal i alle fall legges til grunn ved unntaksanskaffelser.

Likevel har nok det meste av forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i Europa hittil blitt unntatt fra internasjonale markedsregler. En av årsakene er at de eksisterende EU anskaffelsesreglene er ansett å være lite egnet for de fleste forsvars- og sikkerhetsrelaterte anskaffelser. Anskaffelsene har da blitt gjennomført på bakgrunn av ukoordinerte nasjonale regler, som for eksempel Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren. Slike regler kan avvike vesentlig fra prosedyrereglene og konkurransereglene til EU. Med det nye direktivet innføres regler spesielt egnet for denne typen anskaffelser⁷⁹.

⁷⁸ ARF art. 1.5.1

⁷⁹ Fra Kommisjonens presseuttalelse ifm utgivelsen av direktiv 2009/81/EF.

Det nye direktivet tilbyr mer fleksible regler, for eksempel i form av at forhandlet prosedyre med forutgående kunngjøring kan anvendes som standard prosedyre, noe som gir oppdragsgivere den fleksibiliteten som trengs til å forhandle alle sider av komplekse anskaffelser. Oppdragsgiver gis dessuten anledning til å vektlegge informasjonssikkerhet og forsyningssikkerhet.

Frem til nå har det typiske forsvarsmarkedet i all hovedsak vært forbeholdt hvert medlemslands nasjonale bedrifter. Det har ikke vært vanlig med åpenhet eller konkurranse ved denne typen anskaffelser. Av grønnboken om offentlige innkjøp av forsvarsmateriell presiseres viktigheten av å etablere et effektivt felleseuropeisk marked, dersom en ønsker å sørge for en bedre ressursfordeling på forsvarsområdet⁸⁰ og samtidig sikre en konkurransedyktig forsvarsindustri.

Det nye direktivet skal sørge for tilstrekkelig transparente regler ved forsvarsanskaffelser, noe som vil gjøre det mulig for forsvarsindustrien å få tilgang til å levere til andre medlemsstaters forsvar. Dessuten åpner det nye direktivet for at oppdragsgiver kan kreve at underleverandører velges på bakgrunn av konkurranseprinsippene, noe som åpner nye kjeder av forretningsmuligheter til forsvarsmarkedet.

9.3 Anvendelsesområde

Det fremgår av direktivets artikkel 2 at direktivet får anvendelse på kontrakter som inngås på forsvars- og sikkerhetsområdet. En videre forutsetning for at direktivet skal komme til anvendelse er at kontrakten omhandler:

- a) ”levering af militærudstyr, herunder dele, komponenter og/eller delmontager heraf”

- b) ”levering af følsomt udstyr, herunder dele, komponenter og/eller delmontager heraf”

⁸⁰ Grønnbok side 3

- c) ”utførelse af bygge- og anlægsarbejder, levering af varer og tjenesteydelser direkte knyttet til det i litra a) og b) anførte utstyr for alle elementer i dets livscyklus”
- d) ”bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser til specifikt militære formål eller følsomme bygge- og anlægsarbejder og følsomme tjenesteydelser.”

9.3.1 Levering av militært utstyr

I henhold til direktivets artikkel 2 a), er direktivet tiltenkt kontrakter vedrørende ”levering av militært utstyr, inkludert alle deler, komponenter og/eller underleveranser av dette”. Som ”militært utstyr” regnes utstyr som er spesielt utviklet eller tilpasset til militære formål eller militær anvendelse. Dette er typisk våpen, ammunisjon eller krigsmateriell⁸¹.

Fortalens pkt. 10 introduserer noe fleksibilitet ved anvendelsen av 1958-listen. Det følger av fortalens pkt. 10 at listen skal tolkes utvidende i lys av den teknologiske utviklingen, innkjøpspolitiske standpunkter og militære krav som leder til utvikling av nye typer forsvarsmateriell.

Slik fleksibilitet synes naturlig da listen er over 50 år gammel og det kan finnes mye utstyr som ikke er på listen, rett og slett fordi det ikke fantes for 50 år siden.

Slikt ”moderne” utstyr er omfattet av direktivet, forutsatt at utstyret er designet spesielt for militære formål.

Sist men ikke minst er det presisert at produkter med et opprinnelig sivilt anvendelsesområde som er blitt tilpasset militære formål også skal falle inn under definisjonen av ”militært utstyr”.

⁸¹ Direktiv 2009/81/EF art. 1 nr. 6

På dette området er omfanget av direktivet bredere enn omfanget av unntakshjemmelen i EU-retten⁸², som bare dekker utstyr som er designet, utviklet og produsert for militærspesifikke formål.

Dette gjør at direktivet også omfatter produkter som i utgangspunktet er utviklet for sivil bruk og senere tilpasset militære formål, for eksempel et "militarisert" tilpasset helikopter som opprinnelig ble utviklet for det sivile markedet. For å kunne defineres som "militært utstyr" i henhold til det nye direktivet for forsvarsanskaffelser må imidlertid helikopter ha blitt tilpasset med for eksempel våpensystemer eller lignende, med den hensikt å utføre oppdrag som er klart militære, for eksempel væpnede krigshandlinger⁸³.

