

Veileder til forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

Innhold

Kapittel 1 Innledning.....	4
Kapittel 2 Anskaffelsesregelverket.....	5
2.1 Generelt om anskaffelsesregelverket	5
2.2 Sentrale forskjeller mellom FOSA og anskaffelsesforskriften	6
2.3 Kort om FOSAs rettskilder.....	7
Kapittel 3 Anskaffelser i forsvarssektoren.....	8
3.1 Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF).....	8
3.2 Nasjonal forsvarsindustriell strategi	9
Kapittel 4 FOSA - Formål	10
Kapittel 5 Hvem skal følge FOSA?	11
5.1 Innledning.....	11
5.2 Stat, fylkeskommuner og kommuner	11
5.3 Offentligrettslige organer.....	11
5.4 Offentlige foretak.....	12
5.5 Virksomheter som utøver forsyningsaktiviteter på grunnlag av enerett eller særrett ...	13
Kapittel 6 Hvilke kontrakter som omfattes av FOSA	13
6.1 Innledning.....	13
6.2 Forsvarsmateriell.....	14
6.2.1 Forholdet mellom FOSA og EØS-avtalens artikkel 123	17
6.3 Gradert materiell.....	18
6.3.1 Forholdet mellom FOSA og sikkerhetsloven	21
6.4 Utførelse av bygge- og anleggsarbeider og levering av varer og tjenester som har direkte sammenheng med forsvarsmateriell og gradert materiell og dets levetid	22
6.5 Bygge- og anleggsarbeider og tjenester til spesifikke forsvarsformål	24
6.6 Graderte bygge- og anleggsarbeider og graderte tjenester	24
6.7 Forholdet mellom anskaffelsesforskriften/forsyningsforskriften/konsesjonskontraktforskriften/FOSA.....	25
Kapittel 7 Kontrakter hvor FOSA ikke får anvendelse	25
7.1 Innledning.....	25
7.2 EØS-avtalens artikkel 123	27
7.2.1 Innledning.....	27
7.2.2 Nødvendighets- og proporsjonalitetsvurdering	29
7.2.3 EØS-avtalen artikkel 123 bokstav a.....	30
7.2.4 EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b.....	30

7.2.5 EØS-avtalen artikkel 123 bokstav c.....	36
7.3 Forskning- og utviklingsprosjekter mellom to eller flere medlemsland	38
7.3.1 Innledning.....	38
7.3.2 Hva oppdragsgiver må vurdere	38
7.4 Kontrakter som en stat tildeler en annen stat	40
7.4.1 Innledning.....	40
7.5 Kontrakter som inngås i tredjeland med lokale leverandører vedrørende innkjøp til stasjonerte tropper.....	41
7.6 Kontrakter som faller innunder etterretningsevne	42
7.7 Kontrakter som er regulert av andre anskaffelsesregler	42
7.8 Samarbeid i offentlig sektor	44
Kapittel 8 Anvendelsesområde for de ulike delene av FOSA og terskelverdier	45
Kapittel 9 Alminnelige regler	46
9.1 Generelle bestemmelser.....	46
9.2 Grunnleggende krav til alle anskaffelser	47
Kapittel 10 Konkurransereformer.....	48
10.1 Hvilke anskaffelsesprosedyrer kan oppdragsgiver benytte?.....	48
10.2 Standardprosedyrer: Konkurransereform med forhandling etter forutgående kunngjøring og begrenset anbudskonkurranse	49
10.3 Unntaksprosedyrer: Konkurransereform med dialog.....	51
10.4 Unntaksprosedyrer: Konkurransereform med forhandling uten forutgående kunngjøring	52
10.4.1. Innledning	52
10.4.2 FOSA-spesifikke vilkår for å anvende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.....	53
Kapittel 11 Rammeavtaler	55
Kapittel 12 Kommunikasjon.....	56
Kapittel 13 Utforming av konkurransegrunnlag, konkurransebetingelser m.m.	56
13.1 Innledning.....	56
13.2 Konkurransegrunnlagets innhold.....	57
13.3 Kravspesifikasjoner	60
13.3.1 Innledning	60
13.3.2 Særlig om tekniske spesifikasjoner	61
13.4 Kvalifikasjonskrav og krav til dokumentasjon	63
13.4.1 Særlige krav i FOSA	64

13.5 Utvelgelse av leverandører i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere	65
13.6 Tildelingskriterier	66
13.7 Bruk av kontraktsstandarder og spesielle kontraktsvilkår	66
13.8 Forsyningssikkerhet.....	67
13.8.1 Innledning	67
13.8.2 Hvordan stille forsyningssikkerhetskrav?.....	68
13.8.3 Nærmere om de ulike forsyningssikkerhetskravene i FOSA § 8-8.....	70
13.9 Informasjonssikkerhet – krav til beskyttelse av gradert informasjon	74
13.9.1 Innledning	74
13.9.2 Hvordan stille informasjonssikkerhetskrav?	75
13.9.3 Praktisk informasjon.....	78
Kapittel 14 Kunngjøringsregler	82
Kapittel 15 Forskriftens frister	83
Kapittel 16 Gjennomføring av konkurransen	85
16.1 Innledning.....	85
16.2 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren	86
16.3 Oppdragsgivers begrunnelsesplikt.....	87
Kapittel 17 Forhandlinger, avklaringer, klargjøringer mv.....	88
Kapittel 18 Avslutning av konkurransen.....	88
Kapittel 19 Klagemuligheter og håndhevelsesregler.....	88
19.1 Innledning.....	88
19.2 Sanksjoner for brudd på anskaffelsesregelverket	89
Kapittel 20 Forskriftens vedlegg.....	89

Kapittel 1 Innledning

I Norge foretar offentlig sektor innkjøp av forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i milliardklassen hvert år. Forsvarsanskaffelser kan omfatte alt fra små lokale kjøp av militært materiell til langt større anskaffelser av eksempel fartøyer, stridskjøretøyer og våpensystemer.

Sikkerhetsanskaffelser gjennomføres både i sivil og militær sektor og omfatter blant annet anskaffelser som krever tilgang til informasjon som er gradert i henhold til sikkerhetsloven. Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA) skal sikre at statlige midler i begge sektorene utnyttes best mulig gjennom kostnadseffektive innkjøp, samtidig som offentlig sektor gjennom sine anskaffelser bidrar til utvikling av en konkurransedyktig forsvars- og sikkerhetsindustri.

Den primære målgruppen for denne veilederen er innkjøpere i offentlig sektor som foretar forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Veilederen vil også være nyttig for leverandører til det offentlige på forsvars- og sikkerhetsområdet. Som ansvarlig for FOSA, har Forsvarsdepartementet i denne veilederen lagt vekt på å forklare hvordan reglene skal forstås. For å lette forståelsen av regelverket er det også laget noen eksempler på hva som er tillatt og hva som ikke er tillatt.

Under arbeidet med veilederen har Forsvarsdepartementet hatt stor nytte av konstruktive innspill fra en referansegruppe. Referansegruppen har bestått av representanter fra Statsbygg, Forsvarsbygg, Politiets fellestjenester (tidl. Politiets data- og materielltjeneste), Forsvars- og sikkerhetsindustriens forening (FSI), Nasjonal sikkerhetsmyndighet og Forsvarets logistikkorganisasjon. Det presiseres at innholdet i veilederen står for Forsvarsdepartementets regning.

EU vedtok i 2014 tre nye direktiver¹ på anskaffelsesområdet som er implementert i norsk rett gjennom forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften)², forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften)³ og forskrift om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktforskriften)⁴. FOSA gjennomfører EUs forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektiv i norsk rett.⁵ Ettersom dette direktivet i vesentlig grad er likt det tidligere anskaffelsesdirektivet for klassisk sektor,⁶ er FOSA basert på oppbygningen i den tidligere norske anskaffelsesforskriften. Det er også en lang rekke identiske bestemmelser i FOSA og den tidligere norske anskaffelsesforskriften.⁷

Revisjonen av anskaffelsesregelverket i klassisk har medført at FOSA i dag har en annen oppbygning og systematikk enn den gjeldende anskaffelsesforskriften. I tråd med det de øvrige nordiske land har gjort, har Forsvarsdepartementet ikke foretatt større strukturelle endringer i FOSA på bakgrunn endringene i anskaffelsesforskriften.

¹ Direktiv 2014/24/EU, direktiv 2014/25/EU og direktiv 2014/23/EU.

² FOR-2016-08-12-974.

³ FOR-2016-08-12-975.

⁴ FOR-2016-08-12-976.

⁵ Direktiv 2009/81/EF.

⁶ Direktiv 2004/18/EF.

⁷ FOR-2006-04-07-402.

Selv om FOSA og anskaffelsesforskriften har ulik oppbygning og systematikk, er det mange likheter i reglernes innhold. Denne veilederen tar først og fremst for seg problemstillinger som er særegne for FOSA. Veiledning om problemstillinger som er like i de to forskriftene vil først og fremst finnes i veilederen til anskaffelsesforskriften.

Kapittel 2 Anskaffelsesregelverket

2.1 Generelt om anskaffelsesregelverket

Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) med tilhørende forskrifter gjelder når det offentlige inngår varer- tjenester- og bygge og anleggskontrakter med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 kroner, og inneholder grunnleggende prinsipper og krav til prosedyrer som må følges ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser.

Anskaffelsesregelverket inneholder både en internasjonal og en nasjonal regulering. Norge er gjennom internasjonale avtaler, som EØS-avtalen og WTO-avtalen om offentlige anskaffelser, forpliktet til å konkurransenutsette og regulere offentlige anskaffelser over angitte terskelverdier, og gi utenlandske leverandører tilgang til norske offentlige anskaffelser. I tillegg har Norge valgt å oppstille et regelverk om offentlige anskaffelser under disse terskelverdiene.

Hovedsakelig er det offentlige oppdragsgivere som omfattes, dvs. statlige, fylkeskommunale, og kommunale myndigheter, offentligrettslige organer eller sammenslutninger av disse. I tillegg omfattes offentlige foretak og andre virksomheter som utøver visse forsyningsaktiviteter på grunnlag av en enerett eller særrett. Foruten visse forsyningsvirksomheter, regulerer altså anskaffelsesregelverket kun det offentliges innkjøp.⁸

Med hjemmel i anskaffelsesloven er det gitt fire forskrifter som inneholder detaljerte prosedyreregler som må følges ved gjennomføringen av ulike typer anskaffelser:

- Forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) regulerer de ordinære anskaffelsene.
- Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) regulerer anskaffelser knyttet til utøvelsen av visse forsyningsaktiviteter (innen gass og varme, elektrisitet, drikkevann, transport, havner og lufthavner, post, olje gass, kull og andre typer brensel).
- Forskrift om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktforskriften) regulerer anskaffelser der kontraktstypen er en konsesjonskontrakt.
- Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA) regulerer visse anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet.

Offentlige anskaffelser som ikke kan unntas anskaffelsesloven er i utgangspunktet underlagt prosedyrereglene i de ovennevnte forskriftene.

⁸ For anskaffelser reguleres av anskaffelsesforskriften, kan imidlertid anskaffelsesregelverket komme til anvendelse på subsidierte bygge- og anleggskontrakter og tilknyttede tjenestekontrakter, jf. anskaffelsesforskriften § 1-3.

Anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften gjelder ikke for anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet som definert i FOSA § 1-3 første ledd, jf. anskaffelsesforskriften § 2-1 første ledd bokstav b og forsyningsforskriften § 2-1 første ledd bokstav a.

Dersom en anskaffelse er omfattet av FOSA § 1-3 første ledd, men unntas etter FOSA § 1-3 annet ledd og tredje ledd, får hverken anskaffelsesforskriften, forsyningsforskriften eller FOSA anvendelse. Dette vil for eksempel gjelde for kontrakter som en stat tildeler en annen stat, jf. FOSA § 1-3 annet ledd bokstav h, eller kontrakter til etterretningsformål, jf. FOSA § 1-3 annet ledd bokstav j. Slike anskaffelser skal så langt som mulig følge de grunnleggende prinsippene i loven § 4 om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet.

Hva gjelder konsesjonskontrakter, er unntaket i konsesjonskontraktforskriften § 2-8 for konsesjonskontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet snevrere enn unntakene i anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften.⁹ Konsesjonskontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet omfattes derfor i prinsippet av konsesjonskontraktforskriften og ikke av FOSA.¹⁰ Bakgrunnen for dette er at konsesjonskontraktforskriften er ment å sikre oppdragsgivere større grad av fleksibilitet ved inngåelse konsesjonskontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet enn det FOSA tillater.

Ved anskaffelser som kan unntas med hjemmel i EØS-avtalens artikkel 123, kommer hverken anskaffelsesloven, anskaffelsesforskriften, forsyningsforskriften, konsesjonskontraktforskriften eller FOSA til anvendelse. Begrunnelsen for unntak etter artikkel 123 kan være at konkurranseutsetting eller åpenhet vil kunne være skadelig ut ifra forsvars- og sikkerhetshensyn. For oppdragsgivere i forsvarssektoren kommer Anskaffelsesregelverket til Forsvaret (ARF) til anvendelse på slike anskaffelser, jf. veilederens punkt 3.1.¹¹ Artikkel 123 er nærmere omtalt i veilederens kapittel 6 (unntak).

2.2 Sentrale forskjeller mellom FOSA og anskaffelsesforskriften

Det foreligger enkelte sentrale forskjeller mellom FOSA og anskaffelsesforskriften som innkjøpere bør være klar over. FOSA gjennomfører EUs forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektiv i norsk rett. Direktivet og FOSA har mer fleksible regler enn regelverket i klassisk sektor som er ment å ivareta de særegenheter som gjør seg gjeldende for anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet. Bestemmelsene i direktivet og FOSA derfor blitt utformet med tanke på innkjøp hvor regelverket i klassisk sektor ikke kan ivareta oppdragsgivers behov ifm. gjennomføringen av forsvars- sikkerhetsanskaffelser.

De mest sentrale forskjellene mellom anskaffelsesforskriften og FOSA er:

- Det er ingen nasjonal kunngjøringsplikt under FOSAs EØS-terskelverdier. I anskaffelsesforskriften er det derimot en kunngjøringsplikt for anskaffelser mellom nasjonal terskelverdi og EØS-terskelverdiene. Alle FOSA-anskaffelser under EØS-

⁹ Se Arrowsmith, side 219.

¹⁰ Arrowsmith, side 219.

¹¹ <https://lovdata.no/dokument/INS/forskrift/2013-10-25-1411>.

terskelverdiene må gjennomføres iht. FOSAs del I og de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven.¹² For oppdragsgivere i forsvarssektoren gjelder Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF) del V med unntak som angitt i ARF § 1-4 (4) i tillegg til FOSA del I.¹³

- Ved anskaffelser over EØS-terskelverdiene kan oppdragsgivere etter FOSA fritt velge mellom å bruke konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring eller begrenset anbudskonkurranse, jf. FOSA § 5-1. Etter anskaffelsesforskriften er det kun prosedyrene åpen og begrenset anbudskonkurranse som alltid kan brukes ved anskaffelser over EØS-terskelverdiene.
- I FOSA er det en bestemmelse som gir oppdragsgiver en eksplisitt rett til å kreve dokumentasjon på at leverandør og underleverandør kan sikre at graderte opplysninger oppbevares på en forsvarlig måte, jf. FOSA § 8-9. Bestemmelsen gir oppdragsgiveren en eksplisitt mulighet til å stille kvalifikasjonskrav knyttet til evne til å behandle og oppbevare gradert informasjon.¹⁴
- FOSA er det en bestemmelse som gir oppdragsgiveren en eksplisitt rett til å fastsette krav til forsyningssikkerhet i konkurransegrunnlaget, jf. FOSA § 8-8. Bestemmelsen gir oppdragsgiveren en eksplisitt mulighet til å stille kvalifikasjonskrav knyttet til forsyningssikkerhet. Krav til forsyningssikkerhet skal sikre at oppdragsgiveren får tilgang til varer og tjenester i tilfelle krise- eller krigssituasjoner. Oppdragsgiveren kan for eksempel kreve at leverandøren skal etablere eller opprettholde den kapasitet som er nødvendig for å imøtekomme større behov fra oppdragsgiveren som følge av krise, jf. FOSA § 8-8 bokstav e.¹⁵
- Rammeavtaler etter FOSA kan som hovedregel ha en maksimal varighet på inntil syv år, jf. FOSA § 6-1 (4), mot fire år i anskaffelsesforskriften, jf. anskaffelsesforskriften § 11-1 (4) og § 26-1 (4).¹⁶

2.3 Kort om FOSAs rettskilder

Utgangspunktet er at identiske bestemmelser i anskaffelsesforskriften/FOSA tolkes likt. Det betyr at rettskilder basert på anskaffelsesforskriften, slik som domstolsavgjørelser og KOFA-praksis, normalt vil være relevante også for tilsvarende bestemmelse i FOSA, med mindre formålet bak FOSA eller andre rettskilder tilsier noe annet.

EU-kommisjonen har tidligere utarbeidet syv fortolkningsnotater om følgende temaer:

- «Anvendelsesområde» («Field of application»),
- «Unntak» («Exclusion»),
- «Forskning og utvikling» («Research and Development»),

¹² Veilederens kapittel 8 og 9.

¹³ Veilederens punkt 3.1.

¹⁴ Veilederens punkt 13.9.

¹⁵ Veilederens punkt 13.8.

¹⁶ Veilederens kapittel 11.

- «Forsyningssikkerhet» («Security of Supply»),
- «Informasjonssikkerhet» («Security of Information»),
- «Industrisamarbeid (Gjenkjøp)» («Offsets») og
- «Underleverandører» («Subcontracting»).

I tillegg publiserte EU-kommisjonen den 30. november 2016 et eget fortolkningsnotat: «Stat-til-stat-kontrakter på forsvarsområdet» («Government-to-government contracts in the defence»)¹⁷. Den 7. mai 2019 publiserte EU-kommisjonen et ytterligere fortolkningsnotat om: «Fellesanskaffelser» (Cooperative Defence Procurement)¹⁸.

Alle fortolkningsnotatene er å finne på EU-kommisjonens hjemmesider.¹⁹ Som det fremgår av de enkelte notatene, er de kun uttrykk for EU-kommisjonens syn og kan ikke anses som rettslig bindende. Tolkingsnotatene kan være likevel være til hjelp for å forstå forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet og FOSAs innhold. Forsvarsdepartementet har sett hen til notatene ved utformingen av denne veilederen. I tillegg finnes det noe juridisk teori på området.²⁰

Kapittel 3 Anskaffelser i forsvarssektoren

3.1 Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF)

Forsvarssektoren har egne interne retningslinjer på anskaffelsesområdet.

Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF) er en intern instruks utarbeidet i medhold av fullmakt gitt til Forsvarsdepartementet ved kgl.res. 20. august 2004. At ARF er gitt i form av instruks medfører at den ikke er en forskrift i forvaltningslovens forstand. ARF gir således ikke private rettigheter eller plikter.

ARF gjelder for Forsvarsdepartementet med underliggende etater. Oppdragsgivere i forsvarssektoren må således forholde seg til både ARF og anskaffelsesregelverket (anskaffelsesloven med tilhørende forskrifter) ved gjennomføring av anskaffelser til forsvarssektoren. Anskaffelser etter ARF skal sikre forsvarlig forvaltning og mest mulig ensartet praksis i anskaffelser til forsvarssektoren. ARF er delt inn i fem ulike deler:

- Del I. Grunnleggende og administrative bestemmelser
- Del II. Forsvarssektorens anskaffelser
- Del III. Forsvarssektorens anskaffelser som inngås i henhold til anskaffelsesforskriften

¹⁷ Fortolkningsnotatet erstatter punkt 3.6, avsnitt 24-26, i fortolkningsnotatet «Unntak».

¹⁸ Fortolkningsnotatets punkt 3 (samarbeidsprogrammer for utvikling av nye produkter) erstatter punkt 3.3 (Samarbeidsprogrammer) i fortolkningsnotatet «Unntak» og nr. 6 i fortolkningsnotatet «Forskning- og utvikling». Fortolkningsnotatets punkt 4 (Anskaffelser via internasjonale organisasjoner) erstatter punkt 2.4 (Kontrakter tildelt iht. internasjonale organisasjoners regler) i fortolkningsnotatet «Unntak».

¹⁹ http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_en.

²⁰ Se bla. Sue Arrowsmiths bok «The Law of Public and Utilities Procurement, London: Sweet and Maxwell 2018 (3. ed.)». Kapittel 15, «Defence and Security Procurement» er skrevet i samarbeid med Dr. Baudouin Heuinckx.

- Del IV. Forsvarssektorens anskaffelser som inngås i henhold til FOSA
- Del V. Forsvarssektorens anskaffelser som er under EØS-terskelverdiene i FOSA, og anskaffelser som faller inn under EØS-avtalen artikkel 123

ARF vektlegger i stor grad etikk og gjennomsiktighet i anskaffelser til forsvarssektoren. I ARF del I er det derfor inntatt bestemmelser om bla etiske retningslinjer og generelle krav til saksbehandlingen.²¹ ARF del II inneholder bla hovedprinsipper for forsvarsanskaffelser, hvor utgangspunktet er at alle anskaffelser uansett anskaffelsesløsning og prosedyreregulering så langt det er mulig skal baseres på reell konkurranse mellom kvalifiserte leverandører i markedet, jf. ARF § 7-3.

I ARF del III (anskaffelser etter anskaffelsesforskriften) og del IV (anskaffelser etter FOSA) er det henvist til virkeområdet til henholdsvis anskaffelsesforskriften og FOSA.²² En eventuell anvendelse av unntaksbestemmelsene etter anskaffelsesforskriften eller FOSA må påberopes i hvert enkelt tilfelle og begrunnes konkret, jf. ARF §§ 29-2 og 30-2.²³ I ARF del IV er det dessuten henvist til FOSA bestemmelser om forsyningssikkerhet og informasjonssikkerhet.²⁴

Når det gjelder anskaffelser etter ARF del V (Forsvarssektorens anskaffelser som er under EØS-terskelverdiene i FOSA, og anskaffelser som faller inn under EØS-avtalen artikkel 123), er utgangspunktet at EØS 123-anskaffelser må være basert på konkurranseprinsippet, med mindre Forsvarsdepartementet har bestemt noe annet, jf. ARF § 33-1 (4). Når det gjelder forsvarssektorens anskaffelser som faller inn under FOSAs anvendelsesområde, men som er under EØS-terskelverdiene i FOSA, følger det av ARF 1-4 (4) at bestemmelsene i anskaffelsesloven, med enkelte unntak, og ARF del V, med unntak av kapittel 32, 33, 34, 35, 41 og 42, kommer til anvendelse.

Ved eventuell motstrid mellom bestemmelser i ARF og anskaffelsesloven, anskaffelsesforskriften og FOSA, vil anskaffelsesloven, anskaffelsesforskriften og FOSA ha forrang, jf. ARF 1-4 (6).

3.2 Nasjonal forsvarsindustriell strategi

Regjeringen la 30. oktober 2015 frem Nasjonal forsvarsindustriell strategi (Meld. St. 9 (2015–2016)).²⁵, som drøfter forholdet mellom forsvarssektoren og forsvarsindustrien. Regjeringens hovedmål med meldingen er å ivareta nasjonale sikkerhetsinteresser gjennom å opprettholde og videreutvikle en internasjonalt konkurransedyktig norsk forsvarsindustri. Stortingets behandling 26. april 2016 av innst. 185 S (2015-2016) viste at det er bred oppslutning om den forsvarsindustrielle strategien. Stortinget vektla målsettingen om å videreføre og styrke en internasjonalt konkurransedyktig norsk forsvarsindustri med evne til helt eller delvis å utvikle, produsere og understøtte forsvarsmateriell og systemer innenfor

²¹ Se ARF kapittel 2 (Etiske retningslinjer og generelle krav til saksbehandlingen).

²² Anskaffelsesforskriften § 1-1 og 1-3, samt FOSA § 1-3 (1).

²³ Anskaffelsesforskriften kapittel 2 og FOSA § 1-3 (2).

²⁴ FOSA § 8-8 og § 8-9.

²⁵ <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/meld.-st.-9-20152016/id2459606/>

prioriterte teknologi- og produktområder som er viktige for å ivareta nasjonale sikkerhetsinteresser og behov.

Meldingen beskriver Norges nasjonale sikkerhetsinteresser og forsvarssektorens behov for norsk forsvarsindustriell kompetanse. I meldingen gis det også en beskrivelse av forsvarsmarkedets egenart, utviklingstrekkene nasjonalt og internasjonalt, og hvordan andre lands myndigheter forholder seg til egen forsvarsindustri.

Hvordan sentrale rammebetingelser og regelverk, herunder spesielt forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet, anvendes er av vesentlig betydning for den videre utviklingen av forsvarsindustrien. Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet kan på sikt medføre nye muligheter for konkurransedyktig norsk forsvarsindustri, men det forutsetter at det internasjonale forsvars- og sikkerhetsmarkedet reelt åpnes for likeverdig og åpen konkurranse. Det internasjonale markedet for forsvarsmateriell består av nasjonale markeder med sterk politisk styring, proteksjonisme og begrenset markedsadgang for utenlandske konkurrenter. Norske myndigheter må derfor følge praktiseringen av forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet i EU nøye, og anvende regelverket nasjonalt på en slik måte at norsk forsvarsindustri sikres de samme reelle rammebetingelser og spilleregler som landene i EU. Utviklingen i Europa etter at forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet ble innført er derfor vektlagt i meldingen.

I meldingen gis det en nærmere beskrivelser av de ulike virkemidlene. Strategien skal sikre et godt samarbeid mellom forsvarssektoren og forsvarsindustrien basert på forsvarssektorens behov for kostnadseffektive leveranser av materiell og tjenester. En av de bærende pilarene i det eksisterende samarbeidet er tidlig dialog mellom aktørene, som vil videreføres gjennom etablerte møteplasser. Strategien viderefører også det nære samarbeidet mellom forsvarssektoren, forskningsmiljøene og industrien innenfor utvalgte teknologiske kompetanseområder.

Strategien fastholder at nasjonale sikkerhetsinteresser og Forsvarets behov er førende for forsvarssektorens materiellanskaffelser. Det legges til grunn at anskaffelsene skal baseres på prinsippene om konkurranse, ikke-diskriminering og likebehandling så lenge nasjonale sikkerhetshensyn ikke medfører behov for unntak. Regjeringen vil kunne eller måtte fravike grunnleggende prinsipper om konkurranse, ikke-diskriminering, likebehandling og transparens på definerte tjeneste-, materiell- og samarbeidsområder som er strategisk avgjørende for nasjonal sikkerhet.

Strategien legger også til grunn at Norge i økende grad vil samarbeide med andre nasjoner om anskaffelse av forsvarsmateriell. Videre legger strategien til rette for at norske bedrifter sikres fortsatt tydelige og forutsigbare rammevilkår for sin eksportaktivitet. Herunder videreføres ordningene med myndighetsstøtte til markedsføring og industrisamarbeid («gjenkjøp»).

Kapittel 4 FOSA - Formål

Hovedformålet med anskaffelsesregelverket er å sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser. Regelverket skal videre bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten

har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte, jf. anskaffelsesloven § 1 og FOSA § 1-1. Oppdragsgivere skal opptre etisk i en anskaffelsesprosess og regelverket skal blant annet motvirke korrupsjon og at det tas utenforliggende hensyn ved valg av tilbud i en anskaffelse.

Anskaffelsesregelverket bygger på visse grunnleggende prinsipper som skal bidra til å realisere regelverket formål. Av anskaffelsesloven § 4 fremgår det at oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med de grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet. På forsvars- og sikkerhetsområdet skal formålet og de grunnleggende prinsippene også ivareta behovet for å utvikle og opprettholde en europeisk forsvars- og sikkerhetsteknologisk og industriell base, jf. FOSA § 1-1²⁶. Formuleringen er ment å reflektere de hensyn som ligger bak forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet. FOSA gjennomfører direktivet i norsk rett og ved tolkningen av FOSA er det derfor viktig å kjenne til bakgrunnen for direktivet.²⁷

Kapittel 5 Hvem skal følge FOSA?

5.1 Innledning

Hvilke oppdragsgivere som skal følge FOSA fremgår av forskriften § 1-2. FOSA gjelder for de samme oppdragsgiverne som må følge anskaffelsesforskriften, det vil si statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter, i tillegg til offentligrettslige organer. FOSA omfatter i tillegg offentlige foretak samt eneretts- og selskaper i forsyningssektoren.

5.2 Stat, fylkeskommuner og kommuner

FOSA omfatter for det første alle etater og organer i staten, samt fylkeskommuner og kommuner. Hoveddelen av anskaffelsene som gjennomføres etter FOSA foretas av Forsvarsdepartementet med underliggende etater innen forsvarssektoren. I tillegg omfattes blant annet politiet, toll-myndighetene, Statsbygg, andre etater og organer i staten, samt kommuner og fylkeskommuner som gjennomfører sikkerhetsanskaffelser slik disse er definert i FOSA.

5.3 Offentligrettslige organer

FOSA omfatter videre offentligrettslige organer. Offentligrettslige organer er organer eller virksomheter som er organisert som egne rettssubjekter, for eksempel aksjeselskap eller stiftelser, og som står i et nært tilknytningsforhold til det offentlige.

²⁶ Se også fortalen til direktiv 2009/81/Ef, premiss 2 og 3. En samordning av anskaffelsesprosedyrer for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser skal bidra til å etablere et indre forsvarsmarked i Europa og dermed utvikle og opprettholde en europeisk forsvars- og sikkerhetsteknologis og industriell base.

²⁷ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet er et av flere tiltak i EUs såkalte forsvarspakke fra 2009 om å utvikle og opprettholde en europeisk forsvars- og sikkerhetsteknologisk base. Informasjon om direktivet er å finne på EU-kommisjonens hjemmeside: <http://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence/>

Hva som er et offentligrettslig organ fremgår av FOSA § 4-1 bokstav r. Dette omfatter ethvert organ som:

1. er opprettet for det bestemte formål å imøtekomme allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter,
2. er et selvstendig rettssubjekt, og
3. i hovedsak er finansiert av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer, eller hvis forvaltning er underlagt et av disse organers kontroll, eller som har et administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan der over halvparten av medlemmene er oppnevnt av statlige, fylkeskommunale eller kommunale myndigheter eller andre offentligrettslige organer.

I veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 2.1.2, gjennomgås de ulike vilkårene for offentligrettslige organ. Utgangspunktet er at vilkårene for offentligrettslig organ i FOSA og anskaffelsesforskriften skal forstås på samme måte.

5.4 Offentlige foretak

På samme måte som forsyningsforskriften, omfatter FOSA også offentlige foretak. Offentlige foretak er ethvert foretak som offentlige myndigheter direkte eller indirekte kan utøve avgjørelse innflytelse over i kraft av eierforhold, kapitalinteresser eller reglene for virksomheten, jf. FOSA § 4-1 bokstav r.²⁸

Avgjørende innflytelse skal antas å foreligge når offentlige myndigheter i forhold til et foretak en direkte eller indirekte:

1. eier majoriteten av foretakets tegnede kapital,
2. kontrollerer flertallet av stemmene knyttet til andeler utstedt av foretaket, eller
3. kan utpeke mer enn halvparten av medlemmene i foretakets administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan.

Offentlige foretak er kun pålagt å følge anskaffelsesregelverket når de utøver forsyningsaktiviteter som er definert i internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av, jf. anskaffelsesloven § 2 annet ledd bokstav e. I praksis er dette forsyningsaktiviteter som

²⁸ Se for øvrig veileder til forsyningsforskriften punkt 2.4.
https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-/andre-kolonne/virkeomrade-for-forsyningsforskriften/id2598956/#_ftn13

definert i forsyningsforskriften.²⁹ På forsvars- og sikkerhetsområdet betyr dette at FOSA gjelder kun for offentlige foretak som utøver en forsyningsaktivitet.³⁰

5.5 Virksomheter som utøver forsyningsaktiviteter på grunnlag av enerett eller særrett

Videre omfatter FOSA oppdragsgivere som ikke regnes som offentligrettslig organ eller offentlig foretak etter forsyningsforskriften, men som driver sine aktiviteter på grunnlag av en enerett eller særrett gitt av vedkommende offentlige myndighet i en EØS-stat, jf. FOSA § 1-3 bokstav c. Dette gjelder virksomheter som omfattes av forsyningsforskriften § 1-2 bokstav f.

Med særretter og eneretter menes rettigheter som følger av tillatelser gitt av kompetent myndighet ved lov, forskrift eller vedtak, når dette medfører at utøvelsen av en aktivitet som omfattes av forsyningsforskriften, begrenses til en eller flere virksomheter, og dermed i vesentlig grad påvirker muligheten for andre foretak til å utøve slik aktivitet. I EU-kommisjonens fortolkningsnotat om virkeområde vises det til operatørselskaper på flyplasser og havneanlegg, leverandører av gass, varme, elektrisitet eller vann, samt offentlige transportforetak som mulige eksempler.³¹

Kapittel 6 Hvilke kontrakter som omfattes av FOSA

6.1 Innledning

FOSA § 1-3 (1) regulerer hvilke kontrakter som omfattes av forskriften. FOSA får anvendelse på tildeling av kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet som gjelder:

- a. levering av forsvarsmateriell, herunder også delkomponenter,
- b. levering av gradert materiell, herunder også delkomponenter,
- c. utførelse av bygge- og anleggsarbeider og levering av varer og tjenester som har direkte sammenheng med materiell i bokstav a og b og dets levetid,
- d. bygge- og anleggsarbeider og tjenester til spesifikke forsvarsformål,
- e. graderte bygge- og anleggsarbeider og graderte tjenester.

²⁹ Se Nærings- og fiskeridepartementets veiledning om anvendelsesområdet til forsyningsforskriften: https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransopolitikk/offentlige-anskaffelser-/andre-kolonner/virkeomrade-for-forsyningsforskriften/id2598956/#_ftn14.

³⁰ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Anvendelsesområde, side 3: The term “contracting entities” covers, besides contracting authorities, public undertakings that pursue activities in the sectors referred to in Articles 3 to 7 of Directive 2004/17/EC, as well as other entities, including private undertakings, that perform sectoral activities and operate on the basis of special or exclusive rights granted by a Member State.”

³¹ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Anvendelsesområde, side 8.

6.2 Forsvarsmateriell

FOSA omfatter for det første «levering av forsvaremateriell, herunder også delkomponenter», jf. § 1-3 (1) bokstav a.

