

**FD**

**FORSVARSDPARTEMENTET**

# **Høringsnotat**

**Forslag til ny forskrift om forsvars- og  
sikkerhetsanskaffelser**

13. november 2012

1	Innledning .....	4
2	Bakgrunn for forslaget .....	4
2.1	Bakgrunnen for direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser .....	4
2.2	Nærmere om direktivet .....	5
2.3	Forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i dag .....	6
2.3.1	Kort om forsvarsanskaffelser i Norge .....	7
2.3.2	Kort om sikkerhetsanskaffelser i Norge .....	8
2.4	Veiledningsdokumenter fra Kommissjonen .....	9
3	Forslag til gjennomføring av direktivet .....	9
3.1	Forutsetninger for arbeidet .....	9
3.2	Forholdet til det eksisterende regelverk .....	10
3.2.1	Anskaffelsesregelverket .....	10
3.2.2	Statsstøtteregelevet .....	11
4	Forslag til forskrift og forsvars- og sikkerhetsanskaffelser .....	12
4.1	Innledning .....	12
4.2	Forskriften del I - Alminnelige bestemmelser .....	12
4.2.1	Kapittel 1 – Formål og virkeområde .....	12
4.2.2	Kapittel 2 – Anvendelsesområde for de ulike bestemmelsene .....	22
4.2.2.1	Øvrige bestemmelser i kapittel 2 .....	23
4.2.3	Kapittel 3 – Alminnelige regler .....	23
4.2.4	Kapittel 4 – Definisjoner .....	24
4.3	Forskriftens del II - Anskaffelser over EØS-terskelverdiene .....	24
4.3.1	Kapittel 5 - Valg mellom ulike anskaffelsesprosedyrer .....	24
4.3.2	Kapittel 6 - Rammeavtaler .....	26
4.3.3	Kapittel 7 - Kommunikasjon .....	26
4.3.4	Kapittel 8 - Grunnlaget for konkurransen .....	27
4.3.5	Kapittel 9 - Kunngjøringsregler .....	32
4.3.5.1	Øvrige endringer i kapittel 9 .....	33
4.3.6	Kapittel 10 - Frister .....	33

4.3.7	Kapittel 11 - Gjennomføring av konkurransen .....	34
4.3.8	Kapittel 12 - Forhandlinger, avklaringer, klargjøringer mv. ....	36
4.3.9	Kapittel 13 - Avslutning av konkurransen .....	36
4.3.10	Kapittel 14 - Særlige sanksjoner ved ulovlig direkte anskaffelser .	36
4.3.10.1	Innledning .....	36
4.3.10.2	Generelt om håndhevelsesreglene .....	37
4.3.10.3	Særlig om direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser	39
4.3.10.4	Særlig om klageorganet.....	39
4.4	Forskriften del III - Underleveranser .....	41
4.4.1	Kapittel 15 Underleveranser.....	41
4.5	Forskriften del IV – Ikraftsetting.....	42
4.5.1	Kapittel 16 - Ikraftsetting .....	42
4.5.2	Forskriftens vedlegg .....	43
4.5.3	Endringer i FOA og forsyningsforskriften.....	44
5	Økonomiske og administrative konsekvenser .....	44

# 1 Innledning

Forsvarsdepartementet sender med dette ut på høring forslag til forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (i det videre kalt den nye forskriften/forslaget).<sup>1</sup> Forslaget som nå sendes på høring er laget i samarbeid med Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet (FAD). Den nye forskriften implementerer direktiv 2009/81/EF<sup>2</sup> (i det videre kalt direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser/direktivet) som ble vedtatt i EU sommeren 2009. Direktivets implementeringsfrist for EU-medlemslandene var 21. august 2011. Norge er i utgangspunktet forpliktet til å innta direktivet i norsk rett, men det gjenstår å innlemme direktivet i EØS-avtalen. Denne høringen skjer derfor med det forbehold at en slik innlemming skjer. Det er foreløpig ikke avklart hvilken implementeringsfrist Norge og de øvrige EØS EFTA-landene har for implementering.

Direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser har til formål å etablere en ny europeisk regelverksramme for inngåelse av kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet, herunder etablere et effektivt europeisk marked for forsvarsmateriell. Direktivet skal skape mer åpenhet og transparens om anskaffelsene på området og det bygger i stor grad på innholdet i direktivet 2004/18/EF (i det videre omtalt som direktivet for klassisk sektor), men inneholder særtilpasninger og bestemmelser ment å ivareta de særlige behov som gjør seg særlig gjeldende på forsvars- og sikkerhetsområdet.

## 2 Bakgrunn for forslaget

### 2.1 Bakgrunnen for direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

I september 2004 sendte Kommisjonen ut på høring en grønbok hvor man ba om innspill på hvordan reguleringen av forsvarsanskaffelser innen EU kunne forbedres. Praksisen innen EU ble av Kommisjonen anført å være at de fleste medlemslandene brukte daværende artikkel 296 i EF-traktaten<sup>3</sup> automatisk på de fleste forsvarsanskaffelser, uten å vurdere om vilkårene i bestemmelsen var oppfylt.<sup>4</sup> I

---

<sup>1</sup> Forskriften vil hjemles i Lov om offentlige anskaffelser § 11 første ledd

<sup>2</sup> Lenke (da):[http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V3&T2=2009&T3=81&RechType=RECH\\_naturel&Submit=S%C3%B8g](http://eur-lex.europa.eu/Result.do?T1=V3&T2=2009&T3=81&RechType=RECH_naturel&Submit=S%C3%B8g)

<sup>3</sup> Tilsvarende Lisboatraktaten art. 346.

<sup>4</sup> COM(2005) 626 Final side 3-4.

anskaffelsesprosessen brukte medlemslandene gjerne nasjonale anbudsregler som kunne variere betydelig i innhold fra land til land. Denne fragmenteringen av prosedyreregler medførte i Kommissjonens øye dårligere transparens og konkurranse på forsvarsområdet. Dette igjen medførte mindre effektiv bruk av det offentlige midler og svekket Europas konkurranseevne på forsvarsområdet. I grønboken fremsatte Kommissjonen forslag om blant annet et direktiv med mer fleksible regler for sektoren som tok hensyn til de særegenhetene som gjaldt for forsvarsanskaffelser.

Kommissjonen oppsummerte høringsrunden med blant annet å si at høringsinstansene i det vesentlige var enig i at det eksisterende innkjøpsregelverket var dårlig tilpasset forsvarsanskaffelser. Et hovedproblem med det eksisterende regelverket ble anført å være at fremgangsmåten åpen anbudskonkurranse med en konkurransekunngjøring på europeisk nivå ikke kunne forenes med behovet for konfidensialitet. Samtidig hadde prosedyren konkurranse med forhandling, som man mente var den beste prosedyren, for strenge vilkår med uklart innhold. Når det gjaldt tildelingskriteriene i det eksisterende regelverket nevnte heller ikke disse sentrale forhold på forsvarsområdet som levering, konfidensialitet og krise.

Kommissjonen mente at høringsrunden viste at det eksisterende regelverket for forsvarsanskaffelser ikke fungerte tilfredsstillende og at et nytt regelverk for forsvarsanskaffelser ville være et egnet middel for å forbedre situasjonen. Direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser ble vedtatt av EU rådet og EU-kommissjonen 13. juli 2009 og ble publisert i Den Europeiske Unions Tidende<sup>5</sup> den 20. august 2009.