9.3.2 Levering av følsomt utstyr

Direktivet omhandler dessuten anskaffelser på de ikke-militære sikkerhetsområder, som har likhetstrekk med forsvarsanskaffelser i form av å være sensitive⁸⁴. Sensitivt/følsomt utstyr er materiell og tjenesteytelser til sikkerhetsformål, som omfatter sensitive/følsomme opplysninger⁸⁵.

9.3.3 Utførelse av bygge- og anleggsarbeider eller levering av varer eller tjenester, direkte tilknyttet militært utstyr eller elementer i militært utstyrs livssyklus

Direktivet omfatter ikke bare militært utstyr, men også bygge- og anleggsarbeider, varer og tjenester direkte knyttet til slikt utstyr.

⁸² Lisboa-traktatens art. 346

⁸³ Guidance Note Field of application, pkt 4.1.1.8

⁸⁴ Fortale til Direktiv 2009/81/EF premiss 11

⁸⁵ Direktiv 2009/81/EF art. 1 nr. 7

Varer direkte tilknyttet militært utstyr, kan for eksempel være spesielle verktøy eller maskiner som er nødvendig for produksjon eller vedlikehold av militært utstyr, eller uniformer og hjelmer for piloter i kampfly.

Tjenester direkte knyttet til militært utstyr kan for eksempel være service på militære fly, stridsvogner eller krigsskip.

Bygge- og anleggsarbeider i tilknytning til militært utstyr kan for eksempel være oppføring av testanlegg for militært utstyr⁸⁶.

Videre gjelder direktivet for tildeling av kontrakter vedrørende samtlige elementer i livssyklusen til militært utstyr⁸⁷.

Når begrepet "direkte relatert" anvendes, må dette tolkes dit hen at det må være en nær sammenheng mellom det som anskaffes og det militære utstyret. I prinsippet må forbindelsen være så nær at de tjenestene eller utstyret ikke kan anvendes på en meningsfull måte uten det militære utstyr som det er relatert til⁸⁸.

9.3.4 Bygge- og anleggsarbeider eller tjenesteytelser til militærspesifikke formål, eller følsomme bygge- og anleggsarbeider og følsomme tjenesteytelser

Direktivet gjelder også bygge- og anleggsarbeider eller tjenester knyttet til militærspesifikke formål. Dette gjelder anskaffelser som ikke har direkte tilknytning til militært utstyr, men har et militærtspesifikt formål. Dette er selvstendige anskaffelser, som for eksempel transport av tropper, eller bygging av et tilfluktsrom. Det følger klart av bestemmelsens ordlyd at tjenestene eller arbeidet må anskaffes for et militærspesifikt formål⁸⁹.

⁸⁶ Guidance Note Field of application, pkt 4.1.2.9

⁸⁷ Guidance Note Field of application, pkt 4.1.2.9

⁸⁸ Guidance Note Field of application, pkt 4.1.2.10

⁸⁹ Guidance Note Field of application, pkt 4.1.3.11

Videre gjelder direktivet for levering av følsomt utstyr, inkludert deler, komponenter og underenheter. I dagens strategiske forsvars- og sikkerhetsmiljø dekker begrepet sikkerhet et bredt spekter av svært forskjellige områder, oppdrag og handlinger. På visse områder kan og skillet mellom forsvar og sikkerhet være uskarpt. Målet med direktivet er således å dekke disse gråsonene⁹⁰.

I direktivets fortale pkt. 11 angis områder hvor slike anskaffelser mest sannsynlig forekommer. Dette er anskaffelser som har funksjoner som ligner på forsvarsanskaffelser og som er like sensitive. For eksempel politiets beskyttelse av samfunnssikkerheten eller krisehåndterende oppdrag.

Det kan også være tilfeller hvor Forsvaret anskaffer sensitivt utstyr, arbeider eller tjenester som ikke er av militær karakter eller formål.

9.3.5 Anvendelsesområdets grense mot Lisboa-traktatens art. 346/ EØS-avtalens art. 123

I likhet med de ordinære EU-rettslige anskaffelsesdirektivene⁹¹, vil det nye direktivet for forsvarsanskaffelser gjelde med forbehold for unntakshjemmelen i EU-retten⁹². Kun i de tilfeller hvor reglene i direktivet for forsvarsanskaffelser ikke er tilstrekkelig for å ivareta medlemsstatenes vesentlige sikkerhetsinteresser, kan medlemsstatene anvende unntakshjemlene.

Som drøftet under denne oppgavens pkt. 5.2.2, definerer staten selv hva som er nødvendig. I tillegg er det krav til proporsjonalitet.

⁹⁰ Guidance Note Field of application, pkt 4.2.1.12

⁹¹ Direktiv 2004/17/E og 2004/18/EF

⁹² Lisboa-traktatens art. 346

Ved kontrakter som har så spesielle krav til sikkerhet hos leverandøren, eller som er så hemmelige og viktige for nasjonal suverenitet, at heller ikke det nye direktivet gir tilstrekkelig sikkerhet for medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser, kan unntakshjemlene anvendes. Men i så tilfelle må medlemsstaten om nødvendig være i stand til å bevise at det konkrete målet er objektivt egnet for å beskytte den vesentlige sikkerhetsinteresse identifisert og at det ikke i kvalitative eller kvantitative termer går ut over det som er strengt nødvendig.