«Forsvarsmateriell» er i FOSA § 4-1 bokstav f definert til å være «materiell som er spesielt utformet eller tilpasset militære formål og militært bruk, som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell». Sivile delkomponenter til forsvaremateriell omfattes også, ettersom delkomponentene utgjør en nødvendig, integrert del av materiellet som skal anskaffes.

FOSAs definisjon av forsvaremateriell inneholder to kumulative vilkår:

1. Materiellet må være spesielt utformet eller tilpasset militære formål og militært bruk, og
2. Materiellet må være tenkt brukt som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell.³²

Materiellet må være spesielt utformet eller tilpasset militære formål og militært bruk

For det første må det vurderes om materiellet er spesielt utformet eller tilpasset militære formål og militært bruk.

FOSA inneholder ingen definisjon av «militære formål og militært bruk». Begrepet «militært bruk» synes å favne vidt, slik at all materiell som er produsert for å benyttes av militære styrker omfattes. Likevel bør vilkåret forstås slik at det er avgrenset til å omfatte materiell som benyttes i krig eller i tilknytning til krig eller annen militær virksomhet, eksempelvis i militærleirer eller under militære øvelser, fredsbevarende operasjoner eller internasjonale operasjoner. Dersom militære styrker bruker materiellet i forbindelse med f.eks. humanitær bistand, vil vilkåret neppe være oppfylt. Materiell som benyttes av andre enn militære styrker i forbindelse med sivilt bistandsarbeid, bygging av skoler, sykehus eller lignende, vil ikke være utformet til militære formål eller militært bruk, og materiellet omfattes dermed heller ikke av FOSA.

Ordlyden «spesielt utformet eller tilpasset» militære formål og militært bruk tilsier at materiellet må være av utpreget militærteknisk art. I vurderingen må det tas utgangspunkt i produsentens intensjon på tidspunktet for materiellets design, utvikling eller fremstilling.

Oppdragsgiveren bør se hen til de produkttyper som fremgår av listen over våpen, ammunisjon og krigsmateriell i det Europeiske råd (Rådets) avgjørelse 255/58 av 15. april 1958 (1958-listen).³³ I 1958-listen er det opplistet er rekke typer av materiell som er designet, utviklet og fremstilt til spesifikke militære formål, eksempelvis våpen med lavere

³² Vilkaeret kan ikke utledes direkte av ordlyden i FOSA, men kan utledes fra direktivteksten. I den engelske versjonen av forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet brukes «*intended for use as an arm, munitions or war material*», mens den danske versjonen bruker «*bestemt til brug som våben, ammunition eller krigsmateriel*». I FOSAs definisjon legger derfor departementet til grunn at det er et vilkår om at materiellet må være tenkt brukt som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell, jf. også Arrowsmith på side 188.

³³ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale premiss 10.

kaliber enn 7mm, bomber, torpedoer, tanks, krigsskip og lignende.³⁴

1958-listen er imidlertid generisk og må tolkes vidt i lys av den løpende teknologiske utviklingen som finner sted i EUs forsvarsmarked. Bla. vil det være relevant å se hen til om materiellet står oppført på vareliste I (forsvarsrelaterte varer)³⁵ til forskrift av 9. september 2014 nr. 1163 om eksport av forsvarsmateriell, flerbruksvarer, teknologi og tjeneste (eksportkontrollforskriften).³⁶ Vareliste I (heretter benevnt varelisten) utgjør vedlegg til eksportkontrollforskriften. Varelisten omfatter, foruten fysiske gjenstander, annen teknologi og tjenester som krever lisens fra Utenriksdepartementet ved eksport.³⁷

Varelisten er forholdsvis detaljert i forhold til 1958-listen. Videre inneholder varelisten flere kategorier av forsvarsrelaterte varer med underoverskrifter til hver enkelt kategori og beskrivelser av varer som omfattes/ikke omfattes. Varelisten kan dermed i praksis være bedre egnet som et utgangspunkt i vurderingen av hva som utgjør forsvarsmateriell etter FOSA § 1 3 (1) bokstav a, sammenlignet med 1958-listen.^{38 39}

Oppdragsgiveren må imidlertid gjøre en selvstendig vurdering og ta høyde for materiell som ikke står oppført på hverken 1958-listen eller varelisten, men som likevel utgjør forsvarsmateriell etter FOSA § 1-3 (1) bokstav a. Et eksempel kan være at Forsvaret ønsker å anskaffe moderne militær teknologi beregnet direkte for militære formål som ikke står oppført på noen av listene. Listene vil uansett være til støtte i en helhetsvurdering av om materiell kan anses for å være omfattet.

Anskaffelser av klassisk forsvarsmateriell som tanks, jagerfly, panservern, våpensystem, utskyttingsrampe for raketter o.l. må anses å være «spesielt utformet eller tilpasset» militære formål og militært bruk og omfattes dermed klart.

I tillegg omfattes materiell som opprinnelig er produsert med tanke på sivile formål, men som senere tilpasses militære formål og militært bruk, for eksempel videreutvikling av helikopter produsert for sivile formål.⁴⁰ For at anskaffelsen skal være omfattet av vilkåret, må oppdragsgiveren dokumentere at helikopteret i modifisert versjon har militærtekniske egenskaper eller militære bruksområder for anvendelse i militære oppdrag, eksempelvis

³⁴ <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2014538%202008%20REV%204>

³⁵ Den engelske versjonen av listen bruker begrepet «Common Military List».

³⁶ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale premiss 10.

³⁷ https://www.regjeringen.no/globalassets/departementene/ud/vedlegg/eksportkontroll/liste1_forsvarsrelatert1905.pdf

³⁸ Arrowsmith, side 187.

³⁹ Et eksempel fra varelisten kan nevnes. Varelisten omfatter bla. bomber, torpedoer, missiler, andre eksplosive enheter og tilknyttet utstyr, jf. Kategori ML4. I ML4 bokstav a fremgår det mer spesifikt hva slags varer det er snakk om, eksempelvis raketter, bomber, miner, granater, røykgranater mv. spesifikt designet til forsvarets bruk. For øvrig dekker ML4 andre varer som: 1) er spesifikt designet for militært bruk, og 2) er spesifikt designet for aktiviteter relatert til varene i ML4 bokstav a eller improvisert eksplosiv enhet («improvised explosive device»), jf. ML4 bokstav b. I teknisk note 1 nevnes varer som er spesifikt designet for aktiviteter relatert til bokstav a (bomber, torpedoer m.v.) og som således er omfattet av varelisten, eksempelvis mobilt gassvæskestyr som kan produsere 1000 kg eller mer per dag med gass i flytende form. I teknisk note 2 vises det imidlertid til at håndholdte enheter, designet for deteksjon av metallobjekter som ikke i stand til å skille mellom miner og andre metallobjekter, faller utenfor varelisten.

⁴⁰ Eksempelet nevnes i EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Anvendelsesområde, Side 5.

integreerte våpensystemer eller avionikk og som innebærer at det ikke lenger bare er utformet eller tilpasset sivilt bruk. Ønsker oppdragsgiveren i stedet å anskaffe en ikke-modifisert versjon av helikopteret, må anskaffelsesforskriften anvendes, ettersom helikopteret er produsert for sivilt bruk.

Hvor omfattende tilpasninger av sivilt materiell utformet for sivile formål/sivilt bruk som kreves for at det er «spesielt utformet eller tilpasset» militære formål, må vurderes konkret. For eksempel vil lakkering av ordinære sivile kjøretøy i militære farger ikke være tilstrekkelig, ettersom det da kun foretas helt begrensede modifikasjoner av materiellet som innebærer at kjøretøyets utforming eller bruk ikke endrer formål.⁴¹ Slike anskaffelser må gjennomføres etter anskaffelsesforskriften. Det avgjørende er at det er foretatt så omfattende modifikasjoner av et materiell at det ikke lenger er utformet eller tilpasset sivilt bruk. Velger oppdragsgiveren å anskaffe sivilt materiell for deretter å foreta modifikasjoner av materiellet i egen regi, må oppdragsgiveren anvende anskaffelsesforskriften. Oppdragsgiveren kjøper da på anskaffelsestidspunktet materiell som ikke er spesielt utformet eller tilpasset militære formål.⁴²

Materiellet må være tenkt brukt som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell

Dersom materiellet kan anses for å være spesielt utformet eller tilpasset militære formål og militært bruk, må det vurderes om materiellet er tenkt brukt som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell.

Ordlyden «våpen, ammunisjon eller krigsmateriell» omfatter de produkttyper som står oppført på 1958 listen og varelisten, jf. omtalen i vilkår 1).

Hva som menes med at materiellet er «tenkt brukt» som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell er ikke avklart i rettspraksis. Ordlyden tilsier at det kan være hva produsenten har tenkt at materiellet skal brukes som, eller det Forsvaret har tenkt at materiellet skal brukes som, eller begge deler. Den mest nærliggende forståelsen synes å være om Forsvaret har tenkt at materiellet skal benyttes som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell. Hva produsenten har tenkt eller beregnet materiellet brukt som, vil primært inngå i vurderingen av om materiellet er «utformet eller tilpasset militære formål og militært bruk». Videre tilsier systembetraktninger, og formålet med FOSA, at anskaffelser av materiell som Forsvaret ikke har tenkt å bruke militært, bør anskaffes i henhold til anskaffelsesforskriften, og ikke FOSA. Slik departementet ser det er det den bruken som Forsvaret forutsetter på anskaffelsestidspunktet som bør være avgjørende, ikke faktisk bruk i ettertid.

I enkelte tilfeller vil det være klart at materiell er tenkt brukt som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell. Det må f.eks. antas at anskaffelser av forsvarsmateriell som jagerfly, panservern, våpensystem mv er tiltenkt militær bruk og derfor omfattes. Dersom oppdragsgiveren anskaffer militære lastebiler, men kun har tenkt å anvende dem til sivile forhold, er derimot vilkåret ikke oppfylt. Det kan eksempelvis være at oppdragsgiveren kjøper militære kjøretøy på 1958-listen for utstilling på museum eller for anvendelse til andre kommersielle formål. Her vil første vilkår være oppfylt, ettersom kjøretøyene er utformet eller

⁴¹ Arrowsmith, side 188.

⁴² Arrowsmith, side 188.

tilpasset militære formål, men de vil ikke være tenkt brukt som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell.⁴³

Anskaffelse av sivile flerbruksvarer fallen utenfor forskriftens virkeområde, jf. veilederens punkt 6.7. Dette gjelder anskaffelse av kontorrekvisita, møbler o.l.

Sivile varer og tjenester som har «direkte sammenheng med forsvarsmateriell» etter FOSA § 1-3 (1) bokstav c, jf. § 1-3 (1) bokstav a, kan gjennomføres iht. FOSA. Det vises til veilederens punkt 6.4.

6.2.1 Forholdet mellom FOSA og EØS-avtalens artikkel 123

FOSA får ikke anvendelse på kontrakter som kan unntas etter EØS-avtalens artikkel 123, jf. FOSA § 1-3 (2) (a).

Virkeområdet til FOSA § 1-3 (1) bokstav a og EØS-avtalens artikkel 123 bokstav b har høy grad av overlapp når det gjelder kategorier av forsvarsmateriell som omfattes. Både FOSA § 1-3 (1) bokstav a og EØS-avtalens artikkel 123 bokstav b omfatter produkter som står oppført på den såkalte 1958-listen. Forsvarsmateriell som omfattes av FOSA kan derfor også være omfattet av EØS-avtalens artikkel 123.

Det er forutsatt at forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet som et utgangspunkt skal anvendes ved kontrakter om forsvarsmateriell.⁴⁴ EØS-avtalens artikkel 123 har mange likhetstrekk med artikkel 346 i Traktaten om den Europeiske unions virkemåte (TEUV), og for å benytte unntaket i artikkel 346 TEUV må det foretas en konkret nødvendighetsvurdering.⁴⁵ Tilsvarende må anskaffelser av forsvarsmateriell som et utgangspunkt gjennomføres i tråd med FOSA. Det må derfor vurderes konkret om konkurranseutsetting eller åpenhet rundt anskaffelser av forsvarsmateriell vil kunne være skadelig ut ifra forsvars- og sikkerhetshensyn, slik at anskaffelsesregelverket dermed må fravikes i sin helhet etter EØS-avtalens artikkel 123.

Sentrale momenter i en slik vurdering vil være om FOSA i tilstrekkelig grad ivaretar forsvars- og sikkerhetshensyn ved anskaffelsen. Dersom kontrakten nødvendiggjør strenge forsyningssikkerhetskrav, eller krav som er sensitive og/eller så viktige for den nasjonale suverenitet, at selv de spesifikke bestemmelsene i FOSA ikke er tilstrekkelig til å beskytte norske forsvars- og sikkerhetsinteresse, tilsier det at FOSA og loven kan fravikes etter EØS-avtalens artikkel 123. I Nasjonal forsvarsindustriell strategi (Meld. St. 9 (2015–2016)) gis det en utførlig beskrivelse av nasjonale sikkerhetsinteresser og forsvarssektorens behov for norsk forsvarsindustriell kompetanse, jf. også veilederens kapittel 3. De nasjonale sikkerhetsinteresser som fremgår av stortingsmeldingen vil være førende for forsvarssektorens materiellanskaffelser og kan i noen tilfeller tilsi at det er nødvendig å anvende EØS-avtalens artikkel 123.

⁴³ Arrowsmith, side 189, hvor eksempelet trekkes frem. Det er imidlertid uklart hvor aktuell problemstillingen er. I praksis vil antakeligvis det avgjørende være om de øvrige vilkårene for forsvarsmateriell kan anses for å være til stede.

⁴⁴ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Virkeområde, side 2.

⁴⁵ Se bla EU-domstolens avgjørelse i sak C-615/10 (Insinööritomisto InsTiimi). Arrowsmith drøfter problemstillingen nærmere, side 167.

Forsvarsdepartementet iverksatte i brev av 7. november 2016 til etatene i sektoren tiltak for gjennomføring av Nasjonal forsvarsindustriell strategi. Her gis det føringer blant annet for bruk av Forsvarets anskaffelser som tiltak i strategien. Det innebærer blant annet at det for alle investeringsanskaffelser av forsvarsmateriell, samt driftsfasen av materiellanskaffelser og strategiske tjenesteleveranser, skal gjennomføres en forsvarsindustriell vurdering, og eventuelt en grundigere forsvarsindustriell analyse⁴⁶. En slik vurdering, eventuelt analyse, vil danne grunnlag for Forsvarsdepartementets beslutning av hvorvidt det skal benyttes nasjonal industri for å bidra til en styrket nasjonal forsvarsindustribase og dermed bidra til styrket nasjonal sikkerhet. Bruk av EØS-avtalens artikkel 123 eller andre unntak fra FOSA kan her være et proporsjonalt virkemiddel.

I kapittel 7 gis det en bredere gjennomgang av EØS-avtalens artikkel 123, særlig bokstav b (våpen, ammunisjon, krigsmateriell mv).

6.3 Gradert materiell

FOSA omfatter også kontrakter som gjelder «levering av gradert materiell», jf. § 1-3 (1) bokstav b. Dette er sensitive kontrakter som inngås på både forsvars- og sikkerhetsområdet. Sivile delkomponenter til gradert materiell omfattes også, ettersom delkomponentene utgjør en nødvendig, integrert del av materiellet som skal anskaffes.

«Gradert materiell» i henhold til FOSA er «materiell til sikkerhetsformål som inneholder eller krever behandling av gradert informasjon», jf. FOSA § 4-1 bokstav h.

To vilkår må være oppfylt for at materiellet kan anses som gradert etter FOSA og anskaffes i henhold til regelverket:

1. Materiellet må være til sikkerhetsformål, og
2. Materiellet må inneholde eller krever behandling av gradert informasjon.

Til sikkerhetsformål

Anskaffelsen må for det første være «til sikkerhetsformål». Det avgjørende er om oppdragsgivers intensjon på anskaffelsestidspunktet har vært at materiellet skal anskaffes til sikkerhetsformål.⁴⁷ Gradert materiell behøver dermed ikke å være «utformet eller tilpasset» sikkerhetsformål, dette til forskjell fra FOSA § 1-3 (1) bokstav a (forsvarsmateriell) beskrevet i veilederens punkt 6.2.

FOSA inneholder ingen definisjon av begrepet «sikkerhetsformål». Vilkåret «til sikkerhetsformål» synes å ha et videre anvendelsesområde enn vilkåret «til forsvarsformål» i FOSA § 1-3 (1) bokstav a.⁴⁸ Det vises til den pågående samfunnsutviklingen, og omfanget av nasjonale funksjoner, innenfor forsvarssektoren og i de øvrige samfunnssektorene, som ivaretar nasjonale sikkerhetsinteresser. Flere sivile aktører enn tidligere behandler

⁴⁶ Forsvarsdepartementet har utarbeidet maler som skal benyttes ved utarbeidelsen av forsvarsindustrielle vurderinger og analyser.

⁴⁷ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Virkeområde, side 6.

⁴⁸ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Virkeområde, side 6.

sikkerhetsgradert informasjon, eller råder over informasjonssystemer, objekter og infrastruktur som har betydning for Norges evne til å ivareta nasjonale sikkerhetsinteresser. Departementet antar derfor at et større antall anskaffelser innen både forsvarssektor og sivil sektor vil dekkes av vilkåret.

I forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale nr. 7, 9 og 11 angis flere konkrete områder som omfattes av vilkåret. Dette gjelder kontrakter som angår suverenitetshevdelse, politivirksomhet, krisehåndtering, antiterrorberedskap, felles beredskapshåndtering mellom politi og forsvar eller beskyttelse av skjermingsverdige objekter eller infrastruktur.⁴⁹ Hvorvidt det aktuelle materiellet må anses for å være «til sikkerhetsformål» må avgjøres konkret, og de eksemplene som er angitt i direktivets fortale må etter departementets vurdering forstås som veiledende, og ikke uttømmende, eksempler.

Noen ganger kan det være glidende overganger for hva som må regnes som en forsvarsrelatert sikkerhetsanskaffelse og hva som må regnes som en sivilrelatert sikkerhetsanskaffelse. Dette gjelder særlig på områder hvor Politi og Forsvar eller tollvesenet og Forsvaret har et tett samarbeid. FOSA har til hensikt å dekke slike gråsoner hvor grensen mellom militære- og ikke-militære sikkerhetsforhold er uklare.⁵⁰

Inneholde eller krever behandling av gradert informasjon

Dersom anskaffelsen er til sikkerhetsformål, må det vurderes om materiellet inneholder eller krever behandling av gradert informasjon.

Gradert informasjon er informasjon som er tildelt et graderingsnivå i henhold til lov eller instruks, med hensyn til nasjonal sikkerhet og som har til formål å beskytte mot urettmessig tilegnelse, destruksjon, fjerning, utlevering, tap eller å hindre tilgang av uautoriserte personer at graderingsnivå, jf. FOSA § 4-1 bokstav j.⁵¹

Gradering av informasjon i en anskaffelse må dermed følge av lov eller instruks med hensyn til nasjonal sikkerhet og beskyttelse av urettmessig bruk mv. for at anskaffelsen skal være omfattet av vilkåret. I Norge klassifiseres gradert informasjon basert på en vurdering av skadefølgene dersom informasjonen blir kjent for uvedkommende. Anskaffelser som graderes etter sikkerhetsloven faller dermed inn under vilkåret i FOSA.

For ikke å begrense FOSAs anvendelsesområde til sikkerhetsloven, er gradert informasjon i FOSA definert i henhold til forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet og ikke etter sikkerhetsloven.⁵² Departementets vurdering er at definisjonen av gradert informasjon åpner

⁴⁹ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Virkeområde, side 6.

⁵⁰ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale, premiss 11, hvor det vises til at: "*Directive 2009/81/EC also applies to contracts awarded by contracting entities as defined in Directive 2004/17/EC. This may concern in particular operators of critical infrastructures in sectors such as transport or energy, who often need protection against the threats mentioned in recital 11.*"

⁵¹ I forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet vises det til at «*klassifiserede oplysninger*» er «*oplysninger eller materiale uanset form, art eller fremsendelsesmetode*», jf. artikkel 1 nummer 8. Ordlyden «*uansett form, art eller fremsendelsesmetode*» følger ikke tilsvarende i FOSA, men ligger innenfor forståelsen av FOSAs bestemmelse.

⁵² Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets artikkel 1 nummer 8.

til en viss grad for at beskyttelsesinstruksen omfattes.⁵³ Departementet er pr. nå ikke kjent med andre lover/instrukser som faller inn under vilkåret i FOSA.

Beskyttelsesinstruksen kommer til anvendelse ved behandling av dokumenter som trenger beskyttelse av andre grunner enn de som er nevnt i sikkerhetsloven med forskrifter, jf. beskyttelsesinstruksen § 1. Beskyttelsesgraden «Fortrolig» benyttes dersom «det vil kunne skade offentlige interesser, en bedrift, en institusjon eller en enkeltperson at dokumentets innhold blir kjent for uvedkommende.», jf. beskyttelsesinstruksens § 4 tredje ledd. Beskyttelsesgraden «Strengt fortrolig» benyttes dersom «det vil kunne forårsake betydelig skade for offentlige interesser, en bedrift, en institusjon eller en enkeltperson at dokumentets innhold blir kjent for uvedkommende», jf. beskyttelsesinstruksens § 4 annet ledd. Oppdragsgiveren gjøres oppmerksom på at anskaffelser må graderes «med hensyn til nasjonal sikkerhet» for at vilkåret i FOSA skal være oppfylt, jf. FOSA § 4-1 bokstav j, jf. § 1-3 første ledd bokstav a. Gradering av informasjon begrunnet i andre hensyn, eksempelvis beskyttelse av forretningshemmeligheter, persondata, økonomiske forhold, o.l. faller således utenfor FOSAs virkeområde.⁵⁴ Departementet antar derfor at FOSA primært vil få anvendelse i de tilfeller der materiellet inneholder eller krever behandling av informasjon gradert etter beskyttelsesinstruksen av hensyn til det offentliges interesser, eksempelvis informasjon som kan unntas offentlighet med hjemmel i offentliglova § 21.

I forhold til sikkerhetsloven, må oppdragsgiveren vurdere om leverandøren av en vare eller tjeneste kan få «tilgang til eller tilvirke sikkerhetsgradert informasjon», jf. sikkerhetslovens § 9-1. Dersom oppdragsgivers vurdering er at leverandør kan få tilgang til eller tilvirke sikkerhetsgradert informasjon i en anskaffelse, vil anskaffelsen utgjøre en sikkerhetsgradert anskaffelse etter sikkerhetsloven. FOSAs vilkår vil i disse tilfellene være oppfylt.

I praksis gjelder dette anskaffelser av materiell hvor leverandøren kan få tilgang til eller tilvirke sikkerhetsgradert informasjon under konkurransen eller kontraktgjennomføringen, eksempelvis ved at konkurransegrunnlag med tilhørende dokumentasjon inneholder sikkerhetsgradert informasjon. Dersom Politiet anskaffer kryptert radioutstyr, vil anskaffelsen mest sannsynlig inneholde sikkerhetsgradert informasjon etter sikkerhetsloven.⁵⁵ Anskaffelsen vil dessuten være til sikkerhetsformål og FOSA kommer følgelig til anvendelse, jf. § 1-3 første ledd bokstav b. I den grad anskaffelser ikke inneholder/innebærer behandling av sikkerhetsgradert informasjon, faller anskaffelse heller ikke inn under FOSA. Dette kan eksempelvis gjelde anskaffelse av upansrede kjøretøy til Politiet. En slik anskaffelse til Forsvarssektoren vil heller ikke omfattes av definisjonen av forsvarsmateriell, såfremt kjøretøyene ikke er spesielt utformet eller tilpasset militære formål og militær bruk.

Anskaffelse av håndvåpen som står oppført på 1958-listen er et annet eksempel som illustrerer forholdet mellom gradert materiellet og forsvarsmateriell. Så fremt anskaffelse av slikt håndvåpen til Politiet ikke innebærer tilgang til/inneholder gradert informasjon, faller anskaffelsen ikke inn under FOSA, jf. § 1-3 første ledd bokstav b.⁵⁶ Anskaffer imidlertid

⁵³ For-1972-03-17-3352 Instruks for behandling av dokumenter som trenger beskyttelse av andre grunner enn nevnt i sikkerhetsloven med forskrift (beskyttelsesinstruksen).

⁵⁴ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Virkeområde, side 7.

⁵⁵ Se for øvrig Arrowsmith, side 191, hvor eksempelet trekkes frem.

⁵⁶ Arrowsmith side 192.

forsvarssektoren tilsvarende håndvåpen, vil håndvåpen utgjøre «forsvarsmateriell» etter FOSA § 1-3 første ledd bokstav a og forskriften kommer til anvendelse.⁵⁷ Spørsmålet er om Politiet lovlig kan gjennomføre anskaffelse av håndvåpen som står oppført på 1958-listen etter FOSA § 1-3 første ledd bokstav a. Regelverkets formål taler for at en slik anskaffelse vil være omfattet av FOSA, selv om anskaffelsen gjennomføres av Politiet og ikke av Forsvaret. Slik departementet ser det kan derfor «Forsvarsmateriell» etter FOSA § 1-3 første ledd bokstav a, i et slikt tilfeller, anskaffes av andre oppdragsgivere enn Forsvaret iht. FOSA.

Visse typer av sivile bygge- og anleggsarbeider og sivile varer og tjenester kan anskaffes iht. FOSA, så fremt de har «direkte sammenheng med» med det graderte materiellet, jf. FOSA § 1-3 (1) bokstav b, jf. § 1-3 (1) bokstav c. Vilklårene gjennomgås nedenfor i punkt 6.4. For øvrig vises det til omtalen av graderte bygge- og anleggsarbeider og graderte tjenester i veilederens punkt 6.6.

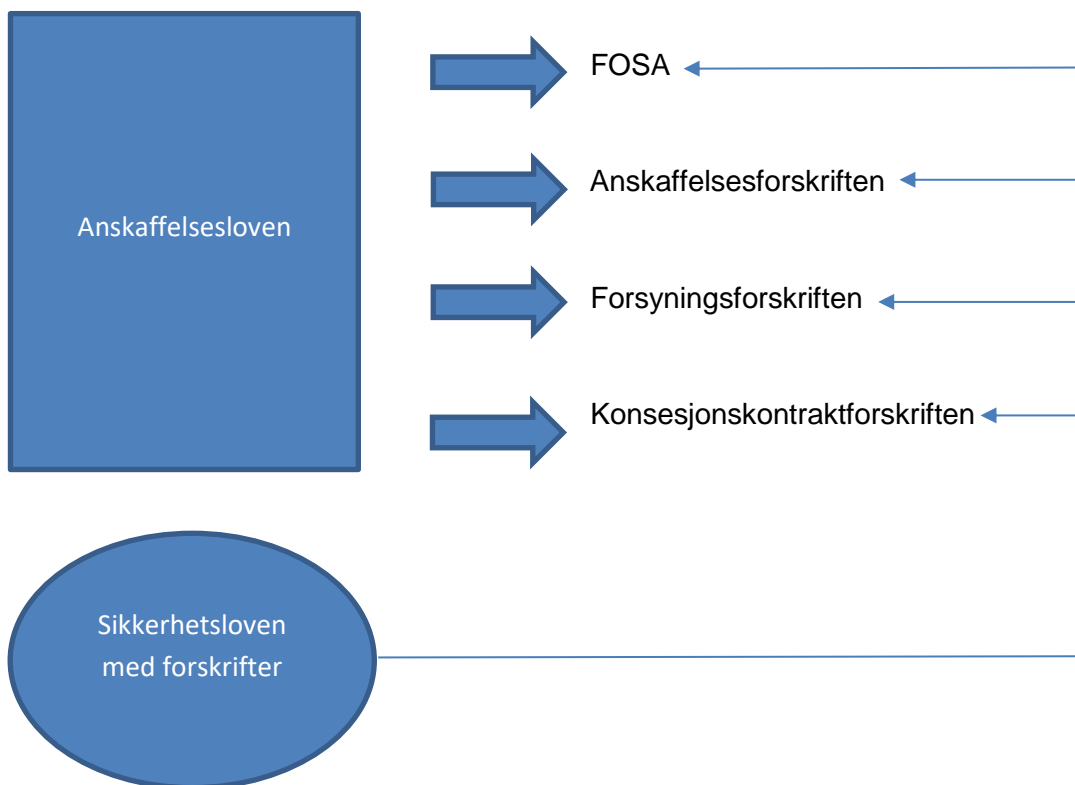
6.3.1 Forholdet mellom FOSA og sikkerhetsloven

Dersom en sikkerhetsgradert anskaffelse etter sikkerhetsloven omfattes av virkeområdet til FOSA, vil oppdragsgiveren være pålagt å følge både sikkerhetslovens bestemmelser, jf. FOSA § 3-3, i tillegg til FOSA, jf. § 1-3 første ledd.⁵⁸ En sikkerhetsgradert anskaffelse kan både være tilfellene der hele anskaffelsen må graderes, og de tilfellene der anskaffelsen gjør at leverandøren vil få tilgang på sikkerhetsgradert informasjon. Sikkerhetskravene fremgår av sikkerhetsloven med tilhørende forskrifter, mens FOSAs prosedyreregler ivaretar de sikkerhetsmessige sidene ved en anskaffelse (se illustrasjon under). I veilederens punkt 13.9 gjennomgås problemstillinger knyttet til informasjonssikkerhet og forholdet mellom FOSA og sikkerhetsloven.

Sikkerhetsgraderte anskaffelser etter sikkerhetsloven kan i prinsippet omfattes av en av de øvrige anskaffelsesforskriftene, herunder anskaffelsesforskriften, forsyningsforskriften eller konsesjonskontraktforskriften. Det styrende for hvorvidt anskaffelsen skal gjennomføres etter FOSA eller annet regelverk, vil ikke være om regelverket for sikkerhetsgraderte anskaffelser får anvendelse eller ikke, men hvorvidt vilklårene beskrevet i punkt 6.3 til 6.6 er oppfylt. Det er i denne sammenheng viktig å gjøre en grundig vurdering av om vilklårene for å anvende FOSA er oppfylt, og sørge for at begrunnelsen dokumenteres på en tilfredsstillende måte. Forholdet mellom sikkerhetsloven med forskrifter og anskaffelsesforskriftene er illustrert nedenfor:

⁵⁷ Arrowsmith, side 192.

⁵⁸ FOSA § 3-3 kan også være relevant for anskaffer som gjøres etter FOSA § 1-3 (1), eksempelvis graderte bygge- og anleggsarbeider og graderte tjenester, jf. FOSA §1-3 (1) bokstav.



Dersom konkurranseutsetting eller åpenhet vil kunne være skadelig ut ifra forsvars- og sikkerhetshensyn, kan oppdragsgiveren vurdere om det foreligger grunnlag til å unnta anskaffelsen fra anskaffelsesregelverket i sin helhet etter EØS-avtalens artikkel 123.⁵⁹

6.4 Utførelse av bygge- og anleggsarbeider og levering av varer og tjenester som har direkte sammenheng med forsvarsmateriell og gradert materiell og dets levetid

FOSA omfatter for det tredje «utførelse av bygge- og anleggsarbeider og levering av varer og tjenester som har direkte sammenheng med forsvarsmateriell og gradert materiell, (Departementets understrekning), jf. § 1-3 (1) bokstav c. Bestemmelsen kan følgelig omfatte ytelser som i utgangspunktet er av sivil karakter og dermed ikke kan anses som forsvarsmateriell eller gradert materiell i medhold FOSA § 1-3 (1) bokstav a og b, men som likevel omfattes av forskriften fordi ytelsene har direkte sammenheng med slikt materiell.

Ordlyden «direkte sammenheng med» i bokstav c innebærer at det må være en nær tilknytning mellom de aktuelle ytelsene og forsvarsmateriellet eller det graderte materiellet. En slik nær tilknytning kan oppstå som et resultat av anskaffelsens formål eller de avtalte

⁵⁹ Veilederens punkt 7.2.

bruksvilkår.⁶⁰ Det må påvises en nærhet som tilsier at bygge- og anleggsarbeidet eller varen og tjenesten ikke kan utnyttes meningsfylt uten materiellet som det er knyttet til.⁶¹

Eksempler på bygge- og anleggsarbeider som kan ha direkte sammenheng med forsvarsmateriell og/eller gradert materiell kan til eksempelvis være prosjektering og bygging av militære testanlegg, hangarer, stridsvogngarasje, tørrdokker til ubåt/landingsplattformer, eller andre skjermingsverdige objekter.

Eksempler på varer og tjenester som kan ha direkte sammenheng med forsvarsmateriell eller gradert materiell er vedlikeholdstjenester til militære fly og fartøyer, delkomponenter for å øke levetiden på militært systemer, skifte av navigasjonssystem på militære fartøy, spesialdesignede deler til militære fartøy, kjøretøy og fly, samt spesialiserte drakter og hjelmer til jagerflypiloter.

Det understrekes imidlertid at oppdragsgivere må foreta konkrete vurderinger i hvert enkelt tilfelle. Dersom kontraktene utelukkende har tilknytning til sivilt materiell som ikke er en del av forsvarsmateriellet eller det graderte materiellet, vil det ikke være anledning til å anvende § 1-3 (1) bokstav c. Har kontraktene tilknytning til både forsvarsmateriell/gradert materiell og sivilt materiell, kan FOSA heller ikke anvendes fordi de avtalte ytelser fortsatt kan utnyttes meningsfullt til andre sivile formål dersom forsvarsmateriellet eller det graderte materiellet tenkes bort.⁶²

I juridisk teori nevnes kjøretøy som er spesifikt utviklet eller designet utelukkende til bruk for tauing/sleping av jagerfly til og fra hangarer.⁶³ Så fremt kjøretøyet ikke kan utnyttes til andre formål enn tauing av jagerfly, vil det ha direkte sammenheng med forsvarsmateriell og anskaffelsen kan lovlig gjennomføres etter FOSA, jf. § 1-3 (1) bokstav c.⁶⁴ Anskaffelse av minibusser for transport av jagerflypiloter til og fra jagerflyene må imidlertid gjennomføres iht. anskaffelsesforskriften, ettersom minibusser kan anvendes til andre formål gitt at den militære flyaktiviteten avvikles.⁶⁵

FOSA kommer for øvrig til anvendelse på anskaffelser i hele materiellets levetid, det vil si hele fasen fra et produkt blir anskaffet til det blir solgt. I FOSA defineres "levetid" som alle produktfaser som forskning og utvikling, industriell utvikling, produksjon, reparasjon, modernisering, endring, vedlikehold, logistikk, utdanning, testing, tilbaketrekking og avhending, jf. § 4-1 bokstav o. Disse fasene omfatter for eksempel studier, evaluering, lagring, transport, integrering, vedlikehold, demontering og andre tjenester som følger opprinnelig design.⁶⁶

⁶⁰ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Anvendelsesområde, side 5.