## 2.2 Nærmere om direktivet

Direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser bygger i stor grad på direktiv 2009/14 EF (i det videre benevnt direktivet for klassisk sektor/det klassiske direktivet). Det er likevel særlige forhold som gjør seg gjeldende på området for forsvars- og sikkerhetssektoren. Dette kommer også til uttrykk i blant annet fortalens punkt 8 som sier:

*(8) Forsvars- og sikkerhetsmateriel er både af avgørende betydning for medlemsstarenes sikkerhed og suverænitet og for Unionens uafhængighed. Derfor er køb af varer og ydelser inden for forsvars- og sikkerhedssektoren ofte av følsom karakter.* (departementets understrekning)

---

<sup>5</sup> <http://eur-lex.europa.eu/JOIndex.do?ihmlang=da>

Som det følger av det siterte er forsvars- og sikkerhetsanskaffelser et særlig sensitivt område. Direktivet har derfor reguleringer som er nye, sammenlignet med det klassiske direktivet. Det er her snakk om bestemmelser som imøtekommer sektorenes særlige behov. I hovedtrekk gjelder dette:

- Det er adgang til å bruke prosedyreformen konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som en standard prosedyreform.
- Bestemmelser som skal sikre at sensitiv informasjon forblir beskyttet mot uvedkommende.
- Bestemmelser om forsyningssikkerhet skal imøtekomme oppdragsgivers behov for sikret levering.
- Rammeavtaler er gitt en i utgangspunktet maksimal varighet på inntil 7 år, mot 4 i det klassiske direktivet.

Andre endringer i forhold til det klassiske direktivet er at terskelverdiene i direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er høyere og sammenfaller med terskelverdiene i direktiv 2004/17 EF (i det videre nevnt som direktivet for forsyningssektorene/forsyningsdirektivet). Direktivet åpner også for å pålegge at leverandøren utlyser inntil 30 % av kontraktens verdi for konkurranse. Det gis også enkelte føringer for hvordan leverandøren her skal gå frem.

## 2.3 Forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i dag

Direktivet omfatter både forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Skillet mellom disse to sektorene er ikke alltid like klart. Det kan være glidende overganger for hva som regnes som en forsvarsrelatert anskaffelse og hva som er å regne som en sikkerhetsrelatert anskaffelse.<sup>6</sup> Det følger også av direktivet at ”[n]ye *asymmetriske trusler på tværs af grænser har i realiteten efterhånden udvisket grænsen mellem eksterne og interne, militære og ikke-militære sikkerhetsforhold.*”<sup>7</sup> (departementets understrekning).

I Norge er sikkerhetsgraderte anskaffelser i forsvars- og sikkerhetssektoren omfattet av samme regelverk, herunder sikkerhetsloven.<sup>8</sup> Direktivets og forslagets definisjoner er ikke sammenfallende med definisjonene av en sikkerhetsgradert

---

<sup>6</sup> Se også Commission Guidance note – Field of application side 6 ”„in certain areas, the dividing line between defence and security is blurred, which multiplies the similarities between military and non-military security need and purchases. The aim of the Directive is to cover these ”grey” areas in particular.”.

<sup>7</sup> Direktivets forale 7 2. setning.

<sup>8</sup> Lov om forebyggende sikkerhetstjeneste av 20. mars 1998 nr. 10.

anskaffelse i henhold til sikkerhetsloven. Med sikkerhetsanskaffelse menes her en anskaffelse av bygge- og anleggsarbeider, materiell eller tjenester til sikkerhetsformål som inneholder eller krever 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 personell.

I det følgende skilles det mellom sikkerhetsgraderte anskaffelser til forsvarssektoren- og sivil sektor. Det gjøres oppmerksom på at reglene som gjelder for sikkerhetsanskaffelser til sivil sektor vil gjelde tilsvarende for sikkerhetsanskaffelser til forsvaret. Det er viktig å være klar over dette, da departementet i den videre fremstillingen skiller mellom sikkerhetsgraderte anskaffelser til forsvarssektoren og sikkerhetsgraderte anskaffelser til andre (sivile) sektorer.

### **2.3.1 Kort om forsvarsanskaffelser i Norge**

Forsvarets anskaffelsesvirksomhet utgjør et betydelig beløp hvert år og omfatter alt fra små, lokale kjøp av kontorrekvisita til anskaffelser i milliardklassen av for eksempel fartøyer, stridskjøretøyer og våpensystemer. I tillegg kommer større bygge- og anleggsarbeider. Anskaffelsesvirksomheten er omfattende og gjelder kjøp, leie/lease både nasjonalt og internasjonalt, samt gjennom flernasjonale samarbeidsløsninger. Enkelte anskaffelser av forsvarsmateriell kan innebære tilgang til skjermingsverdiginformasjon og er da en sikkerhetsgradert anskaffelse.

Hovedparten av forsvarsmateriell anskaffes i dag av Forsvarets Logistikkorganisasjon, mens Forsvarets anskaffelser innen bygge- og anleggsarbeider gjennomføres i hovedsak av Forsvarsbygg.

Utgangspunktet i dag er at anskaffelser på forsvarsområdet er underlagt lov og forskrift om offentlige anskaffelser (LOA<sup>9</sup> og FOA<sup>10</sup>). Forsvarsanskaffelser er unntatt FOA dersom de omfattes av ett av unntakene i forskriften § 1-3 annet ledd bokstav a.<sup>11</sup> Forsvarsanskaffelser er unntatt både LOA og FOA dersom de kan unntas med

---

<sup>9</sup> Lov 16. juli 1999 nr. 69.

<sup>10</sup> Forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402.

<sup>11</sup> Unntaket gjelder for: *kontrakter som enten kan unntas i henhold til EØS 123, eller som er erklært hemmelige, eller som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak i samsvar med [lov 20. mars 1998 nr. 10](#) (sikkerhetsloven) eller [beskyttelsesinstruksen](#) av 17. mars 1972 nr. 3352, eller når det kreves av vesentlige sikkerhetsinteresser.* Tilsvarende står i forsyningsforskriftens § 1-6 annet ledd bokstav k. Anskaffelser som kommer under dette unntaket er likevel omfattet av de grunnleggende kravene som følger LOA, jf. lovens § 3 som kun unntar anskaffelser etter EØS 123 fra sitt virkeområde.

hjemmel EØS-avtalens artikkel 123 (EØS 123). EU-domstolens tolkning av det som nå er artikkel 346 i traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV) (tilsvarende i stor grad EØS 123) sier at bestemmelsen kun kan anvendes i særlige klart definerte tilfeller. Dette tilsier at bestemmelsen har et snevert virkeområde. Selv om en konkret anskaffelse på forsvarsområdet ikke er omfattet av unntaket i EØS 123, er det anerkjent at enkelte slike anskaffelser kan være sensitive og at særlige forhold gjør seg gjeldende. Den nye forskriften er ment å regulere også anskaffelsene i disse tilfellene, herunder de anskaffelsene som inntil nå har vært unntatt etter FOA § 1-3 annet ledd bokstav a, med mindre EØS 123, kommer til anvendelse.

I praksis vil etableringen av ny forskrift innebære en tredeling av regelverket for forsvarsanskaffelser. Vanlige, ikke-sensitive anskaffelser til Forsvaret vil fortsatt følge LOA og FOA. Andre sensitive anskaffelser vil være unntatt etter EØS 123. I tillegg vil man finne anskaffelser som er omfattet av LOA og den nye forskriften.

### **2.3.2 Kort om sikkerhetsanskaffelser i Norge**

Hovedparten av sikkerhetsgraderte kontrakter i Norge inngås i militær sektor av Forsvaret, og øvrige etater under FD. Sikkerhetsgraderte kontrakter inngås også i en rekke andre sektorer (sivil sektor), - men i et tallmessig mye mindre omfang. Det vises til at nevnte kontrakter inngås blant annet innen justissektoren, av statlige eiendomsutviklere/-forvaltere, av en del departementer, og i forbindelse med offentlige anskaffelser av foto-/kartmateriell.

Utgangspunktet i dag er at sikkerhetsgraderte anskaffelser i både forsvarssektoren- og sivil sektor er unntatt fra FOA dersom de aktuelle kontraktene er erklært hemmelige, er omfattet av sikkerhetsloven eller beskyttelsesinstruksen eller det er nødvendig for å ivareta vesentlige sikkerhetsinteresser. Anskaffelsesregelverket regulerer kun disse anskaffelsene gjennom LOAs grunnleggende krav, med mindre EØS 123 kommer til anvendelse.<sup>12</sup> jf. LOA § 3.<sup>13</sup>

Med den nye forskriften etablert i norsk rett vil sikkerhetsgraderte anskaffelser i forsvars- og sivil sektor kunne sies å få en todelt regulering - anskaffelsene vil være omfattet av direktivet med mindre de kan unntas etter EØS 123.