9.3.6 Blandede kontrakter

Direktivets artikkel 3 inneholder regulering av hvordan ”blandede kontrakter” skal håndteres. Det skiller her mellom to typetilfeller:

1. Kontrakter som kombinerer elementer som faller inn under direktivet for forsvarsanskaffelser med elementer fra de alminnelige anskaffelsesdirektivene, for eksempel kjøp av både sensitivt og ikke-sensitivt utstyr i en og samme kontrakt.
2. Kontrakter som omfatter elementer som både faller innenfor og utenfor rammen av direktivet for forsvarsanskaffelser, for eksempel dersom en andel av anskaffelsen faller inn under unntakshjemmelen i EU-retten.

I begge tilfeller gjelder det samme prinsippet, nemlig at oppdragsgiver kan anvende den prosedyren som er minst streng på hele kontrakten, forutsatt at beslutningen om å gjennomføre anskaffelsen gjennom en kontrakt er berettiget av objektive grunner og som ikke har til hensikt å unngå å bli omfattet av de strengere prosedyreregler⁹³.

Der hvor kontrakten kombinerer elementer som faller inn under direktivet for forsvarsanskaffelser med elementer fra de alminnelige anskaffelsesdirektivene, vil hele kontrakten gjennomføres etter direktivet for forsvarsanskaffelser. Der hvor kontrakten

⁹³ Guidance Note Field of application, pkt 4.2.2.15

omfatter elementer som både faller innenfor og utenfor rammen av direktivet for forsvarsanskaffelser, vil hele kontrakten bli unntatt direktivene⁹⁴.

9.3.7 Terskelverdier

Terskelverdiene etter det nye direktivet for forsvarsanskaffelser er ikke de samme som etter de ordinære anskaffelsesdirektivene. For vare- og tjenestekjøpskontrakter er terskelverdien satt til 412.000 EUR, det vil si ca 3,3 millioner norske kroner⁹⁵. Etter den norske anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften ligger terskelverdiene for tilsvarende kontrakter på 1 million kroner per 1. mars 2010⁹⁶.

Terskelverdiene for bygge- og anleggskontrakter er satt til 5.150.000 EUR, altså ca 41 millioner norske kroner⁹⁷.

9.3.8 Forsvars- og sikkerhetsmessige unntak fra direktivet

Forsvarsanskaffelsesdirektivets kapittel II inneholder bestemmelser om hvilke kontrakter som er unntatt fra direktivets virkeområde. Jeg vil i det følgende redegjøre for de mest sentrale av unntakene, som trolig vil få størst anvendelse.

9.3.8.1 Kontrakt inngått i henhold til internasjonale regler

Direktivets art. 12 gjelder unntak for kontrakter som er inngått i henhold til internasjonale regler. Formålet med hjemmelen er å forhindre bruk av tildelingsprosedyrene i direktivet i de tilfeller der internasjonale regler fastsetter særlige prosessuelle krav for tildeling av kontrakt. Artikkel 12 består av tre ledd.

⁹⁴ Guidance Note Field of application, pkt 4.2.2.15

⁹⁵ Direktiv 2009/81/EF art. 8, a)

⁹⁶ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/fad/pressesenter/pressemeldinger/2010/Nye-terskelverdier-for-2010-og-2011.html?id=592747>

⁹⁷ Direktiv 2009/81/EF art. 8, b)

Artikkel 12 (a) gjelder kontrakter som inngås i henhold til særlige prosedyreregler i henhold til en internasjonal avtale eller overenskomst mellom en eller flere medlemsstater og et eller flere tredjeland. Bestemmelsen unntar således kontrakter tildelt av oppdragsgiver i samsvar med særlige regler om gjennomføring fastsatt i internasjonal i avtale eller av en internasjonal organisasjon

Hjemmelen inneholder ingen begrensning med hensyn til innholdet i avtalen. Hjemmelen er imidlertid begrenset til avtaler eller overenskomster som er inngått mellom stater eller regjeringer og dekker således ikke avtaler med andre juridiske personer.⁹⁸

Artikkel 12 (b) unntar kontrakter som er inngått etter særlige prosedyreregler i henhold til en internasjonal avtale eller overenskomst, som er inngått i forbindelse med stasjonering av tropper, og som angår en medlemsstat eller et tredjelands virksomheter⁹⁹.

Artikkel 12 (c) gir unntak for kontrakter som er inngått etter særlige prosedyreregler for en international organisation, som handler til sine formål, eller på kontrakter, som en medlemsstat skal tildele i overensstemmelse med disse regler.