⁶¹ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Anvendelsesområde, side 5.

⁶² Arrowsmith, side 192, med henvisning til EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Anvendelsesområde, side 5.

⁶³ Arrowsmith, side 192.

⁶⁴ Arrowsmith, side 192.

⁶⁵ Arrowsmith, side 192.

⁶⁶ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale, premiss 12.

6.5 Bygge- og anleggsarbeider og tjenester til spesifikke forsvarsformål

For det fjerde omfatter FOSA «bygge- og anleggsarbeider og tjenester til spesifikke forsvarsformål», jf. § 1-3 (1) bokstav d. Dette gjelder bygge- og anleggsarbeider og tjenester som ikke har direkte sammenheng med forsvarsmateriell etter bokstav c, men som likevel dekker spesifikke forsvarsformål og som er anskaffet for slike formål.⁶⁷ I vurderingen må man se hen til oppdragsgivers formål med anskaffelsen på anskaffelsestidspunktet.⁶⁸

FOSA inneholder ingen definisjon av «spesifikke forsvarsformål». Det kan imidlertid være relevant å se hen til omtalen av «militære formål» i veilederens punkt 6.2. Bygge- og anleggsarbeider til spesifikke forsvarsformål kan eksempelvis gjelde for bygging av militære operative hovedkvarter⁶⁹ eller drift og vedlikehold av rullebaner eller lagerbygg som er spesifikt designet til forsvarsformål.⁷⁰ Når det gjelder tjenester til spesifikke forsvarsformål, kan dette eksempelvis gjelde anskaffelse av transporttjenester tilknyttet transport av soldater eller militært materiell.⁷¹

6.6 Graderte bygge- og anleggsarbeider og graderte tjenester

For det femte omfatter FOSA «graderte bygge- og anleggsarbeider og graderte tjenester», jf. § 1-3 (1) bokstav e. Med graderte bygge- og anleggsarbeider menes «arbeid til sikkerhetsformål som inneholder eller krever behandling av gradert informasjon», jf. § 4-1 bokstav g. Med graderte tjenester menes «tjenester til sikkerhetsformål som inneholder eller krever behandling av gradert informasjon», jf. § 4-1 bokstav i.

Felles for graderte bygge- og anleggsarbeider og graderte tjenester er således at de må være til sikkerhetsformål og innebære tilgang til gradert informasjon for å omfattes av bokstav e. Det vises i den forbindelse til omtalen av vilkårene «til sikkerhetsformål» og «inneholde eller kreve behandling av gradert informasjon» i veilederens punkt 6.3.

I praksis vil graderte bygge- og anleggsarbeider gjelde for anskaffelser hvor leverandør får tilgang til sensitiv informasjon omkring tekniske løsninger, infrastruktur og sikringsløsninger i bygg/anlegg. Eksempler på dette er visse deler av bygge- og anleggsarbeider tilknyttet bygging av regjeringskvartal. Graderte tjenester kan omfatte anskaffelse av vakt- og sikringstjenester tilknyttet skjermingsverdige objekter eller infrastruktur som inneholder eller krever behandling av gradert informasjon.

⁶⁷ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Anvendelsesområde, side 13.

⁶⁸ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Anvendelsesområde, side 13.

⁶⁹ Arrowsmith, side 193.

⁷⁰ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Anvendelsesområde, side 5.

⁷¹ Arrowsmith, side 193. EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Anvendelsesområde, side 5.

6.7 Forholdet mellom anskaffelsesforskriften/forsyningsforskriften/konsesjonskontraktforskriften/FOSA

Offentlige anskaffelser som ikke omfattes av FOSAs virkeområde slik det fremgår av § 1-3 (1), reguleres i utgangspunktet av en av de øvrige prosedyreforskriftene til anskaffelsesloven, det vil si anskaffelsesforskriften, forsyningsforskriften eller konsesjonskontraktforskriften.⁷² Dette kan eksempelvis gjelde for anskaffelser som ikke har noen tilknytning til forsvars- og sikkerhetsmateriell, eksempelvis administrative varer og tjenester, kontorrekvisita, møbler, bedriftsrådgivning og alminnelige flyreiser og lignende.

Forsyningsforskriften gjelder for anskaffelser knyttet til visse forsyningsaktiviteter innen gass og varme, elektrisitet, drikkevann, transport, havner og lufthavner, post, olje, gass, kull og andre typer brensel.⁷³ Der anskaffelsen gjelder en konsesjonskontrakt, kommer konsesjonskontraktforskriften i utgangspunktet til anvendelse.

I praksis vil oppdragsgivere på forsvars- og sikkerhetsområdet antakeligvis oftest stå overfor valget mellom anskaffelsesforskriften eller FOSA. I tvilstilfeller er det viktig å gjøre en grundig vurdering av om vilkårene for å anvende FOSA er oppfylt, og sørge for at begrunnelsen dokumenteres på en god måte. Det gjelder ikke noen nasjonal kunngjøringsplikt etter FOSA, i motsetning til i anskaffelsesforskriften. Oppdragsgivere som gjennomfører anskaffelser etter FOSA under EØS-terskelverdiene står dermed friere ettersom disse konkurransene ikke må kunngjøres nasjonalt. Denne forskjellen er det viktig å være klar over.

Dersom en anskaffelse er omfattet av FOSA, men oppdragsgiveren likevel ønsker å følge anskaffelsesforskriften, er det adgang til dette. Reglene i anskaffelsesforskriften må da følges gjennom hele anskaffelsesprosessen.

Kapittel 7 Kontrakter hvor FOSA ikke får anvendelse

7.1 Innledning

FOSA kommer i utgangspunktet til anvendelse ved tildeling av offentlige kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområde som angitt i § 1-3(1). Fra dette utgangspunktet gjelder det en rekke unntak. Unntaksbestemmelsene fremgår av FOSA § 1-3 (2) og (3). Ingen av unntakene kan anvendes med henblikk på å omgå bestemmelsene i FOSA.⁷⁴

Videre er visse typer av samarbeid i offentlig sektor unntatt FOSA slik som i de øvrige forskriftene. Disse reglene er eksplisitt regulert i anskaffelsesforskriften, forsyningsforskriften og konsesjonskontraktforskriften. Veilederens punkt 7.8 omhandler FOSAs unntak for samarbeid i offentlig sektor.

⁷² Som det fremgår av kapittel 2.1 ovenfor omfattes konsesjonskontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet i prinsippet av konsesjonskontraktforskriften og ikke av FOSA.

⁷³ Hvilke forsyningsaktiviteter som omfattes av forsyningsforskriften fremgår av forsyningsforskriften §§ 1-3 til 1-9.

⁷⁴ Se forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets artikkel 11.

En rekke unntak i FOSA § 1-3 (2) finnes i de øvrige forskriftene:

- kontrakter som kan unntas etter EØS-avtalens artikkel 123, jf. bokstav a,
- kontrakt om erverv eller leie, uten hensyn til finansieringsform, av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom jf. bokstav b,
- kontrakter om voldgifts- og meglings tjenester, jf. bokstav d,
- kontrakter om finansielle tjenester med unntak av forsikringstjenester, jf. bokstav e,⁷⁵
- ansettelseskontrakter, jf. bokstav f,
- forskning og utviklingstjenester, når oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten eller den ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet, jf. bokstav g,⁷⁶
- kontrakter som hovedsakelig har som formål å sette en offentlig oppdragsgiver i stand til å stille et offentlig telenett til rådighet eller drive et slikt nett eller til å levere en eller flere teletjenester til offentligheten, slik dette er definert i direktiv 2004/18/EF artikkel 1 nr. 15, jf. bokstav k,
- kontrakter som innebærer utøvelse av offentlig myndighet som kan unntas etter EØS-avtalens artikkel 39, jf. 32, jf. bokstav m.

I tillegg er kontrakter som er regulert av andre anskaffelsesregler og tildelt i henhold til internasjonal avtale unntatt etter FOSA, jf. § 1-3 (3) bokstav a), b) og c).

Noen av unntakene er særlige for FOSA og finnes ikke i de øvrige forskriftene. Dette gjelder for:

- Samarbeidsprosjekter mellom flere land basert på forskning og utvikling, jf. bokstav c.
- Kontrakter mellom stater, jf. bokstav h.
- Kontrakter som inngås i tredjeland med lokale leverandører vedrørende innkjøp til stasjonerte tropper, dersom operasjonelle behov gjør det nødvendig, jf. bokstav i.
- Etterretningsvirksomhet, jf. bokstav j.

⁷⁵ Det er enkelte forskjeller mellom FOSAs unntak og de øvrige forskriftene. Se Arrowsmith på side 212.

⁷⁶ Det er forskjell på oppbygging av bestemmelsen i anskaffelsesforskriften og FOSA. I tillegg har FOSA en detaljert definisjon av forskning og utvikling. Se for øvrig veilederens omtale av FoU-samarbeidsprosjekter.

Selv om en anskaffelse er omfattet av et av de generelle unntakene i FOSA § 1-3 (2) og (3) (eks. FoU-tjenester, kontrakter til etterretningsvirksomhet mv.), vil lov om offentlige anskaffelser som hovedregel komme til anvendelse. Oppdragsgiveren må derfor i utgangspunktet følge de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4 om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet.⁷⁷ De øvrige forskriftene til anskaffelsesloven gjelder ikke for anskaffelser som i utgangspunktet er omfattet av FOSAs virkeområde, men som er unntatt etter FOSAs unntaksbestemmelser.

Anskaffelsesloven gjelder likevel ikke for anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalens artikkel 123, jf. § 2 tredje ledd.

7.2 EØS-avtalens artikkel 123

7.2.1 Innledning

Etter FOSA § 1-3 (2) bokstav a får FOSA ikke anvendelse på kontrakter som kan unntas i henhold til EØS-avtalens artikkel 123. Tilsvarende unntaksbestemmelse finnes også i anskaffelsesloven og i de øvrige prosedyreforskriftene. EØS-avtalens artikkel 123 gir derfor hjemmel for å unnta slike kontrakter også fra de grunnleggende kravene i loven, i motsetning til de øvrige unntakene i FOSA § 1-3 (2) og (3).

EØS-avtalen artikkel 123 lyder:

«Bestemmelsen 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.»

Å treffe «tiltak» i medhold av EØS-avtalens artikkel 123 kan omfatte helt eller delvis å unnta anskaffelser fra lov om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrifter.⁷⁸ Formålet med

⁷⁷ Dette er til forskjell fra de fleste unntakene i anskaffelsesforskriften, forsyningsforskriften og konsesjonskontraktforskriften.

⁷⁸ Å «treffe tiltak» etter EØS-avtalens artikkel 123 bokstav a, b og c kan dessuten innebære fravikelse av statsstøttereguleringen. Se Arrowsmith på side 159. Omtalen gjelder TEUV artikkel 346, men tilsvarende antas å gjelde for EØS-avtalens artikkel 123.

artikkel 123 er blant annet å «sikre Forsvaret handlefrihet og fleksibilitet på et sensitivt område av stor nasjonal betydning», jf. Høyesterett i Rt. 2005 s. 1683 (New Pac).

Selv om visse anskaffelser er unntatt anskaffelsesregelverket i medhold av EØS-avtalen artikkel 123, er det ikke gitt at oppdragsgiver står helt fritt ved gjennomføringen av konkurransen. Oppdragsgiveren kan ha rett til å foreta et direktekjøp, men dersom det først gjennomføres en konkurranse i markedet, vil alminnelige anskaffelsesrettslige prinsipper, som likebehandling, likevel kunne komme til anvendelse. I hvilken grad vil bl.a. avhenge av hvilke rammer oppdragsgiver selv har satt for konkurransen, jf. Rt. 2005 s. 1638 (New Pac).

EØS-avtalen artikkel 123 består av tre alternativer. Mens bokstav b retter seg mot militære forhold og dermed utgjør et såkalt forvarsspesifikt unntak, kan bokstav a om informasjonssikkerhet og bokstav c om krise, krig mv. i teorien omfatte anskaffelser som gjennomføres i både militær og sivil sektor.

EØS-avtalen artikkel 123 har mange likhetstrekk med artikkel 346 i Traktaten om den Europeiske Unions virkeområde (TEUV). Kontrakter som er omfattet av TEUV artikkel 346 kan unntas forsvars- og sikkerhetsdirektivet, jf. artikkel 2.

TEUV artikkel 346 lyder:

«1. *The provisions of the Treaties shall not preclude the application of the following rules:*

(a) no Member State shall be obliged to supply information the disclosure of which it considers contrary to the essential interests of its security;

(b) any Member State may take such measures as it considers necessary for the protection of the essential interests of its security which are connected with the production of or trade in arms, munitions and war material; such measures shall not adversely affect the conditions of competition in the internal market regarding products which are not intended for specifically military purposes.

2. The Council may, acting unanimously on a proposal from the Commission, make changes to the list, which it drew up on 15 April 1958, of the products to which the provisions of paragraph 1(b) apply.”

EØS-avtalens artikkel 123 er i det vesentlige en videreføring av artikkel 21 i EFTAs tidligere frihandelsavtale med EF (EU).⁷⁹ Unntaket i EØS-avtalen og EU-traktaten har dermed ikke samme bakgrunn og innhold, og ordlyden i EØS-avtalen artikkel 123 og TEUV artikkel 346 er ikke identisk. Dette kan tilsi at bestemmelsene har et noe ulikt anvendelsesområde. Kjerneområde i bestemmelsene er imidlertid det samme, slik at EU-domstolens avgjørelser om unntaket i TEUV artikkel 346 gir veiledning ved anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 123.

Både EØS-avtalens artikkel 123 og TEUV artikkel 346 er bestemmelser som legger opp til at

⁷⁹ St.prpr.nr. 100 (1991-1992) s. 103.

statene selv må vurdere hva som er deres nasjonale sikkerhetsinteresser og hvilke tiltak som er nødvendige, jf. ordlyden «*som den anser nødvendig*» i EØS-avtalen artikkel 123 bokstav a («*as it considers necessary*» i TEUV artikkel 346). Vurderingene vil være forskjellige fra stat til stat og medlemstatene har en viss skjønnsmargin.⁸⁰ EU-kommisjonen har understreket at medlemsstatene selv har ansvaret for å definere hva som er deres nasjonale sikkerhetsinteresser og behovet for å beskytte disse.⁸¹

Nasjonale sikkerhetsinteresser kan omfatte anskaffelse av strategisk viktige våpenplattformer, men kan også være knyttet til andre forhold enn forsvar, som informasjons- og forsyningssikkerhet. Forsyningssikkerhet kan omfatte behov for nasjonal kapasitet og kompetanse innenfor konkrete områder. Å sikre nasjonal kapasitet og kompetanse er en del av de prioriterte teknologiske kompetanseområdene i Meld. St. 9 (2015-2016) (Nasjonal forsvarsindustriell strategi).⁸² For å kunne ivareta disse behovene, må det nødvendigvis sikres at det er nasjonale aktører som har nødvendig kapasitet og kompetanse, som primært gjøres ved at aktørene får levere materiell eller utføre de aktuelle tjenestene for forsvarssektoren. I dette ligger det også et underliggende behov for å diskriminere mellom nasjonale og internasjonale aktører basert på forsvars- og sikkerhetshensyn. Det er gjennomgående anerkjent at et slikt behov kan være egnet til å begrunne unntak etter EØS-avtalens artikkel 123, med henvisning til EU-domstolens rettspraksis og EU-kommisjonens fortolkningsnotat.⁸³

I særtilfeller kan det også være behov for nasjonal kontroll over leverandørselskaper på områder som er av strategisk nasjonal betydning. Oppdragsgiver vil kunne ha behov for å fravike grunnleggende anskaffelsesrettslige prinsipper og velge selskaper hvor staten kan sikre nødvendig grad av nasjonal kontroll over selskapet.

7.2.2 Nødvendighets- og proporsjonalitetsvurdering

Oppdragsgiver må i den konkrete anskaffelsen vurdere nødvendigheten av å foreta unntak etter EØS-avtalens artikkel 123.⁸⁴⁸⁵ Det er altså kun der det ikke er mulig å ivareta de relevante forsvars- og sikkerhetshensyn gjennom anskaffelsesregelverket at unntaket kan komme til anvendelse. Selv om det er opp til norske myndigheter å definere egne forsvars- og sikkerhetsinteresser og vurdere hvilke tiltak som er nødvendige for å beskytte disse, må tiltakene underlegges en proporsjonalitetsvurdering.⁸⁶ Hvis mindre inngripende tiltak er tilgjengelige, plikter oppdragsgiver å benytte disse.

⁸⁰ Arrowsmith Volume 2, third edition (2018) s. 165 – 167.

⁸¹ EU-kommisjonens fortolkningsnotat - Anvendelse av traktatens artikkel 296 (nå 346) på området for forsvars-anskaffelser - punkt 5.

⁸² Veilederens punkt 3.2.

⁸³ EU-kommisjonens fortolkningsnotat - Anvendelse av traktatens artikkel 296 (nå 346) på området for forsvars-anskaffelser - punkt 5. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52006DC0779>). Se også sak C414/97 (Kommisjonen mot Spania), premiss 22.

⁸⁴ Se bla EU-domstolen avgjørelse i sak C-474/12.

⁸⁵ Når det gjelder det tilsvarende unntaket i TEUV artikkel 346, har EU-domstolen i flere avgjørelser understreket at omfatter «*clearly and exceptional cases*» og at bestemmelsen «*must be interpreted strictly*», jf. bla sak C-414/98 (Kommisjonen mot Spania) og sak C-284/05 (Kommisjonen mot Finland).

⁸⁶ Se bl.a. EU-domstolens avgjørelse i sak C-615/10 (InsTiimi) premiss 35 og KOFA sak 2014/86.

Å unnta anskaffelser fra anskaffelsesloven med tilhørende forskrifter etter EØS-avtalens artikkel 123 kan ha store markedsmessige konsekvenser. KOFA og domstolene kan videre ta stilling til om vilkårene for å benytte unntaket er oppfylt. Det er derfor viktig å foreta en grundig og konkret vurdering av om vilkårene er oppfylt i forkant av anskaffelsen dersom unntaket benyttes. Vurderingen må kunne dokumenteres på en hensiktsmessig måte i ettertid, av hensyn til etterprøvbarehet.

Konkrete vurderinger av nasjonale forsvars- og/eller sikkerhetsinteresser er særlig viktige i tilknytning til nødvendighetskravet. Tap av kompetanse, kapasitet, forsvarsevne eller øvrige forhold som kan true Norges behov for beredskap, forsyningsikkerhet og informasjonssikkerhet vil kunne være forhold som kan tillegges betydelig vekt.

For anskaffelser i forsvarssektoren har Forsvarsdepartementet etablert et system med forsvarsindustrielle vurderinger og analyser for å ivareta dette. Slike vurderinger og/eller analyser skal gjennomføres i en tidlig fase for samtlige investeringsanskaffelser, samt relevante driftsanskaffelser og strategiske tjenesteleveranser.⁸⁷

7.2.3 EØS-avtalen artikkel 123 bokstav a

EØS-avtalen artikkel 123 bokstav a gir adgang til å treffe tiltak som er nødvendig for å hindre spredning av opplysninger som er i strid med dens vesentlige sikkerhetsinteresser.

Det foreligger lite praksis på området. I forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets foretale, premiss 16, fremgår det at det tilsvarende unntaket i tidligere EU-traktatens artikkel 296 (nå TEUV 346) kan gjelde for særlig følsomme innkjøp som krever en ekstremt høy grad av fortrolighet. Det kan for eksempel være i tilfeller hvor kontrakter som inngås i militær eller sivil sektor er så følsomme at selv kontraktens eksistens må holdes hemmelig.

EØS-avtalens artikkel 123 bokstav a er imidlertid ikke avgrenset til bare å omfatte kontrakter der kontraktene i seg selv må holdes hemmelig. Bestemmelsen kan i utgangspunktet også anvendes der det er nødvendig å ivareta statens vesentlige sikkerhetsinteresser, selv om kontraktens eksistens ikke må skjermes fra offentlighet. Vurderingen må foretas ut fra i hvilken grad det er mulig å gjennomføre en konkurranse.

FOSA § 8-9 om krav til beskyttelse av gradert informasjon vil i de fleste tilfeller kunne avhjelpe situasjonen og ivareta oppdragsgiverens behov. Dersom ikke denne bestemmelsen eller andre bestemmelser i FOSA kan ivareta oppdragsgiverens behov for beskyttelse av gradert informasjon, for eksempel fordi det ikke lar seg gjøre å gjennomføre konkurransen uten at store mengder gradert informasjon må fremlegges, vil det være nødvendig å anvende EØS-avtalens artikkel 123 bokstav a. Det vises til veilederens punkt 7.2.2 (nødvendighetsvurdering).

7.2.4 EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b

Bokstav b er et forsvarsspesifikt unntak. Det stilles en rekke vilkår for å kunne unnta en anskaffelse fra anskaffelsesregelverket i medhold av dette unntaket.

⁸⁷ Brev fra FD til etatene i forsvarssektoren om operasjonalisering av Nasjonal forsvarsindustriell strategi) - FD 2016/1509-8/ros/7. nov 2016.

Materiell, varer og tjenester som omfattes av EØS 123

Tiltaket må angå produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon, krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlig for forsvarsformål (alternativ 1), eller angå forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål (alternativ 2).

Det er en rekke ulikheter mellom EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b og artikkel TEUV 346 bokstav b. EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b inneholder, i tillegg til «våpen, ammunisjon og krigsmateriell», en henvisning til «andre varer» (alternativ 1). Det er ingen tilsvarende henvisning til «andre varer» i TEUV artikkel 346 bokstav b.

Videre inneholder EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b et krav om at tiltaket må angå produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer «som er unnværlige for forsvarsformål». Kravet om uunnværlig for forsvarsformål kan sammenlignes med kravet i TEUV artikkel 346 bokstav b om at tiltakene må være «necessary for the protection of the essential interests of its security». Den nærmer forståelse og den praktiske betydningen av ulikhetene i disse kravene må imidlertid vurderes konkret.

Iht. EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b kan «forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål» unntas. TEUV artikkel 346 bokstav b har ikke et tilsvarende unntak.

EØS-avtalen artikkel 123 har videre ingen henvisning til Rådets beslutning av 15. april 1958 (1958-listen), slik TEUV artikkel 346 har. Dette innebærer at denne listen over varer som kan unntas etter TEUV artikkel 346 ikke automatisk kan legges til grunn etter EØS-avtalen artikkel 123. Som det fremgår nedenfor, kan listen imidlertid ha betydning for fortolkningen av hva som kan antas å være «våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er unnværlige for forsvarsformål» også etter EØS-avtalen artikkel 123

«Våpen og ammunisjon» er i forsvarssammenheng som et utgangspunkt produsert med det formål å benyttes i krig. Anskaffelse av militære våpen og ammunisjon vil derfor klart være omfattet av vilkåret.

Ordlyden «krigsmateriell» er et videre begrep enn «våpen og ammunisjon». Vurderingen av hvorvidt en type materiell er å regne som krigsmateriell etter EØS-avtalens artikkel 123 bokstav b, kan knyttes til om materialet er produsert eller utviklet med tanke på militærets særlige bruk.⁸⁸ At en type materiell er til militærets særlig bruk, innebærer at produktets egenskaper normalt ikke etterspørres i det sivile marked. Dette vil eksempelvis gjelde for bomber, torpedoer, missiler, militærkjøretøy, krigsskip mv. Slikt materiell er klart omfattet.

Våpen ammunisjon og krigsmateriell som står oppført på 1958-listen kan omfattes av EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b⁸⁹. Både EØS-avtalens artikkel 123 bokstav b og FOSA § 1-3

⁸⁸ KOFA sak 2003/27.

⁸⁹ Forsvarsdepartementets tolkningsuttalelse 19.september 2006.

(1) bokstav a kan, som nevnt i veilederens punkt 6.2.1, omfatte materiell som står oppført på denne listen. Oppdragsgiver må derfor vurdere om anskaffelsen kan gjennomføres iht. FOSA, jf. § 1-3 (1) bokstav a, eller om konkurranseutsetting eller åpenhet rundt anskaffelsen vil kunne være skadelig ut ifra forsvars- og sikkerhetshensyn, slik at anskaffelsen må unntas etter EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b. Momenter i gjennomgåns nedenfor.

Det foreligger noe KOFA-praksis på unntaket i EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b. I tillegg har EU-domstolen avsagt en rekke avgjørelser knyttet til det tilsvarende unntaket i TEUV artikkel 346.

KOFA⁹⁰ og EU-domstolens⁹¹ avgjørelser tilsier at dersom det aktuelle materiellet ikke trenger militære tilpasninger overhodet, og like gjerne kan anvendes sivilt som militært, vil materiellet neppe kunne anses for å være til militærets særlig bruk. Har materiellet militærtekniske egenskaper og skal anvendes utelukkende til militære formål o.l., kan vilkåret i bokstav b være oppfylt.

I juridisk teori er anskaffelse av sivile fly av typen Airbus A330 tomotors jettfly for transport av militært personell brukt som eksempel for anvendelsen av unntaket i TEUV artikkel 346 og grensedragningen som oppdragsgiver må foreta.⁹² Sivile Airbus A330 tomotors jettfly har et tilsvarende sivilt anvendelsesområde. Anskaffelsen kan dermed ikke unntas fra anskaffelsesregelverket, selv om anskaffelsen er til forsvarsformål (transport av militært personell). Dersom oppdragsgiveren i stedet velger å anskaffe en modifisert versjon av jettflyet for at det skal kunne etterfylle drivstoff på militære fly i luften, vil anskaffelsen kunne være omfattet. Det må imidlertid foretas en rekke militærtekniske tilpasninger av flyet for at det kan anses produsert eller utviklet med tanke på militærets særlige bruk.

Ikke endre konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål

Selv om en anskaffelse gjelder materiell, varer, forskning- og utviklingstjenester eller produksjonstyper som er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b, er det i tillegg krav om at tiltaket ikke endrer konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for militære formål.

Ordlyden «endrer konkurransevilkårene» peker på virkningen av tiltaket og vurderingen må foretas før unntaket benyttes.⁹³ Tiltaket må ikke føre til endrede konkurransevilkår på markedet for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål, altså det sivile markedet. Varer produsert med tanke på militærets særlige bruk medfører at tilsvarende varer ikke etterspørres i det sivile marked, og dermed i utgangspunktet til at konkurransevilkårene i det sivile marked ikke endres. Dersom en leverandør produserer varer både til militærets særlige bruk og andre varer til sivilt bruk, vil en anskaffelse av varer direkte for militære formål likevel kunne endre konkurransevilkårene for varer ikke bestemt for militære formål.

⁹⁰ Se KOFAs avgjørelser i bl.a. sak 2003/27, 2007/134, 2014/86 og 2017/34.

⁹¹ Sak C-337/05 (Augusta), C157/06 (Kommisjonen mot Italia), C-615/10 («Insinööritoimisto InsTiimi Oy»).

⁹² Arrowsmith, side 173.

⁹³ EU-kommisjonens fortolkningsnotat - Anvendelse av traktatens artikkel 296 (nå 346) på området for forsvars-anskaffelser.

Under er noen eksempler på avgjørelser fra KOFA og EU-domstolens knyttet til EØS-avtalen artikkel 123 og TEUV artikkel 346.

I sak 2003/27 tok KOFA stilling til om en anskaffelse av kirurgisk enhet som skulle benyttes av norske innsatsstyrker i internasjonale operasjoner kunne unntas fra anskaffelsesregelverket etter EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b. Det ble stilt en rekke militærspesifikke krav til produktet. Den kirurgiske enheten skulle bla beskyttes mot atom-, biologiske- og kjemiske våpen (ABC-våpen). KOFA kom til at den aktuelle anskaffelsen kunne unntas etter EØS-avtalens artikkel 123 bokstav b.

KOFA uttalte at EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b sonderer mellom to grupper av varer som begge kan være uunnværlige for forsvarsformål. Første kategori gjelder produkter som er bestemt for direkte militære formål. For denne gruppen er det ikke oppstilt noen vilkår for å treffe «tiltak». Andre kategori gjelder produkter som ikke er bestemt for direkte militære formål. Det kan da bare treffes «tiltak» som ikke endrer konkurransevilkårene mellom leverandørene. Dette innebærer en begrensning blant annet i muligheten til å forskjellsbehandle leverandørene. Det var ikke omtvistet at produktet var uunnværlig for forsvarsformål og bestemt direkte for militært bruk.

KOFA uttalte videre at det faktum at en vare også har et sivilt marked, ikke medfører noen begrensning i muligheten for å unnta anskaffelsen fra regelverket. Anskaffelsen gjelder da den kategori produkter hvor det kan treffes tiltak som innebærer endring i konkurransevilkårene mellom leverandørene. Dette er antakeligvis å gå noe langt sett i lys av senere rettspraksis.

KOFA sak 2008/134 gjaldt en anskaffelse av passive sonarsystem som inngikk som en integrert del av undervannsbåters våpensystem. KOFA-sekretariatet avviste klage fra en leverandør fordi anskaffelsen falt utenfor anskaffelsesregelverket og dermed utenfor klagenemndas virkeområde. Leverandøren klaget over sekretariatets avvisningsbeslutning. Nemndleder opprettholdt avvisningsbeslutningen og viste til at sonarsystemet var en integrert del av undervannsbåters våpensystem og hadde utelukkende militær anvendelse. Anskaffelsen var derfor omfattet av EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b og dermed ikke omfattet av anskaffelsesregelverket.

Leverandøren anførte i klagen at unntaket ikke kom til anvendelse med mindre det i konkurransegrunnlaget var gjort uttrykkelig oppmerksom på dette. Nemndleder uttalte at om unntaket gjelder eller ikke, vil avhenge av anskaffelsens karakter, som var detaljert beskrevet i konkurransegrunnlaget. Det kunne ikke være et krav at det uttrykkelig var opplyst i konkurransegrunnlaget anskaffelsen falt utenfor anskaffelsesloven. Det ble også vist til at det fremgikk av kunngjøringen at det dreide seg om en anskaffelse underlagt GPA, samt til at det av konkurransegrunnlaget fremgikk at ikke-norske leverandører måtte være villige til å delta i industrielle gjenkjøpsavtaler.

For ansatte i forsvarssektoren fremgår det av anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren⁹⁴ at «det må gjøres helt klart ovenfor leverandøren, eksempelvis i konkurransegrunnlaget eller øvrige anbudsdokumenter, at anskaffelsen ikke følger LOA og FOA eller FOSA.», jf. kommentar til ARF § 34-1.

KOFA sak 2014/86 gjaldt anskaffelse av rammeavtale for kjøp av lastebiler. KOFA la til grunn at lastebilene til dels var tungt pansret, utstyrt med forskjellige våpensystemer og for øvrig kjennetegnet av omfattende militære integrasjonskrav. Anskaffelsen ble iverksatt før FOSA trådte i kraft. Oppdragsgiver opplyste at lastevognporteføljen inngikk som en del av forsvarrets samlede militære logistikkapasitet, og var tilpasset forsvarrets særegne behov. Lastevognene skulle ha integrert kommando-, kontroll-, og informasjonssystemer, elektroniske jammere, røykutskytere og våpen/våpenmontasjer/fjernstyrte våpenstasjoner. Ut fra Forsvarets logistikkorganisasjons beskrivelse, la KOFA til grunn at de aktuelle lastebilene var produsert med tanke på militærets særlige bruk, og ikke beregnet for, eller egnet til, sivil bruk. Lastebilene var etter klagenemndas syn å anse som "krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål". Anskaffelsen kunne derfor etter sin karakter være omfattet av unntaksbestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 123.

KOFA vurderte deretter om oppdragsgiver hadde sannsynliggjort at det var nødvendig å unnta anskaffelsen fra anskaffelsesregelverket under henvisning til det EU-rettslige proporsjonalitetsprinsippet om at medlemsstatene ikke kan benytte strenge tiltak enn nødvendig for å oppnå sine mål, jf. EU-domstolens avgjørelse i sak C-474/12 premiss 37. I interne dokumenter utarbeidet før kunngjøring av prekvalifisering, var bakgrunnen for at anskaffelsen ble unntatt anskaffelsesregelverket begrunnet i et ønske om å hemmeligholde informasjon om lastebilene som kunne si noe om forsvarrets kapasitet og utholdenhet i operasjoner. Dette er hensyn som er relevante ved vurderingen av om en anskaffelse kan unntas anskaffelsesregelverket etter EØS-avtalens artikkel 123. KOFA til grunn at oppdragsgiver kunne ha behov for å fravike kravene om gjennomsiktighet, innsyn og åpenhet rundt anskaffelsen, og hadde ikke grunnlag for å si at oppdragsgivers vurdering på dette punktet ikke var saklig eller riktig.

KOFA uttalte at det var grunn til å reise spørsmål om hvorfor anskaffelsen ikke var delt opp, slik at bare de deler som gjorde hemmelighold nødvendig, ble unntatt fra anskaffelsesregelverket. Oppdragsgiver hadde begrunnet dette i store driftsbesparelser ved å holde hele porteføljen samlet til en systemleverandør. Klager hadde ikke anført at innklagede hadde plikt til å dele opp og kunngjøre deler av anskaffelsen, og KOFA hadde ikke foranledning til å gå nærmere inn på spørsmålet.

KOFA sak 207/34 gjaldt inngåelse av rammeavtale for kjøp av flydeler til flytypen F-16 Fighting Falcon. Anskaffelsen ble gjennomført etter det interne anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren, ARF. KOFA understreket at unntaket i EØS-avtalen artikkel 123 ikke kan påberopes i større grad enn det som er i samsvar med det EU/EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet, som innebærer at medlemslandene ikke kan benytte strengere

⁹⁴ Veilederens punkt 3.1.

tiltak enn det som er nødvendig for å oppnå formålet, jf. KOFA sak 2014/86 premis 31, med videre henvisning til EU-domstolens sak C-474/12.