---

<sup>12</sup> jf. Lov om offentlige anskaffelser (LOA) § 3.

<sup>13</sup> LOA § 3 sier: "Loven gjelder anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeidet som foretas av oppdragsgivere som nevnt i § 2. Loven gjelder ikke anskaffelser som kan unntas etter EØS 123."



## 2.4 Veiledningsdokumenter fra Kommisjonen

Noen måneder etter at direktivet ble vedtatt i EU nedsatte Kommisjonen en arbeidsgruppe hvor EU-medlemslandene og Norge, ved FD og FAD, deltok. Intensjonen med arbeidsgruppen var å gjennomgå og diskutere utvalgte bestemmelser og deler av direktivet for dermed å gjøre medlemslandene best mulig i stand til å gjennomføre den nasjonale implementeringen. Diskusjonsinnspillene ble innarbeidet i egne "Guidance notes" som Kommisjonen hadde utferdiget i forkant av møtene og som tjente som grunnlag for diskusjonene. Det er syv dokumenter inndelt etter følgende tema: "*Field of application*", "*Defence- and security-specific exclusion*", "*Research and development*", "*Security of supply*", "*Security of information*", "*Offsets*" og "*Subcontracting*". Endelig versjon av dokumentene ble publisert 1. oktober 2010 og er å finne på Kommisjonens hjemmesider, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/dpp\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/dpp_en.htm). Som det står i det enkelte dokument er disse kun et uttrykk for Kommisjonens syn og er ikke rettslig bindende.

## 3 Forslag til gjennomføring av direktivet

### 3.1 Forutsetninger for arbeidet

Direktivet gjennomføres i norsk rett i form av egen forskrift (forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser) som skal fastsettes med grunnlag i LOA § 11 første ledd. Med den nye forskriften innført i norsk rett får Norge tre anskaffelsesforskrifter under Lov om offentlige anskaffelser: Forskrift for klassiske sektor (FOA), forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester)<sup>14</sup> og forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Da direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser som tidligere nevnt bygger på direktivet for klassisk sektor, har forskriftsforslaget tatt utgangspunkt i FOAs oppsett og bestemmelser.<sup>15</sup> Dette ut i fra at brukere av forskriften, for eksempel innkjøpere innenfor både den klassiske sektoren og under forsvars- og sikkerhetsforskriften, er best tjent med å bygge videre på den kunnskap og kompetanse som de har fått om det gjeldende regelverket. Dette særlig med tanke

---

<sup>14</sup> Forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene (vann- og energiforsyning, transport og posttjenester) 7. april 2006 nr 403.

<sup>15</sup> Forskrift om offentlige anskaffelser implementer direktivet for klassisk sektor.

på at det allerede i dag er anskaffelser som er underlagt FOA og som vil bli ”flyttet over” i den nye forskriften.

Forskriftsforslaget har likevel noen endringer som fraviker og kommer i tillegg til FOA. Det foreslås for eksempel ikke noen nasjonal prosedyre, slik som det er i FOA (FOA del II). Forskriftsforslaget har videre et eget kapittel om underleveranse (forslagets kapittel 15).<sup>16</sup> Det foreslås også håndhevelsesregler i likhet med det som følger av EUs direktiv 2007/66/EF om forbedring av effektiviteten av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter (nytt håndhevelsesdirektiv). Dette direktivet gjelder ikke som sådan for sektoren for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, men bestemmelsene om håndhevelse i direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er i vesentlig grad like de i håndhevelsesdirektivet.

## **3.2 Forholdet til det eksisterende regelverk**

### **3.2.1 Anskaffelsesregelverket**

Det er artikler i direktivet for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser som har en annen formulering/ordbruk sammenlignet med tilsvarende artikkel i direktivet for klassisk sektor. I arbeidet med utformingen av forskriftsforslaget har det skisserte forhold bydd på utfordringer da det ikke alltid har vært klart om forskjellen direktivene imellom har vært tiltenkt og derfor gjerne representert en materiell forskjell. Departementet har foretatt en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Hvor man har ment at det ikke har vært tale om en materiell endring har departementet som et utgangspunkt valgt å bruke FOAs formulering for å motvirke at det oppstår tolkningstvil mellom FOA og ny forskrift.

Arbeidet med forskriftsforslaget har blant annet krevd en gjennomgang av direktivet for klassisk sektor for å identifisere identisk like bestemmelser i de to direktivene. Det er i den forbindelse identifisert formuleringer i FOA som det kan være grunn til å se nærmere på for ev. å endre disse.

I FOA er det bestemmelser som ikke er hentet fra direktivet for klassisk sektor, men heller er introdusert etter norske initiativ. Dette gjelder for eksempel deler av FOA § 3-11 *Bruk av kontraktsstandarder og spesielle kontraktsvilkår*, FOA § 21-1 *Forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser* og FOAs krav om HMS-egenerklæring

---

<sup>16</sup> En lignende regulering finnes i FOA kapittel 24, men er der begrenset til å gjelde bygge- og anleggskonsesjoner.

og skatteattest i kapittel 3 for anskaffelser over 100 000 kroner. Departementet mener det er gode grunner for å videreføre disse ”norske” bestemmelsene i forskriftsforslaget. Den enkelte av disse bestemmelsene vil ikke bli omtalt, med mindre departementet foreslår en endring som fraviker med FOA.

Dessuten er det innført nye bestemmelser gjennom forskrift om endring i forskrift om offentlige anskaffelser og forskrift om innkjøpsregler i forsyningssektorene. Forskriften er fastsatt ved kongelig resolusjon av 26. 2012, med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 16, og fremmet av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet. De nye bestemmelsene er inntatt i forslaget, jf. 4.1.4, særskilte unntak.

### **3.2.2 Statsstøtteregelverket**

EØS-avtalens artikkel 61 (statsstøtte) forbyr som hovedregel offentlig støtte til næringslivet. Forbudet retter seg mot offentlige tiltak som gir økonomiske fordeler til bestemte bedrifter, grupper av bedrifter, visse sektorer eller geografiske områder (selektive støttetiltak). Regelverket angir begrensninger, men også handlingsrommet for det offentlige som støttegiver. Anskaffelser som faller inn under forskriftens anvendelsesområde må gjennomføres i henhold til EU/EØS-statsstøtteregelverk.

Det følger av EØS 123 (1) litra b at EØS-avtalens bestemmelser ikke skal hindre en avtalepart i å treffe tiltak ”*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*”.

Dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, kommer reglene i EØS-avtalen ikke til anvendelse. I forsvarssektoren har bestemmelsen vært brukt for å unnta anskaffelser fra regelverket om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen gjelder alle forpliktelser i EØS-avtalen, jf. ordlyden, ”*Bestemmelsene i denne avtale...*”. Artikkel 123 gir dermed også i utgangspunktet hjemmel til for eksempel å se bort fra statsstøtteregelverket.

## **4 Forslag til forskrift og forsvars- og sikkerhetsanskaffelser**

### **4.1 Innledning**

Presentasjonen av den nye forskriften tar utgangspunkt i forslaget oppsett og gjennomgår forslaget kapittel for kapittel. Da betydelige deler av forslaget er en videreføring av FOA, konsentreres gjennomgangen særlig på helt eller delvis nye reguleringer som ikke følger av FOA eller som fraviker FOA.

Hvor bestemmelser i direktivet for klassisk sektor ikke er videreført i direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, for eksempel prosedyreformen åpen anbudskonkurranse, dynamisk innkjøpsordning eller prosedyrereglene om bygge- og anleggskonsesjon, har dette medført at de nevnte punkter, som i dag kan være plassert flere steder i FOA, må "lukkes ut" i den nye forskriften.