Begrepet ”internasjonale organisasjon” er ikke klart definert. Men begrepet refererer normalt til en permanent institusjon med eget rettssubjekt og med egne organisatoriske regler, opprettet ved en traktat mellom suverene stater eller mellom organisasjoner. Et typisk eksempel på en slik organisasjon NATO.¹⁰⁰

⁹⁸ Guidance Note Defence- and security-specific exclusions pkt 2.2.4

⁹⁹ Guidance Note Defence- and security-specific exclusions pkt 2.3.5

¹⁰⁰ Guidance Note Defence- and security-specific exclusions pkt 2.4.6

9.3.8.2 Kontrakt som vil medføre meddelelse av opplysninger i strid med vesentlige sikkerhetsinteresser

I henhold til direktivets artikkel 13 (a) gjelder ikke direktivet for kontrakter hvor anvendelse av direktivets bestemmelser ville innebære at medlemsstaten måtte meddele opplysninger i strid med sine vesentlige sikkerhetsinteresser. Unntaket er basert på Lisboa-traktatens art. 346 ¹⁰¹.

I henhold til direktivets art. 11 må hjemmelen tolkes strengt, og bevisbyrden for at kriteriene for unntak fra direktivet er oppfylt påfaller oppdragsgiver. Videre gjelder proporsjonalitetsprinsippet ¹⁰².

9.3.8.3 Kontrakter vedrørende etterretningsvirksomhet

Direktivets artikkel 13 (b) gir unntak for kontrakter i forbindelse med etterretningsvirksomhet. Etterretningsvirksomhet kan for eksempel være spionasje eller andre aktiviteter som medlemsstatene selv definerer ¹⁰³.

Denne bestemmelsen er basert på en antagelse om at kontrakter vedrørende etterretningen sin virksomhet er for sensitive til å kunne tildeles ved konkurranse ¹⁰⁴.

Det er verdt å merke seg at hjemmelen viser til etterretningens virksomhet og ikke til etterretningstjenesten som sådan. Ikke alle kjøpt til etterretningen er av en sådan sensitiv karakter at anskaffelsesreglene ikke kan anvendes. Hjemmelen er derfor begrenset til etterretningsvirksomhet ¹⁰⁵.

¹⁰¹ Guidance Note Defence- and security-specific exclusions pkt 3.1.8

¹⁰² Guidance Note Defence- and security-specific exclusions pkt 3.1.10

¹⁰³ Jfr. Fortalens pkt 27

¹⁰⁴ Guidance Note Defence- and security-specific exclusions pkt 3.2.11

¹⁰⁵ Guidance Note Defence- and security-specific exclusions pkt 3.2.12

9.3.8.4 Kontrakter basert på et samarbeidsprogram vedrørende forskning og utvikling

Direktivets artikkel 13 (c) gir et særskilt unntak for samarbeidsprogrammer vedrørende forskning og utvikling. Direktivet får således ikke anvendelse på kontrakter hvor minst to medlemsstater samarbeider om forskning og utvikling som gjennomføres i fellesskap, med sikte på å utvikle et nytt produkt.

Unntaket viser med denne unntaksadgangen at samarbeid mellom stater vedrørende forskning og utvikling anerkjennes som viktig for å styrke Europas militære evner¹⁰⁶.

9.3.8.5 Kontrakter som en regjering tildeler en annen regjering

Direktivet unntar dessuten kontrakter som en regjering tildeler en annen regjering vedrørende levering av:

1. Levering av forsvarsmateriell eller følsomt utstyr
2. Bygge- og anleggsarbeider eller tjenesteytelser som er direkte tilknyttet slikt utstyr
3. Bygge- og anleggsarbeider og tjenesteytelser til forsvarsspesifikke formål eller følsomme bygge- og anleggsarbeider og tjenesteytelser
4. Voldgifts- og meklingstjenester
5. Finansielle tjenesteytelser, med unntak av forsikringstjenesteytelser
6. Arbeidsavtaler
7. Tjenesteytelser vedrørende forskning og utvikling, med unntak av de hvis utbytte tilhører oppdragsgiver eller oppdragsgiveren til bruk i egen virksomhet, hvis tjenesteyteren i fullt omfang betales av oppdragsgiveren

Begrepet ”regjering” er definert i direktivets art. 1 (9) som statlige, regionale eller lokale myndigheter i en medlemsstat eller et tredjeland.

¹⁰⁶ Guidance Note Defence- and security-specific exclusions pkt 3.3.14

9.4 Direktivets innhold

Direktivet minner i stor grad om innkjøpsdirektivet og er på flere punkter identisk med innkjøpsdirektivet¹⁰⁷. Man finner igjen flere av de alminnelige bestemmelsene, reglene om konkurransegrunnlaget, offentliggjørelse, frister, kommunikasjon og prosedyrer. Det nye direktivet er imidlertid tilpasset de særlige forhold som forsvars- og sikkerhetskontrakter reiser.