Begrunnelsen for å unnta anskaffelsen fra anskaffelsesregelverket var særlig begrunnet i behovet for å gjennomføre forhandlinger med tilbyderne, herunder ta opp forhold av sensitiv art knyttet til flåtens operasjonelle evne. KOFA fant at anskaffelsen var lovlig unntatt etter EØS-avtalen artikkel 123 og uttalte at de hensyn som Forsvarets logistikkorganisasjon hadde vist til, var godt innenfor formålet om å sikre Forsvarets handlefrihet og fleksibilitet på et sensitivt område av stor nasjonal betydning, jf. Rt. 2005 s. 1638 (New Pac). Anskaffelsen var gjennomført FOSA, som gir oppdragsgiver adgang til å benytte konkurranse med forhandling i anskaffelser over EØS-terskelverdier, trådte i kraft.

I sak C-337/05 (Augusta) tok EU-domstolen stilling til kjøp av sivile helikoptre. Under domstolsbehandlingen var det enighet mellom partene om at helikoptrene hovedsakelig skulle brukes til sivile formål og muligens til militære formål. EU-domstolen kom til at dette ikke var tilstrekkelig for at unntak kunne påberopes. Resultatet ville ikke blitt annerledes dersom helikoptrene hovedsakelig skulle brukes til militære formål, ettersom helikoptrene kunne anvendes til både sivile og militære formål. Domstolen viser til at slikt materiell ikke omfattes av TEUV artikkel 346. Tilsvarende vurderinger fremgår også i sak C157/06, Kommisjonen mot Italia, som gjaldt anskaffelse av helikopter som skulle benyttes av politi og forsvar i den rådgivende uttalelsen fra EU-domstolen, sak C 615-10.

EU-domstolen har foretatt ytterligere presiseringer og fastslått at materiell til forsvarsformål med muligheter for tilsvarende sivilt anvendelsesområde, bare kan unntas så fremt materialet er designet eller produsert for forsvarsformål, jf. sak C-615/10 («*Insinöörtoimisto InsTiimi Oy*»). Saken som gjaldt anskaffelse av dreieplattformer til det finske forsvaret. Dreieplattformene var satt sammen av sivile komponenter. EU-domstolens rådgivende uttalelse kan forstås som at det ikke er tilstrekkelig å vise til 1958-listen ved vurdering av unntak. Man må altså i tillegg vurdere om materiell på 1958-listen er designet eller produsert for forsvarsformål for at unntak skal være aktuelt.

I sak C 246/12 (Elinia Nafpigeia mot EU-Kommisjonen) tok EU-domstolen stilling til om Hellas hadde anledning til å yte statsstøtte til et gresk skipsverft. Skipsverftet opererte hovedsakelig innen militær sektor, men var tillegg involvert i det sivile marked. Hellas argumenterte for at skipsverftets sivile aktiviteter var en nødvendig forutsetning for verftets militære aktiviteter og at støtten derfor i sin helhet kunne unntas med hjemmel i artikkel 346. EU-domstolen slo fast at det iht. 346 må etableres et skarpt skille mellom handel og produksjon av våpen, ammunisjon og krigsmateriell på den ene side og andre økonomiske aktiviteter på den andre siden. Statsstøtte kunne dermed ikke unntas på bakgrunn av at verftets aktiviteter angikk utvikling av militært materiell.

I lys av EU-domstolens avgjørelse må det trekkes et skille mellom militære og sivile aktiviteter. Dersom midler til finansiering av militære tjenester benyttes til å finansiere kommersiell virksomhet, innebærer dette kryssubsidiering og således ulovlig statsstøtte.

Hvorvidt tilsvarende hensyn gjør seg gjelder på anskaffelsesområdet må vurderes konkret. ESA kan velge å undersøke om en unntaksanskaffelse av militære jagerfly har medført konkurransevridning i det sivile marked, for eksempel dersom produsenten benytter sivile flymotor som har et kommersielt marked.

7.2.5 EØS-avtalen artikkel 123 bokstav c

Det kan utledes tre alternative vilkår av EØS-avtalen artikkel 123 bokstav c. Staten kan treffe tiltak:

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

TEUV artikkel 346 inneholder ingen tilsvarende unntaksadgang. EØS-avtalen artikkel 123 bokstav c har imidlertid mange likhetstrekk med TEUV artikkel 347, selv om artikkel 347 ikke gir eksplisitt hjemmel for å trekke slik tiltak, men angir at medlemsstatene skal rådføre seg med hverandre og søke å unngå at det indre marked påvirkes av slike tiltak. EØS-avtalen artikkel 123 er en klarere unntakshjemmel i slike tilfeller, men den nærmere forståelse og den praktiske betydningen av disse bestemmelsene må vurderes konkret.

Vilkår nr. 1) og 2) kan være aktuelt å anvende dersom alvorlig indre uro, krig eller alvorlig internasjonal spenning medfører at det ikke er mulig å overholde de frister som gjelder i anskaffelsesregelverket.

Vilkår nr. 3) kan være aktuelt å anvende for å oppfylle avtaler Norge har påtatt seg med hensyn til fredsbevarende operasjoner eller internasjonale operasjoner, eksempelvis ved at Norge er medlem i FN og NATO. Vilkåret kan derimot ikke forstås som et generelt unntak for alle avtaleforpliktelser Norge har påtatt seg gjennom slikt medlemskap. Slik departementet ser det må det kreves noe ytterligere for at unntaket i EØS-avtalen artikkel 123 bokstav c skal kunne anvendes.

Hverken forarbeider eller norsk rettspraksis og KOFA-praksis har så langt berørt problemstillinger knyttet til anvendelse av EØS-avtalen artikkel 123 bokstav c. Det må derfor tas utgangspunkt i EU-domstolens rettspraksis.

EU-domstolen har slått fast at den enkelte medlemsstat må begrunne at det foreligger unntakssituasjoner som omfattes av vilkårene i artikkel 347. I sak C-120/94 (Kommisjonen mot Hellas), tok domstolen stilling til om Hellas hadde overtrådt artikkel 224 (nå artikkel 347) ved å iverksette en embargo på handel mot den tidligere Jugoslaviske republikk Makedonia. Embargoen ble avsluttet før saken ble tatt opp til behandling i EU-domstolen. Generaladvokat Jacobs avga imidlertid en innstilling i saken, hvor det ble vist til at medlemsstatenes vurdering av om det foreligger et grunnlag for å konstatere at landet står

overfor en fare for krig, er et vurderingstema som langt på vei må baseres på medlemsstatens egen oppfatning.⁹⁵

Departementet antar således at staten har en noe større adgang til å påberope EØS-avtalens artikkel 123 bokstav c ut fra subjektive oppfatninger, sammenlignet med hva som er utgangspunktet etter EØS-avtalens artikkel 123 bokstav a og b. I sak C-222/84 (Johnston) viser imidlertid EU-domstolen til at artikkel 347 er knyttet til «exceptional and clearly defined cases» og at bestemmelsen følgelig ikke dekker «all measures taken for reasons of public safety.»⁹⁶

EØS-avtalens artikkel 123 bokstav c kan derfor i utgangspunktet bare anvendes i klart avgrensede tilfeller og begrunnet i offentlig sikkerhet, eksempelvis ved at konkrete hendelser har oppstått eller er nært forestående.

I enkelte særtilfeller vil det imidlertid ikke være krav om at konkrete hendelser har oppstått eller er nært forestående for at artikkel 123 bokstav c kan være anvendelig. For eksempel legger departementet til grunn at strenge forsyningssikkerhetskrav kan begrunne at anskaffelser av visse typer av varer, tjenester, materiell og lignende kan foretas direkte fra nasjonal industri etter EØS avtalens artikkel 123 bokstav c, på tilsvarende måte som etter EØS-avtalens artikkel 123 bokstav b.

Tiltak som skal sikre nasjonal kapasitet og kompetanse innenfor prioriterte teknologiske kompetanseområder i Meld. St. 9 (2015-2016) (Nasjonal forsvarsindustriell strategi) faller som tidligere nevnt primært innenfor EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b. Tilsvarende tiltak innenfor andre sivile/militære områder kan begrunne unntak etter EØS-avtalens 123 bokstav c. Dette gjelder særlig for kontrakter som inngås i både sivil/militær sektor av hensyn til sikkerhet i tilfelle av alvorlig indre uro og som truer den offentlige orden, eksempelvis ved innkjøp av sensitivt medisinsk utstyr som skal benyttes til behandling ifm. biologisk angrep.⁹⁷ Proporsjonalitetsprinsippet tilsier imidlertid at det må være tale om forsyningssikkerhetskrav som er såpass strenge at selv kravene som kan stilles i medhold av FOSA § 8-8 ikke er tilstrekkelige.

Campus Oil-saken, sak C-72/83, kan være illustrerende for tiltak som potensielt kan treffes. Frem til 1979 bestod det irske oljemarkedet av utenlandske oljeselskaper. Irland besluttet i 1979 å etablere et eget statlig oljeselskap ved navn Irish National Petroleum Cooperation Limited (INPC) av hensyn til strenge forsyningssikkerhetskrav. I 1982 ble alle importører av raffinert olje pålagt å kjøpe olje fra et raffineri underlagt INPC etter gitte priser. Nevnte foranstaltning ble truffet for å unngå at oljeforsyninger kom fra utlandet og ikke nasjonalt. EU-domstolen viste i sin avgjørelse til at Irland kunne treffe nevnte foranstaltninger av hensyn til sin egen forsyningssikkerhet, sett i lys av den betydning for Irlands nasjonal sikkerhet.

⁹⁵ Se for øvrig Arrowsmiths omtale av saken på side 178.

⁹⁶ Sak C-222/84, premiss 26.

⁹⁷ Arrowsmith, side 179.

7.3 Forskning- og utviklingsprosjekter mellom to eller flere medlemsland

7.3.1 Innledning

Forskning og utvikling er et viktig og sentralt virkemiddel for å styrke den europeiske forsvarsteknologiske basen. For å oppnå dette formålet, er det i FOSA inntatt et eget unntak for forskning og utvikling som ikke gjelder tilsvarende i de øvrige anskaffelsesforskriftene, herunder forskning og utviklingsprosjekter som gjennomføres mellom to eller flere land i samarbeid for å utvikle et nytt produkt, jf. FOSA § 1-3 (2) bokstav c. Det presiseres at veilederens omtale av dette unntaket i stor grad bygger på fortolkningsnotatene til EU-kommisjon i mangel av øvrige rettskilder.⁹⁸

Innkjøperen gjøres oppmerksom på at det i tillegg til unntaket for forsknings- og utviklingsprosjekter mellom to eller flere medlemsland, er et annet unntak for forsknings- og utviklingstjenester i FOSA, jf. § 1-3 (2) bokstav g.⁹⁹ Unntaket for FoU-tjenester i FOSA kommer til anvendelse når oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten eller den ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet. Dette unntaket er har store likhetstrekk med unntaket i anskaffelsesforskriften § 2-5, selv om bestemmelsene er noe ulikt utformet. FOSAs definisjon av forskning og utvikling er forholdsvis detaljert utformet sammenlignet med anskaffelsesforskriften.¹⁰⁰

7.3.2 Hva oppdragsgiver må vurdere

Det følger av § 1-3 (2) bokstav c at FOSA ikke får anvendelse på «kontrakter som tildes som ledd i et samarbeidsprosjekt basert på forskning og utvikling og som gjennomføres av EØS-stater i fellesskap for å utvikle et nytt produkt, hvor det er relevant, de senere faser av hele eller deler av produktets levetid.»

Forskning og utvikling

For det første må kontrakten angå «forskning og utvikling». «Forskning og utvikling» iht. FOSA er alle aktivitet som omfatter «grunnforskning, anvendt forskning og eksperimentell utvikling, hvor sistnevnte kan omfatte utvikling av teknologidemonstratorer, det vil si anordninger som viser et nytt konsept eller en ny teknologisk ytelse i et relevant eller representativt miljø», jf. § 4-1 bokstav e.

FOSAs definisjon av forskning og utvikling må sees i sammenheng med innholdet i selve unntaksbestemmelsen. Det betyr blant annet at selv om aktiviteter i et samarbeidsprosjekt omfattes av definisjonen, må aktivitetene innebære utvikling av et «nytt produkt», jf. FOSA § 1-3 (2) bokstav c, for at prosjektet omfattes av unntaket.

⁹⁸ EU-kommisjonens fortolkningsnotater om «Forskning og utvikling», «Unntak» og «Fellesanskaffelser».

⁹⁹ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, «Unntak», side 1, og «Forskning og utvikling», side 3.

¹⁰⁰ Den detaljerte utformingen av definisjonen er ment til å sikre forutberegnelighet for oppdragsgivere som vurderer om anskaffelser av forsknings- og utviklingstjenester og FoU-samarbeidsprosjekter kan unntas fra FOSA.

Ordlyden «nytt produkt» i FOSA § 1-3 (2) bokstav c innebærer at det må stilles krav om at leverandører i et samarbeidsprosjekt skal utvikle og levere produkter som ikke allerede er utviklet fra før av i markedet. Kontraktene i et samarbeidsprosjekt må med andre ord ha forsknings- og utviklingselementer ved seg og kontraktens formål må være å tilføre noe nytt, eksempelvis at leverandører skal bidra til utvikling av nye produkter gjennom ulike forsknings- og utviklingsfaser.

Det sentrale for alle typer av kontrakter som omfattes, er således at kontrakten har til hensikt å utvikle eller videreutvikle nye produktløsninger, eksempelvis modeller, teknologi og lignende, som ikke allerede er tilgjengelig i dagens marked. Anskaffelse av hyllevarer faller derfor klart utenfor unntaket.

Det sentrale er videre at utviklingen av et nytt produkt gjennomføres i ulike faser, eksempelvis grunnforskning, anvendt forskning og eksperimentell utvikling. I FOSA § 1-3 (2) bokstav c åpnes det i tillegg for at senere faser kan unntas, som f.eks. produksjon og vedlikehold. Fremstilling og kvalifisering av prototyper i preproduksjonsfasen, verktøy eller industriell ingeniørvirksomhet, industrielt design eller fremstilling faller imidlertid utenfor FOSAs anvendelsesområde.¹⁰¹

Det er viktig å være klar over at dersom oppdragsgiveren deltar i en bestemt fase av et forsknings- og utviklingsprogram, eksempelvis utviklings og produksjonsdelen, men senere bestemmer seg for å gjennomføre tjenesteanskaffelser tilknyttet produktet på egenhånd via en nasjonal oppdragsgiver og utenfor samarbeidsprosjektets rammer, kommer FOSA til anvendelse.

Kontrakter må tildeles som ledd i samarbeidsprosjekt og utføres av EØS-stater i fellesskap

Oppdragsgiveren må for det annet vurdere om kontrakten tildeles som ledd i et samarbeidsprosjekt og utføres av EØS-stater i fellesskap.

Ordlyden «tildeles som ledd» omfatter alle kontrakter som er tildelt av eller på vegne av oppdragsgivere i en EØS-stat innenfor rammene av et samarbeidsprogram. Eksempelvis omfatter dette tilfeller der Norge og en annen EØS-stat oppretter et samarbeidsprosjekt og Norge inngår avtaler med leverandører på vegne av EØS-staten og innenfor prosjektets rammer. I tillegg omfattes programmer som administreres av internasjonale organisasjoner og gjennomføres i samarbeid med EØS-stater. Dette gjelder for kontrakter som tildeles av OCCAR, NATO, European Defence Agency (EDA) eller andre relevante internasjonale organisasjoner på vegne av EØS-statene. Kontrakter som er tildelt av oppdragsgivere i en EØS-stat som opptre på vegne av en eller flere andre medlemsstater omfattes også av ordlyden «som ledd i et samarbeidsprosjekt».

At samarbeidsprosjekter må utføres av «minst to EØS-stater i fellesskap», innebærer at prosjektet som sådan ikke behøver å være begrenset til deltakelse fra bare EØS-stater. Samarbeidsprosjektet kan også omfatte deltakelse fra tredjeland, så fremt to øvrige EØS-stater deltar. Ordlyden «i fellesskap» innebærer imidlertid at prosjektene må være basert på

¹⁰¹ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale premiss 13.

et genuint samarbeid, eksempelvis forholdsmessig deling av teknisk og økonomisk risiko og muligheter for deltakelse i beslutningsprosesser underveis i prosjektet. Det er full anledning for andre stater til å tre inn i et samarbeidsprosjekt for de senere faser av programmet. Forutsetningen er imidlertid at staten blir et fullverdig medlem av samarbeidsprosjektet. En deltakelse må følgelig være formalisert ved avtale med de øvrige deltakende medlemsstater, og innebære spesifikke rettigheter og forpliktelser for alle medlemmer av samarbeidsprogrammet.

ESA

Ethvert samarbeidsprosjekt som unntas etter FOSA § 1-3 (2) bokstav c skal meldes til ESA, hvis verdien av kontraktene overstiger terskelverdiene i FOSA § 2-2. Meldingen som oppdragsgiveren sender til ESA må inneholde de samlede utgiftene til samarbeidsprosjektet, herunder andeler og kostnader til forsknings- og utvikling og kostnadsfordelingen mellom avtalepartene. Dersom det er aktuelt, må den antatte andel av planlagte anskaffelser per avtalepart meldes til ESA.

Informasjonen som oversendes ESA må være tilstrekkelig til å vise at prosjektet gjelder utvikling av et nytt produkt og at deltakelse av medlemsstatene er mer enn bare symbolske bidrag til prosjektet. Det kan være forskjeller mellom medlemsstatenes budsjetter og størrelse på de individuelle bidragene kan følgelig variere betydelig i forsknings- og utviklingsprosjektet. Dette vil bli hensyntatt i ESAs vurdering av prosjektene. Slike vurderinger vil ikke bare være basert på en kvantitativ tilnærming, det må også ses hen til samarbeidets natur og kvaliteten på hver medlemsstats deltakelse.

7.4 Kontrakter som en stat tildeler en annen stat

7.4.1 Innledning

FOSA § 1-3 annet ledd bokstav h unntar kontrakter som en stat tildeler en annen stat. Slike kontrakter er unntatt fra regelverket på grunn av forsvarsmarkedets særegne karakter. I noen tilfeller kreves det et militært samarbeid mellom partene som har mer til felles med partnerskapslignende forhold enn ordinære forhold mellom oppdragsgiver og leverandør. I fortalen til forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet uttrykkes det således at nasjonale sikkerhetshensyn kan begrunne at varer, tjenester og lignende anskaffes direkte fra en annen stat i stedet for at anskaffelsesregelverket anvendes. Dette må i så fall vurderes konkret.

7.4.2 Hva oppdragsgiver må vurdere

For at en kontrakt skal kunne unntas FOSA etter § 1-3 (2) bokstav h, må kontrakten være tildelt av en stat til en annen stat. Begrepet «stat» omfatter statlige, regionale eller lokale myndigheter i et medlemsland eller i en tredjestat.¹⁰² For at en kontrakt kan anses for å være tildelt fra en stat til en annen stat, må kontrakten inngås på myndighetsnivå mellom to stater, eksempelvis på departementsnivå eller ved at underliggende etater inngår kontrakter på vegne av departementene etter fullmakt.

¹⁰² EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Unntak, side 10. Se også forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets artikkel 1 nr. 19.

Unntaket kan omfatte tjenestekontrakter som inngås direkte mellom stater. Dette vil eksempelvis gjelde for avtaler som Norge inngår med andre stater om opplæring av norsk militært personell i håndtering av utviklet militært materiell, eksempelvis opplæring av militære piloter. Departementet legger til grunn at slike tjenestekontrakter klart vil være dekket av unntaket. Unntaket kan også omfatte anskaffelse av nytt materiell både fra EU-stater og tredjestater, eksempelvis materiell som anskaffes direkte fra USA via det såkalte Foreign Military Sales-programmet (FMS).

Unntaket kan dessuten omfatte videresalg av materiell fra egne lagre til andre stater, eksempelvis salg og videresalg av materiell via NATO Logistic Stock Exchange eller salg og videresalg av overskuddsmateriell fra Forsvarets lagerbeholdning til andre stater. Merk at dersom selger er en EØS-stat, er utgangspunktet at det opprinnelige kjøpet må være gjennomført i tråd med forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet og for Norges del iht. FOSA. Videre selges materiellet, kan imidlertid videresalget unntas med hjemmel i FOSA § 1-3 (2) bokstav h.

7.5 Kontrakter som inngås i tredjeland med lokale leverandører vedrørende innkjøp til stasjonerte tropper

Militære operasjoner gjennomføres ofte i tredjeland. Å pålegge oppdragsgiveren plikt til å tildele kontrakter til EØS-leverandører i slike områder vil potensielt medføre uforholdsmessig høye transportkostnader, forsinkelser og gjennomføring av ytterligere sikkerhetstiltak, som samlet sett vil kunne svekke militære kapabiliteter til tropper på bakken. Det er derfor inntatt et spesifikt unntak i FOSA for inngåelse av slike kontrakter. I FOSA åpnes det for at oppdragsgiveren kan inngå kontrakter direkte med lokale leverandører i tredjeland basert på operasjonelle behov. Hvorvidt unntaket kommer til anvendelse må vurderes konkret.

Iht. FOSA § 1-3 (2) bokstav i kommer forskriften ikke til anvendelse «på kontrakter som inngås i tredjeland med lokale leverandører vedrørende innkjøp til stasjonerte tropper, dersom operasjonelle behov gjør det nødvendig».

Unntaket omfatter kun kontrakter som tildeles av oppdragsgivere som er stasjonert i operasjonsområdet. Innkjøpene må m.a.o. foretas av personell som er en del av innsatsstyrken for at unntak etter FOSA § 1-3 (2) bokstav i skal være aktuelt. Innkjøp foretatt av merkantile miljøer hjemme i Norge faller således utenfor.

Unntaket omfatter sivile og militære innkjøp som er direkte forbundet med gjennomføring av internasjonale operasjoner. Militære innkjøp vil eksempelvis kunne omfatte forsvarsmateriell og gradert materiell med tilknyttede bygge- og anleggsarbeider og tjenester. Sivile innkjøp vil eksempelvis kunne gjelde kjøp av mat fra lokale leverandører. Videre vil sivile bygge- og anleggsarbeider eller levering av sivile vare- og tjenesteytelser til logistiske formål omfattes, for eksempel lagring, transport av og helsetjenester til personell, distribusjon, vedlikehold og disponering av materiell, i tillegg til bygging, vedlikehold, drift og disponering av anlegg.

At kontrakten må inngås i tredjeland, innebærer ikke noen plikt for oppdragsgiveren til å inngå kontrakter i selve operasjonsområdet. Situasjonen på bakken kan være kritisk å tale for at kontrakter av rene sikkerhetsmessige grunner må inngås i omkringliggende

geografiske soner, eksempelvis i tilknyttede naboland. Det er heller ikke krav i FOSA om at leverandøren må være hjemmehørende i et tredjeland for at unntak skal være aktuelt. Ordlyden «lokale leverandører» må forstås som krav til geografisk plassering i tredjeland med tilknyttede land. Departementet legger derfor til grunn at lokale leverandører som er datterselskaper til selskaper hjemmehørende i EØS-stater eller andre tredjestater omfattes av unntaket.

7.6 Kontrakter som faller innunder etterretningsvirksomhet

Kontrakter som faller inn under etterretningsvirksomhet er unntatt fra FOSA, jf. § 1-3 (2) bokstav j. Begrepet «etterretningsvirksomhet» omfatter anskaffelser som foretas av sivile og militære etterretningstjenester, eller innkjøp til alle former for etterretningsvirksomhet, herunder kontraspionasje.¹⁰³ Det er opp til hvert enkelt medlemsland å definere etterretningsvirksomhet, herunder kontraspionasje.¹⁰⁴

Selv om det er opp til hvert enkelt medlemsland å definere egen etterretningsvirksomhet, må anskaffelsen uansett være til etterretningsformål for at den skal være omfattet av unntaket.¹⁰⁵ Dette kan være kontrakter som angår grensekontroll, bekjempelse av terrorisme, samt organisert kriminalitet.¹⁰⁶ Konkurransetsetting av slike kontrakter vil være problematisk på grunn av anskaffelsesregelverkets krav til gjennomsiktighet, innsyn og åpenhet. Anskaffelsene kan derfor unntas FOSA etter § 1-3 (2) bokstav i) begrunnet i anskaffelsenes sensitivitet. Gjelder i stedet anskaffelsene helt ordinære varer som ikke er til etterretningsformål, er utgangspunktet at anskaffelsesforskriften må anvendes.

7.7 Kontrakter som er regulert av andre anskaffelsesregler

I FOSA § 1-3 (3) er det egne unntak for anskaffelser som er regulert av andre anskaffelsesregler enn det ordinære anskaffelsesregelverket. Det følger av FOSA § 1-3 (3) at forskriften ikke får anvendelse på kontrakter som er regulert av anskaffelsesregler nevnt i bestemmelsens bokstav a til c, dvs. i henhold til visse internasjonale avtaler eller overenskomster og internasjonale organisasjoners fremgangsmåte.

For at tredje ledd skal komme til anvendelse, må traktater, overenskomster eller internasjonale organisasjoners fremgangsmåte inneholde et sett med regler som spesifikt regulerer tildeling av kontrakter, samt gir et minimum av detaljer omkring prinsipper og ulike steg som følges når kontrakt skal tildeles.¹⁰⁷

Dersom en avtale ikke inneholder spesifikke anskaffelsesregler for tildeling av en kontrakt, vil det heller ikke være anledning for oppdragsgiveren til å gjøre unntak etter FOSA § 1-3 (3). Inngår for eksempel Norge og en tredjestat en Memorandum of Understanding (MoU) om forsvarsmateriellsamarbeid, vil anskaffelser som gjennomføres iht. MoUen kun være dekket

¹⁰³ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale, premiss 27.

¹⁰⁴ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Unntak, side 6. Dersom andre etater gjennomfører anskaffelser på vegne av etterretningstjenestene, vil unntaket også gjelde.

¹⁰⁵ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Unntak, side 6.

¹⁰⁶ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Unntak, Side 6.

¹⁰⁷ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Unntak, side 2.

av tredje ledd (bokstav c) så fremt MoUen inneholder spesifikke regler om hvordan anskaffelsene skal gjennomføres.

Kontrakter som inngås i tredjeland i henhold til en internasjonal avtale eller overenskomst inngått i forbindelse med innkjøp til stasjonerte tropper

FOSA § 1-3 (3) bokstav a gir unntak for kontrakter som er regulert av andre anskaffelsesregler og tildelt «i henhold til en internasjonal avtale eller overenskomst inngått i forbindelse med stasjonering av tropper». Unntaket i bokstav § 1-3 (3) bokstav a omfatter både kontrakter som inngås med leverandører fra EØS-stater og tredjeland.

Kontrakter som inngås for en internasjonal organisasjon

FOSA § 1-3 (3) bokstav b gir unntak for kontrakter som er regulert av andre anskaffelsesregelverket og tildelt «i henhold til en internasjonal organisasjons særlige fremgangsmåte og anskaffelsen er gjort for organisasjonen».

Begrepet «internasjonal organisasjon» er ikke definert i FOSA. På forsvarsområdet er NATO og FN eksempler på en internasjonal organisasjon.

NATOs egen etat, NATO Support and Procurement Agency (NSPA), gjennomfører anskaffelser på vegne av Norge. I slike tilfeller stiller ofte Norge investeringsmidler til disposisjon for anskaffelsen, mens NSPA foretar selve anskaffelsen i henhold til NATOs anskaffelsesregelverk og undertegner kontrakten med valgte leverandør. Dersom det aktuelle materiellet skal anvendes innenfor rammene av vårt NATO medlemskap, kan kontrakten unntas fra FOSA etter FOSA § 1-3 (3) bokstav b.

Kontrakter som er tildelt i henhold til internasjonal avtale inngått mellom en eller flere EØS-stater og en eller flere stater som ikke er en del av EØS-avtalen.

FOSA § 1-3 (3) bokstav c gir unntak for kontrakter som er regulert av andre anskaffelsesregelverk og tildelt «i henhold til internasjonal avtale inngått mellom en eller flere EØS-stater og en eller flere stater som ikke er part i EØS-avtalen». Unntaket inneholder ingen uttrykkelige begrensninger med hensyn til hva slags intensjonale avtaler som omfattes. Unntaket kan derfor gjelde alle forsvars- eller sikkerhetsrelaterte forhold.¹⁰⁸

Ordlyden «internasjonale avtaler» omfatter både internasjonale traktater og Memorandum of Understanding (MoU) som inngås på regjeringsnivå. Avtalene må imidlertid, som også nevnt innledningsvis i punkt 7.7, inneholde spesifikke anskaffelsesregler for å være omfattet.¹⁰⁹ Oppdragsgivere må være klar over at unntaket ikke omfatter avtaler som inngås mellom regjering og andre juridiske personer, eksempelvis statlige aksjeselskap.¹¹⁰

¹⁰⁸ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Unntak, side 3.

¹⁰⁹ Se også EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Unntak, side 3.

¹¹⁰ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, unntak, side 3.

7.8 Samarbeid i offentlig sektor

Det offentlige står fritt til å organisere sin virksomhet på den måte som det finner mest hensiktsmessig for å løse sine oppgaver. Denne friheten gjelder også valg av fremgangsmåte når forvaltningen skal dekke sitt behov for varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider. Det betyr at en offentlig oppdragsgiver kan bestemme om han vil dekke sin etterspørsel ved hjelp av eksterne leverandører, eller ved å ta i bruk egne ressurser. I det siste tilfellet sier man at det offentlige utfører leveransen i egenregi.¹¹¹ Oppdragsgiveren må selv vurdere om det er mest hensiktsmessig å dekke behovet ved egenregi, eller ved bruk av eksterne leverandører.¹¹²

Dersom en ytelse leveres i egenregi, foreligger det ingen kontrakt i anskaffelsesrettslig forstand og anskaffelsesregelverket kommer ikke til anvendelse. Et typisk eksempel er der to enheter innenfor samme rettssubjekt inngår en avtale.¹¹³

Dersom det inngås en gjensidig bebyrdende avtale mellom to separate, selvstendige rettssubjekter, kommer som utgangspunkt anskaffelsesregelverket til anvendelse. Dette utgangspunktet gjelder også der det inngås kontrakter mellom to offentlige oppdragsgivere, eksempelvis mellom to kommuner.¹¹⁴

Det kan imidlertid være en slik tilknytning mellom to rettssubjekter at anskaffelsesregelverket likevel ikke kommer til anvendelse, såkalt utvidet egenregi. Unntaket for utvidet egenregi forutsetter et slags over-/underordnet forhold mellom oppdragsgiveren og leverandøren.¹¹⁵

Bestemmelser om samarbeid i offentlig sektor er ikke regulert i FOSA slik som i anskaffelsesforskriften. Bestemmelser om samarbeid i offentlig sektor er inntatt i anskaffelsesforskriften kapittel 3.¹¹⁶ Innholdsmessig er reglene i anskaffelsesforskriften i stor grad en kodifisering av tidligere rettspraksis fra EU-domstolen.¹¹⁷ Det er derfor relevant å se hen til både EU-domstolens avgjørelser og anskaffelsesforskriftens bestemmelser når kontrakter om offentlig samarbeid på forsvars- og sikkerhetsområdet vurderes unntatt fra FOSA . Oppdragsgiveren gjøres imidlertid oppmerksom på at det er gjort visse endringer fra EU-domstolens praksis og foretatt enkelte presiseringer av unntakenes anvendelsesområde i anskaffelsesforskriften.¹¹⁸ Det er således enkelte forskjeller mellom de kodifiserte bestemmelsene i anskaffelsesforskriften og EU-domstolens rettspraksis som fortsatt vil gjelde under FOSA.¹¹⁹

¹¹¹ Reglene om egenregi gjennomgås i veileder til anskaffelsesforskriften punkt 4.2.

¹¹² Veileder til anskaffelsesforskriften, side punkt 4.1.

¹¹³ Veileder til anskaffelsesforskriften, side punkt 4.1.

¹¹⁴ Veileder til anskaffelsesforskriften, side punkt 4.2.

¹¹⁵ Utvidet egenregi omtales i veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 4.3. Enkelte samarbeidsavtaler mellom offentlige oppdragsgivere kan også på visse vilkår være unntatt anskaffelsesregelverket. Dette unntaket er regulert i anskaffelsesforskriften § 3-3 og omtales nærmere i veileder til anskaffelsesforskriften punkt 4.4.

¹¹⁶ Veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 4.2.

¹¹⁷ Veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 4.2.

¹¹⁸ Veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 4.2.

¹¹⁹ Veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 4.1, jf. også Arrowsmith side 224.

Disse begrensningene kan til en viss grad ha praktisk relevans for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.¹²⁰ Enkelte medlemsland vil eksempelvis fortsatt etablere nasjonale depot for vedlikehold av forsvarsmateriell innenfor anvendelsesområdet til den såkalte Teckal-doktrinen.¹²¹ I sak C-107/98 (Teckal) premiss ble doktrinen fastslått av EU-domstolen. Det er to vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge utvidet egenregi mellom to rettssubjekter¹²²:

- Oppdragsgiver må ha en kontroll over leverandøren som tilsvarer den kontroll den utøver over egen virksomhet (kontrollkriteriet).¹²³
- Den vesentlige delen av leverandørens aktivitet må utøves for oppdragsgiver (aktivitetskriteriet).¹²⁴

Videre kan den såkalte Hamburg-doktrinen være relevant i konteksten av fellesanskaffelser av forsvarsmateriell som gjennomføres av en ledende nasjonen på vegne av andre nasjoner, selv om EU-domstolen så langt ikke har tatt stilling til doktrinens anvendelse på fellesanskaffelser hvor oppdragsgivere er stater.¹²⁵

Kapittel 8 Anvendelsesområde for de ulike delene av FOSA og terskelverdier

FOSA er delt inn i to deler. Hvorvidt anskaffelsen reguleres av del I eller del II vil bero på hva som skal anskaffes og hvilken verdi anskaffelsen har, jf. § 2-1.

- FOSA del I gjelder for alle anskaffelser som er underlagt forskriften, med en anslått verdi som er lik eller overstiger 100 000 ekskl. merverdiavgift og verdi.¹²⁶
- FOSA del II gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdiene, det vil si at del II regulerer vare- og tjenestekontrakter der den anslåtte verdi overstiger 4,1 millioner kroner ekskl. mva. og for bygge - og anleggskontrakter der anslåtte verdi overstiger 51 millioner kroner ekskl. mva. (EØS- terskelverdiene), jf. § 2-2 første ledd.¹²⁷ I motsetning til anskaffelsesforskriften, er det ingen nasjonal kunngjøringsplikt for anskaffelser under EØS-terskelverdiene.