### **4.2 Forskriften del I - Almennelige bestemmelser**

#### **4.2.1 Kapittel 1 – Formål og virkeområde**

Direktivbestemmelsene som ligger til grunn for forslaget kapittel 1 er på noen områder like direktivbestemmelsene i det klassiske direktivet. Forslaget § 1-3 1. ledd (Hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften) og § 1-3 2. ledd (Unntak fra direktivets virkeområde) har likt oppsett som tilsvarende bestemmelser FOA men med noe ulikt innhold. Det er blant annet introdusert nye vilkår i nevnte bestemmelser som ikke gjelder tilsvarende i FOA.

#### **§ 1-1 - Formål**

Forslagets formålsbestemmelse har samme innhold og oppsett som formålsbestemmelsen i forsyningsdirektivet. I tillegg er det tatt inn en supplerende i første setning for å tydeliggjøre at den nye forskriften er forankret inn mot forsvars- og sikkerhetsanskaffelser og ikke generelt mot offentlige anskaffelser. Videre er det viktig å få frem de formål som direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser bygger på, jf. direktivets forale pkt. 2, 3 og 4. Et sentralt mål med direktivet er å utvikle og opprettholde en europeisk forsvars- og sikkerhetsteknologisk og industriell base som er kapabilitetsdrevet, kompetent og konkurransedyktig. For å oppnå dette målet, kan medlemsstatene treffe ulike tiltaket innenfor rammen av

Unionens regelverk som sikter mot å skape et «virkelig» europeisk forsvarsmateriellmarked med like spilleregler både på europeisk og globalt nivå. En forutsetning for å skape et europeisk forsvarsmateriellmarked er etableringen av et passende rettslig rammeverk, nemlig det vedtatte direktivet.

I forslaget § 1-1 fremgår det derfor at forskriften skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessige og likebehandling, ”for på denne måten også ivareta behovet for å utvikle og opprettholde en europeisk forsvars- og sikkerhetsteknologisk og industriell base.” Suppleringen, merket i kursiv, bygger på direktivets fortale pkt. 2, 3 og 4.

### **§ 1-2 – Hvem som er omfattet av forskriften**

Oppdragsgivere etter direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er både de som omfattes av direktivet for klassisk sektor og de som er underlagt forsyningsdirektivet.<sup>17</sup> I praksis antas det særlig å være Forsvarssektoren (Departementet med underliggende etater) som foretar anskaffelser etter den nye forskriften. Forskriftens oppramsing av pliktsubjekter tilsier likevel at fylker og kommuner, i tillegg til oppdragsgiver underlagt forsyningsforskriften, skal benytte seg av den nye forskriften ved sikkerhetsgraderte anskaffelser. Det er altså anskaffelsens art som er avgjørende. Departementet gjør her særlig oppmerksom på at forsyningsforskriften § 15-1 om fritak fra forskriften og LOA, ikke er å finne i direktivet. Departementet har derfor ikke funnet grunnlag for å innlemme et tilsvarende unntak i forslaget. Departementet ser at det kan fremstå som noe uhensiktsmessig at unntaket som er å finne i forsyningsforskriften § 15-1 ikke finnes tilsvarende i forslaget til ny forskrift.

Departementet er usikker på i hvor stor grad det vil være aktuelt for oppdragsgivere innenfor forsyningssektoren å foreta sikkerhetsgraderte anskaffelser som vil falle innunder den nye forskriften. Det har derfor vært vanskelig å vurdere hvilken praktisk betydning den skisserte løsningen vil få. I lys av dette bes det derfor særlig om innspill fra høringsinstansene på om disse har kjennskap til oppdragsgivere i forsyningssektoren som i dag foretar sikkerhetsgraderte anskaffelser, eller om man ser for seg dette i fremtiden. Det bes også om tilbakemelding på hvorvidt det vurderes som problematisk at oppdragsgiver kan måtte følge et prosedyreregulering for enkelte typer anskaffelser (sikkerhetsgraderte anskaffelser), mens vedkommende for øvrige kan være unntatt kravet om å følge LOA med tilhørende forskrift.

---

<sup>17</sup> Jf. Artikkel 1 nr. 17

### § 1-3 1. ledd - Hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften

Direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser artikkel 2 angir de ytre rammene for hvilke kontrakter som faller inn under direktivets virkeområde. Det følger av artikkel 2 bokstav a at direktivet finner anvendelse på kontrakter som inngås på forsvars- og sikkerhetsområdet og som vedrører ”*levering af militærudstyr, herunder dele, komponenter og/eller delmotager heraf*” og «*levering af følsomt udstyr, herunder dele komponenter og/eller delmontager heraf*». Dette inkluderer også utførelse av «*bygge- og anlægsarbejder*», levering av «*varer og tjenesteydelser*» som er direkte tilknyttet «*militærudstyr og følsomt udstyr*», jf. bokstav c, samt «*bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser til specifikt militære formål eller følsomme bygge- og anlægsarbejder og følsomme tjenesteydelser*».

Hele direktivets artikkel 2 er inntatt i forslaget § 1-3 («hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften»). Forskriften omfatter levering av «*forsvarsmateriell*», jf. bokstav a, og «*gradert materiell*», jf. bokstav b, i tillegg til «*bygge- og anleggsarbeider og levering av vare og tjenester som har sammenheng med bokstav a og b*», jf. bokstav c, samt «*bygge- og anleggsarbeider og tjenester til spesifikke forsvarsformål*», jf. bokstav d og «*graderte bygge- og anleggsarbeider og graderte tjenester*», jf. bokstav e.

#### Forsvarsmateriell

Mens direktivet benytter følgende formulering: «*levering af militærudstyr*», foreslås det å benytte begrepet «*forsvarsmateriell*» i forslaget bokstav a. Dette begrunnes med at begrepet «*forsvarsmateriell*» ofte benyttes i forbindelse med forsvarssektorens anskaffelser.

Definisjonen av «*forsvarsmateriell*» er inntatt i forslaget § 4-1 bokstav f. I direktivets fortale fremgår det at «*militært materiel*» bør forstås som de produkter som står oppført på *listen over våpen, ammunisjon og krigsmateriell i Rådets avgjørelse 255/58 af 15. april 1958(1)*, jf. punkt 10. Listen er veiledende for hva som faller inn under direktivets virkeområde og spørsmålet blir dermed om listen bør fremgå eksplisitt i forslaget.

Det foreslås ikke å vise til nevnte liste i forslaget definisjon av «*forsvarsmateriell*», jf. § 4-1 bokstav f, eller i forslaget bestemmelser for øvrig. Listen er generisk og må i følge fortalen tolkes i lys av den utvikling som finner sted innen teknologi, anskaffelsespolitikk og militært behov. Da fortalens omtale videre tilsier at listen heller ikke er å anse som uttømmende, mener departementet at en definisjon av forsvarsmateriell med henvisning til 1958-listen ville være misvisende. Listen vil imidlertid kunne tjene som tolkningsbidrag ved anvendelse av forskriften.

For øvrig foreslås det å bruke begrepet «*tjenester*» i stedet for «*tjenesteytelser*» i bokstav c og e. Det vises til at begrepet «*tjenesteydelser*» benyttes både i direktivet og i det klassiske direktivet, mens man i FOA § 1-3 første ledd har valgt å bruke begrepet «*tjenester*». Departementet har derfor valgt å ta utgangspunkt i begrepsbruken i FOA § 1-3 første ledd, for å unngå innføring av nye begrep i anskaffelsesretten.