9.4.1 Anskaffelsesprosedyrene

Anskaffelsesprosedyrene finnes i direktivets artikkel 25, 26, 27 og 28. De tillatte prosedyrene er:

- 1) begrenset anbudskonkurranse
- 2) konkurranse med forhandling etter og uten forutgående kunngjøring
- 3) konkurransepreget dialog ved særlig komplekse kontrakter

Verdt å merke seg vedrørende det nye forsvarsanskaffelsesdirektivet er at prosedyren åpen anbudskonkurranse ikke å finne i direktivet, da denne prosedyren anses for uegnet for kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet grunnet hensynene til fortrolighet og informasjonssikkerhet¹⁰⁸.

Som etter de alminnelige innkjøpsdirektivene¹⁰⁹ er det åpnet for rammeavtaler med både en og flere leverandører¹¹⁰. Maksimal tillat løpetid for rammeavtaler etter det nye direktivet er 7 år. I de alminnelige anskaffelsesdirektivene samt anskaffelsesloven og forskriften er maksimal løpetid 4 år¹¹¹.

¹⁰⁷ <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2006/nov/Forsvars--og-sikkerhetsanskaffelser.html?id=601029>

¹⁰⁸ <http://www.regjeringen.no/nb/sub/europaportalen/eos-notatbasen/notatene/2006/nov/Forsvars--og-sikkerhetsanskaffelser.html?id=601029>

¹⁰⁹ Direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF

¹¹⁰ Jfr. direktivets art. 29

¹¹¹ Jfr. FOA § 6-1 (4)

9.4.2 Særlig om informasjonssikkerhet

Noe som er særegent ved mange forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er deres sensitive karakter. Bestemmelsene om informasjonssikkerhet er derfor sentrale i det nye direktivet for forsvarsanskaffelser. Disse reglene følger av direktivets art. 22:

”I forbindelse med kontrakter, hvortil der anvendes, som kræver, og/eller som indebærer klassificerede oplysninger, anfører den ordregivende myndighed/ordregiveren i udbudsdokumenterne (udbudsbekendtgørelsen, udbudsbetingelserne, beskrivende dokumenter eller supplerende dokumenter) alle nødvendige foranstaltninger og krav med henblik på at varetage sikkerheden af disse oplysninger på det krævede niveau.”

I henhold til disse bestemmelsene kan Forsvaret, når det er tale om kontrakter som inneholder klassifiserte opplysninger, i anbudsdokumentene stille krav som ivaretar sikkerheten til disse opplysningene på det nivå som er påkrevet. Forutsetningen er at oppdragsgiver i konkurransegrunnlaget oppstiller samtlige krav.

Det er opp til medlemsstaten selv å definere hvilken informasjon som skal være gradert samt hvilket graderingsnivå informasjonen skal ha. Videre stiller hver medlemsstat sine egne krav til hva som skal til for at en leverandør oppnår de nødvendige leverandørklareringer.

Nasjonale krav til sikkerhetsklarering anerkjennes ikke nødvendigvis av andre medlemsstater. I mange tilfeller finnes imidlertid sikkerhetsavtaler mellom stater og gjensidig anerkjennelse av sikkerhetsklarering¹¹².

Direktivet hjemler ulike typer vern av informasjonssikkerhet i de ulike fasene av en anskaffelsesprosedyre, noe som bør gjøre det mulig for oppdragsgiver å begrense bruket av EU-rettens unntakshjemler på grunn av taushetsplikt, til helt eksepsjonelle saker¹¹³.

¹¹² Guidance Note Security of Information 1.1

¹¹³ Guidance Note Security of Information 1.2

Oppdragsgiver kan pålegge tilbydere krav om taushetsplikt eller sikkerhetsklarering i forhold til informasjon som kommuniseres gjennom anbuds- og kontraheringsfasen. Oppdragsgiver kan også stille tilsvarende krav overfor eventuelle underleverandører¹¹⁴.

Direktivet gir rett til å stille krav til sikkerhet ved informasjonssystemer¹¹⁵. Dette gjøres typisk i de tilfeller hvor kontrakten inneholder gradert informasjon, eller der hvor anskaffelsen medfører at leverandøren må behandle, lagre eller overføre gradert informasjon. Krav til beskyttelsesnivå og tekniske spesifikasjoner til informasjonssystemet kan da fastsettes av oppdragsgiver. Oppdragsgiver vurderer også om leverandøren har oppnådd ønsket sikkerhetsnivå. Som bevis på tilfredsstillende sikkerhetsnivå brukes nasjonale sikkerhetsklareringer gitt i medhold av nasjonale regler¹¹⁶.

Fra et prosessuelt synspunkt, er det viktig at oppdragsgiver gir alle tilbyderne et godt grunnlag for utarbeidelsen av sine tilbud ved å informere inngående om sine krav til informasjonssikkerhet i konkurransegrunnlaget. Dette gjelder både krav i henhold til kontrakten og dokumentasjonskrav for å bevise oppfyllelse av gitte krav¹¹⁷.

9.4.3 Forsyningssikkerhet

Forsyningssikkerhet kan defineres som en garanti for at varer og tjenester en medlemsstat trenger for å kunne ivareta sine forsvars- og sikkerhetsforpliktelser, blir levert. Dette inkluderer medlemsstatenes evne til å anvende sine væpnede styrker om nødvendig, uten tredjeparts begrensninger.