¹²⁰ Arrowsmith, side 224.

¹²¹ Arrowsmith, side 224. Se også omtalen av sak C 107/98 (Teckal) i veileder til anskaffelsesforskriften i punkt 4.3.1. I EU-domstolens avgjørelse formuleres vilkårene for utvidet egenregi.

¹²² Dragsten, side 102.

¹²³ Kontrollvilkåret omtales i punkt 4.3.1 i veileder til anskaffelsesforskriften.

¹²⁴ Omsetningsvilkåret gjennomgås i punkt 4.3l.2 i veileder til anskaffelsesforskriften.

¹²⁵ Arrowsmith, side 224. Doktrinen om samarbeidsavtaler har sitt utspring i sak C-480 (Stadtregierung Hamburg), og er nærmere konkretisert i blant annet sak C-159/11 (Azienda). Doktrinen gjennomgås i punkt 4.4 i veileder til anskaffelsesforskriften.

¹²⁶ Dette fremgår ikke av FOSA § 2-1 (1), men er en konsekvens av reguleringen i hjemmelsloven, jf. anskaffelsesloven § 2-1 (1). Se for øvrig veilederens omtale av de grunnleggende prinsippene under kapittel 9.2 i veilederen.

¹²⁷ Terskelverdiene endres. Det presiseres at verdiene som er inntatt i veilederen er gjeldende verdi for 2014/2015.

For anskaffelser av tjenester skiller forskriften mellom såkalte prioriterte og uprioriterte tjenester. Prioriterte tjenester er omfattet av forskriften del II, hvis anskaffelsen overstiger EØS-terskelverdiene. Uprioriterte tjenester reguleres av del I, men skal i tillegg følge reglene om tekniske spesifikasjoner i § 8-3 og kunngjøring av konkurranseresultater i § 9-5 i del II, hvis anskaffelsen overstiger EØS-terskelverdiene, jf. § 2-1 tredje ledd.¹²⁸

Det er opp til medlemslandene å fastlegge hensiktsmessige ordninger for kontrakter som gjennomføres under EØS-terskelverdiene i FOSA.¹²⁹ Forsvarssektoren har et internt regelverk for anskaffelser som ligger under EØS-terskelverdiene, Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF). ARF er en intern instruks som gjelder for Forsvarsdepartementet med underlagte etater (forsvarssektoren), jf. veilederens punkt 3.1.

Anskaffelser under EØS-terskelverdi er uansett underlagt de fire friheter, og dermed de grunnleggende prinsippene nedfelt i anskaffelsesloven § 4. Bestemmelsen fastsetter at "oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarehet og forholdsmessighet".¹³⁰

Kapittel 9 Almennelige regler

9.1 Generelle bestemmelser

Anskaffelsesforskriften har i del I et eget kapittel med almennelige fellesbestemmelser som gjelder for enhver anskaffelse. Tilsvarende systematikk finnes også i FOSA. Disse bestemmelsene er inntatt i FOSA kapittel 3 (Generelle bestemmelser).

Noen særegne bestemmelser er introdusert i FOSA, deriblant § 3-3 om sikkerhetsgraderte anskaffelser og § 3-16 om kontroll av leverandørens evne til å håndtere gradert informasjon m.m. Henvisningen til sikkerhetsloven i § 3-3 må ses i sammenheng med anvendelsesområdet til FOSA.¹³¹ FOSA omfatter varer, tjeneste, samt bygge- anleggsarbeider som er gradert i henhold til lov eller instruks, herunder lov 1. juni 2018 nr. 24 om nasjonal sikkerhet (sikkerhetsloven). Henvisningen til sikkerhetsloven i § 3-3 er gjort for å understreke at for sikkerhetsgraderte anskaffelser gjelder reglene i sikkerhetsloven med tilhørende forskrifter for alle fasene av anskaffelsen. Formålet med bestemmelsene er at leverandøren skal være i stand til å oppfylle samme krav til sikkerhet som den virksomheten som gjennomfører anskaffelsen. FOSA regulerer prosedyrereglene for gjennomføring av anskaffelsen, mens sikkerhetsloven med tilhørende forskrifter regulerer de sikkerhetsmessige kravene som oppdragsgiver må stilles til leverandøren..

¹²⁸ Tilsvarende gjelder for kontrakter om utførelse av opptrenings- og rehabiliteringstjenester som ytes utenfor sykehus og som omfattes av de regionale helseforetakenes ansvar for spesialisthelsetjenester etter lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. § 2-1a, selv om tjenesten ikke leveres av en ideell organisasjon, jf. § 2-1 tredje ledd siste punktum.

¹²⁹ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale premiss 15.

¹³⁰ Veilederens punkt 9.2.

¹³¹ Ny lov om nasjonal sikkerhet (LOV-2018-06-01-24) trådte i kraft 1. januar 2019. Den nye loven erstatter tidligere lov 20.mars 1998 nr. 10. I påvente av oppdatering av ordlyden i FOSA § 3-3 må henvisningen til lov 20.mars 1998 nr. 10 leses som henvisning til ny sikkerhetslov, lov 1. juni 2018 nr. 24.

I henhold til § 3-16 skal oppdragsgiveren be Nasjonal sikkerhetsmyndighet (NSM) om å ta kontakt med sikkerhetsmyndigheten i leverandørens hjemstat, og be om at denne kontrollerer at leverandøren tilfredsstiller de krav sikkerhetsloven oppstiller for håndtering og beskyttelse av sikkerhetsgradert informasjon. I praksis vil dette være aktuelt når personer hos leverandøren med utenlandsk statsborgerskap skal klareres, eller leverandøren skal ha tilgang til informasjon i lokaler utenfor norsk jurisdiksjon. Har Norge et sikkerhetssamarbeid med hjemstaten kan klareringer fra hjemstaten legges til grunn for tilgang til norsk sikkerhetsgradert informasjon.

Sikkerhetsgraderte anskaffelser er nærmere omtalt i kapittel 13.9

9.2 Grunnleggende krav til alle anskaffelser

Anskaffelsesregelverket er basert på visse grunnleggende prinsipper. Prinsippene skal bidra til å realisere anskaffelsesregelverkets formål, jf. anskaffelsesloven § 1.¹³² De skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser og bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. At anskaffelser skal foretas på en samfunnstjenlig måte vil kunne ivareta hensyn til bl.a. konkurranse, miljø, klima, sosiale forhold og bekjemping av arbeidslivskriminalitet. Veilederens omtale av de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven bygger i vesentlig grad på Nærings- og fiskeridepartementets (NFD) veileder til anskaffelsesforskriften, kapittel 7, som omhandler de grunnleggende prinsippene i LOA.

Anskaffelsesregelverkets grunnleggende prinsipper har forskjellig opphav. Dels springer de ut av EØS-avtalens regler om de fire friheter, dels er de forankret i anskaffelsesdirektivene. Det norske regelverket er derfor i all hovedsak bygget på prinsipper som gjelder etter EØS-avtalen, anskaffelsesdirektivene og forvaltningsrettens prinsipp om forsvarlig saksbehandling.

De grunnleggende prinsippene har i hovedsak to funksjoner. For det første kan de danne selvstendig grunnlag for plikter og rettigheter for oppdragsgivere og leverandører. Både EU-domstolen, norske domstoler og Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) har i en rekke saker utledet nærmere rettigheter og plikter fra prinsippene. For det andre fungerer de grunnleggende prinsippene som momenter ved tolkningen av enkeltbestemmelser i anskaffelsesregelverket.

I norsk rett er de grunnleggende prinsippene nedfelt i anskaffelsesloven § 4. Bestemmelsen fastsetter at "oppdragsgiveren skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvbarhet og forholdsmessighet". Innholdet i og rekkevidden av de grunnleggende prinsippene vil variere fra anskaffelse til anskaffelse. KOFA har formulert dette slik: "Det konkrete innholdet i disse kravene beror imidlertid på den konkurranse som er gjennomført, og særlig hva som er kommunisert til markedet og tilbyderne".

¹³² Se for øvrig veilederens kapittel 4 og punkt 2.3.

De grunnleggende prinsippene i LOA gjelder for alle anskaffelser over 100.000 kroner ekskl. mva. der lov om offentlige anskaffelser kommer til anvendelse, jf. anskaffelsesloven § 2. Når det gjelder anskaffelser under 100.000 kroner ekskl. mva. bør oppdragsgiveren også se hen til og opptre i henhold til de grunnleggende prinsippene. Ved behandling av lov om offentlige anskaffelser påpekte Stortinget at det er viktig at all offentlig ressursbruk skal fremme det offentliges måloppnåelse. Man skal opptre ansvarlig, slik at alle har tillit til at det offentlige gjennomfører alle anskaffelser på en hensiktsmessig måte, og sikrer konkurranse og effektiv ressursutnyttelse.

Oppdragsgiveren bør ha gode internrutiner og god økonomistyring som ivaretar dette. Som hovedregel vil det være fornuftig for oppdragsgiveren å hente inn tilbud fra flere leverandører for å sikre effektiv ressursbruk og motvirke korrupsjon.

Kapittel 10 Konkurransereformer

10.1 Hvilke anskaffelsesprosedyrer kan oppdragsgiver benytte?

FOSA kapittel 5 regulerer hvilke anskaffelsesprosedyrer som er tillatt i anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdiene. Det følger av § 5-1 at disse prosedyrene er;

- begrenset anbudskonkurranse,
- konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring,
- konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring og
- konkurransepreget dialog.

Konkurransereformene som kan velges iht. FOSA har flere likhetstrekk med konkurranseformene etter anskaffelsesforskriften. Det foreligger imidlertid enkelte markante forskjeller.¹³³

For det første er åpen anbudskonkurranse ikke inntatt i forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet og er derfor heller ikke en tillatt prosedyre etter FOSA del II. Bakgrunnen for dette er at EU-kommisjonen mener at prosedyren åpen tilbudskonkurranse med kunngjøring på europeisk nivå, ikke er forenlig med behovet for konfidensialitet.¹³⁴ Om oppdragsgiver ønsker å benytte åpen anbudskonkurranse, må konkurransen gjennomføres etter anskaffelsesforskriften. Erfaringene fra oppdragsgivere i forsvars- og sikkerhetssektoren er at åpen anbudskonkurranse normalt vil gå noe raskere enn konkurranseformene som FOSA tillater.

For det annet har FOSAs prosedyrebestemmelser i enkelte tilfeller en mer detaljert utforming sammenlignet med prosedyrebestemmelsene i anskaffelsesforskriften, med henblikk på anvendelse på kontrakter som inngås på forsvars- og sikkerhetsområdet.¹³⁵ Det er dessuten

¹³³ Arrowsmith, side 224.

¹³⁴ Oppdragsgiver på forsvars- og sikkerhetsområdet står fritt til å benytte konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring eller begrenset anbudskonkurranse etter FOSA. Se veilederens punkt 10.2 og 2.2.

¹³⁵ Arrowsmith, side 224.

en noe utvidet adgang til å anvende unntaksprosedyren konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter FOSA, sammenlignet med anskaffelsesforskriften. Det vises til omtalen av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i veilederens punkt 10.4.

10.2 Standardprosedyrer: Konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og begrenset anbudskonkurranse

I FOSA likestilles begrenset anbudskonkurranse med konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, jf. § 5-1. Denne likestillingen av de to konkurranseformene er omtalt i forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale premiss 47, hvor det fremgår at:

”[d]e kontrakter, der er omfattet af dette direktiv, er kendetegnet ved særlige krav med hensyn til kompleksitet, informationssikkerhed og forsyningssikkerhed. For at kunne dække disse behov er det ofte nødvendigt med indgående forhandlinger ved kontraktens indgåelse. I forbindelse med de kontrakter, der er omfattet af dette direktiv, kan de ordregivende myndigheder/ordregiverne derfor foruden begrænset udbud også anvende udbud med forhandling med offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.”

Oppdragsgiveren står dermed fritt til å velge mellom begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som standardprosedyre.

Både begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling er to-trinnsprosedyrer. To-trinnsprosedyre innebærer at oppdragsgiveren først skal foreta en prekvalifisering, hvor det på bakgrunn av de innkomne forespørslene om deltakelse, vurderes om leverandørene oppfyller kvalifikasjonskravene. Bare de leverandørene som oppfyller kravene og deretter blir invitert av oppdragsgiveren til å delta i konkurransen kan gi tilbud. Prosedyrene er også tillatt etter anskaffelsesforskriften og det er flere likhetstrekk mellom prosedyrene i de ulike forskriftene. Det vises for øvrig til NFDs veileder til anskaffelsesforskriften pkt. 34.3 og 34.4 og omtalen av begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring.¹³⁶ Oppdragsgiveren må være klar over at konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring ikke alltid er tillatt i anskaffelsesforskriften, til forskjell fra FOSA. Oppdragsgiveren kan imidlertid alltid velge begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring etter FOSA.

I en konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og begrenset anbudskonkurranse skal konkurransen kunngjøres ved en alminnelig kunngjøring i tråd med FOSA kapittel 9.¹³⁷ Oppdragsgiveren må i planleggingsfasen først vurdere hvilke krav det er ønskelig å stille til leverandørens kvalifikasjon, jf. § FOSA § 8-5. Kunngjøringen skal angi krav til dokumentasjon av at kravene til leverandøren er oppfylt, jf. § 8-8 til § 8-18.¹³⁸ Dersom oppdragsgiveren ønsker å begrense antallet leverandører som får delta i konkurransen, så

¹³⁶ <https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/no/pdfs/veileder-offentlige-anskaffelser.pdf>

¹³⁷ Se veilederens kapittel 14 om kunngjøring.

¹³⁸ Se veilederens punkt 13.3 om kvalifikasjonskrav. Veilederens punkt 13.8 og 13.9 omhandler kvalifikasjonskrav knyttet til forsyningssikkerhet og informasjonssikkerhet.

må dette angis i kunngjøringen, jf. FOSA § 11-11 annet ledd. Det kan ikke velges ut færre enn tre, jf. FOSA § 8-6 tredje ledd. Oppdragsgiveren sender deretter ut invitasjon til å gi tilbud til de leverandørene som er valgt ut i prekvalifiseringen. Ved en konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring skal oppdragsgiveren skriftlig, og samtidig, invitere leverandørene til å gi tilbud.

Etter FOSA § 11-11 fjerde ledd er det ved gjennomføring av konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring adgang til å forhandle om endringer eller suppleringer av alle sider ved tilbudene, så som forretningsmessige vilkår, pris og tekniske spesifikasjoner. Dersom forhandlinger fører til endring av en leverandørs tilbud skal endringene dokumenteres skriftlig. Oppdragsgiveren må være oppmerksom på at det på tilsvarende måte som etter anskaffelsesforskriften, ikke kan forhandles om visse opplysninger i konkurransegrunnlaget. På bakgrunn av forbudet mot å gjøre vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget/kravspesifikasjonen, jf. FOSA § 8-2, er det ikke tillatt å forhandle om absolutte krav i konkurransegrunnlaget og tildelingskriteriene. Det er imidlertid full adgang til å rette feil, endre tilbudene mv. etter tilbudsfristens utløp, så lenge de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven blir overholdt.

I en begrenset anbudskonkurranse har oppdragsgiveren ikke anledning til å forhandle med leverandørene, jf. FOSA § 12-1. Forhandlingsforbudet innebærer at det er tilbudet, slik det foreligger ved tilbudsfristens utløp, som må evalueres av oppdragsgiveren når det skal avgjøres hvem som vinner konkurransen. Det er ikke tillatt å forbedre eksempelvis pris, leveringstid eller andre egenskaper ved tilbudet uavhengig av om det har betydning for konkurranseforholdet. Forhandlingsforbudet innebærer imidlertid ikke et absolutt forbud mot kontakt mellom partene.

Det er adgang til følgende avklaringer av tilbudene i begrenset anbudskonkurranse:¹³⁹

- oppdragsgiver kan innhente nærmere opplysninger hos leverandørene for å få klarlagt uklarheter og ufullstendigheter i tilbudene. Avklaring skal unnlates dersom uklarhetene og ufullstendighetene er slike at tilbudene skal avvises i henhold til § 11-13.
- når det gjelder løsninger, arbeidsmetoder eller materialer som leverandøren selv foreslår, kan oppdragsgiver be leverandøren foreta utdypninger og klargjøringer om hvordan kravene i konkurransegrunnlaget vil bli ivaretatt, eller
- dersom det av tekniske eller funksjonelle grunner er nødvendig, kan det gjøres mindre justeringer i de løsninger leverandøren har fremsatt.

Dersom oppdragsgiver bli oppdragsgiver blir oppmerksom på åpenbare feil i tilbudet, skal disse rettes dersom det er utvilsomt hvordan feilen skal rettes. Andre åpenbare feil vurderes etter reglene i FOSA § 11-13.¹⁴⁰

I tråd med adgangen til å anmode om ettersendelse og avklaring av opplysninger som knytter seg til tilbudet, jf. FOSA § 12-3, gjelder forbudet kun når en slik anmodning fører til at tilbudet forbedres.

¹³⁹ FOSA § 12-1 annet ledd.

¹⁴⁰ FOSA § 12-1 tredje ledd.

10.3 Unntaksprosedyre: Konkurransepreget dialog

Vilkårene for å anvende unntaksprosedyren konkurransepreget dialog er regulert i FOSA § 5-2. Oppdragsgiver kan benytte konkurransepreget dialog ved tildeling av særlig komplekse kontrakter, jf. FOSA § 5-2 første ledd. En kontrakt er særlig kompleks når oppdragsgiver ikke er i stand til i samsvar med § 8-3 tredje ledd, objektivt å presisere de tekniske vilkår som kan oppfylle behov og formål, jf. § 5-2 annet ledd bokstav a, eller objektivt å presisere de rettslige eller finansielle forhold i forbindelse med et prosjekt, jf. § 5-2 annet ledd bokstav b.

Bestemmelsen har tilsvarende innhold og struktur som tidligere anskaffelsesforskrift. Bestemmelsen i gjeldende anskaffelsesforskrift, § 13-2, har imidlertid en mer detaljert utforming sammenlignet med FOSA § 5-2. Oppdragsgiver i klassisk sektor kan eksempelvis anvende konkurransepreget dialog ved anskaffelser som inkluderer design eller innovative løsninger, jf. anskaffelsesforskriften § 13-2 bokstav b. Tilsvarende vilkår følger ikke av FOSA § 5-2.

Konkurransepreget dialog etter FOSA kan benyttes ved tildeling av særlige komplekse forsvars- og sikkerhetskontrakter.¹⁴¹ Så fremt oppdragsgiverne ikke er i stand til å fastslå vilkårene i slike anskaffelse eller vurdere hva markedet kan tilby innenfor relevante tekniske, juridiske eller finansielle løsninger, kan oppdragsgiveren anvende konkurransepreget dialog etter FOSA. Dette kan konkret gjelde i forbindelse med gjennomføringen av prosjekter som nødvendiggjør integrasjon eller kombinasjon av mange teknologiske eller operasjonelle kapasiteter, eller prosjekter som innebærer en kompleks strukturert finansiering hvor det ikke er mulig å fastsette finansielle eller juridiske forhold i forkant.¹⁴² I slike tilfeller vil det ikke være praktisk mulig å anvende begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, da det ikke er mulig å beskrivelse kontrakten så presist at tilbyderne kan utforme et tilbud.¹⁴³

Dersom oppdragsgiveren ikke er i stand til å fastslå vilkårene i en kompleks forsvarsanskaffelse, gjøres oppdragsgiveren oppmerksom på at det uansett er anledning til å velge konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og følge de samme prinsippene som gjelder ved konkurransepreget dialog.¹⁴⁴ Oppdragsgiveren unngår da at valg av prosedyre kan danne grunnlag for KOFA-klage, søksmål o.l., i motsetning til valg av konkurransepreget dialog, hvor det foreligger klare begrensninger knyttet til anvendelse av prosedyren, jf. FOSA § 5-3.

¹⁴¹ Fortalen til forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet, premiss 48.

¹⁴² Fortalen til forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet, premiss 48.

¹⁴³ Fortalen til forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet, premiss 48.

¹⁴⁴ Arrowsmith, side 227.

10.4 Unntaksprosedyre: Konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring

10.4.1. Innledning

Vilkårene for å anvende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring fremgår av FOSA § 5-3. I anskaffelsesforskriften har man besluttet å dele opp vilkårene for det som stort sett tilsvarer FOSA § 5-3 i anskaffelsesforskriftens §§ 13-3 (vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring) og 13-4 (vilkår for anskaffelser uten konkurranse). Bakgrunnen for at bestemmelsene i anskaffelsesforskriften er splittet opp er av pedagogiske årsaker. Det er uansett en rekke likheter mellom FOSA § 5-3 og anskaffelsesforskriften §§ 13-3 og 13-4. Dette gjelder bl.a. følgende vilkår i FOSA § 5-3:

Bokstav a: Det foreligger ikke tilbud eller tilbudene som foreligger i en forutgående begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandlinger med forutgående kunngjøring eller konkurransepreget dialog, er mangelfulle. I anskaffelsesforskriften er dette vilkåret regulert i § 13-3 bokstav b.¹⁴⁵

Bokstav b: Det er levert inn tilbud som er ukorrekte, eller som er uakseptable i en forutgående begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandlinger med forutgående kunngjøring eller konkurransepreget dialog. Lignende bestemmelse er inntatt i anskaffelsesforskriften § 13-3 bokstav a.¹⁴⁶

Bokstav c: Ytelsen kan av tekniske grunner eller for å beskytte en enerett, bare presteres av en bestemt leverandør. I anskaffelsesforskriften er dette regulert i § 13-4 bokstav b nr. 2 og 3 (anskaffelse uten konkurranse).¹⁴⁷

Bokstav d: Særlige forhold som ikke skyldes oppdragsgiver og som oppdragsgiver ikke kunne forutse gjør det umulig å overholde fristene i forskriften. Anskaffelsesforskriften har en lignende bestemmelse i § 13-3 bokstav e.¹⁴⁸

Bokstav g: Varene i en varekontrakt er produsert med sikte på forskning og utvikling. I anskaffelsesforskriften er det inntatt en lignende bestemmelse i § 13-3 bokstav c.¹⁴⁹

Bokstav h: Tilleggsleveranser i en varekontrakt fra den opprinnelige leverandøren. I anskaffelsesforskriften er dette regulert i § 13-4 bokstav c (anskaffelse uten konkurranse).¹⁵⁰

Bokstav i: Varene noteres og kjøpes på en varebørs. Tilsvarende bestemmelse følger av anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav e (anskaffelse uten konkurranse).¹⁵¹

Bokstav j: Anskaffet på særdeles fordelaktige vilkår, enten hos en leverandør som endelig innstiller sin virksomhet eller et konkursbo, tvangsakkord eller en tilsvarende

¹⁴⁵ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 18.2.3.

¹⁴⁶ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 18.2.2.

¹⁴⁷ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 18.3.3.

¹⁴⁸ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 18.2.6.

¹⁴⁹ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 18.2.4.

¹⁵⁰ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 18.3.4.

¹⁵¹ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 18.3.6.

behandling. Tilsvarende bestemmelse følger av anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav f (anskaffelse uten konkurranse).¹⁵²

Bokstav i: Gjentakende bygge- og anleggskontrakter. Lignende bestemmelse er inntatt i anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav d (anskaffelse uten konkurranse).¹⁵³

Bokstav n: Dekningskjøp som er nødvendig som følge av at en kontrakt er kjønt uten virkning. Tilsvarende følger av anskaffelsesforskriften § 13-3 bokstav f.

10.4.2 FOSA-spesifikke vilkår for å anvende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

FOSA § 5-3 introduserer enkelte vilkår som ikke gjelder tilsvarende i anskaffelsesforskriften. Nedenfor gis det en overordnet omtale av disse vilkårene.

Nødsituasjoner som følge av krise

Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring kan benyttes ved nødsituasjoner som oppstår som følge av krise, hvor det er umulig å overholde frister som følger av § 10-1 til § 10-4, jf. § 5-3 bokstav e.¹⁵⁴ Bestemmelsen må ses i sammenheng med de særlige forhold som kjennetegner kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet og behovet for å ta høyde for nye omstendigheter som gjør seg gjeldende på dette området.¹⁵⁵

Militær intervensjon i forbindelse med krisesituasjoner i utlandet, eksempelvis som ledd i fredsbevarende operasjoner, kan begrunne valg av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring som anskaffelsesprosedyre.¹⁵⁶ I forbindelse med slike intervensjoner kan det være nødvendig å inngå kontrakter med en hurtighet som er uforenelig med de krav som stilles for øvrig etter FOSA. Hastetilfeller kan også tenkes oppstått forbindelse med andre krisesituasjoner, eksempelvis ved terrorangrep.¹⁵⁷

Andre tjenester tilknyttet FoU en de som omfattes av § 1-3 (2) bokstav g

Det er videre adgang til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved andre tjenester tilknyttet forsknings- og utviklingstjenester enn de som omfattes av § 1-3 annet ledd bokstav g, jf. § 5-3 bokstav f. Bestemmelsen er altså anvendelig selv om oppdragsgiver fullt ut betaler for en forsknings- og utviklingstjeneste og resultatet av tjenesten fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet.

¹⁵² Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 18.3.7.

¹⁵³ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 18.3.5.

¹⁵⁴ "Krise" blir i forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale artikkel 1 nummer 10 definert som: «*Enhver situation i en medlemsstat eller et tredjeland, hvor der er indtrådt en skadevoldende begivenhed, hvis omfang klart overstiger omfanget af hverdagens skadevoldende begivenheder, og som i væsentlig grad truer eller indvirker negativt på menneskers liv og helbred eller har en betragtelig indvirkning på ejendomsverdier eller kræver foranstaltninger for at forsyne befolkningen med livsnødvendigheder; edvidere foreligger der en krise, hvis en sådan skadevoldende begivenhed anses for umiddelbart forestående; væbnede konflikter og krige betragtes som kriser i dette direktivs forstand*».

¹⁵⁵ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale premiss 53.

¹⁵⁶ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale premiss 54.

¹⁵⁷ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale premiss 54.

Tilleggstjenester som ikke var med i det opprinnelige prosjektforslag eller i den opprinnelige kontrakten og tilleggsarbeider som ikke var med i den opprinnelige kunngjøring eller i den opprinnelige kontrakter

Konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring kan dessuten benyttes på tilleggstjenester som ikke var med i det opprinnelige prosjektforslag eller i den opprinnelige kontrakten og tilleggsarbeider som ikke var med i den opprinnelige kunngjøring eller i den opprinnelige kontrakten, jf. 5-3 bokstav k. Det finnes ingen lignende bestemmelse i dagens anskaffelsesforskrift.¹⁵⁸

Luft og sjøtransporttjenester

Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring kan også benyttes på kontrakter vedrørende levering av luft- og sjøtransporttjenester til væpnede styrker eller sikkerhetsstyrker som skal stasjoneres, eller er stasjonert, i utlandet når oppdragsgiver er nødt til å anskaffe slike tjenester fra en leverandør som kun kan garantere for et tilbud i så kort tid at fristen for prosedyrene begrenset konkurranse eller konkurranse med forhandlinger etter forutgående kunngjøring ikke kan overholdes, jf. § 5-3 bokstav m.

Øvrige ulikheter mellom FOSA og anskaffelsesforskriften

Begrunnelsene for å anvende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er i noen tilfeller mer utdypet i FOSA sammenlignet med begrunnelsene for å anvende prosedyren etter tilsvarende bestemmelser i anskaffelsesforskriften.¹⁵⁹ Dessuten kan det i enkelttilfeller være en utvidet adgang til å anvende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter FOSA, sammenlignet med tilsvarende bestemmelser i anskaffelsesforskriften.¹⁶⁰

For det første kan uforholdsmessig store tekniske problemer ved drift og vedlikehold gjøre det berettiget å anvende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring på supplerende leveranser, jf. FOSA § 5-3 bokstav h. Tilsvarende bestemmelse følger for så vidt også av anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav c. I forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale vises det imidlertid til at uforholdsmessig store tekniske problemer ved drift og vedlikehold må ses i lys av kompleksiteten til forsvarsmateriell med forbundne krav om interoperabilitet og standardisering.¹⁶¹ Å anvende FOSAs standardprosedyrer kan vise seg å være uhensiktsmessig eller umulig i lys av slike forhold, og oppdragsgiveren kan derfor i stedet velge å anvende unntaksprosedyren konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring. I fortalen vises det eksplisitt til

¹⁵⁸ Det må likevel påpekes at det etter FOA § 28-1 på visse nærmere angitte vilkår er mulig å gjøre endringer i en kontrakt som gjelder nødvendige tilleggsleveranser som ikke inngikk i den opprinnelige kontrakten. I anskaffelsesforskriften er forskjellen mellom tilleggsleveranser under eksisterende kontrakter og tilleggsleveranser som utgjør en ny anskaffelse nærmere omtalt i veileder til anskaffelsesforskriften punkt. 40.2.3.

¹⁵⁹ Arrowsmith, side 230, med henvisning til forsvars- og sikkerhetsdirektivets fortale, premiss nr 51 og 52.

¹⁶⁰ Arrowsmith, side 230: «*In addition, some of the grounds for using the negotiated procedure without a notice under the defence and security rules are more elaborated and/or less strict in their conditions than the comparable grounds in the general public sector.*»

¹⁶¹ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale premiss 51.

integrasjon av nye bestanddeler i eksisterende systemer eller modernisering av slike systemer, som eksempler.¹⁶²

Det er viktig å være klar over at varigheten for den opprinnelige kontrakten og tilleggsleveransen normalt ikke må overstige fem år, jf. FOSA § 5-3 bokstav h. Iht. anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav c tillates kun tre år.¹⁶³ Iht. FOSA kan kontrakten og tilleggsleveransen overstige 5 år under særlige omstendigheter som tar hensyn til det leverte materialet og installasjoner eller systemers forventede levetid og de tekniske vanskeligheter som et leverandørskifte kan medføre, jf. § 5-3 bokstav h. Tilsvarende følger ikke av anskaffelsesforskriften. Ovennevnte begrunnelser for å anvende konkurranse med forhandling etter FOSA § 5-3 bokstav h skal således sikre oppdragsgiveren nødvendig grad av fleksibilitet i lys av forsvarsmateriellets lange levetid.¹⁶⁴

For det annet kan konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring anvendes dersom ytelsen av tekniske grunner eller for å beskytte en enerett, bare kan prestes av en bestemt leverandør, jf. FOSA § 5-3 bokstav c. Selv om anskaffelsesforskriften har en lignende bestemmelse, jf. § 13-4 nr. 2 og 3, kan det foreligge en noe utvidet adgang til å anvende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter FOSA.¹⁶⁵ Innenfor FOSAs rammer kan det forekomme at det kun er en bestemt aktør som er i stand til å utføre kontrakten på grunn av enerettigheter eller av tekniske grunner. Oppdragsgiveren bør imidlertid foreta konkrete vurderinger basert på innhentede markedsundersøkelser eller erklæringer fra leverandører som påviser at det iht. objektive, tekniske vurderinger ikke er mulig for andre leverandører enn den valgte leverandøren å oppfylle spesifikke krav i en konkurranse.¹⁶⁶ Endringer eller ettermontering av komplekst forsvarsmateriell kan nevnes som eksempler på tekniske grunner.¹⁶⁷ Tekniske grunner kan dessuten gjelde driftshemmeligheter («knowhow»), konkrete verktøy eller andre midler som kun en enkelt aktør har til sin rådighet.¹⁶⁸ I tillegg kan tekniske årsaker finnes i krav om spesifikk interoperabilitet eller sikkerhetskrav som skal oppfylles for å sikre funksjonsdyktigheten til soldater.¹⁶⁹

Kapittel 11 Rammeavtaler

FOSA setter en øvre grense for rammeavtalens varighet på syv år, jf. § 6-1 (4). Utgangspunktet i anskaffelsesforskriften at rammeavtalens varighet ikke kan overstige 4 år, jf. § 11-1 (4).

¹⁶² Forsvars- og sikkerhetsdirektivets fortale premiss 51.

¹⁶³ Se for øvrig bestemmelse om tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter som er en gjentakelse av lignende arbeider som tildeles opprinnelig leverandør, jf. FOSA 5-3 bokstav l. Den beskrevne fremgangsmåte kan benyttes i inntil fem år. Iht. anskaffelsesforskriften § 13-4 bokstav d tillates kun tre år.

¹⁶⁴ Arrowsmith, side 230.

¹⁶⁵ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale, premiss nr. 52.

¹⁶⁶ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale, premiss nr. 52.

¹⁶⁷ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale, premiss nr. 52.

¹⁶⁸ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale, premiss nr. 52.

¹⁶⁹ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale, premiss nr. 52.

Dersom det foreligger særlige omstendigheter, kan oppdragsgiveren inngå en rammeavtale med varighet på over 7 år, jf. FOSA § 6-1 (4).

Ved vurderingen av om det foreligger «særlige omstendigheter» skal oppdragsgiveren ta hensyn til levert materiell og leverte installasjoner eller systemers forventede levetid, samt de tekniske vanskelighetene som et leverandørskifte kan forårsake. Hvor oppdragsgiveren vil inngå en rammeavtale med en varighet på mer enn syv år, skal «en redegjørelse for de særlige omstendighetene gis i kunngjøringen som følger av § 9-5», jf. § 9-1.

Det vises for øvrig til veileder til anskaffelsesforskriften punkt 38.¹⁷⁰

Kapittel 12 Kommunikasjon

Reglene om kommunikasjon er inntatt i FOSA kapittel 7. Utgangspunktet er at all kommunikasjon og informasjonsutveksling som referert til i dette kapitlet, etter oppdragsgivers valg, kan skje per post, telefaks eller ved elektronisk kommunikasjon, jf. FOSA § 7-1.

I anskaffelsesforskriften er det imidlertid innført krav til bruk av elektronisk kommunikasjon i gjennomføringen av offentlige anskaffelser. Den nye hovedregelen er at all informasjonsutveksling skal skje ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. Dette innebærer at blant annet det er obligatorisk med elektronisk tilbudsinnlevering ved anskaffelser etter anskaffelsesforskriften.