### Sikkerhetsgraderte anskaffelser

Direktivet får som nevnt anvendelse på «*følsomt materiel*», jf. artikkel 2 bokstav a. Sensitive kontrakter som inngås både i militær og sivil sektor vil dermed i utgangspunktet være omfattet av direktivet. Når det gjelder sensitive kontrakter som inngås i sivil sektor, viser direktivets fortale pkt. 11 til at:

*”specifikt på det ikke-militære sikkerhedsområde bør direktivet finde anvendelse på indkøb, der har træk svarende til forsvarsindkøb og er lige så følsomme. Dette kan navnlig være tilfældet på områder, hvor militære og ikke-militære styrker samarbejder om udførelsen af de samme opgaver, og/eller hvor formålet med indkøbet er at beskytte Unionens og/eller dens medlemsstaters sikkerhed på eller uden for deres eget område mod alvorlige trusler fra ikke-militære og/eller ikke-statslige aktørers side. Der kan f.eks. være tale om grænsekontrol, politivirksomhed og krisestyringsopgaver.”*

«*Følsomt materiell*» blir i direktivet definert som «*materiel til sikkerhedsformål, der involverer, kræver eller omfatter følsomme opplysninger*»<sup>18</sup>, jf. artikkel 1 nummer 7. Materiellet må anskaffes for sikkerhetsformål, men det er ikke et krav at produktet må være bestemt for sikkerhetsformål. Direktiv for forsvars og sikkerhetsanskaffelser definerer følsomme opplysninger («*klassifiserede opplysninger*») til å være opplysninger eller materiale uansett form, art eller framsendelsesmetode, som er tildelt et sikkerhetsklassifiseringsnivå eller et beskyttelsesnivå, og som av hensyn til den nasjonale sikkerhet og i overensstemmelse med lov eller administrative fastsatte bestemmelser i den gjeldende medlemsstat krever beskyttelse mot urettmessig bruk, tilintetgjørelser, spredning, uautorisert tilgang eller andre former for lekkasje, jf. artikkel 1 nummer 8.

Det er i utgangspunktet opp til det enkelte medlemsland å definere «*klassifiserede opplysninger*». Klassifiseringen eller beskyttelsesnivået må følge av lover, forskrifter eller administrative bestemmelser. Dette inkluderer også EU klassifisert

---

<sup>18</sup> Den engelske versjonen bruker «*classified information*» i stedet for «*følsomme opplysninger*» som benyttes i den danske versjonen. Departementet antar at det med «*følsomme opplysninger*» siktes til «*klasifiserede opplysninger*».

informasjon. I følge Kommissjonen omfatter dette imidlertid ikke informasjon som er beskyttet på grunnlag av personvern, datainteresser eller økonomiske interesser.<sup>19</sup>

Det foreslås på denne bakgrunn at den nye forskriften får anvendelse på offentlige kontrakter som inngås på forsvars- og sikkerhetsområdet og som gjelder «*levering av gradert materiell*», herunder også delkomponenter, jf. forslaget § 1-3 1. bokstav b. I tillegg til gradert materiell, er også graderte bygge- og anleggsarbeider og graderte tjeneste ytelser omfattet, jf. forslaget bokstav e, samt utførelse av bygge- og anleggsarbeider og levering av vare- og tjenesteytelser som har sammenheng med bokstav a (forsvarsmateriell) og b (gradert materiell), jf. forslaget bokstav c. Her er systematikken den samme som for forsvarsmateriell.

Graderte anskaffelser deles dermed inn i tre ulike kategorier: gradert materiell, graderte bygge- og anleggsarbeider og graderte tjenesteytelser.

For at en anskaffelse på sikkerhetsområdet skal falle innunder den nye forskriften, forutsettes det at materialet, bygge- og anleggsarbeidene eller tjenesteytelsene er gradert. Hva som anses som gradert er definert i forslaget § 4-1 bokstav h. Gradert materiell defineres her som "*materiell til sikkerhetsformål som inneholder eller krever behandling av gradert informasjon.*" Med gradert informasjon menes i denne sammenheng "*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*», jf. forslaget § 4-1 bokstav j.

Mens direktivet velger å bruke "*klassifiserte opplysninger*", foreslås det i forskriften å bruke "*gradert informasjon*". Departementet har vurdert om denne forskriften bør benytte en egen begrepsbruk når det gjelder "*klassifiserte opplysninger*", for å favne videre i forhold til dagens regime i sikkerhetsloven. Departementet velger som nevnt å benytte begrepet "*gradert*" da dette benyttes både i sikkerhetsloven og i beskyttelsesinstruksen.

Departementet har også vurdert om "*gradert informasjon*" skal defineres i henhold til direktiv om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser eller etter sikkerhetsloven. Direktivet har en videre definisjon av hvilke anskaffelser som kan omfattes av regelverket enn det som følger av sikkerhetsloven. For ikke å begrense forskriftenes anvendelsesområde til sikkerhetslovens regime foreslås det å definere "*gradert informasjon*" i henhold til direktivet. Det oppstilles som nevnt et krav om at graderingsnivå må fremgå av lov eller instruks, jf. forslaget § 4-1 bokstav j. Dette innebærer i praksis at anskaffelser som i dag foretas etter sikkerhetsloven, vil falle

---

<sup>19</sup> GN "Field of application" s.7



inn under det nye regelverket. Eventuelle anskaffelser etter beskyttelsesinstruksen er også ment å omfattes av det nye regelverket.

Anskaffelser under det nye regelverket som i dag omfattes av sikkerhetsloven må fortsatt følge de krav til sikkerhetsgraderte anskaffelser som følger av sikkerhetsloven, jf. forslaget § 3-3.

### **§ 1-3 2. ledd - Unntak fra direktivets virkeområde**

I likhet med det direktivet for klassisk sektor, inneholder direktivet for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser flere ulike unntaksbestemmelser. Det mest sentrale unntaket gjelder kontrakter som kan unntas i henhold til Lisboa-traktatens artikkel 346 (tidligere EF-traktatens 296). Unntaket innebærer at forsvarskontrakter i EU fortsatt kan inngås uten å anvende direktivet, men bare når det er nødvendig for å beskytte statens vesentlige sikkerhetsinteresser. Det er opp til hver enkelt EU-medlemsstat å definere hva som er vesentlige sikkerhetsinteresser. I henhold til praksis fra EF-domstolen skal art. 346 fortolkes strengt. Medlemsland som påberoper seg unntaket har bevisbyrden for at unntaket er korrekt anvendt, ref. sak C-337/05 Kommisjonen mot Italia av 8. april 2008 m.fl.

I norsk anskaffelsesrett gjelder som tidligere nevnt unntaket i EØS-avtalen artikkel 123. Bestemmelser tilsvarende EF-traktatens artikkel 346 med noen unntak. Departementet viser blant annet til at kravet om beskyttelse av «*vesentlige sikkerhetsinteresser*» ikke er inntatt i EØS 123 bokstav b slik som i artikkel 346 bokstav b.

EØS 123 har følgende ordlyd:

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

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

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

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

Anskaffelser som innebærer ”spredning av opplysninger...” «...i strid med dens vesentlige sikkerhetsinteresser”, er unntatt LOA § 3 og FOA § 1-3 (2) bokstav a i medhold av EØS 123 bokstav a. Dette gjelder kontrakter på både forsvars- og sikkerhetsområdet, som er så følsomme at anvendelse av LOA eller FOA vil forplikte oppdragsgiver til å meddele opplysninger som, hvis spredd, vil stride med nasjonens vesentlige sikkerhetsinteresser.

Anskaffelser vedrørende ”våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål” eller «forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål», er unntatt LOA § 3 og FOA § 1-3 2. ledd bokstav a jf. EØS 123 bokstav b, når anskaffelsen ikke endrer konkurransevilkårene for varer i det sivile markedet.

Anskaffelser som oppdragsgiver 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», er unntatt LOA § 3 og FOA § 1-3 (2) bokstav a, jf. EØS 123 bokstav c. Det må dreie seg om klart avgrensede tilfeller. Grunnet regelens snevert avgrensede innhold skal den ikke fortolkes utvidende.

Bevisbyrden for anvendelse av EØS-avtalens artikkel 123 påligger oppdragsgiver.

### Særskilte unntak

I tillegg til det sentrale unntaket i Lisboa-traktatens artikkel 346, inneholder direktivet for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser også særskilte unntak hvor direktivet ikke kommer til anvendelse. De særskilte unntakene følger av direktivets artikkel 13. I tillegg har direktivet en egen unntaksbestemmelse for kontrakter inngått i henhold til internasjonale regler, se artikkel 12. Unntakene som følger av artikkel 12 og 13 er foreslått plassert i forslaget § 1-3 annet og tredje ledd og systematikken i FOA videreføres for å holde unntaksbestemmelsene samlet i lys av hensynet til bedre brukervennlighet og bedre systematikk.