Forsvaret har ofte et særlig behov for forsyningssikkerhet når det gjelder visse typer anskaffelser som er sentrale for deres virke, disse reglene er derfor sentrale i det nye

¹¹⁴ Guidance Note Security of Information 2.3

¹¹⁵ Jfr. direktivets art. 42 (1) j

¹¹⁶ Guidance Note Security of Information 3.3.11

¹¹⁷ Guidance Note Security of Information 4.1.15

direktivet for forsvarsanskaffelser. Forsyningssikkerhet er avgjørende, spesielt i krisetider, når levering til rett tid kan være helt avgjørende.

Forsyningssikkerhet kan være spesielt utfordrende på forsvarsområdet, da det meste av militært utstyr har svært lang livssyklus, noe som nødvendiggjør for eksempel oppgraderinger og modernisering i mange år¹¹⁸.

Det følger av direktivets art. 23 at Forsvaret har anledning til å stille særlige kontraktsvilkår for å ivareta forsyningssikkerheten. Disse kravene må fremgå av konkurransegrunnlaget. Det er og retningslinjer for hvilken dokumentasjon Forsvaret har rett til å etterspørre¹¹⁹.

Kapasiteten en leverandør har til å oppfylle krav til forsyningssikkerhet, avhenger av leverandørens kapasitet til å levere det kontraherte rettidig.

Dersom gjennomføringen av en anskaffelse forutsetter krysning av en landegrense, avhenger leverandørens kapasitet også av godkjenning fra nasjonale myndigheter til å overføre leveransen fra en stat til en annen i hele anskaffelsens livstidsperiode¹²⁰.

Kontraktuelle krav til forsyningssikkerhet kan være krav til garantert rettidig leveranse av tilstrekkelige mengder av det forsvarsspesifikke eller sikkerhetsrelaterte utstyret eller tjenesten, samt kontinuerlig tilgjengelig vedlikehold, reservedeler og annen support, særlig i krisesituasjoner¹²¹.

I henhold til art. 23 skal oppdragsgiver alltid spesifisere sine krav til forsyningssikkerhet i konkurransegrunnlaget og kontrakten. Krav til forsyningssikkerhet må være ikke-diskriminerende med tanke på nasjonalitet¹²². Samt

¹¹⁸ Guidance Note Security of supply pkt 1.1

¹¹⁹ Art. 23 a) – h)

¹²⁰ Guidance Note Security of supply pkt 1.2

¹²¹ Guidance Note Security of supply pkt 2.1.5

¹²² Guidance Note Security of supply pkt 2.2.9

begrunnet ut fra spesifikke trekk ved den enkelte anskaffelse¹²³. Krav til forsyningssikkerhet kan oppstilles som obligatoriske krav eller som tildelingskriterium.

9.4.4 Underleverandører

Noe helt nytt i forsvarsanskaffelsesdirektivet er reglene om underleveranser som finnes i direktivets art. 21.

Hovedregelen er at valgt leverandøren står fritt til å velge sine underleverandører. Det som er nytt er imidlertid at Forsvaret kan stille prosedyrekrav til hvordan leverandører velger sine underleverandører. Direktivets kapittel III oppstiller prosedyrekravene som Forsvaret i så tilfelle kan pålegge leverandørene.

Oppdragsgiver kan kreve at valgt leverandør setter bort en viss andel av kontrakten til underleverandører eller at leverandøren setter underoppdrag ut på anbud i henhold til grunnleggende regler for tildeling av slike underoppdrag¹²⁴.

Formålet med reglene om underleveranser er å skape konkurranse i forsyningskjedene ved å gi underleverandører en åpning inn i andre nasjoners forsvar. Dette er viktig siden forsvarsindustrien i mange medlemsstater består hovedsakelig av små og mellomstore bedrifter som kanskje ikke ville greie å være hovedleverandør på noen av de største anskaffelsene¹²⁵.

9.4.5 Forskning og utvikling

Forsvarsanskaffelsesdirektivet definerer forskning og utvikling som grunnleggende forskning, anvendt forskning og utviklingsarbeid, der sistnevnte kan omfatte

¹²³ Guidance Note Security of supply pkt 2.2.10

¹²⁴ Guidance Note Subcontracting 1.1

¹²⁵ Guidance Note Subcontracting pkt 1.2

realiseringen av teknologiske demonstranter, det vil si enheter som viser ytelsen til et nytt konsept eller en ny teknologi i et relevant eller representative miljø¹²⁶.

I henhold til forsvarsanskaffelsesdirektivets fortale pkt. 55, er stimulering av forskning og utvikling er en viktig måte å styrke den europeiske forsvarsteknologien på.

Betydningen av forskning og utvikling på forsvars- og sikkerhetsområdet begrunner maksimal fleksibilitet i tildeling av kontrakter. Forsvarsanskaffelsesdirektivet tillater derfor bruk av forhandlet prosedyrer uten forutgående kunngjøring. Det er imidlertid presisert at denne fleksibiliteten ved tildeling av forsknings- og utviklingskontrakter ikke må være til hinder for rettferdig konkurranse i de senere faser av livsløpet til et produkt¹²⁷.