Det vises for øvrig til veileder til anskaffelsesforskriften punkt 33.¹⁷¹

Kapittel 13 Utforming av konkurransegrunnlag, konkurransebetingelser m.m.

13.1 Innledning

FOSA inneholder i likhet med anskaffelsesforskriften en rekke spesifikke regler omkring konkurransegrunnlag, kravspesifikasjoner, kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier mv. Disse reglene gjennomgås nedenfor. Det er viktig å huske på at FOSA i noen tilfeller har mer fleksible og tilpassede bestemmelser som er ment å ivareta de særlige behov som gjør seg gjeldende på forsvars- og sikkerhetsområdet. FOSA har bla. bestemmelser om informasjons- og forsyningssikkerhet. Disse bestemmelsene gjennomgås nedenfor i punkt 13.8 og 13.9.

¹⁷⁰ <https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/no/pdfs/veileder-offentlige-anskaffelser.pdf>

¹⁷¹ <https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/no/pdfs/veileder-offentlige-anskaffelser.pdf>

Reglene om konkurransegrunnlag er regulert i FOSA kapittel 8.¹⁷² Formålet med konkurransegrunnlag er å sette leverandørene i stand til å vurdere hva oppdragsgiveren etterspør og på hvilke vilkår. Konkurransegrunnlaget angir rammene for konkurransen og inneholder opplysninger som er av betydning for leverandørenes utarbeidelse av tilbud. Gjennom konkurransegrunnlaget sikrer oppdragsgiver at interesserte leverandører får tilgang til den samme informasjonen om den aktuelle anskaffelsen. På den måten sørger konkurransegrunnlaget for at kravene til likebehandling, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet ivaretas. Hvor omfattende konkurransegrunnlaget skal være og hvilke krav som stilles til dette vil variere ut fra anskaffelsens verdi, størrelse, art og kompleksitet.¹⁷³

Konkurransegrunnlaget skal være «klart, presist og utvetydig formulert», slik at det er mulig for alle «rimelig opplyste og normalt aktsomme leverandører» å forstå vilkårenes rekkevidde nøyaktig og på samme måte.¹⁷⁴ Informasjonen i konkurransegrunnlaget skal være tilstrekkelig presis til å sette leverandørene i stand til å vurdere hvorvidt de ønsker å delta i konkurransen og til å utarbeide et konkurransedyktig tilbud dersom de ønsker dette.

13.2 Konkurransegrunnlagets innhold

Reglene om konkurransegrunnlaget i FOSA del II bygger på tidligere regelverk i klassisk sektor (gamle FOA). Noen av de mest sentrale endringene knyttet til konkurransegrunnlagets innhold som nå følger av anskaffelsesforskriften er således ikke inntatt i FOSA.

Anskaffelsesforskriftens bestemmelser om hva konkurransegrunnlaget skal inneholde er forenklet sett opp mot FOSA og anskaffelsesforskriften angir visse overordnede opplysninger som oppdragsgiveren skal gi, i stedet for å gi en fullstendig liste over samtlige opplysninger som konkurransegrunnlaget skal inneholde, slik som i FOSA. Videre er reglene om kvalifikasjonsgrunnlag fjernet og det stilles krav om at hele konkurransegrunnlaget skal være tilgjengelig fra kunngjøringstidspunktet. Dette kravet gjelder ikke i FOSA. Det presiseres imidlertid at mange av reglene i FOSA er de samme som i anskaffelsesforskriften.

For anskaffelser iht. FOSA skal oppdragsgiveren utarbeide et konkurransegrunnlag, jf. FOSA § 8-1.¹⁷⁵ FOSA § 8-1 angir de opplysningene som er av betydning for utarbeidelsen av en forespørsel om å delta i konkurransen eller et tilbud i konkurransegrunnlaget. Dette innebærer at oppdragsgiveren alltid må gjøre en selvstendig vurdering av hvilke konkrete opplysninger som vil være av betydning for leverandørenes utarbeidelse av tilbud, og som derfor må inntas i konkurransegrunnlaget.

Konkurransegrunnlaget må for det første beskrive hva som skal anskaffes, jf. FOSA § 8-1. Avhengig av hva som skal anskaffes og hvilken prosedyreform oppdragsgiveren velger, kan dette for eksempel gjøres ved at oppdragsgiveren angir sine behov, hvilke funksjoner eller

¹⁷² Sak C-368/10 (Max Havelaar), premiss 109 og KOFA-sak 2012/17, premiss 40. Klarhetskravet gjennomgås for øvrig i veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 19.2.

¹⁷³ Veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 19.1.

¹⁷⁴ Veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 19.2.

¹⁷⁵ I anskaffelsesforskriften er utgangspunktet at oppdragsgiveren skal utarbeide et konkurransegrunnlag, med mindre oppdragsgiveren har gitt en tilstrekkelig beskrivelse av anskaffelsen i kunngjøringen, jf. anskaffelsesforskriften § 14-1 først ledd.

krav som skal oppfylles eller hvilke tekniske spesifikasjoner som kreves. Oppdragsgiveren skal angi kravspesifikasjonene, inkludert eventuelle merkekrav, i konkurransegrunnlaget.¹⁷⁶

Kravspesifikasjoner

Kravspesifikasjoner angir kravene som stilles til egenskapene til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som oppdragsgiveren skal anskaffe. Kravspesifikasjoner skal som utgangspunktet enten utformes som ytelses- eller funksjonskrav, eller som henvisninger til tekniske spesifikasjoner, eller som en kombinasjon av de to.

For nærmere informasjon om kravspesifikasjoner, se veilederens punkt 13.3. Det vises for øvrig til veileder til anskaffelsesforskriften, kapittel 20.

Ønsker oppdragsgiveren å angi absolutte krav i konkurransen, må dette angis i konkurransedokumentet.

Absolutte krav

Absolutte krav er krav som det er obligatorisk å oppfylle for å kunne bli bedømt i konkurransen.

Hva som skal anskaffes, inkluderer informasjon om verdien på eller omfanget av anskaffelsen. Dersom oppdragsgiveren eksempelvis skal kjøpe inn våpen, kan det på samme måte som i anskaffelsesforskriften angis antallet/kvantum man har behov for, jf. FOSA § 8-1 første ledd bokstav a.

Oppdragsgiveren skal også informere om hvordan konkurransen skal gjennomføres, på samme måte som etter anskaffelsesforskriften.¹⁷⁷ Dette inkluderer bla. hvilken anskaffelsesprosedyre som er valgt¹⁷⁸ og hvordan prosedyren planlegges gjennomført. Oppdragsgiveren må i den forbindelse opplyse om endelig frist for mottak av tilbud (dag og klokkeslett), adressen disse skal sendes eller leveres til, samt hvordan tilbudene skal være merket,¹⁷⁹ i tillegg til å opplyse om vedståelsesfrist for tilbudene.¹⁸⁰

Oppdragsgiveren må videre opplyse om den relative vektingen av tilbudskriteriene eller tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge.¹⁸¹

Tildelingskriterier

Tildelingskriterier er konkurransekriteriene som oppdragsgiveren skal vurdere tilbudene etter. Leverandøren som har levert det tilbudet som etter oppdragsgiverens vurdering scorer best

¹⁷⁶ Se veilederens punkt 13.3. Det vises for øvrig til veileder til anskaffelsesforskriften kapittel 20.

¹⁷⁷ FOSA § 8-1 første ledd bokstav b.

¹⁷⁸ FOSA § 8-1 første ledd bokstav b nr. 1.

¹⁷⁹ FOSA § 8-1 første ledd bokstav b nr. 2.

¹⁸⁰ FOSA § 8-1 første ledd bokstav b nr. 3.

¹⁸¹ FOSA § 8-1 første ledd bokstav b nr. 4.

på disse kriteriene, skal tildeles kontrakten. Kriteriene skal være objektive og saklige og i samsvar med de grunnleggende prinsippene. Tildelingskriteriene må ha tilknytning til leveransen og kan for eksempel være pris, kvalitet, miljø, sosiale hensyn og innovasjon.

Oppdragsgiveren skal tildele kontrakt på grunnlag av ett av nedenstående alternativer:

- Tildeling på grunnlag av den laveste prisen.
- Tildeling på grunnlag av det beste forholdet mellom laveste pris eller kostnad og kvalitet.

For mer informasjon om tildelingskriterier, se kapittel 26 i veileder til anskaffelsesforskriften. I veileder til FOSA gis det overordnet beskrivelse i punkt 13.6.

Oppdragsgiveren må dessuten opplyse på hvilket eller hvilke språk tilbudet skal være skrevet¹⁸² og en henvisning til kunngjøringen.¹⁸³

I den utstrekning det er aktuelt, skal oppdragiver også opplyse om øvrige forhold, eksempelvis adresse til organ som forespørslor om kontraktsdokumenter og eventuelle tilleggsdokumenter kan rettes til, fristen for slike forespørslor, samt betalingsvilkår og beløp som eventuelt må betales for dokumentene, jf. § 8-1 annet ledd bokstav b. I tillegg skal det i den utstrekning det er aktuelt, opplyses om minstekrav som alternative tilbud må oppfylle og eventuelle krav til presentasjon av det alternative tilbudet, jf. § 11-4, dersom det i kunngjøringen er åpnet for alternative tilbud, jf. FOSA § 8-1 annet ledd bokstav c. For øvrig vises det til sekkebestemmelsen i § 8-1 annet ledd bokstav m om at det i konkurransegrunnlaget, i den utstrekning det er aktuelt, også skal opplyses om «andre opplysninger som er av betydning for utarbeidelsen av tilbudet.»

Oppdragsgiveren må alltid opplyse om hvilke kvalifikasjonskrav og eventuelle utvelgelseskriterier som gjelder i konkurransen.

Kvalifikasjonskrav

Kvalifikasjonskrav er minimumskrav som knytter seg til leverandørens egnethet til å levere den aktuelle anskaffelsen. Formålet med kvalifikasjonskrav er å sikre at leverandøren har de nødvendige organisatoriske, tekniske, faglige, økonomiske og finansielle evnene til å gjennomføre kontrakten. Dette kan for eksempel være krav til faglig kompetanse eller økonomisk soliditet.

I veilederen gis det en overordnet beskrivelse av kvalifikasjonskrav i punkt 13.4. For mer informasjon om kvalifikasjonskrav, se kapittel 22 i veileder til anskaffelsesforskriften.

Utvelgelseskriterier

¹⁸² FOSA § 8-1 første ledd bokstav b nr. 5.

¹⁸³ FOSA § 8-1 første ledd bokstav b nr. 6.

I to-trinnsprosedyrer med prekvalifisering kan oppdragsgiveren begrense antallet leverandører som inviteres til å gi tilbud. Oppdragsgiveren skal da fastsette objektive og ikke-diskriminerende regler eller kriterier for utvelgelsen av leverandørene.

Se veilederens punkt 13.5. For mer informasjon om utvelgelseskriterier, se kapittel 24 i veileder til anskaffelsesforskriften.

Særlig om kunngjøring, rettelser, supplerings og endring av konkurransegrunnlag

I FOSA § 10-1 er det fastslått at tilbudsfristen etter annet ledd kan forkortes med fem dager dersom det fra tidspunktet for kunngjøring gis fri, direkte og full elektronisk adgang til konkurransegrunnlaget og ethvert supplerende dokument. Dette indikerer at det ikke er krav om at konkurransegrunnlaget skal gjøres tilgjengelig samtidig som kunngjøringstidspunktet, slik som i anskaffelsesforskriften § 19-2.

Oppdragsgiveren står ikke fritt til å gjøre endringer i konkurransegrunnlaget underveis i konkurransen, men kan før tilbudsfristens utløp foreta rettelser, supplerings og endringer av konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige, jf. FOSA § 8-2. Reglene er stort sett de samme som i anskaffelsesforskriften. Muligheten til å gjøre endringer gjelder som utgangspunkt frem til tilbudsfristens utløp og knytter seg til alle delene av konkurransegrunnlaget.

I veileder til anskaffelsesforskriften punkt 19.5, omtales temaet nærmere.¹⁸⁴

13.3 Kravspesifikasjoner

13.3.1 Innledning

Kravspesifikasjonene angir kravene som stilles til egenskapene ved leveransen. Kravene kan utformes:

- enten som ved bruk av tekniske spesifikasjoner, jf. FOSA § 8-3 (4) bokstav a,¹⁸⁵ eller
- ytelses- eller funksjonsbeskrivelser, jf. FOSA § 8-3 (4) bokstav b,¹⁸⁶ eller
- ved en kombinasjon av disse, jf. FOSA § 8-3 (4) bokstav c og d.¹⁸⁷

Oppdragsgivere gjøres oppmerksom på at det er visse forskjeller mellom FOSA og anskaffelsesforskriften. FOSA åpner for at forsvarsstandard kan benyttes som tekniske spesifikasjon, i motsetning til anskaffelsesforskriften. Se punkt 13.3.2 nedenfor.

¹⁸⁴ <https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/no/pdfs/veileder-offentlige-anskaffelser.pdf>

¹⁸⁵ Veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 20.3.3.

¹⁸⁶ Veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 20.3.2.

¹⁸⁷ Veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 20.3.4.

¹⁸⁷ FOSA § 8-3 (5).

Utgangspunktet er at oppdragsgiveren har stor grad av skjønnsfrihet til å bestemme hva som ønskes anskaffet.¹⁸⁸ Det er således vide rammer for beskrivelsen av leveransen. Beskrivelsen må ha tilknytning til leveransen og være proporsjonal sett i forhold til det konkrete innkjøpets formål og verdi.¹⁸⁹ Oppdragsgiveren kan bare innta krav som er passende og nødvendige for å oppnå formålet med anskaffelsen.¹⁹⁰

Kravspesifikasjonen må være beskrevet tilstrekkelig presist, slik at leverandørene får et klart bilde av hva som skal anskaffes og hvilke krav og ønsker oppdragsgiveren har til innkjøpet.¹⁹¹ Er kravene uklare kan det skape tvil og usikkerhet om hva det skal konkurreres om og oppdragsgiveren risikerer i slike tilfeller at materiell anskaffes som ikke lever opp de behov, forutsetninger og lignende som ligger til grunn for anskaffelsen. En uklar kravspesifikasjon kan også være i strid med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven § 4, og kan i verste fall føre til at kravene til likebehandling og forutberegnelighet er brutt.

Det betyr ikke at oppdragsgiveren nødvendigvis må utforme en spesielt detaljert kravspesifikasjon.¹⁹² Det kan hende at det ut fra anskaffelsens formål og verdi er tilstrekkelig med en funksjonsbeskrivelse, og at oppdragsgiveren kan la det være opp til leverandørene å finne ut hvordan behovet skal løses. Oppdragsgiveren må foreta en konkret vurdering av hvordan kravspesifikasjonen i den enkelte anskaffelsen mest hensiktsmessig kan utformes.

Dersom oppdragsgiveren skal evaluere tilbudene utelukkende basert på laveste pris, kan det være hensiktsmessig med mer detaljerte tekniske spesifikasjoner. Og i motsatt tilfelle; hvis oppdragsgiveren skal legge større vekt på kvalitet og innovative løsninger, kan det være hensiktsmessig med en mer åpen funksjonsbeskrivelse.

Det er særlig viktig at oppdragsgiveren har et bevisst forhold til konkurransesituasjonen i markedet ved utforming av kravspesifikasjonen. Kravspesifikasjonen skal ikke medføre diskriminering eller forfordeling av enkelte leverandører, og kravene må heller ikke utformes på en måte som virker konkurransebegrensende, uten at dette kan begrunnes på en saklig og objektiv måte. Dersom kravspesifikasjonene reelt sett har en diskriminerende virkning, kan dette utgjøre et brudd på likebehandlingsprinsippet.

For en praktisk tilnærming til utforming av kravspesifikasjoner, se Difis veiledning om kravspesifikasjoner på www.anskaffelser.no.

13.3.2 Særlig om tekniske spesifikasjoner

Oppdragsgiveren kan angi tekniske spesifikasjoner med henvisning til standarder. Oppdragsgiveren skal i så fall angi henvisning til følgende standarder:

- nasjonale standarder som gjennomfører europeiske standarder,

¹⁸⁸ Veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 20.1.

¹⁸⁹ Veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 20.1.

¹⁹⁰ Veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 20.1.

¹⁹¹ Veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 20.1.

¹⁹² Veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 20.1.

- europeiske tekniske godkjenninger,
- felles sivile tekniske spesifikasjoner,
- nasjonale sivile standarder som gjennomfører intensjonale standarder,
- andre internasjonale standarder,
- andre tekniske referansesystemer utarbeidet av europeiske standardiseringsorganer, eller, dersom disse ikke finnes, nasjonale standarder,
- nasjonale tekniske godkjenninger eller nasjonale tekniske spesifikasjoner vedrørende prosjektering, beregning og utførelse av arbeidene og bruk av produktene,
- anerkjente sivile tekniske standarder for industrien,
- eller forsvarsstandarder fra industrien eller forsvarsstandarder og tilsvarende spesifikasjoner for forsvarsmateriell.

Hver henvisning skal ledsages av uttrykket «eller tilsvarende».

På forsvars- og sikkerhetsområdet er utgangspunktet at kontrakter må ofte være i henhold til internasjonale standardiseringsavtaler for å sikre interoperabilitet.¹⁹³ FOSA åpner således for at oppdragsgiveren kan benytte forsvarsstandard som tekniske spesifikasjon, noe som er en forskjell mellom FOSA og anskaffelsesforskriften. Forsvarsstandard iht FOSA er en standard som er utarbeidet etter en prosedyre godkjent av EØS-statene, og som er publisert i Den europeiske unions tidende, jf. § 4-3. I FOSA fremgår det for øvrig uttrykkelig at tekniske spesifikasjoner kan utarbeides på bakgrunn av «nasjonale» forsvarsstandarder og tilsvarende spesifikasjoner for forsvarsmateriell.

Oppdragsgiveren kan imidlertid ikke vise til bestemte merke, en bestemt opprinnelse, en bestemt prosess, eller til varemerker, patenter, typer eller en bestemt opprinnelse eller produksjon, som har som virkning at visse foretak eller produkter favoriseres eller utelukkes. Forbudet er begrunnet i hensynet til konkurranse, jf. anskaffelsesloven § 4. Henvisninger til et bestemt fabrikkat eller et bestemt opprinnelsesland vil ha en konkurransevridende effekt som er til fordel for en eller flere leverandører. En henvisning til et bestemt opprinnelsesland kan i tillegg være i strid med EØS-avtalens bestemmelser om fri bevegelse for varer, tjenester, kapital og personer.¹⁹⁴ Oppdragsgiveren kan dermed ikke formulere kravspesifikasjonene på en slik måte at leverandører fra andre medlemsland er forhindret fra å tilby produkter som tilfredsstillende oppdragsgiverens funksjonsbehov.¹⁹⁵

Det gjelder imidlertid to unntak fra forbudet. Det første unntaket gjelder de tilfellene der henvisningen er nødvendig ut fra anskaffelsens formål.¹⁹⁶ Hva som er nødvendig ut i fra anskaffelsens formål, er skjønnsmessig. Hva som er "nødvendig" må tolkes i lys av praksis. Utgangspunktet er likevel at unntaksbestemmelsen bør tolkes restriktivt.

Det andre unntaket gjelder der det ikke er mulig å beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist eller forståelig ved bruk av ytelses- og funksjonskrav eller henvisninger til tekniske

¹⁹³ Eksempler på dette er NATO Standardisation Agreements (STANGAG).

¹⁹⁴ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 20.3.5.

¹⁹⁵ Se sak C45/87 (Kommissjonen mot Irland) og sak C59/00 (Vestgaard).

¹⁹⁶ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 20.3.5.

spesifikasjoner eller standarder.¹⁹⁷ I så fall skal henvisningen følges av uttrykket "eller tilsvarende". Terskelen for når det ikke er mulig å beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist og forståelig med bruk av ytelses- eller funksjonsbeskrivelser eller ved henvisning til tekniske spesifikasjoner eller standarder, er høy. Unntaket skal tolkes snevert.¹⁹⁸

Oppdragsgiveren har heller ikke mulighet til å begrense konkurransen ved å i realiteten utforme kravspesifikasjonen på en slik måte at det bare er et bestemt fabrikat eller et bestemt varemerke som kan oppfylle kravene.¹⁹⁹ En slik tilpasning av kravspesifikasjonen vil være et brudd på likebehandlingsprinsippet. Likebehandlingsprinsippet er likevel ikke til hinder for å legge vekt på naturlige konkurransefortrinn ved bestemte løsninger, også dersom det bare er én tilbyder på markedet som tilbyr denne løsningen.²⁰⁰

Det vises for øvrig til daværende Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementets tolkningsuttalelse av 6. juli 2013 om forståelsen av unntaksbestemmelsen etter det tidligere regelverket i klassisk sektor.²⁰¹ Det legges til grunn at de samme hensynene vil gjøre seg gjeldende etter FOSA.

13.4 Kvalifikasjonskrav og krav til dokumentasjon

Kvalifikasjonskrav er minimumskrav som knytter seg til leverandørens egnethet til å levere den aktuelle anskaffelsen.²⁰² Formålet med kvalifikasjonskrav er å sikre at leverandøren har de nødvendige organisatoriske, tekniske, faglige, økonomiske og finansielle evnene til å gjennomføre kontrakten.²⁰³ Dette kan for eksempel være krav til faglige kompetanse eller økonomisk soliditet.

Oppdragsgiveren har en betydelig skjønnsfrihet knyttet til hvilke kvalifikasjonskrav som ønskes benyttet.²⁰⁴ Kravene må likevel være i tråd med de forutsetningene som gis i FOSA. I FOSA er det opplistet hvilke kvalifikasjonskrav og dokumentasjonskrav som kan brukes.²⁰⁵ Innenfor disse rammene er det opp til oppdragsgiveren å vurdere hvordan kvalifikasjonskravene skal anvendes i den konkrete anskaffelsen. Det er således opp til oppdragsgiveren om det skal stilles kvalifikasjonskrav, og i så fall hvilke krav det er ønskelig å stille.

¹⁹⁷ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 20.3.5.

¹⁹⁸ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 20.3.5.

¹⁹⁹ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 20.3.5.

²⁰⁰ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 20.3.5.

²⁰¹ https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransepolitikk/anskaffelser/fortolkningsuttalelse_ms_lisenser.pdf

²⁰² Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 22.1.

²⁰³ FOSA § 8-4.

²⁰⁴ Veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 22.1.

²⁰⁵ Bestemmelsen om kvalifikasjonskrav er inntatt i FOSA § 8-4. Av denne bestemmelsen fremgår det at oppdragsgiver kan stille minimumskrav til leverandørene, herunder til deres tekniske kvalifikasjoner og finansielle og økonomiske stilling, jf. også dokumentasjonsbestemmelsene i §§ 8-11 og 8-12. Oppdragsgivers adgang til å stille krav til leverandørens organisasjon er begrenset, og fremkommer av FOSA § 8-7.

Kvalifikasjonskravene skal ha tilknytning til og stå i forhold til leveransen, jf. FOSA § 8-4 først ledd. Det betyr at selve innholdet i kvalifikasjonskravet, så vel som kravet til dokumentasjon, må være proporsjonalt med anskaffelsens art, omfang, verdi og kompleksitet. Det kan derfor stilles strengere krav til leverandørenes evner i en stor og kompleks anskaffelse enn ved en anskaffelse av enkle hyllevarer.

I dette ligger det også at oppdragsgiveren må foreta en konkret vurdering av hvilke krav som er relevante for den aktuelle anskaffelsen. Oppdragsgiveren må dermed ha et bevisst forhold til hvilke krav som stilles, hvordan de skal vurderes og hvorfor kravene gjør leverandøren kvalifisert til å levere på den aktuelle anskaffelsen. Bruk av standardiserte lister med kvalifikasjonskrav, anbefales derfor ikke.

Videre må kvalifikasjonskravene oppfylle visse grunnleggende krav. Kravene til kvalifikasjonskrav kan i korte trekk oppsummeres slik:

- **Klarhet:** Kvalifikasjonskravene må utformes på en klar, presis og utvetydig måte, slik at det er mulig for alle "rimelig opplyste og normalt aktsomme leverandører" å forstå kravene på samme måte.²⁰⁶ Kravene kan ikke være så vagt utformet at de i realiteten gir oppdragsgiveren et for vidt skjønns ved vurderingen av om de er oppfylt.²⁰⁷ Dess mer spesifikk erfaring oppdragsgiveren krever, dess klarere må dette angis.²⁰⁸

- **Ikke-diskriminering:** Kvalifikasjonskravene skal være ikke-diskriminerende.²⁰⁹ Det er ikke tillatt å favorisere nasjonale eller lokale leverandører, for eksempel ved å stille krav om at leverandøren holder til et bestemt sted (med mindre dette er påkrevd etter kontraktens art).²¹⁰ På samme måte kan det være i strid med ikke-diskrimineringskravet å stille krav om et visst antall referanser fra et bestemt geografisk område, for eksempel i kommunen hvor oppdragsgiveren holder til.

- **Objektivitet:** Kvalifikasjonskravene må være saklige og ikke ta utenforliggende hensyn.²¹¹

Hvis oppdragsgiveren velger å stille et kvalifikasjonskrav, må leverandørene oppfylle kravet for å kunne delta i konkurransen. Manglende oppfyllelse av et kvalifikasjonskrav skal lede til avvisning, jf. reglene om avvisning i FOSA § 11-12.

13.4.1 Særlige krav i FOSA

Et av de obligatoriske kravene i FOSA § 8-18 er krav til HMS-egenerklæring. Dette kravet gjelder imidlertid ikke lenger etter anskaffelsesforskriften. I tillegg skal oppdragsgiveren kreve skatteattest ved inngåelse av kontrakter i tilknytning til oppdrag som overstiger en verdi på 100 000 kroner ekskl. mva., jf. FOSA § 3-12 (1). I anskaffelsesforskriften er beløpsgrensen hevet til 500 000 kroner ekskl. mva.

²⁰⁶ Se sak C-368/10 (Max Havelaar), premiss 109.

²⁰⁷ Se bla sak KOFA-sak 2008/100.

²⁰⁸ Se bla. KOFA-sak 2003/209 og KOFA-sak 2006/39, samt omtalen av sakene i veileder til anskaffelsesforskriften punkt 22.1.

²⁰⁹ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 22.1.

²¹⁰ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 22.1.

²¹¹ Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 22.1.

13.5 Utvelgelse av leverandører i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere

Utvelgelse av leverandører i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere, reguleres av FOSA §§ 8-6. Bestemmelsen gjelder kun der anskaffelsen gjennomføres i to trinn med prekvalifisering før innlevering av tilbud.

Utvelgelse av leverandører er aktuelt der oppdragsgiver skal gjennomføre en begrenset anbudskonkurranse, konkurransepreget dialog eller konkurranse med forhandling, jf. FOSA § 8-6 første ledd.

Formålet med å sette et tak på antall deltagere, er at det er kostbart å gjennomføre en anskaffelse med mange tilbudsgivere. Dersom det er mange tilbud som blir levert inn, må oppdragsgiver evaluere mange tilbud. Dette kan være unødvendig ressurskrevende.

For leverandørene kan det være lite fristende å bruke ressurser på å utarbeide tilbud og være bundet av tilbudet, når de vet at sannsynligheten for å vinne konkurransen er for lav. Dette kan føre til at leverandører velger å ikke levere inn tilbud og konkurransen blir således redusert. Oppdragsgiveren kan derfor opplyse i kunngjøringen at kun et visst antall leverandører vil bli invitert til å levere inn tilbud.

Dersom oppdragsgiveren skal velge ut leverandører skal det oppgis en nedre, og eventuelt øvre grense for antall leverandører som skal få levere inn tilbud. Den nedre grensen må oppgis. Dette følger av systematikken i regelen og direktivets ordlyd. Ordet «kan» i forskriften peker på at oppdragsgiveren kan velge å anvende bestemmelsen.

Den nedre og øvre grensen skal fremgå av kunngjøringen, sammen med de objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler oppdragsgiveren vil benytte ved utvelgelsen av eventuelt overtallige kvalifiserte leverandører.²¹²

Det skal inviteres minst tre deltakere. Dette er likevel ikke til hinder for at oppdragsgiveren inviterer færre leverandører enn oppgitt i kunngjøringen, i tilfeller hvor det ikke foreligger et tilstrekkelig antall leverandører som oppfyller kvalifikasjonskravene.²¹³

Finner oppdragsgiveren at antallet leverandører er for lavt til å sikre reell konkurranse, kan anbudsproseduren innstilles og den opprinnelige konkurransen kunngjøres på nytt i samsvar med FOSA §§ 9-3, jf. 9-1. Nye leverandører innlemmes i konkurransen sammen med de opprinnelige leverandørene. Dette er ikke til hinder for at oppdragsgiveren avlyser den opprinnelige konkurranse og kunngjør en ny konkurranse.²¹⁴

²¹² FOSA § 8-6 annet ledd.

²¹³ FOSA § 8-6 tredje ledd.

²¹⁴ § 8-6 fjerde ledd.

13.6 Tildelingskriterier

Oppdragsgiveren skal tildele kontrakt på grunnlag av følgende alternativer:²¹⁵

- Tildeling på bakgrunn av hvilket tilbud som er det økonomisk mest fordelaktige, eller
- Utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen.

Dersom kontrakten skal tildeles leverandøren med det mest økonomisk fordelaktige tilbudet, må oppdragsgiver på forhånd fastsette hvilke kriterier som vil bli vektlagt.

Velger oppdragsgiveren å benytte tildelingskriteriet laveste pris, skal tilbudene evalueres utelukkende på bakgrunn av den tilbudte prisen, og tilbudet med den laveste prisen skal vinne konkurransen. Oppdragsgiveren vil ofte evaluere tilbudene på grunnlag av den samlede prisen som kan være sammensatt av flere priselementer, herunder timepriser, enhetspriser, priser på eventuelle opsjoner mv. Benyttes flere priselementer skal disse summeres eller sammenstilles til en samlet og sammenliknbar totalpris, som danner grunnlag for evalueringen. Ved sammenlikning av pris på varelinjer, kan oppdragsgiveren vekte det forventede forbruk på enhetsprisene i den samlede prisoppstillingen.

13.7 Bruk av kontraktsstandarder og spesielle kontraktsvilkår

Oppdragsgiveren skal som hovedregel bruke fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder ved inngåelse av kontrakter, jf. forskriften § 3-10 første ledd.²¹⁶

Bestemmelsen gjelder alle kontrakter, det vil si vare-, tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter. For varer kan dette eksempelvis være aktuelt for IT-kontrakter. En kontraktsstandard er fremforhandlet når den er blitt til gjennom forhandlinger mellom representanter fra ulike parter. Dette omfatter først og fremst standarder som er blitt til på nasjonalt nivå. Vilkår for gjennomføring av en kontrakt kan omhandle sosiale hensyn og miljøhensyn. Vilkår for gjennomføring av en kontrakt kan omhandle krav til underleveranser, jf. § 8-10 og krav for å ivareta forsyningssikkerheten og gradert informasjon, utover det som fremgår av § 8-8 og § 8-9, jf. § 3-3, forutsatt at disse er forenlige med EØS-avtalen og er angitt i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget.²¹⁷

Regelen oppstiller en klar hovedregel om å bruke fremforhandlede og balanserte kontraktsstandarder.²¹⁸ KOFA kom i sak 2003/138, som nemnda har vist til i senere saker, til at bestemmelsen ikke inneholder noen plikt til å benytte kontraktsstandarder eller forbud mot å gjøre unntak fra standardkontraktene.

Bestemmelsen er rettet mot oppdragsgiveren og er en ordensbestemmelse som forutsetter at oppdragsgiveren vurderer om det eksisterer en egnet standardkontrakt, og at oppdragsgiveren søker å holde seg til standarden i den grad anskaffelsen ikke tilsier avvik.

Departementet vil også få peke på en viktig problemstilling hvor oppdragsgivers unntak

²¹⁵ FOSA § 13-2.

²¹⁶ Se for øvrig veileder til tidligere anskaffelsesforskrift datert 2013, punkt 9.8.1 (Kontraktsstandarder).

²¹⁷ FOSA § 3-10 annet ledd.

²¹⁸ FOSA § 3-10 første ledd.

fra kontraktsstandarder fører til forbehold fra leverandørene som igjen kan lede til avvising fra konkurransen. Dersom oppdragsgiveren i konkurransegrunnlaget avviker en fremforhandlet og balansert kontraktsstandard og overfører urimelig risiko til leverandøren for forhold og hendelser som leverandøren ikke har noen kontroll over, og der kostnads- og tidskonsekvensen ikke kan estimeres på forhånd, vil dette kunne medføre at leverandører enten ikke deltar i konkurransen eller tar forbehold mot et slikt kontraktsvilkår.

Når kostnads- og tidskonsekvensen av forholdet som kontraktsvilkåret gjelder ikke kan estimeres på forhånd, fører dette til at leverandører som tar et slikt forbehold må avvises. Konkurransen vil da kunne bli begrenset. Oppdragsgiveren bør være bevisst på markedssituasjonen ved bruk av slike kontraktsvilkår. Maksimal overføring av risiko til leverandøren kan isolert sett være forlokkende, men kan være en uheldig innkjøpsstrategi og vil kunne motvirke prinsippene nedfelt i loven.

Før oppdragsgiveren gjør unntak, bør oppdragsgiveren foreta en vurdering av den enkelte anskaffelse for å undersøke om det er konkrete forhold som begrunner unntak fra standarden.

Som en intern rutine kan det være hensiktsmessig å nedtegne for eget bruk den konkrete begrunnelsen for at man eventuelt mener at det er hensiktsmessig å avvike fra den relevante standardkontrakten.