Direktivets artikkel 13 gjengis for ordens skyld i sin helhet under i kursiv tekst:

### *Artikel 13*

#### *Særlige undtagelser*

*Dette direktiv finder ikke anvendelse på følgende forhold:*

- a) *kontrakter, i forbindelse med hvilke anvendelse af dette direktivs bestemmelser ville indebære, at en medlemsstat skulle meddeleoplysninger, hvis videregivelse den anser for værende i strid med sine væsentlige sikkerhedsinteresser*
- b) *kontrakter med henblik på efterretningsvirksomhed*
- c) *kontrakter tildelt som led i et samarbejdsprogram baseret på forskning og udvikling, der gennemføres af mindst to medlemsstater i fællesskab med henblik på udvikling af et nyt produkt og, hvor det er relevant, de senere faser af alle eller dele af dette produkts livscyklus. Ved indgåelsen af et sådant samarbejdsprogram mellem medlemsstater alene meddeler de Kommissionen, hvor stor en andel forsknings- og udviklingsudgifterne udgør i forhold til de samlede udgifter til samarbejdsprogrammet, og giver oplysning om aftalen om omkostningsdeling og om andelen af hver enkelt medlemsstats påtænkte indkøb, hvor dette er relevant*
- d) *kontrakter, der indgås i tredjelande herunder med henblik på civile indkøb, og som gennemføres, når der stationeres styrker uden for Unionens område, hvis operationelle behov kræver, at de indgås med økonomiske aktører i det område, hvor operationerne finder sted*
- e) *tjenesteydelseskontrakter om erhvervelse eller leje, uanset finansieringsform, af jord, eksisterende bygninger eller anden fast ejendom eller vedrørende rettigheder hertil*
- f) *kontrakter, som en regering tildeler en anden regering vedrørende:*
  - i) *levering af forsvarsmateriel eller følsomt udstyr eller*
  - ii) *bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser, der er direkte knyttet til sådant udstyr, eller*
  - iii) *bygge- og anlægsarbejder og tjenesteydelser til specifikt militære formål eller følsomme bygge- og anlægsarbejder og følsomme tjenesteydelser*
- g) *voldgifts- og mæglingstjenesteydelser*
- h) *finansielle tjenesteydelser, bortset fra forskikringstjenesteydelser*
- i) *arbejdsaftaler*
- j) *tjenesteydelser vedrørende forsikring og udvikling, bortset fra dem, hvis udbytte tilhører den ordregivende myndighed eller ordregiveren til brug for egen virksomhed, hvis tjenesteydelsen i fuldt omfang betales af den ordregivende myndighed.*

Her omtales noen av de viktigste unntaksbestemmelsene:

### *§ 1-3 a Opplysninger som angår vesentlige sikkerhetsinteresser*

Direktivets artikkel 13 bokstav a («Opplysninger som angår vesentlige sikkerhetsinteresser») er inntatt i forslaget bokstav a. Bestemmelsen regulerer spredning av opplysninger på tilsvarende måte som i EØS 123 bokstav a.

Departementet har vurdert om artikkel 13 bokstav a er dekket av EØS 123 bokstav a. Vi foreslår å regulere artikkel 13 bokstav a i forslaget, i tillegg til anskaffelser som kan unntas med hjemmel i EØS 123, men ber om høringsinstansenes innspill på om det er behov for å innta bokstav a i den nye forskriften.

### *§ 1-3 c Forskning og utvikling*

Unntaket knytter seg til kontrakter som tildeles som ledd i et samarbeidsprosjekt basert på forskning og utvikling og som gjennomføres av EØS-stater i fellesskap for å utvikle et nytt produkt og de senere faser av hele eller deler av produktets levetid. Sammenhengen og forståelsen av unntaket er nærmere beskrevet i Kommisjonens fortolkningsnotat som: "*Research and Development*".

Forslagets bestemmelse oppstiller en meldeplikt til EFTAs overvåkningsorgan for alle samarbeidsprosjekter som er dekket av bestemmelsen, hvis verdien av kontraktene overstiger terskelverdiene i § 2-2.

Departementet viser til linken mellom forslaget bokstav c og forslaget § 5-3 (konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring) bokstav f og g. Forsknings- og utviklingstjenester som ikke faller inn under direktivets unntaksområde, kan anskaffes ved bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring som prosedyre, jf. bokstav f. Tilsvarende gjelder dersom varene i en varekontrakt skal produseres kun med sikte på forskning og utvikling, jf. bokstav g. Dette gjelder ikke ved produksjon i større mengder for å påvise varens kommersielle muligheter eller for å dekke forsknings- og utviklingsomkostninger.

### *§ 1-3 h Kontrakter som en stat inngår med annen stat*

Forskriften omfatter ikke kontrakter som en stat tildeler en annen stat, jf. bokstav h. Bestemmelsen knytter seg til avtaler som inngås på statlig nivå, ref. direktivets ordlyd, "*kontrakter som en regering tildeler en annen regering.*" jf. artikkel 13 bokstav h.

### *§ 1-3 i Kontrakter som inngås med i tredjeland med lokale leverandører*

Forskriften omfatter ikke kontrakter som inngås i tredjeland med lokale leverandører vedrørende innkjøp til stasjonerte tropper, dersom operasjonelle behov

gjør det nødvendig, jf. bokstav i. Hva som vil være ”operasjonelle behov” må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

#### *§ 1-3 j Etterretningsvirksomhet*

Forskriften omfatter heller ikke kontrakter som faller inn under etterretningsvirksomhet, jf. bokstav j. Formålet er å omfatte kontrakter knyttet til etterretning som er for følsomme til å bli tildelt gjennom vanlige prosedyrer med konkurranse og gjennomsiktighet. Bestemmelsen dekker både de tilfeller hvor oppdragsgivere tildeler kontrakter til etterretningsvirksomhet (eksempelvis beskyttelse av regjeringens IT-nettverk), og tilfeller der etterretningsvirksomhet tildeler kontrakter ”for the purpose of their intelligence activities”.

#### *§ 1-3 k, l og m Offentlig myndighetsutøvelse*

De nye reglene om unntak for offentlig myndighetsutøvelse har trådt i kraft og er besluttet inntatt i bokstav k, l og m.

#### *§ 1-3 (3) a, b og c Kontrakter som er regulert av andre anskaffelsesregler*

Forslaget får ikke anvendelse på kontrakter som er regulert av andre anskaffelsesregler og tildelt i henhold til en internasjonal avtale eller overenskomst inngått i forbindelse med stasjonering av tropper, jf. tredje ledd bokstav a, i henhold til en internasjonal organisasjons særlige fremgangsmåte og anskaffelser gjort for organisasjonen, jf. tredje ledd bokstav b eller i henhold til internasjonal avtale inngått mellom en eller flere EØS-stater og en eller flere stater som ikke er part i EØS-avtalen, jf. tredje ledd bokstav c.

### **§ 1-4 - Sammensatte kontrakter**

Direktivet åpner i artikkel 3 for at ”blandede kontrakter”, herunder kontrakter ”der vedrører utførelse af bygge- og anlægsarbejder, levering af varer eller tjenesteydelser, der henhører under dette direktiv og delvis under direktiv 2004/17/EF eller direktiv 2004/18/EF”, tildeles i overensstemmelse med direktivet forutsatt at tildeling av en enkelt kontrakt er basert på saklige grunner. Tanken bak bestemmelsen er at det i noen tilfeller kan foreligge saklige grunner for å anskaffe kontrakter som faller inn under direktiv om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser og delvis under det klassiske direktivet og direktiv for forsyningssektoren, i henhold til denne forskriften. Bestemmelsen er ny og inntatt i forslaget, jf. § 1-4.