¹²⁶ Jfr. art. 1 (27)

¹²⁷ Guidance Note Research and development pkt. 1.2

10 EDA

European Defence Agency (EDA) ble opprettet av EUs Ministerråd 2. juli 2004 for å ”støtte medlemsstatene og Ministerrådet i arbeidet med å forbedre forsvarskapasiteter innenfor krisehåndtering og understøtte den europeiske sikkerhets og forsvarspolitikkk”.

EDA jobber for å øke åpenhet og konkurranse rundt anskaffelser av forsvarsmateriell som er unntatt i henhold til EU/ EØS sine unntaksbestemmelser. Alle deltakerlandene skal, med visse unntak, kunngjøre alle sine unntaksanskaffelser overfor alle de øvrige medlemslandene på EDAs hjemmesider.

Norge sluttet seg fra til EDAs Code of Conduct on Defence Procurement den 1. oktober 2008. Prosedyrer for kunngjøring av unntaksanskaffelser ble da inntatt i Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren¹²⁸.

I henhold til ARF¹²⁹ skal alle anskaffelser som er unntatt anskaffelsesloven i henhold til § 3 eller anskaffelsesforskriften i henhold til § 1-3 (2) og som overstiger en million Euro kunngjøres på EDAs hjemmeside.

Anskaffelsene kunngjøres på en side som heter ”Electronic Bulletin Board (EBB) on Defence Procurement Opportunities”.

Alle EU-land bortsett fra Danmark og Romania deltar.

¹²⁸ ARF del 17.

¹²⁹ ARF art. 17.1

10.1 Forholdet mellom forsvarsanskaffelsesdirektivet og EDAs Code of Conduct on Defence Procurement

Det nye direktivet for forsvarsanskaffelser og EDAs Code of Conduct har samme formål. Begge er laget med henblikk på å styrke åpenheten i forsvarsmarkedet mellom medlemsstatene.

Det er imidlertid en vesentlig forskjell mellom de to instituttene. Direktivet er rettslig bindende for alle EU-medlemsstater. The Code of Conduct er derimot ikke bindende, men er kun en politisk avtale. En annen forskjell er også at Code of Conduct kun gjelder når man er unntatt forsvarsanskaffelsesdirektivet og de alminnelige innkjøpsdirektivene i henhold til TFEU art. 346. Code of Conduct gjelder altså kun i de tilfeller hvor direktivet ikke får anvendelse¹³⁰.

¹³⁰ FAQs on interpretative communication on defence procurement

11 KONKLUSJON

Vi har i denne oppgaven sett at det finnes tre ulike hjemmelsgrunnlag for å gjennomføre forsvarsanskaffelser.

Hovedregelen er at anskaffelsen skal følge reglene i anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften.

For de mer forsvarsspesifikke anskaffelsene finnes det et eget direktiv for forsvarsanskaffelser¹³¹.

Når anskaffelsen er unntatt i henhold til bestemmelsene i anskaffelsesloven og forskriften, og forsvarsanskaffelsesdirektivets forsvarsspesifikke bestemmelser og regnes som utilstrekkelig, er man innenfor unntaksbestemmelsene i anskaffelsesloven § 3 eller anskaffelsesforskriftens § 1-3 (2) a. Disse unntaksbestemmelsene har sitt utspring i EØS-avtalens art. 123 og Roma-traktatens art. 296/ Lisboa-traktatens art. 346. Når anskaffelsen er unntatt anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften, anvendes Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren (ARF) som utgangspunkt.

Anskaffelseslovens § 3 unntar anskaffelsen fra gjennomføring både etter anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften. Hjemmelen bygger på EØS-avtalens art. 123.

Anskaffelsesforskriftens § 1-3 (2) a unntar anskaffelsen fra gjennomføring etter anskaffelsesforskriften, men anskaffelseslovens og dens grunnleggende prinsipper gjelder. Anskaffelser som kan unntas etter anskaffelsesforskriften baserer seg på at de er i henhold EØS-avalens art. 123, er erklært hemmelige eller omfattet av særskilte sikkerhetstiltak i henhold til sikkerhetsloven eller beskyttelsesinstruksen.

¹³¹ Direktiv 2009/81/EF

Forsvarsanskaffelser er antatt å være særegne i form av at de ofte er særlig komplekse. I tillegg er det et behov for å verne om nasjonale vesentlige sikkerhetsinteresser. Der disse særegenhetene er tilstrekkelig godtgjort og det foreligger unntakshjemmel, trosser man ofte ønsket om et fritt indre marked og unntar anskaffelsen fra kunngjøring i EU-området.

Anskaffelser som faller inn under EØS-avtalens art. 123 er unntatt både anskaffelsesloven og anskaffelsesforskriften, jfr. anskaffelseslovens § 3.

EØS-avtalens art. 123 a) dreier seg om å hindre spredning av opplysninger i strid med vesentlige sikkerhetsinteresser.

EØS-avtalens art. 123 b) gjelder produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell og andre varer uunnværlige for forsvarsformål.