For arbeid som skal utføres i Norge, kan oppdragsgiver sette som betingelse for gjennomføringen av kontrakten at norske leverandører skal være tilknyttet en offentlig godkjent lærlingordning. Slik betingelse kan likevel kun settes dersom det er et klart definert behov for lærlingplasser i den aktuelle bransje.²¹⁹

For bygge- og anleggsarbeid som skal utføres i Norge, kan oppdragsgiver sette som betingelse for gjennomføringen av kontrakten at arbeidet skal utføres av entreprenøren og dennes ansatte i tjenesteforhold, eventuelt av underentreprenører og deres ansatte, eller ved bruk av lovlig innleid arbeidskraft. Det kan stilles krav om at bruk av enkeltmannsforetak som ikke er entreprenør eller underentreprenør, skal begrunnes.²²⁰

13.8 Forsyningssikkerhet

13.8.1 Innledning

Forsyningssikkerhet er en fellesbetegnelse på ulike krav som stilles for å sikre levering av varer og tjenester for å ivareta nasjonale forsvars- og sikkerhetsforpliktelser.²²¹

Problemstillinger knyttet til forsyningssikkerhet er antakeligvis særlige for forsvars- og sikkerhetssektoren.²²²

²¹⁹ FOSA § 3-10 tredje ledd.

²²⁰ FOSA § 3-10 fjerde ledd.

²²¹ Forsyningssikkerhetskrav kan i tillegg anvendes i klassisk sektor, jf. Arrowsmiths omtale på side 44.

²²² EU-kommisjonens fortolkningsnotat – Forsyningssikkerhet, side 1.

Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet anerkjenner den helt spesielle betydningen forsyningssikkerhet har i forbindelse med anskaffelse av forsvars- og sikkerhetsmateriell. Forsyningssikkerhet er avgjørende særlig i krisetider, hvor pålitelige og rettidige leveranser kan være svært avgjørende for det enkelte land.

Utførelse av kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet innebærer ofte overførsel av varer på tvers av landegrensene, noe som gjør at leverandører må innhente godkjenning fra nasjonale eksportkontrollmyndigheter for å kunne overføre varer eller tjenester til et annet land. Normalt blir slike anmodninger godkjent innen EU/EØS, men det foreligger alltid en risiko for at nødvendig eksporttillatelse ikke innvilges. Avslag fra eksportkontrollmyndigheter kan medføre store utfordringer for både oppdragsgiveren og leverandør. EUs direktiv 2009/43/EF om overførsel av forsvarsrelaterte produkter er ment å forbedre situasjonen gjennom introduksjon av et generelt og globalt lisensieringssystem. Direktivet er gjennomført i norsk rett gjennom endring i forskrift av 19. juni 2013 nr. 718 om eksport av forsvarsmateriell, flerbruksvarer, teknologi og tjenester (eksportkontrollforskriften). Utenriksdepartementet har forvaltningsansvaret for forskriften.

Det vil imidlertid ikke være mulig å skape en global lisensfri sone. Både fordi enkelte oppdragsgivere innen EU/EØS benytter komponenter og systemer fra tredjeland og dermed er forpliktet til å overholde landenes eksportrestriksjoner. Og fordi nasjonale sikkerhetsinteresser i enkelte tilfeller kan gjøre det nødvendig å nekte lisensiering, eksempelvis pga. strenge forsyningssikkerhetskrav. Forsyningssikkerhet har dermed både rettslige og politiske sider, noe som gjør det vanskelig å regulere forsyningssikkerhetskrav i et rettslig bindende regelverk.

EU-kommisjonen anerkjenner at forsyningssikkerhet kan omfatte det enkelte lands industrielle evne og at landenes beslutninger kan være knyttet til et medlemslands forsvarsindustrielle base.²²³ Medlemsland kan derfor anse det som en del av sine sikkerhetsinteresser å ha visse strategiske sektorer på eget territorium for ikke å være avhengig av utenlandske aktører.

13.8.2 Hvordan stille forsyningssikkerhetskrav?

FOSA har ingen definisjon av forsyningssikkerhet. Innenfor rammene av FOSA kan forsyningssikkerhet i utgangspunktet forstås som ulike krav oppdragsgiveren stiller for å sikre riktig, pålitelig og rettidig leveranse av forsvars- og sikkerhetsmateriell og tjenester. I tillegg kommer kontinuerlig tilgang til vedlikehold, reparasjon, reservedeler og andre støtteelementer, særlig i krisetider.²²⁴

Oppdragsgiveren kan i utgangspunktet anvende krav til forsyningssikkerhet som kontraktsvilkår. Oppdragsgiveren kan dessuten fastsette kravene til forsyningssikkerhet i

²²³ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 1.

²²⁴ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 22: "Security of Supply requirements within the meaning of the Directive are contractual requirements imposed by contracting authorities/entities to ensure reliable and in-time delivery of sufficient quantities of defence and security equipment and services, as well as continuous availability of maintenance and repair capabilities, spare parts and other support in all conditions, especially in crisis situations."

konkurransesgrunnlaget i form av kvalifikasjonskrav, utvelgelseskriterier eller tildelingskriterier.²²⁵

Utvelgelse av leverandører med bakgrunn i krav til forsyningssikkerhet

Ved bruk av forskriftens prosedyrer, kan oppdragsgiveren foreta en kvalitativ utvelgelse av leverandørene på bakgrunn av nærmere kriterier angitt i konkurransegrunnlaget. Forsyningssikkerhetsvilkår kan være relevant i en slik kvalitativ utvelgelse.

Forsyningssikkerhet som tekniske og faglige kvalifikasjoner

I FOSA § 8-12 er det oppstilt ulike dokumentasjonskrav som oppdragsgiveren kan kreve som bevis på leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner. To av kravene er knyttet til forsyningssikkerhet.

Iht. FOSA § 8-12 første ledd bokstav c nr. 3, kan oppdragsgiveren for vare og tjenestekontrakter kreve fremlagt «en beskrivelse av metoder for kvalitetssikring, samt en beskrivelse av leverandørens undersøkelses- og forskningsmuligheter og interne bestemmelser om immaterialrett». Ordlyden «interne bestemmelser om immaterialrett» sikter til interne regler om rettigheter mellom datterselskaper og morselskaper med hensyn til immaterielle rettigheter og kan utgjøre elementer av forsyningssikkerhet.²²⁶ Dette innebærer eksempelvis at man kan oppstille som kvalifikasjonskrav at leverandøren har standarder som sikrer tilstrekkelig grad av beskyttelse.²²⁷

Iht. til § 8-12 første ledd bokstav d nr. 2, kan oppdragsgivere for varekontrakter og bygge- og anleggskontrakter kreve fremlagt «en redegjørelse for verktøy, materiell, teknisk utstyr, fagkunnskap og forsyningskilder som leverandøren disponerer over til gjennomføring av kontrakten. Leverandøren skal angi sin geografiske plassering, dersom plasseringen er utenfor EØS-området. Videre skal det også redegjøres for hvordan leverandøren kan dekke eventuelle tilleggsbehov som følge av en krise eller for å sikre vedlikehold, modernisering eller tilpasning». Dette innebærer eksempelvis at man kan oppstille som kvalifikasjonskrav at leverandøren har teknisk kapasitet til å utføre kontrakten.

Ordlyden «geografiske plassering dersom det er utenfor EØS-området» innebærer at geografisk plassering i tredjeland kan være et relevant moment i vurderingen av om en leverandør må anses for å ha tilstrekkelig evne til å utføre en kontrakt i en gitt situasjon. Oppdragsgiveren kan utelukke tilbydere fra en anskaffelse dersom oppdragsgiveren er av den oppfatning at den geografiske plasseringen til leverandører hjemmehørende utenfor EØS vil kunne svekke evnen til å oppfylle særlig krav som er knyttet til forsyningssikkerhet.

²²⁵ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets artikkel 23 første ledd. EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 2: “*These requirements may typically take the form of conditions for the performance of a contract. They can also be used in the award procedure as selection criteria or award criteria.*”

²²⁶ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets fortale premiss 44.

²²⁷ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 8.

13.8.3 Nærmere om de ulike forsyningssikkerhetskravene i FOSA § 8-8

FOSA § 8-8 inneholder en ikke-uttømmende liste over hvilken informasjon eller hvilke opplysninger oppdragsgiveren kan kreve at leverandøren fremlegger. Noen av kravene kan benyttes som kvalifikasjonskrav og tildelingskriterium, mens andre krav egner seg best som kontraktskrav, eksempelvis bokstav h. De ulike kravene gjennomgås nedenfor.

Eksport, overførsel og transitt av varer

Iht. FOSA § 8-8 bokstav a kan oppdragsgiveren stille krav om sertifikat eller dokumentasjon på at leverandøren er i stand til å oppfylle kontraktsrettslige forpliktelser med hensyn til eksport, overførsel og transitt av varer, herunder også dokumentasjon fra rette myndighet i avsenderlandet.

Kravene er ment å gi oppdragsgiveren et vern mot den forsyningssikkerhetsrisiko som er forbundet med eksport av forsvars- og sikkerhetsrelaterte varer på tvers av landegrensene. Det foreligger for eksempel alltid en risiko for at leverandøren får avslag på søknaden om å eksportere varer over landegrensene, at søknadsprosessen blir forsinket eller at offentlige myndigheter beslutter å tilbakekalle en opprinnelig tillatelse om eksport av materiell.²²⁸

Oppdragsgiveren kan derfor kreve fremlagt dokumentasjon som indikerer at leverandøren vil være i stand til å skaffe nødvendige lisenser dersom leverandøren tildeles kontrakt. Oppdragsgiveren kan eksempelvis kreve fremlagt oversikt over tidligere godkjente eksportlisenssøknader knyttet til eksport av tilsvarende materiell til samme medlemsland eller andre medlemsland, for å illustrere at relevante myndigheter normalt ikke avviser slike eksportlisenssøknader. Leverandører kan eventuelt også sende en oversikt over dokumenter som er innhentet fra nasjonale myndigheter.²²⁹

Oppdragsgiveren kan videre kreve fremlagt dokumentasjon på planer og ressurser leverandøren har for å skaffe til veie nødvendige eksporttillatelser.²³⁰ Dessuten kan oppdragsgiveren innta kontraktsvilkår som tar høyde for at leverandøren skal forbedre og fremskynde prosessen med å skaffe til veie nødvendig eksportlisensiering. Slike krav kan være at leverandøren skal:²³¹

- Varsle om alle lisensieringsvilkår eller andre eksportrestriksjoner som gjelder for varer som skal leveres, i tillegg til andre deler og delsystemer, dersom delene eller delsystemene må fremskaffes fra tredjeland;
- Varsle oppdragsgiveren om informasjon som er underlagt lisensplikt;
- Iverksette tiltak for å oppnå rettidig eksportlisens;
- Samarbeide fullt og helt med oppdragsgiveren og / eller andre relevante eksportkontrollmyndigheter med henblikk på å sikre at alle relevante krav oppfylles;

²²⁸ De ulike kravene er listet opp i EU-kommisjonens forklaringsnotat, Forsyningssikkerhet, side 1.

²²⁹ EU-kommisjonens forklaringsnotat, Forsyningssikkerhet, side 10.

²³⁰ EU-kommisjonens forklaringsnotat, Forsyningssikkerhet, side 11.

²³¹ EU-kommisjonens forklaringsnotat, Forsyningssikkerhet, side 11.

- Sikre at kontraktsvilkår overføres til underleverandører som kan måtte søke om eksportlisens.

Oppdragsgiveren kan dessuten angi kontraktsvilkår knyttet til eksport og overføringslisenser, eksempelvis begrensninger omkring tilgang til teknisk informasjon. For å motvirke risiko, kan oppdragsgiveren stille krav om at det skal gis tilgang til kildekoder eller immaterielle rettigheter i forbindelse med utforming av nøkkelsystemer eller delsystemer.²³²

Dersom kontrakt tildeles og det i ettertid viser seg at den valgte leverandøren ikke har fått innvilget søknad om eksportlisens og at søknaden heller ikke vil bli innvilget, og at forholdet i tillegg må anses for å utgjøre brudd på kontraktsvilkårene, vil oppdragsgiveren normalt ha adgang til å terminere kontrakten i henhold til alminnelig kontraktsrett.²³³

Velger oppdragsgiveren å avvise en leverandør med den begrunnelse at tilbudet er mangelfullt i lys av konkurransegrunnlagets vilkår om eksportlisens, kreves det tilstrekkelig begrunnelse. Oppdragsgiveren må kunne påvise at leverandøren har unnlatt å fremlegge informasjon om eller dokumentasjon på at eksportlisens vil bli innvilget av relevante eksportkontrollmyndigheter, eller at leverandøren har unnlatt å vise til at overførsel- og eksportlisenser ikke er til hinder for forsyningssikkerhetskravene, slik de er definert i kontraktsvilkårene.²³⁴

En oppdragsgiver kan ikke kreve at en leverandøren skal skaffe dokumentasjon som vil være i strid med nasjonale eller relevante internasjonale krav til eksport -, overføring- eller transittlisenskriterier, under de omstendigheter som råder på tidspunktet for en slik lisensbeslutning, jf. FOSA § 8-8 (2).

Begrensninger med hensyn til offentliggjøring

FOSA § 8-8 bokstav b supplerer forskriftens bokstav a. Utover oppdragsgivers mulighet til å kreve at leverandøren dokumenterer evnen til å få innvilget lisenser, kan oppdragsgiveren i henhold til bokstav b dessuten stille krav om opplysninger om eventuelle begrensninger mht. offentliggjøring av overførsel eller anvendelse av produkter og tjenesteytelser eller et hvilket som helst resultat av disse produktene eller tjenesteytelsene, og som er en følge av eksportkontroll eller sikkerhetsordninger. Oppdragsgivere står fritt til å kombinere kravene i bokstav a og b.

Bokstav b er særlig relevant for komponenter og systemer som er en del av materiell som skal anskaffes, men som ikke kan modifiseres eller gis tilgang til. Bokstav b er videre knyttet til varer som er omfattet av eksportkontrollregimer eller «sluttbrukermonitorering» som krever særskilt tillatelse, eksempelvis det amerikanske eksportkontrollregelverket International Traffic in Arms Regulations (ITAR).²³⁵ Iht. ITAR kreves særskilte tillatelser fra amerikanske myndigheter for å kunne eksportere visse typer av varer og tjenester fra USA til andre land.

²³² EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 11.

²³³ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 11

²³⁴ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 11.

²³⁵ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 12.

Her kan oppdragsgiveren eksempelvis kreve at leverandøren fremlegger en liste over slike restriksjoner.²³⁶

Leverandørens forsyningskjede

Oppdragsgiveren kan videre stille krav om sertifikat eller dokumentasjon på at leverandørens forsyningskjede er av en slik organisatorisk karakter og geografisk beliggenhet at leverandøren kan oppfylle oppdragsgivers krav til forsyningssikkerhet, jf. FOSA § 8-8 bokstav c.

Krav til geografisk beliggenhet vil være knyttet til avstander og leveringstider. Oppdragsgiveren har anledning til å innta tidsfrister og betingelser for tilgjengeligheten til reservedeler, andre materialer eller vedlikeholdstjenester, samt kreve at leverandøren viser at forsyningskjedens organisering og plassering gjør det mulig å gjennomføre alle leveranser på de vilkår som fremgår av kontrakten.²³⁷ Betingelser for tilgjengelighet kan være konkrete beskrivelser av forsyningskjeden med en nærmere beskrivelse av kapasiteter og produksjonssteder.

Oppdragsgiveren kan dessuten stille krav om at leverandøren skal sikre at eventuelle endringer i leverandørens forsyningskjede under utførelsen av kontrakten ikke vil ha noen negativ innvirkning på kravene som stilles til forsyningssikkerhet, jf. FOSA § 8-8 bokstav d. Bestemmelsen utfyller bestemmelsens bokstav c.

Tilretteleggelse av leverandørens forsyningskjede som nevnt i bokstav c og d, dekker derfor alle de ressurser og aktiviteter som er nødvendige for å levere de varer, tjenester eller arbeider som omfattes av kontrakten.

Oppfyllelse av oppdragsgivers behov som følge av krise

Videre kan oppdragsgiveren stille krav om at leverandøren «skal etablere eller opprettholde den kapasitet som er nødvendig for å imøtekomme eventuelle større behov fra oppdragsgiver som følge av krise», jf. FOSA § 8-8 bokstav e.

Oppdragsgiveren kan dessuten stille krav om «supplerende dokumentasjon fra leverandørens offentlige myndigheter om oppfyllelse av krav om å kunne imøtekomme eventuelle større behov fra oppdragsgiver som følge av krise», jf. FOSA § 8-8 bokstav f.

Bestemmelsene omfatter følgelig risiko knyttet til eventuelle større behov fra oppdragsgiveren ifm. oppståtte kritesituasjoner. Praktisk sett vil oppdragsgiveren og leverandøren først være i stand til å avtale evt. tilleggsytelser når krisen har oppstått. Oppdragsgiveren vil da med sikkerhet kunne vurdere omfanget av tilleggsbehovene, mens leverandøren vil være i stand til å vurdere hvordan tilleggsleveransene skal gjennomføres, eksempelvis på bakgrunn av tilsvarende forpliktelser leverandøren måtte ha overfor andre kunder.²³⁸

²³⁶ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 12.

²³⁷ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 13.

²³⁸ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 14.

Alternativt kan oppdragsgiveren tilby andre løsninger overfor leverandøren og/eller innta betingelser i kontrakten som forplikter leverandør til å yte tilleggsleveranser under gitte forutsetninger.²³⁹ Oppdragsgiveren kan i så fall oppnå høyere grad av forsyningssikkerhet dersom partene allerede på et tidlig stadium inngår avtaler om priser og leveransevilkår.

Ordlyden «supplerende dokumentasjon fra leverandørens offentlige myndigheter» i § 8-8 bokstav f er ment å underbygge leverandørens forpliktelse etter § 8-8 bokstav e og dessuten sørge for at oppdragsgiveren gis ytterligere vern knyttet til de avtalte leveranser.²⁴⁰

Supplerende dokumentasjon kan eksempelvis være forsyningssikkerhetskrav som er inngått mellom medlemsstater, eksempelvis innenfor rammene av European Defence Agency. Kravene kan bla. gjelde etablerte prioriteringssystemer eller generelle forpliktelser om å arbeide aktivt for å sikre forsyning av varer og tjeneste.

Det er viktig å understreke at krav som stilles etter FOSA § 8-8 bokstav e og f er begrenset av eventuelle lisensforpliktelser fra andre medlemsstater. Der er i forlengelse av dette ikke tiltatt å stille krav til leverandør om å skaffe til veie dokumentasjon fra en medlemsstat som strider med nasjonale eller relevante internasjonale krav til eksport-, overførings- eller transittkriterier, under de omstendigheter som råder på tidspunktet for en slik lisensbeslutning, jf. FOSA § 8-8 annet ledd.

Vedlikehold, modernisering og tilpasning av varer

Oppdragsgiveren kan dessuten stille krav om at leverandøren skal kunne sikre vedlikehold, modernisering og tilpasning av de varer som er omfattet av kontrakten, jf. FOSA § 8-8 bokstav g. Dette er særlig aktuelt dersom oppdragsgiveren har behov for å forplikte leverandør til å gjennomføre tilleggstjenester.²⁴¹ Oppdragsgiveren kan spesifisere de aktuelle forpliktelsene i avtalen, med en detaljert stipulering av innholdet og omfanget av vedlikeholdet, moderniseringen eller tilpasningen som skal utføres²⁴².

Enhver endring i organisasjon, forsyningsskjede eller industristrategi

Oppdragsgiveren kan videre stille krav om at leverandøren skal varsle om enhver organisatorisk, forsyningsmessig eller industristrategisk endring som kan få følger for leverandørens forpliktelser, jf. FOSA § 8-8 bokstav h.

Bokstav h må ses i sammenheng med bokstav d som gir en forpliktelse til å sikre at eventuelle endringer i leverandørens forsyningsskjede under utførelsen av kontrakten ikke vil ha noen negativ innvirkning på kravene som stilles til forsyningssikkerhet.²⁴³

Forsyning av spesifikke midler

Oppdragsgiveren kan i tillegg til ovennevnte stille krav om at leverandøren skal kunne forsyne oppdragsgiver med alle de spesifikke midler som er nødvendig for produksjon av reservedeler, komponenter, enhver montering og særlig testutstyr, herunder tekniske

²³⁹ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 14.

²⁴⁰ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 14.

²⁴¹ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 15.

²⁴² EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 15.

²⁴³ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 15.

tegninger, lisenser og bruksanvisninger, i tilfelle leverandøren på et senere tidspunkt ikke vil være i stand til å levere varen, jf. bokstav FOSA § 8-8 i.²⁴⁴

13.9 Informasjonssikkerhet – krav til beskyttelse av gradert informasjon

13.9.1 Innledning

Anskaffelser i forsvars- og sikkerhetssektoren er ofte av sensitiv karakter. For å ivareta hensynet til informasjonssikkerhet, herunder beskyttelse av gradert informasjon, åpner FOSA for at oppdragsgiver kan stille visse krav til leverandører om vern av slik informasjon.²⁴⁵ Krav til sikkerhet kan for øvrig stilles i klassisk sektor for anskaffelser som gjennomføres etter anskaffelsesforskriften.²⁴⁶

Det er opp til det enkelte medlemsland å avgjøre om direktivbestemmelsene i sin helhet skal innlemmes i den nasjonale lovgivning, eller om deler av bestemmelsene skal innlemmes og at de øvrige kravene til informasjonssikkerhet i forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet vil være regulert i den nasjonale lovgivning.

For anskaffelser som innebærer at leverandøren, eller dennes underleverandører, kan få tilgang til eller tilvirker sikkerhetsgradert informasjon, jf. sikkerhetsloven § 5-3, gjelder i tillegg reglene i sikkerhetsloven kapittel 8 og 9, og forskrift om virksomheters arbeid med forebyggende sikkerhet (virksomhetssikkerhetsforskriften) kapittel 13. I disse anskaffelsene må oppdragsgiver oppfylle kravene i sikkerhetsloven med tilhørende forskrifter i alle fasene av anskaffelsen. Formålet med bestemmelsene i sikkerhetsloven om sikkerhetsgraderte anskaffelser er at leverandøren skal oppfylle de samme krav til sikkerhet som det virksomheten må gjøre for å beskytte den aktuelle skjermingsverdige verdien. Mens sikkerhetsloven regulerer de sikkerhetsmessige kravene som skal stilles til leverandøren, regulerer FOSA prosedyreregler for selve gjennomføringen av anskaffelsen.

Det er departementets vurdering at direktivets bestemmelser om informasjonssikkerhet som ikke er inntatt i FOSA § 8-9, allerede følger av sikkerhetsloven med tilhørende forskrifter.

Forsvarsdepartementet har innlemmet direktivets artikkel 22 (2) bokstav a, b, c og d, samt artikkel 42 bokstav j i FOSA § 8-9. Bestemmelsen regulerer krav til beskyttelse av gradert informasjon og gir en klar adgang til å stille kontraktskrav om beskyttelse av sikkerhetsgradert informasjon. Bestemmelsen gir videre en klar adgang til å oppstille krav til beskyttelse av gradert informasjon som kvalifikasjonskrav, og på denne måten redusere risikoen for at informasjonssikkerhet blir et problem i forbindelse med gjennomføringen av kontrakten.

²⁴⁴ EU-kommisjonens fortolkningsnotat, Forsyningssikkerhet, side 16.

²⁴⁵ Jf. også forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets artikkel 7, 20, 22 og 42

²⁴⁶ Arrowsmith side 243.

13.9.2 Hvordan stille informasjonssikkerhetskrav?

Behovet for å stille krav til beskyttelse av gradert informasjon kan praktisk sett oppstå i flere ulike faser i en anskaffelse som gjennomføres etter FOSA. Krav til informasjonssikkerhet kan være aktuelt i bla. følgende tilfeller:

- som begrunnelse for unntak fra FOSA, jf. § 1-3 (2) og (3);
- som kontraktsvilkår, jf. FOSA § 3-10 (2), jf. § 8-9.
- som utvelgelseskriterier og kvalifikasjonskrav, jf. FOSA § 11-12 og § 8-12.

Ofte vil behovet for å stille krav til informasjonssikkerhet oppstå i konkurransefasen, typisk ved at deler av konkurransegrunnlaget inneholder informasjon som er gradert iht. sikkerhetsloven. I slike tilfeller må oppdragsgiveren sørge for at tilbyderne og/eller personell fra tilbyderne oppfyller de krav som følger av sikkerhetsloven med forskrifter som gjelder for behandling av den aktuelle graderte informasjonen, i tillegg til kravene i FOSA, jf. § 3-3. Det vil normalt være krav til autorisering og klarering av personellet som skal behandle informasjonen, og/eller klarering av leverandøren dersom informasjonen skal behandle i eller fra leverandørens lokaler. Behovet for å behandle gradert informasjon vil normalt også kunne oppstå etter konkurransen er gjennomført, noe det må tas høyde for i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget og i kontraktsvilkårene, jf. FOSA § 3-10.

Nedenfor gjennomgås ulike problemstillinger som oppdragsgiver bør være oppmerksom på når sikkerhetsanskaffelser gjennomføres etter FOSA. Dette er problemstillinger som oppdragsgivere vil stå overfor både før, under og etter gjennomføringen av konkurransen.

Informasjonssikkerhet som avvisningsgrunn pga. forhold ved leverandøren

Informasjonssikkerhet kan utgjøre begrunnelse for å avvise leverandører, jf. FOSA § 11-12 (2) bokstav d. Bestemmelsen referer eksplisitt til «*mislighold av forpliktelser vedrørende beskyttelse av gradert informasjon i relasjon til en tidligere kontrakt.*» Dessuten følger det av § 11-12 (2) bokstav h at en leverandør kan avvises dersom leverandøren «*ikke vurderes å ha den påliteligheten som trengs for å utelukke en sikkerhetsrisiko for Norge*»²⁴⁷, f.eks. som følge av at leverandøren ikke kan leverandørklareres, jf. sikkerhetsloven § 9-3, og klareringsforskriften kapittel 4.

Tekniske eller faglige kvalifikasjoner knyttet til informasjonssikkerhet (sikkerhets- og leverandørklarering)

Oppdragsgiver kan på tilsvarende måte som i anskaffelsesforskriften stille ulike krav til dokumentasjon av leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner og benytte disse kravene som grunnlag for utvelgelseskriterier jf. FOSA §§ 8-12 og 8-5.

Iht. FOSA § 8-12 (1) bokstav a nr. 3 kan imidlertid oppdragsgiver kreve dokumentasjon på evnen til å behandle og oppbevare gradert informasjon på det graderingsnivå som kreves. Dette vil i praksis si å stille krav om sikkerhetsklarering av personell hos leverandøren, eller leverandørklarering av leverandøren.

²⁴⁷ Veilederens punkt 16.2.

For personell hos leverandøren som skal ha tilgang til sikkerhetsgradert informasjon er det krav om autorisasjon og klarering av personellet som tilsvarer graderingsnivået på informasjonen, jf. sikkerhetsloven § 8-1. Trenger personer hos en leverandør klarering er det oppdragsgiveren som skal be om det, jf. klareringsforskriften § 3. Hvem som er rett klareringsmyndighet avhenger av om personellet er tilknyttet forsvarssektoren eller sivil sektor, jf. klareringsforskriften § 1. Departementet bemerker at ved tilgang til informasjon gradert BEGRENSET er det tilstrekkelig med autorisasjon, jf. sikkerhetsloven § 8-9. Av sikkerhetsloven § 9-3 følger at *«før en leverandør kan få tilgang til informasjon gradert KONFIDENSIELT eller høyere, skal leverandøren ha gyldig klarering for angitt sikkerhetsgrad. Leverandøren skal også klareres dersom det er nødvendig av andre grunner»*. Departementet vil presisere at med leverandøren menes virksomheten, og ikke personell fra leverandøren. Det innebærer at kravet til leverandørklarering først inntreffer i de tilfellene informasjonen skal behandles eller oppbevares hos leverandøren, eller leverandøren gis tilgang til informasjonen fra leverandørens lokaler. Det bemerkes at det ikke er nødvendig med leverandørklarering dersom personellet kun skal ha tilgang til skjermingsverdig informasjon hos oppdragsgiver, med mindre det anses nødvendig av *«andre grunner»*, jf. sikkerhetsloven § 9-3.

Dersom leverandøren driver sin virksomhet fra en annen stats jurisdiksjon, eller skal behandle eller oppbevare informasjon i lokaler utenfor norsk jurisdiksjon, må Norge ha en sikkerhetsavtale med staten som har jurisdiksjon der lokalene ligger eller virksomheten drives fra, jf. virksomhetssikkerhetsforskriften § 84. Det samme gjelder dersom leverandøren skal ha tilgang til informasjonssystem som er sikkerhetsgradert eller klassifisert som skjermingsverdig infrastruktur, fra egne lokaler utenfor norsk jurisdiksjon, eller skal råde over objektet eller infrastrukturen i eller fra lokaler utenfor norsk jurisdiksjon.

Bruk av informasjonssikkerhet som kontraktvilkår

FOSA § 8-9 gir oppdragsgiver adgang til å fastsette kontraktvilkår knyttet til beskyttelse av gradert informasjon. Oppdragsgiver gjøres oppmerksom på at krav til leverandøren med hjemmel i FOSA § 8-9, må være hjemlet i sikkerhetsloven med tilhørende forskrifter.

Oppdragsgiver kan for det første stille krav om dokumentasjon på at leverandøren og underleverandører kan sikre at graderte opplysninger behandles og oppbevares på en forsvarlig måte i hele kontraktens løpetid og også etter at kontrakten opphører, jf. bokstav a. Dette vil i praksis innebære at det oppstilles krav om at det inngås en sikkerhetsavtale med virksomheten, jf. sikkerhetsloven § 9-2, krav om at leverandøren kan behandle den gradert informasjonen i tråd med sikkerhetsloven med forskriftene, krav om gyldig sikkerhetsklarering av personell fra virksomheten og/eller leverandørklarering av virksomheten. Departementet bemerker at gyldig leverandørklarering innebærer en kontroll av om leverandøren kan behandle den aktuelle informasjonen i sine lokaler og systemer. Hvilke krav som kan stilles i anskaffelsesprosessen vil avhenge av hvilke krav sikkerhetsloven med forskrifter stiller til behandling av den aktuelle informasjonen. Slike krav kan også stilles for eventuelle underleverandører som kommer til under kontrakten.

For eksempel kan det stilles krav om at en leverandør som skal behandle BEGRENSET informasjon i sine lokaler, har et tilstrekkelig styringssystem for sikkerhet, jf. sikkerhetsloven

§ 4-1 og virksomhetssikkerhetsforskriften kapittel 2. Det kan også stilles krav om at leverandøren må ha sikkerhetstiltak på plass som gjør at informasjonen har et forsvarlig sikkerhetsnivå, jf. sikkerhetsloven § 4-3 og virksomhetssikkerhetsforskriften §§ 22 flg.

Oppdragsgiver kan for det andre stille krav om å få tilstrekkelig informasjon om de underleverandører, som allerede er valgt av leverandøren, slik at oppdragsgiver er i stand til å avgjøre om den enkelte underleverandør kan oppfylle de krav som er satt til behandling og oppbevaring av gradert informasjon. Tilsvarende informasjon kan kreves fremlagt vedrørende nye underleverandører før kontrakt om underleveranser inngås, jf. bokstav b.

Frister

Det er viktig at utforming av kvalifikasjonskrav og dokumentasjonskrav å gir leverandøren tid nok til å søke om klarering. Det vises til veilederens kapittel 15 om minimumsfristene å sende forespørsel om å delta i konkurransen og tilbudsfrist. Ved fastsettelse av fristene for konkurransen, bør oppdragsgiveren ta med i betraktning at det kan ta tid for leverandørene å få nødvendig klarering. Oppdragsgiveren bør vurdere å gi leverandører som mangler nødvendig klarering en tilleggsfrist for å innhente slik klarering. I så fall skal denne muligheten og tidsfristen for dette angis i anskaffelsesdokumentene.

Offentliggjøring av konkurranseresultatet i sikkerhetsanskaffelser

Etter at konkurransen er ferdig og leverandør er valgt, plikter oppdragsgiver å kunngjøre konkurranseresultatet. Reglene om kunngjøring av konkurranseresultatet fremgår av § 9-5.

Utgangspunktet er at oppdragsgivere som har tildelt en kontrakt eller rammeavtale, senest 48 dager etter at kontrakt er inngått skal gjøre resultatet kjent i en kunngjøring etter forskriftens kunngjøringsregler i § 9-1, jf. § 9-5 (1).

Selv om oppdragsgiver har en kunngjøringsplikt, kan oppdragsgiver unnta opplysninger fra kunngjøringsplikten dersom «*offentliggjøring av opplysninger vil hindre håndhevelse av lover og regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser, da særlig forsvars- eller sikkerhetsinteresser*», jf. § 9-5 (3) bokstav a. Dette kan eksempelvis være graderte opplysninger.

Innsyn i dokumenter i sikkerhetsanskaffelser

Det følger av FOSA § 3-14 at «*for allmennhetens innsyn i tilbud og anskaffelsesprotokoll gjelder offentleglova*».

Utgangspunktet i offentleglova § 3 er at saksdokumenter er offentlige. Bakgrunnen for innsynsreglene er at de skal sikre gjennomsiktighet i forvaltningens saksbehandling. Slik vil allmennheten kunne kontrollere at det blant annet ikke tas utenforliggende hensyn når offentlige midler disponeres.

Etter offentlighetsloven § 23 tredje ledd kan oppdragsgiver imidlertid unnta tilbud og protokoller fra innsyn frem til valg av leverandør. Etter at valg av leverandør er foretatt, må oppdragsgiver som hovedregel gi innsyn i tilbudene og protokollen.

Selv om utgangspunktet er at oppdragsgiver skal gi innsyn i tilbudene etter at leverandør er valgt, har oppdragsgiver etter FOSA § 3-4 likevel plikt til å unnta forretningshemmeligheter når innsyn gis. Henvisningen til forvaltningslovens § 13 første ledd nr. 2 viser at bestemmelsen må forstås på samme måte, og at praksis knyttet til forvaltningslovens § 13 er relevant i vurderingen av om det skal gis innsyn i dokumenter knyttet til anskaffelsesprosessen.²⁴⁸

Innsyn i dokumenter som er sikkerhetsgradert er i utgangspunktet unntatt fra innsyn etter offentleglova § 13 første ledd, jf. sikkerhetsloven §§ 5-3 og 5-4. For å få tilgang til gradert informasjon, må mottaker være autorisert for den informasjonen de skal motta og eventuelt være sikkerhetsklarert. Alle klagere som har blitt leverandørklarert i forbindelse med samme anskaffelse som det klages på, vil kunne få tilgang til anbudsdocumentene.