## 4.2.2 Kapittel 2 – Anvendelsesområde for de ulike bestemmelsene

Direktivbestemmelsene som ligger til grunn for forslaget kapittel 2 er i det vesentlige like bestemmelsene i det klassiske direktivet (innført i FOA kapittel 2). FOAs kapittel 2 har likevel viktige nasjonale innslag (introdusert etter norsk initiativ), for eksempel bestemmelser om en egen nasjonal del med prosedyreregler med tilhørende kunngjøringsplikt.

I likhet med forsyningsforskriften har departementet valgt å gi forskriftforslaget to deler. En generell del (del I) som gjelder for anskaffelse uavhengig av verdi, og en del (del II) som gjelder for anskaffelser av varer og prioriterte tjenester med terskelverdi på 3,2 millioner og bygge- og anleggskontrakter med en verdi på 40,5 millioner kroner (EØS-terskelverdiene). Det innføres med andre ord ikke en nasjonal kunngjøringsplikt for anskaffelser over 500 000 og opp til EØS-terskelverdiene.

Anskaffelser under EØS-terskelverdiene, i tillegg til uprioriterte tjenester over terskelverdiene, er i forskriftsforslaget ikke underlagt andre krav enn det som følger av del I. Denne delen inneholder grunnleggende krav og prinsipper som gjelder ved enhver anskaffelse, og som de øvrige prosedyrebestemmelsene bygger på. Det vises her til fortale (15) i direktivet som sier:

*”De gennensigtigheds- og konkurrencemæssige forpligtelser i forbindelse med kontrakter, der ligger under tærskelværdiene for dette direktivs anvendelse, bør fastlægges af medlemsstaterne under overholde af de nævnte principper og især under hensyntagen til situationer, hvor der er en grænseoverskrivende interesse. Det er navnlig op til medlemsstaterne at fastlægge de mest hensigtsmæssige ordninger for indgåelse af sådanne kontrakter.”*

Allerede i dag har forsvarssektoren egne regler for innkjøpspraksisen sin: FOA og Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF).<sup>20</sup> Sistnevnte er en instruks og punkt 1.2.4 første og annet ledd sier følgende om instruksens virkeområde:

*Det primære virkeområde for ARF er anskaffelser hvor unntakene etter LOA eller FOA kan påberopes. I disse tilfellene gjelder regelverket i sin helhet.*

*Det subsidiære virkeområde for ARF er hvor unntakene ikke kan påberopes, og anskaffelsen skal gjennomføres i henhold til reglene i LOA/FOA.*

---

<sup>20</sup> <http://websir.lovddata.no/cgi-lex/wiftzok?bas=nl&emne1=lov+om+offentlige+anskaffelser&sok=fast>

Departementet mener at forsvarssektoren har forutsetninger for å gjennomføre gode anskaffelser i samsvar med regelverkets grunnleggende krav, slik at egne nasjonale prosedyrebestemmelser ikke synes nødvendig. Det gjøres oppmerksom på at ARF også vil gjelde hvor ikke den nye forskriftens prosedyrebestemmelser gjelder, herunder anskaffelser som kan unntas med hjemmel i EØS 123. ARF for tiden under revisjon i lys av det nye direktivet.

#### **4.2.2.1 Øvrige bestemmelser i kapittel 2**

Det har blitt reist spørsmål om det er grunnlag for å innføre tilsvarende unntak som finnes i FOA § 2-1 tredje ledd vedrørende kjøp av helse- og sosialtjenester med en ideell organisasjon. I forslaget § 2-1 tredje ledd femte er det foreslått inntatt unntak for «*opptrenings- og rehabiliteringstjenester.*» Departementet ber om innspill fra høringsinstansene vedrørende muligheten for at nevnte unntak vil være aktuelt på forskriftens virkeområde.

Når det gjelder FOA § 2-1 syvende og åttende ledd har ikke departementet funnet grunnlag for å videreføre disse i den nye forskriften.

I forslaget § 2-2 foreslår departementet å innføre en uttrykkelig adgang for at FAD kan endre CPV-kodene i forskriften.

Forslaget § 2-3 er i utgangspunktet lik § 2-3 i FOA. Departementet foreslår på bakgrunn av direktivets regulering av forslaget tolvte ledd å tilføye "bygge- og anleggs" foran "kontrakt", slik at setningen blir lydende "*I tillegg til verdien av en bygge- og anleggskontrakt, skal den anslåtte verdien av nødvendige materialer som oppdragsgiver stiller til leverandørens rådighet for arbeidsutførelsen tas med i beregningen.*" Forslaget begrunnes i at direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser bruker formuleringen "*bygge- og anlægskontrakter*".<sup>21</sup>

#### **4.2.3 Kapittel 3 – Almennelige regler**

FOA og forsyningsforskriften har i del I et eget kapittel med generelle bestemmelser som gjelder for enhver anskaffelse. Tilsvarende løsning foreslås for den nye forskriften som et kapittel 3. Departementet mener for eksempel at krav som protokollføring, skatteattest m.m. er viktige bidrag for å gjennomføre en god og sunn konkurranse, også om de mindre anskaffelsene.

---

<sup>21</sup> Artikkel 9 nr. 4

Innholdsmessig bygger forslaget kapittel 3 i stor grad på FOA og forsyningsforskriftens bestemmelser. Oppdragsgiverne etter den nye forskriften er ikke gitt flere pålegg enn det de er underlagt i de to nevnte forskriftene, jf. forslaget § 3-1 *kapittelets anvendelsesområde*. Noen nye bestemmelser er likevel introdusert i kapitlet, herunder § 3-3 *sikkerhetsgraderte anskaffelser* og § 3-16 *kontroll av leverandørens evne til å håndtere gradert informasjon m.m.* Henvisningen i § 3-3 til sikkerhetsloven må ses i sammenheng med den nye forskriftens anvendelsesområde. Henvisningen er satt inn for å understreke sikkerhetslovens betydning på området for sikkerhetsanskaffelser og det forhold at anskaffelser som i dag omfattes av sikkerhetsloven, og som senere vil være omfattet av den nye forskriften, fortsatt må følge de krav til sikkerhetsgraderte anskaffelser som følger av sikkerhetsloven med tilhørende forskrifter.

#### **4.2.4 Kapittel 4 – Definisjoner**

En god del av definisjonene i kapittel 4 er å finne i direktivet for klassisk sektor og FOA, men det er likevel forskjeller mellom FOA og den nye forskriften. Direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser har for eksempel nye definisjoner som ikke er å finne i det direktivet for klassisk sektor, for eksempel definisjon av «*forsknings- og utvikling*» i bokstav e, «*forsvarsmateriell*» i bokstav f, «*gradert materiell*», «*graderte tjenester*» og «*gradert informasjon*» i bokstav h, i og j. Noen definisjoner som følger av direktivet for klassisk sektor, for eksempel en definisjon av «*åpen anbudskonkurranse*» er heller ikke å finne i direktiv om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Departementet har derfor utelatt å videreføre disse. Departementet har også, i motsetning til hva som er gjort i FOA § 1-2, valgt å plassere enkelte definisjoner av hvem som er oppdragsgivere i kapittel 4 § 4-1, med lik oppbygning som i forsyningsforskriften. For best mulig å legge til rette for en enkelt manøvrering i kapittel 4 og bestemmelsene der, foreslås det at definisjonene angis i alfabetisk rekkefølge.

### **4.3 Forskriftens del II - Anskaffelser over EØS-terskelverdiene**

#### **4.3.1 Kapittel 5 - Valg mellom ulike anskaffelsesprosedyrer**

Kapittel 5 regulerer hvilke anskaffelsesprosedyrer som er tillatt etter forskriftens del II. Prosedyrene er: begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling



etter forutgående kunngjøring, konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog. Åpen anbudskonkurranse, som følger av direktivet for klassisk sektor og FOA, følger ikke av direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser og er derfor ikke med i § 5-1 *Tillatte anskaffelsesprosedyrer*. I direktivet for klassisk sektor (innført i FOA § 14-3) er prosedyren konkurranse med forhandling etter kunngjøring å anse som en unntaksbestemmelse som har særlige vilkår for å kunne anvendes. I direktivet og forskriftsforslaget (§ 5-1 første ledd) sidestilles nevnte prosedyre med begrenset konkurranse. Om denne likestillingen av de to anbudsprosedyrene står det i direktivets fortale at:

*"[d]e kontrakter, der er omfattet af dette direktiv, er kendetegnet ved særlige krav med hensyn til kompleksitet, informationssikkerhed og forsyningsikkerhed. 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."*<sup>22</sup>

Oppdragsgiver står derfor fritt til å velge mellom begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring basert på hvilken prosedyre som vurderes som mest rasjonell og effektiv.