Roma-traktatens art. 296 er hjemmelen EØS-avtalens art. 123 bygger på.

Artikkel 296 1 a) er innholdsmessig lik art. 123 a).

Artikkel 296 1 b) er nesten innholdsmessig lik art. 123 b), med unntak av at unntaket for "andre varer" ikke gjenfinnes i art. 296.

Artikkel 296 2 viser til listen av 1958 som angir hvilke produkter som er unntatt i henhold til artikkel 296. Denne listen finnes ikke i EØS-avtalens unntaksbestemmelse.

Roma-traktatens art. 296 er nå endret og finnes igjen i Lisboa-traktatens art. 346. Bestemmelsene er likelydende.

Da unntakshjemlene som følger av EU-retten over lang tid har vært anvendt i for stor utstrekning, er det etablert et eget direktiv for forsvarsanskaffelser, som ivaretar særegenhetene og behovene ved forsvarsspesifikke anskaffelser. Direktivet skal implementeres i norsk rett innen 21. august 2011.

Det nye direktivets nyvinninger, og det som gjør direktivet særlig egnet for forsvarsanskaffelser er:

1. at det tillater forhandlet prosedyre med forutgående kunngjøring som standard prosedyre, mens åpen anbudskonkurranse er ansett som uegnet for å anskaffe forsvarsspesifikt materiell,
2. at det inneholder særskilte bestemmelser om informasjonssikkerhet,
3. at det inneholder klausuler om forsyningssikkerhet,
4. at det inneholder særskilt regulering av underleveranser som gjør det mulig å gjennomføre konkurranse i forsyningskjeden,
5. at det inneholder særlige bestemmelser for forsknings- og utviklingskontrakter,

12 LITTERATURLISTE

12.1 Norske lover

- EØS-loven Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27. november Nr. 109. 1992.
- Lov om offentlige anskaffelser (LOA) 16. juli 1999 Nr. 69. (anskaffelsesloven)
- Lov om forebyggende sikkerhetstjenester (sikkerhetsloven) av 20. mars 1998 Nr. 10.

12.2 Norske forskrifter

- Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) av 7. april 2006 Nr. 402.
- Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser (KOFA-forskriften) av 15. november 2002 Nr. 1288.

12.3 Forarbeider

- NOU 1997: 21 - Offentlige anskaffelser
- St.prp. nr. 100 (1991-1992) - EØS-avtalen

12.4 EU-lovgivning

- EF-Traktaten Traktat om opprettelse af Det Europæiske Fællesskab af 24. december 2002. (Roma-traktaten).
- Lisboa-traktaten som endrer Traktaten for den Europeiske Union og Traktaten for etableringen av det Europeiske fellesskap, av 1. desember 2009. (Lisboa-traktaten)

12.5 EU-direktiver

- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester ("forsyningsvirksomhedsdirektivet").
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv Nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelses kontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13. juli 2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiverers indgåelse af visse bygge- anlægs-, varekøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF. (forsvarsanskaffelsesdirektivet)

12.6 Avgjørelser fra KOFA

- Sak 2003/27

12.7 Saker fra EU-retten

- EFs førsteinstansdomstols sak T-26/01 (Fiocchi-saken)
- EF-domstolens sak C-222/84 (Johnston)
- EF-domstolens sak C-414/97 (Kommissjonen mot Spania)

12.8 Instruks

- Instruks for behandling av dokumenter som trenger beskyttelse av andre grunner enn nevnt i sikkerhetsloven med forskrifter (beskyttelsesinstruksen) av 1. juli 1972
- Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren (ARF) av 13. mars 2008 Nr. 317 Fastsatt ved kgl.res. 20. august 2004

12.9 Tolkningsuttalelser, Guidance Notes og veiledninger

- NTNU-rapport Warberg, Erik Normann “Kontrahering i prosjekters tidlig fase: Forsvarets anskaffelser” Concept rapport nr. 16 2007, Norges teknisk-naturvitenskapelige Universitet.
- Kommisjonens tolkningsuttalelse Fortolkende meddelelse om anvendelse av EF-traktatens artikkel 296 på offentlige innkøb af forsvarsmateriel KOM(2006) 779
- Forsvarsdepartementets tolkningsuttalelse FD – EØS - Avtalens Art. 123 – skriv Forsvarsstaben 19. september 2005, ref 1998/01100-183/FD V/SLB
- Grønnebok Grønnebog “Offentlige innkøb af forsvarsmateriel” KOM(2004)608
- Kommisjonens Guidance Note – Field of application
- Kommisjonens Guidance Note – Defence- and Security-specific Exclusions
- Kommisjonens Guidance Note – Security of Supply
- Kommisjonens Guidance Note – Security of Information
- Kommisjonens Guidance Note – Subcontracting
- Kommisjonens Guidance Note – Research and Development

12.10 Litteratur

- Marianne H. Dragsten og Esther Lindalen - “Offentlige anskaffelser” Kommentartutgave Bind I, 2005.
- Trybus (2005) Trybus, Martin “European Union law and defence integration”, 2005.