Det kan imidlertid tenkes at en leverandør som ikke har leverandørklarering, ønsker å klage, eksempelvis i forbindelse med en direkte anskaffelse. Leverandøren vil i utgangspunktet ikke kunne få tilgang til de deler av anbudsdocumentene som er gradert. Leverandøren kan imidlertid be om klarering fra rette klareringsmyndighet, for den type klarering tilgang til dokumentene forutsetter.

Dersom KOFA mottar en klage fra leverandør, vil KOFA ha mulighet til å be klareringsmyndigheten vurdere om leverandørens prosessfullmektige kan autoriseres og eventuelt sikkerhetsklareres for å få tilgang til gradert informasjon.

Sikkerhetsgraderte dokumenter skal vurderes nedgraderte ved begjæring om innsyn, jf. virksomhetssikkerhetsforskriften § 33, jf. § 30. Det er utsteder av dokumentet selv som må vurdere hvorvidt dokumentet kan nedgraderes eller ikke. Overordnet virksomhet eller det departement som er ansvarlig for det forebyggende sikkerhetsarbeidet innenfor sektoren er klageinstans ved spørsmål om avgradering av informasjon.

Det vises for øvrig til veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 8.3, om offentlighet og taushetsplikt.

13.9.3 Praktisk informasjon

Det er grunn til å påpeke at sikkerhetsgraderte anskaffelser kan ta tid, avhengig av hvilken type klarering som er nødvendig for å gjennomføre anskaffelsen. Forsvarsdepartementet vil anbefale alle oppdragsgivere om å ta kontakt med Nasjonal sikkerhetsmyndighet (NSM) så tidlig som mulig i en anskaffelsesprosess.

Sikkerhetsklarering av norske statsborgere

Dersom en norsk statsborger allerede har gyldig klarering kan det skaffes en bekreftelse på dette i løpet av 1-2 uker.

En personklarering vil normalt ta mellom 3 og 6 måneder.

²⁴⁸ Se nærmere om forvaltningslovens §§ 13 og 13a i Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer (5. utg, 2011).

Sikkerhetsklarering av utenlandske statsborgere

Sikkerhetsklarering av utenlandske statsborgere kan ta lengre tid enn klarering av norske statsborgere, og det vil også kunne være vanskeligere å få klarering for utenlandske statsborgere. Grunnen er at klareringsmyndigheten må hente inn personkontrollopplysninger fra andre land, eventuelt gjøre vurderinger basert på et begrenset utvalg av opplysninger og bruke andre metoder. Klareringsmyndigheten må også vurdere personens tilknytning til Norge og hjemlandet, og hjemlandets sikkerhetsmessige betydning. Det kreves normalt at personen har en viss grad av tilknytning til Norge for å få klarering, men dette er ikke et absolutt vilkår. Hvilken tilknytning som kreves vil måtte ses i sammenheng med hjemlandet sikkerhetsmessige betydning, og graden av sikkerhetssamarbeid mellom Norge og aktuelle staten. Det sentrale i vurderingen er i hvilken grad Norge kan ha tillit til at personen behandler gradert informasjon i tråd med norske interesser.

Hvor lang tid en slik klareringsprosess tar avhenger av hvor enkelt det er å få tak i de nødvendige opplysningene, og hvilken grad av sikkerhetssamarbeid Norge har med hjemlandet til personen. Dersom Norge har en sikkerhetsavtale med hjemlandet til personen kan en eventuell klarering i hjemlandet legges til grunn for tilgang til norsk sikkerhetsgradert informasjon, og prosessen vil kunne ta kortere tid.

Informasjon om hvilke land vi har sikkerhetssamarbeid med ligger på NSM sine hjemmesider, eller kan innhentes fra NSM.

Kontroll av om leverandøren oppfyller kravene til sikkerhetsstyring og beskyttelse av skjermingsverdige verdier

Før leverandøren kan klareres, skal klareringsmyndigheten kontrollere at leverandøren oppfyller kravene til sikkerhetsstyring og beskyttelse av skjermingsverdige verdier. Tiden dette tar avhenger av omfanget av og graderingsnivået til informasjonen, og hvilke sikkerhetstiltak som må være på plass for å beskytte den skjermingsverdige informasjonen. Kontrollen vil normalt være basert på en systemrevisjon av leverandøren.

Sikkerhetsgodkjenning av IT systemer

Tiden dette tar avhenger av operasjonsmåte, graderingsnivå og sammenkobling. NSM godkjenner de informasjonssystemene som behandler sikkerhetsgradert informasjon, og som oppfyller vilkårene i virksomhetssikkerhetsforskriften § 51 andre ledd. Virksomheten godkjenner selv informasjonssystemer som ikke er omfattet av § 51 andre ledd.

Leverandørklarering av leverandører med lokaler utenfor norsk jurisdiksjon og utenlandsk selskap

NSM må da henvende seg til det aktuelle landets sikkerhetsmyndighet. Saksbehandlingstid varierer fra land til land, og i hvilken grad vi har et sikkerhetssamarbeid med landet. Dersom Norge ikke har en sikkerhetsavtale med staten som har jurisdiksjon der lokalene ligger eller virksomheten drives fra, kan det ikke gis leverandørklarering.

NSM arbeider med en egen veileder til bruk under gjennomføring av sikkerhetsgraderte anskaffelser. Veilederen vil bli tilgjengelig på NSMs hjemmesider: www.nsm.stat.no. Her vil det også publiseres veiledning til knyttet til øvrige bestemmelser i sikkerhetsloven med

tilhørende forskrifter. Nedenfor følger en gjennomgang av de meste sentrale bestemmelsene som oppdragsgiver må ta hensyn til.

Sikkerhetsavtale

Før en sikkerhetsgradert anskaffelse iverksettes skal virksomheten inngå en sikkerhetsavtale med leverandøren, jf. sikkerhetsloven § 9-2. Dette innebærer at sikkerhetsavtalen skal inngås før leverandøren, eller personell fra leverandøren, får tilgang til den graderte informasjonen. Hvis det bare er aktuelt å få tilgang til gradert informasjon i forbindelse med gjennomføringen av kontrakten, må det tas forbehold om at sikkerhetsavtale kan inngås med leverandøren før det gis tilgang til informasjonen.

Sikkerhetsavtalen skal tydeliggjøre og konkretisere partenes plikter og ansvar etter sikkerhetsloven. Hvilke plikter og ansvar partene har vil avhenge av hva leverandøren skal ha tilgang til, og hvordan tilgangen gis. Sikkerhetsavtalen skal alltid inneholde hvilken sikkerhetsgrad anskaffelsen skal ha, jf. §§ 5-3 og 7-2, spesifisert for hver del av oppdraget, og hvordan leverandøren skal forholde seg til de av lovens krav som gjelder for anskaffelsen.

Dette innebærer som et minimum en oversikt over hvilke informasjon og hvilke systemer leverandøren eller leverandørens personell får tilgang til, hvordan tilgangen skal gis og hvilke krav personellet eller leverandøren skal forholde seg til i forbindelse med tilgangen. Det skal også fremgå hvilket personell som eventuelt skal autoriseres, og som eventuelt i tillegg skal sikkerhetsklares. Omfanget av sikkerhetsavtalen vil variere med hva leverandøren eller personell fra leverandøren skal få tilgang til, og hvordan tilgangen gis. Eksempelvis vil det i de tilfellene hvor leverandørens personell bare får tilgang til gradert informasjon hos virksomheten som foretar anskaffelsen i utgangspunktet bare være et krav om at sikkerhetsavtalen inneholder hvilket personell som skal ha tilgang, og hvilke vilkår som ligger til grunn for tilgangen. Bestemmelsene i sikkerhetsavtalen kan gjøres til en del av avtaledokumentene for øvrig, og trenger ikke være et eget dokument.

Departementet bemerker at dersom personellet bare skal gis tilgang til sikkerhetsgradert informasjon under oppsyn av en representant fra oppdragsgiveren gjelder ikke kravet om sikkerhetsavtale, jf. virksomhetssikkerhetsforskriften § 81. Med «oppsyn» menes at en representant for oppdragsgiveren, f.eks. en ansatt eller innleide vektore, har kontroll med hvor i lokalene leverandørens personell til enhver tid oppholder seg, eller hvilke operasjoner leverandørens personell gjør i et informasjonssystem for behandling av sikkerhetsgradert informasjon. En slik kontroll kan f.eks. bestå av at leverandørens personell ledsages, eller at det ikke er gitt administratorrettigheter i informasjonssystemet, samtidig som systemet overvåkes i samsvar med sikkerhetsloven § 6-4.

Tilgang fra leverandørens lokaler

I de tilfellene der leverandøren skal ha tilgang til informasjonen fra sine lokaler skal sikkerhetsavtalen inneholde de krav som fremgår av punkt a-g i virksomhetssikkerhetsforskriften § 80. I tillegg kommer krav til at leverandøren har et styringssystem for sikkerhet tilpasset arten og omfanget av tilgangen til informasjonen, jf. sikkerhetsloven § 4-1 og virksomhetssikkerhetsforskriften kapitel 2. Det stilles videre krav om at det informasjonssystemet som brukes for å behandle den graderte informasjonen er godkjent, jf. sikkerhetsloven § 6-3 og virksomhetssikkerhetsforskriften § 50. NSM skal godkjenne de informasjonssystemene som behandler sikkerhetsgradert informasjon, og som

oppfyller vilkårene i virksomhetssikkerhetsforskriften § 51 andre ledd. Virksomheten godkjenner selv informasjonssystemer som ikke er omfattet av § 51 andre ledd.

Tilbakelevering av sikkerhetsgradert informasjon

Tilbyderne som ikke tildeles kontrakten, skal levere tilbake sikkerhetsgradert informasjon uten unødig opphold, jf. virksomhetssikkerhetsforskriften § 82. Leverandører skal levere tilbake sikkerhetsgradert informasjon når kontraktsforholdet opphører eller når leverandørklareringen eventuelt utløper eller blir tilbakekalt. En eventuell service- og garantitid inngår i kontraktsforholdet.

Godkjenning av utenlandske leverandører før det inngås sikkerhetsavtale

I de tilfellene der anskaffelsen innebærer at en utenlandsk leverandør eller dennes personell må klareres eller gis tilgang til sikkerhetsgradert informasjon, skal sikkerhetsmyndigheten godkjenne leverandøren før det inngås en sikkerhetsavtale. Avgjørende for om leverandøren er utenlandsk er hvorvidt den driver sin virksomhet fra en annen stats jurisdiksjon, eller skal behandle eller oppbevare informasjon i lokaler utenfor norsk jurisdiksjon, jf. virksomhetssikkerhetsforskriften § 84.

NSM kontakter sikkerhetsmyndigheten i hjemstaten til leverandøren, som vil bekrefte eller avkrefte hvorvidt personellet fra leverandøren eller leverandøren har tilstrekkelig klarering. Har ikke personen eller leverandøren klarering må klareringsprosessen igangsettes, jf. sikkerhetsloven kapittel 8, § 9-3, klareringsforskriften § 3 og virksomhetssikkerhetsforskriften § 83.

Leverandørklarering

Før leverandøren kan få tilgang til sikkerhetsgradert informasjon som er gradert KONFIDENSIELT eller høyere, eller det av andre grunner anses nødvendig, skal leverandøren ha gyldig leverandørklarering for den aktuelle sikkerhetsgraden til informasjonen. Klareringsmyndigheten vurderer hvorvidt leverandøren oppfyller kravene i sikkerhetsloven og virksomhetssikkerhetsforskriften. I tillegg vurderes det om virksomhetens økonomiske forhold, eierstruktur og organisering, om virksomheten er registrert med straffbare forhold, eller om det foreligger andre forhold, som kan gi grunn til å tro at leverandøren vil kunne opptre i strid med nasjonale sikkerhetsinteresser.

Kildegrunnlaget for kontrollen følger av klareringsforskriften §§ 34 og 35.

Det er også et krav et virksomhetens leder og eventuelle styremedlemmer klareres for det samme nivå som det er bedt om leverandørklarering for, med mindre den som ikke kan sikkerhetsklares gir avkall på retten til innsyn i den graderte informasjonen.

Leverandørklareringen innebærer også at klareringsmyndigheten skal kontrollere om virksomheten oppfyller kravene til sikkerhetsstyring og beskyttelse av den graderte informasjonen, jf. klareringsforskriften § 36. Klareringsmyndigheten og oppdragsgiveren kan avtale at oppdragsgiveren gjennomfører kontrollen. Leverandøren skal varsles før kontrollene gjennomføres. Hvor lang tid dette tar vil avhenge av omfanget og graderingsnivå på den informasjonen leverandøren skal ha tilgang til, og omfanget av de sikkerhetstiltak leverandøren må ha på plass for å beskytte informasjonen.

I virksomhetssikkerhetsforskriften § 83 følger det videre presisering av når leverandørklarering er nødvendig av andre grunner. Med «når det er nødvendig for å oppnå forsvarlig sikkerhetsnivå» i første ledd menes særlig de tilfellene der beskyttelsen av informasjonen eller tilgang i realiteten helt eller delvis er under leverandørens kontroll. Dette må ses i sammenheng med hvilket graderingsnivå og hvilket omfang av informasjon leverandøren får tilgang til.

Kapittel 14 Kunngjøringsregler

Forskriftens regler om kunngjøring er inntatt i kapittel 9 og følger av § 9-1 til § 9-5.

Etter FOSA er det bare kunngjøringsplikt for anskaffelser over EØS-terskelverdiene, og anskaffelsene kunngjøres i TED-databasen.

Oppdragsgiveren skal publisere alle kunngjøringer i Doffin i samsvar med skjemaer som er fastsatt av NFD, jf. FOSA § 9-1. Doffin videresender kunngjøringene til TED-databasen, jf. FOSA §9-2.

FOSA har enkelte kunngjørings skjemaer som ikke finnes for de andre anskaffelsesdirektivene. Disse skjemaene er innlemmet i Doffin.²⁴⁹

Oppdragsgiveren kan velge å kunngjøre anskaffelser under EØS-terskelverdiene, selv om de ikke er pålagt det etter FOSA. I Doffin er det laget et sett med kunngjørings skjemaer for frivillig publisering av anskaffelser som kan brukes i alle anskaffelsesforskriftene.²⁵⁰

I FOSA § 9-2 er det inntatt regler om veiledende kunngjøring. For vare- og tjenestekontrakter skal en veiledende kunngjøring etter FOSA foretas snarest mulig etter godkjenningen av prosjektet som involverer anskaffelser, jf. § 9-2 første ledd. Ved bygge- og anleggskontrakter og rammeavtaler kan oppdragsgiveren foreta en veiledende kunngjøring i samsvar med § 9-1. Kunngjøringen skal skje snarest mulig etter godkjenningen av prosjektet som involverer anskaffelsen, jf. § 9-2 annet ledd. For å kunne benytte de forkortede fristene for tilbudsinnlevering ved begrenset anbudskonkurranse i § 10-1 fjerde ledd må oppdragsgiveren først ha foretatt en veiledende kunngjøring eller ha gitt de samme opplysninger i sin kjøperprofil, jf. FOSA § 9-2 tredje ledd. Oppdragsgiver som foretar en veiledende kunngjøring på sin kjøperprofil skal sende en kunngjøring om dette til Doffin, jf. FOSA § 9-2 fjerde ledd.

Iht. FOSA § 9-3 skal oppdragsgiveren som ønsker å tildele en kontrakt eller rammeavtale ved begrenset anbudskonkurranse, konkurransepreget dialog eller konkurranse med forhandling, jf. § 5-1, gjøre dette kjent i en kunngjøring, jf. FOSA § 8-3.

²⁴⁹ Kopi av kunngjørings skjemaene er også tilgjengelige på Direktoratet for forvaltning og IKTs (Difi) nettsider. Se lenke <https://www.anskaffelser.no/anskaffelsesprosessen/anskaffelsesprosessen-steg-steg/konkurransegjennomforing/invitasjon-til-konkurranse/kunngjore-konkurranse-sende-invitasjon/oversyn-over-elektroniske-kunngjeringsskjema>

²⁵⁰ <https://www.anskaffelser.no/anskaffelsesprosessen/anskaffelsesprosessen-steg-steg/konkurransegjennomforing/invitasjon-til-konkurranse/kunngjore-konkurranse-sende-invitasjon/oversyn-over-elektroniske-kunngjeringsskjema>

Oppdragsgiver som anser at det foreligger hjemmel for å tildele en kontrakt uten å kunngjøre konkurransen i samsvar med § 9-3, kan etter at tildeling er besluttet, kunngjøre at kontrakt vil bli inngått, jf. FOSA § 9-4.

I FOSA § 9-5 er det inntatt regler om kunngjøring av konkurranseresultatet. Opplysninger kan unntas fra kunngjøringsplikten dersom offentliggjøring av opplysninger vil hindre håndhevelse av lover og regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser, da særlig forsvars- eller sikkerhetsinteresser, jfr. § 9-5 (3) bokstav a.

Kapittel 15 Forskriftens frister

Forskriftens regler om frister er inntatt i kapittel 10. Reglene har likhetstrekk med bestemmelsene i anskaffelsesforskriften. I punkt 31.3 i veileder til anskaffelsesforskriften gis det en oversikt over fristene.

Det er likevel en rekke ulikheter mellom FOSA og anskaffelsesforskriften. Eksempelvis må oppdragsgiveren ved anvendelse av begrenset anbudskonkurranse iht. FOSA sette en frist for mottak av tilbud fra de som er kvalifisert og utvalgt til å delta i konkurransen som er minst 40 dager regnet fra den dag den skriftlige invitasjonen og konkurransegrunnlaget ble sendt fra oppdragsgiver, jf. FOSA § 10-1 (2). I anskaffelsesforskriften er utgangspunktet at fristen for mottak av tilbud skal være minst 25 dager regnet fra den dagen oppdragsgiveren sender invitasjonen.

En oversikt over fristene i FOSA følger nedenfor:

Minimumsfrister	
Begrenset anbudskonkurranse	
Frist mottak av forespørsel om å delta i konkurransen	Tilbudsfrist
30 dager*	40 dager
	Tilbudsfrist kan forkortes dersom oppdragsgiver har publisert en veilederen kunngjøring i samsvar med § 9-2 og på de vilkår som fremgår av FOSA § 10-1 fjerde ledd
Konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring	
Frist for mottak av forespørsel om å delta i forhandling	Tilbudsfrist
30 dager**	Tilstrekkelig tid*****
Konkurransepreget dialog	
Frist for mottak av forespørsel om å delta i dialogen	Mottak av tilbud
30 dager**	Tilstrekkelig tid*****
Hastetilfeller	
Frist for mottak av forespørsel om å delta i konkurransen eller forhandlingen	Mottak av tilbud
10 dager***	10 dager*****
<p>* Regnet fra den dagen den alminnelige kunngjøringen sendes til TED-databasen. Ved fastsettelse av fristen skal det spesielt tas hensyn til kontraktens kompleksitet og tiden det tar å utarbeide en forespørsel om å delta</p> <p>** Beregnet fra den dagen kunngjøringen ble sendt til TED-databasen.</p> <p>*** Beregnet fra den dag da kunngjøring ble sendt.</p> <p>**** Beregnet fra dag da invitasjonen til å gi tilbud ble sendt.</p> <p>***** Tilbudsfristen skal fastsettes slik at leverandøren får tilstrekkelig tid til å foreta de nødvendige undersøkelser og beregninger. Tilbudsfristen skal forlenges forholdsmessig dersom det foretas rettelse, suppleringer eller endring som nevnt i FOSA § 8-2.</p>	

Aktuelle bestemmelser i FOSA kapittel 10 er:

- § 10-1 Minimumsfrister ved begrenset anbudskonkurranse
- § 10-2 Minimumsfrister ved konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring
- § 10-3 Minimumsfrister ved konkurransepreget dialog
- § 10-4 Minimumsfrister i hastetilfeller
- § 10-5 Vedståelsesfrist
- § 10-6 Frist for begjæring om midlertidig forføyning

Kapittel 16 Gjennomføring av konkurransen

16.1 Innledning

FOSA kapittel 11 har egne bestemmelser om gjennomføring av konkurransen. Bestemmelsene har flere likhetstrekk med tidligere FOA del III og oppdragsgivere anbefales derfor helt overordnet om å gjennomgå veilederen til den tidligere anskaffelsesforskriften fra 2013, kapittel 12-14, for å hente veiledning om forståelsen av FOSA kapittel 11.²⁵¹

Det er likevel enkelte forskjeller mellom FOSA og tidligere anskaffelsesforskrift som det er greit å være oppmerksom på. Disse ulikhetene gjelder primært følgende bestemmelser i FOSA:

- § 11-12 (1) bokstav c: (avvisning pga. manglende HMS-egenerklæring)
- § 11-12 (2) bokstav c: (avvisning pga. brudd på eksportkontrollregelverket)
- § 11-12 (2) bokstav d: (avvisning pga. mislighold vedr. beskyttelse av gradert informasjon eller forsyningsikkerhet)
- § 11-12 (2) bokstav h: (avvisning av leverandører som ikke vurderes å ha den påliteligheten som trengs for å utelukke en sikkerhetsrisiko for Norge)
- § 11-16(4) og (6): (oppdragsgivers begrunnelsesplikt)

Disse bestemmelsene gjennomgås nedenfor.

²⁵¹https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransepolitikk/anskaffelsesveilder_2013pdf

16.2 Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren

FOSA § 11-12 gjelder avvisning på grunn av forhold ved en leverandør. Bestemmelsen regulerer både obligatoriske avvisningsgrunner (§ 11-12 første ledd) og grunner som gir oppdragsgiveren rett til å avvise (§ 11-12 annet ledd).

Obligatoriske avvisningsgrunner

En vesentlig forskjell mellom de obligatoriske avvisningsgrunnene i FOSA og tidligere anskaffelsesforskrift, er plikten til å avvise pga. manglende HMS-erklæring. Bestemmelsen gir oppdragsgiveren plikt til å avvise leverandører som har unnlatt å levere egenerklæring i samsvar med FOSA § 8-18 (HMS erklæring), med forbehold av FOSA § 12-3 (Tilleggsfrist for ettersending av dokumenter). Tilsvarende avvisningsbestemmelse følger ikke av tidligere anskaffelsesforskrift og heller ikke av dagens anskaffelsesforskrift.²⁵²

I FOSA § 11-12 første ledd er det dessuten opplistet øvrige obligatoriske avvisningsgrunner som ikke følger tilsvarende av tidligere anskaffelsesforskrift. Det presiseres at i gjeldende anskaffelsesforskrift er disse obligatoriske avvisningsgrunnene inkludert, eksempelvis avvisning av leverandører som er rettskraftig dømt eller har vedtatt et forelegg for terrorhandlinger eller straffbare handlinger med forbindelse til terrorvirksomhet, jf. anskaffelsesforskriften § 24-2 annet ledd bokstav d, jf. FOSA § 11-12 første ledd bokstav e.²⁵³

Grunner som gir oppdragsgiveren rett til å avvise

FOSA § 11-12 annet ledd regulerer tilfeller hvor oppdragsgiveren har rett til å avvise («kan»-bestemmelse), i motsetning til bestemmelsens første ledd hvor oppdragsgiveren som nevnt er forpliktet til å avvise.

Vilkårene i annet ledd er i vesentlig grad de samme som i tidligere anskaffelsesforskrift. I FOSA § 11-12 annet ledd bokstav c er det imidlertid utdypet at straffbare forhold som angår den yrkesmessige vandel kan gjelde overtredelse av lov 18. desember 1987 nr. 93 om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi mv. Oppdragsgiveren kan m.a.o. avvise leverandører som har brutt eksportkontrollregelverket etter FOSA. Henvisningen til eksportkontrollregelverket finnes ikke tilsvarende i tidligere anskaffelsesforskrift og eller heller ikke gjeldende anskaffelsesforskrift.

Videre har oppdragsgiver rett til å avvise leverandører som i sitt yrke har gjort seg skyldig i «alvorlig forsømmelse mot faglige og etiske krav», jf. FOSA § 11-12 annet ledd bokstav d. I FOSA er det utdypet at forsømmelse mot faglig og etiske krav kan gjelde «mislighold av forpliktelser vedrørende beskyttelse av gradert informasjon eller forsyningssikkerheten» og «relasjon til en tidligere kontrakt». Tilsvarende formulering finnes ikke i tidligere eller i gjeldende anskaffelsesforskrift.

²⁵² I tidligere anskaffelsesforskrift var det opprinnelig en slik avvisningsplikt – men avvisningsplikten i § 11-10 (1) bokstav c og § 20-12(1) bokstav c ble fjernet ved forskriftsendring i 2015 (se FOR-2015-06-12-622).

²⁵³ Bakgrunnen er at de obligatoriske avvisningsgruppene i forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet utgjorde en modell for innholdet i anskaffelsesregelverket i klassiske som trådte i kraft i 2014, jf. Arrowsmith på side 232. De obligatoriske avvisningsbestemmelsene i FOSA følger derfor tilsvarende i dagens anskaffelsesforskrift.

I tillegg inneholder FOSA en ytterligere avvisningsgrunn som ikke fremgår eksplisitt av tidligere eller gjeldende anskaffelsesforskrift. Iht. FOSA § 11-12 (2) bokstav h kan oppdragiver avvise leverandører som «*ikke vurderes å ha den påliteligheten som trengs for å utelukke en sikkerhetsrisiko for Norge*». Oppdragsgiveren kan således avvise leverandører som på grunnlag av ethvert bevismiddel, herunder beskyttede datakilder, vurderes å ikke besitte den pålitelighet som er nødvendig for å utelukke at det foreligger noen sikkerhetsrisiko for Norge.²⁵⁴

Leverandørens pålitelighet kan være av avgjørende betydning under utførelse av sikkerhetsanskaffelser. Påliteligheten avhenger av leverandørens forutsetninger til å oppfylle de krav som stilles til informasjonssikkerhet. Bestemmelsene i FOSA skal derfor ikke være til hinder for at oppdragsgiveren i enhver fase av en anskaffelsesprosess utelukker leverandører som etter en konkret vurdering ikke kan anses å ha den pålitelighet som kreves. Manglende pålitelighet vil være tilfelle dersom oppdragsgiveren sitter på opplysninger om at det kan innebære risiko for en medlemsstats vesentlige sikkerhetsinteresser om hele eller deler av kontrakten tildeles leverandøren.²⁵⁵ Manglende pålitelighet kan også være knyttet til risiko for den enkelte medlemsstats sikkerhet.²⁵⁶

Daværende Fornyings- administrasjons-, og kirke departementet publiserte en fortolkningsuttalelse den 12. januar 2011. Notatet inneholder en grundig beskrivelse av avvisningsbestemmelsene i tidligere anskaffelsesforskrift.²⁵⁷ I tillegg vises det for øvrig til veileder til tidligere anskaffelsesforskrift datert 2013.²⁵⁸

16.3 Oppdragsgivers begrunnelsesplikt

FOSA § 11-16 regulerer oppdragsgivers begrunnelsesplikt. Iht. FOSA § 11-16 fjerde ledd skal oppdragsgiveren ved avvisning av tilbud i tilfellene som nevnt i FOSA § 8-3 fjerde og femte ledd, redegjøre for hvorfor kravene ikke anses oppfylt på tilsvarende måte, eller hvorfor man har besluttet at vare, tjeneste, eller bygge- og anleggskontrakten ikke oppfyller kravene til ytelse eller funksjon. Ved avvisning av tilbud med henvisning til at de ikke tilfredsstillt krav til oppbevaring av graderte opplysninger eller krav til forsyningssikkerhet, skal begrunnelsen redegjøre for hvorfor kravene ikke anses oppfylt. Dette følger ikke tilsvarende i tidligere anskaffelsesforskrift.

I bestemmelsen er det dessuten inntatt et sjette ledd som heller ikke fremgår av tidligere anskaffelsesforskrift. Det fremgår at FOSA § 11-16 sjette ledd at dersom oppdragsgiveren avviser en underleverandør, skal tilbudsgiveren eller utvalgte leverandør gis en skriftlig begrunnelse. Begrunnelsen skal inneholde årsaken til at underleverandøren ikke oppfylte vilkårene, jf. FOSA § 11-16 sjette ledd.

²⁵⁴ Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivets artikkel 39 nr. 2 bokstav e.

²⁵⁵ Direktivets fortale nr. 67.

²⁵⁶ Direktivets fortale nr. 65.

²⁵⁷ http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitikk/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_avvisning_straffedomte_lev.pdf

²⁵⁸ https://www.regjeringen.no/contentassets/df547bb0f73d43d9b90756002473f680/anskaffelsesveileder_2013.pdf

Kapittel 17 Forhandlinger, avklaringer, klargjøringer mv.

Reglene i FOSA kapittel 12 er stort sett like reglene i tidligere anskaffelsesforskrift kapittel 20, med unntak av at § 12-3 i FOSA omtaler HMS-egenerklæring. Om reglene i tidligere FOA vises det til veileder til FOA fra 2013 punkt 12.5.²⁵⁹

Kapittel 18 Avslutning av konkurransen

Reglene i FOSA kapittel 13 tilsvarende reglene i tidligere anskaffelsesforskrift kapittel 22. Det vises i den forbindelse til veileder til FOA fra 2013 kapittel 12.²⁶⁰

Kapittel 19 Klagemuligheter og håndhevelsesregler

19.1 Innledning

Klage- og håndhevelsessystemet i Norge er basert på privat initiativ, typisk fra en leverandør som ikke har fått kontrakten. En leverandør som er uenig i oppdragsgiverens beslutning kan klage direkte til oppdragsgiveren. Det kan eksempelvis klages på oppdragsgiverens beslutninger om avvisning av leverandøren eller tilbudet, avlysning av konkurransen eller tildeling av kontrakten. Oppdragsgiver vil i et slikt tilfelle ha en plikt til å begrunne sine beslutninger.

Leverandøren er imidlertid ikke forpliktet til først å klage til oppdragsgiveren. Det er også mulig å gå direkte til KOFA eller til domstolen. Formålet til KOFA er å være et rådgivende organ, som skal behandle klager om brudd på anskaffelsesloven og forskrifter gitt med hjemmel i denne. Nemnda skal bidra til at tvister om offentlige anskaffelser løses på en effektiv, uhildet og grundig måte. Nemnda har også kompetanse til å fatte vedtak om overtredelsesgebyr.²⁶¹

EFTAs overvåkingsorgan, EFTA Surveillance Authority (ESA), skal påse at norske myndigheter gjennomfører EØS-avtalen korrekt og at reglene overholdes i praksis. ESA kan igangsette behandling av en sak på eget initiativ eller på grunnlag av en klage, for eksempel fra en leverandør med interesse i den aktuelle anskaffelsen.²⁶²

²⁵⁹https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveilder_er_2013pdf

²⁶⁰https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransopolitikk/anskaffelsesveilder_er_2013pdf

²⁶¹ Se veileder til anskaffelsesforskriften punkt 44.3 for nærmere beskrivelse av hvilke saker KOFA behandler.

²⁶² Veileder til anskaffelsesforskriften punkt 44.4

Domstolene kan tilkjenne erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket, jf. anskaffelsesloven § 10. Et krav om erstatning mot oppdragsgiveren fremsettes ofte etter at oppdragsgiveren har inngått kontrakt med den valgte leverandøren. Erstatning kan imidlertid også fremmes før kontraktsinngåelse, inkludert i tilfeller der konkurransen har vært avlyst. Vurderingen av om vilkårene for erstatning foreligger, og utmålingen av erstatningen følger den ulovfestede erstatningsretten.²⁶³

En leverandør kan gå til domstolen og kreve midlertidig forføyning før kontrakt er inngått, jf. anskaffelsesloven §§ 8 og 9. Dette vil være aktuelt der det er tale om å stanse en kontraktsinngåelse eller å sette til side beslutninger som leverandøren mener at oppdragsgiveren har truffet i strid med anskaffelsesregelverket, eksempelvis en beslutning om å avvise en leverandør.²⁶⁴

19.2 Sanksjoner for brudd på anskaffelsesregelverket

Sanksjoner for visse brudd på anskaffelsesregelverket, slik som ulovlige direkte anskaffelser, er regulert i anskaffelsesloven §§ 13 og 14.

Det presiseres for ordens skyld at anskaffelseslovens bestemmelser vil gjelde for anskaffelser etter LOA og FOSA.

Det vises for øvrig til veileder til del V i anskaffelsesforskriften som omhandler klagemuligheter og håndhevelse.

Kapittel 20 Forskriftens vedlegg

Flere av vedleggene til FOSA er utformet tilsvarende vedleggene i tidligere FOA. FOSA har følgende vedlegg:

- Vedlegg 1. Liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid
- Vedlegg 2. Egenerklæring om helse, miljø og sikkerhet (HMS)
- Vedlegg 3. Protokoll for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser mellom 100 000 og 4,1 millioner kroner ekskl. mva.
- Vedlegg 4 Protokoll for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser som overstiger 4,1 millioner kroner ekskl. mva.
- Vedlegg 5. Prioriterte tjenester
-
- Vedlegg 6. Uprioriterte tjenester

²⁶³ Se veileder til anskaffelsesforskriften punkt 44.5 for nærmere informasjon om domstolens rolle.

²⁶⁴ Se veileder til anskaffelsesforskriften, punkt 44.6.

Noen av vedleggene er såkalte «særnorske» vedlegg. Det vil si at de ikke følger av EØS-forpliktelsene. Dette gjelder blant annet vedlegg 2 (Egenerklæring om helse, miljø og sikkerhet HMS)), vedlegg 3 (Protokoll for anskaffelser mellom 100 000 kroner eks. mva. og terskelverdiene i § 2-2) og vedlegg 4 (Protokoll for anskaffelser som terskelverdiene i § 2-2).

I vedlegg 5 er det tatt inn nye kategorier av prioriterte tjenester i FOSA enn det som er tilfellet i tidligere FOA: Kategori 2 (Tjenester vedrørende militærhjelp til utlandet), kategori 3 (Forsvarstjenester) og kategori 4 (Etterforsknings, og sikkerhetstjenester).

Litteraturliste

- Arrowsmith, Sue, The law of Public and Utilities procurement – Regulation in the EU and the UK, 3. utg., London: Sweet & Maxwell, 2018.
- Dragsten, Marianne H, Offentlige anskaffelser - regelverk, praksis og løsninger, Oslo: Universitetsforl., 2007.
- Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften).
- EU-kommisjonens fortolkningsnotater til forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet (2009/81/EF).
- Woxholth, Geir, Forvaltningsloven med kommentarer, Gyldendal Akademisk, 5. utg, 2011.