Prosedyreformen *konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring* er nærmere regulert i forslaget § 5-3. Bestemmelsen tar utgangspunkt i FOA § 14-4 med enkelte tilpasninger for å innlemme direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser artikkel 28. Forslagets § 5-3 bokstav b gir adgang til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring når bestemmelsens vilkår er oppfylt. Departementet har utformet henvisningene i bestemmelsen i tråd med direktivet men er noe usikker på den praktiske anvendelsen av unntakene.

Forslaget innehold en utvidet adgang til å benytte denne prosedyreformen som ikke finnes tilsvarende i FOA. Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring kan også benyttes ved nødsituasjoner som oppstår som følge av krise, tjenester tilknyttet forsknings- og utviklingstjenester varekontrakter produsert med sikte på forskning og utvikling og kontrakter vedrørende levering av luft- og sjøtransporttjenester til væpnede styrker eller sikkerhetsstyrker som skal eller er stasjonert i utlandet, jf forslaget § 5-3 bokstav e-g og f. I bestemmelsens bokstav h tredje siste setning følger det at varighet for opprinnelig kontrakt og tilleggsleveranse normalt ikke må overstige fem år. I FOA er det tak på tre år. I

---

<sup>22</sup> Fortale pkt. 47

bokstav l 9. setning følger det at fremgangsmåten bare kan anvendes inntil fem år etter at den opprinnelige kontrakt ble sluttet ved tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter for nye arbeider. I FOA er det tak på tre år. Siste setning i samme bokstav er en innlemmelse av direktiv om forsvars- og sikkerhetsanskaffers bestemmelse.

### **4.3.2 Kapittel 6 - Rammeavtaler**

Direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser omtaler rammeavtaler i to relasjoner. For det første åpner direktivet for at medlemslandene gir oppdragsgiver adgang til å bruke rammeavtaler ved anskaffelser. Departementet foreslår å gi oppdragsgiver denne adgangen og at reglene om rammeavtaler plasseres i forslagets kapittel 6 *Rammeavtaler*. Dette kapitlet har store likheter med FOA, men direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser setter en øvre grense for rammeavtalens varighet på syv år, jf. forslaget § 6-1 fjerde ledd første setning, mens rammeavtalenes lengde etter FOA er inntil fire år. Særlige omstendigheter kan også forsvare en lengde utover dette, jf. forslaget § 6-1 fjerde ledd første setning. Direktivet og forskriften gir her veiledning om hva som skal vurderes i så måte.

Direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser åpner også for at rammeavtaler kan benyttes i forbindelse med leverandørens inngåelse av kontrakt om underleveranse. Departementet foreslår å tillate at leverandøren får denne muligheten. Mens en inngåelse av rammeavtaler etter forslaget § 6-1 skal skje på bakgrunn av forskriftens regler i del I og del II, inngås rammeavtaler mellom leverandør og underleverandør i overensstemmelse med reglene i forslagets kapittel 15.

### **4.3.3 Kapittel 7 - Kommunikasjon**

Forskriften kapittel 7 *Kommunikasjon*, er i utgangspunktet lik FOA kapittel 16. Det foreslås likevel en presisering av formuleringen i § 7-1 fjerde ledd første setning hvor man erstatter ”fortrolighet” med ”integritet og konfidensialitet”. Setningen vil da lyde: ”Kommunikasjon, utveksling og lagring av informasjon skal skje på en måte som sikrer at dokumentets innhold, integritet og konfidensialitet med hensyn til tilbud og forespørsel om deltakelse i konkurranse bevares.” Den nye formuleringen vurderes å

favne bedre om kravet i direktivets artikkel 36 nr. 3 om at ”*dataintegriteten og fortroligheten af ansøgingerne om deltakelse og at tilbudene beskyttes*”.<sup>23</sup>

#### **4.3.4 Kapittel 8 - Grunnlaget for konkurransen**

Flere av paragrafene i kapittel 8 er en videreføring av bestemmelser i FOA kapittel 17. Det er likevel enkelte bestemmelser som er helt eller delvis nye. Dette gjelder særlig § 8-7 (forsyningssikkerhet) og § 8-8 (informasjonssikkerhet).

##### **§ 8-3 – Krav til ytelsen og bruk av tekniske spesifikasjoner**

Forslaget § 8-3 er en videreføring av FOA § 17-3, men med supplerende tekst i fjerde ledd bokstav a for å innta forsvarsrelaterte tekniske stander og spesifikasjoner som omtales i direktivet. I forslaget § 8-3 fjerde ledd bokstav a vises det således til at tekniske spesifikasjoner kan utformes blant annet ved beregning og utførelse av arbeidene og bruk av produktene, anerkjente sivile tekniske standarder fra industrien eller forsvarsstandarder definert i § 4-3 (standarder og spesifikasjoner) og tilsvarende spesifikasjoner for forsvarsmateriell.

##### **§ 8-6 – Deltakelse i konkurranse hvor det settes en grense for antall deltagere**

Forslaget til § 8-6 fraviker FOA § 17-6 noe ved at direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser tillater at det minste antall leverandører som inviteres inn i en begrenset konkurranse settes til tre og ikke fem, som er kravet i klassisk sektor. Forslagets § 8-6 får, på bakgrunn av direktivets artikkel 38 nr. 3, tredje ledd, også et fjerde ledd som ikke finnes i FOA. Av nevnte ledd fremgår det at oppdragsgiver, hvor antall leverandører vurderes for lavt til å sikre reell konkurranse, kan kunngjøre konkurransen på nytt og innlemme eventuelle nye leverandører i den opprinnelige konkurransen.

##### **§ 8-8 - Forsyningssikkerhet**

Forslagets § 8-8 regulerer forsyningssikkerhet. Dette er en ny og viktig bestemmelse. Direktivet for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser anerkjenner den spesielle betydningen forsyningssikkerhet har i forbindelse med forsvars- og

---

<sup>23</sup> Se tilsvarende i direktivet for klassisk sektor artikkel 42 nr. 3.

sikkerhetsanskaffelser. Forsyningssikkerhet er avgjørende i mange tilfeller og særlig i krisetider, hvor pålitelig og rettidig leveranse kan være svært avgjørende for det enkelte medlemsland. Forsyningssikkerhet innebærer overføring av varer på tvers av landegrensene og må dermed ses i sammenheng med regelverket for eksport.<sup>24</sup>

Direktivets bestemmelser om forsyningssikkerhet (artikkel 23 første ledd bokstav a til h og artikkel 23 annet ledd), er innlemmet i forslaget § 8-8. Departementet velger å bruke begrepet "*forsyningssikkerhet*" i stedet for "*leveringssikkerhet*" fordi dette favner videre og kan blant annet omfatte teknologisk kompetanse og evne til å ta i bruk komplekse systemer og integrere disse i eksisterende materiell m.v.

I henhold til forslaget § 8-8 bokstav a kan oppdragsgiver blant annet stilles 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. I Kommisjonens fortolkningsdokument følger det at risikoen vedrører især eventuell avvisning, tilbakekallelse eller forsinkelse av relevante eksport- og overføringstillatelser.

Bokstav b supplerer forslagets bokstav a på tilsvarende måte som i det nye direktivet (artikkel 23 bokstav a og b). Utover oppdragsgivers mulighet til å kreve at leverandør demonstrere evne til å få de lisenser som behøves for å oppfylle de kontraktsrettslige forpliktelsene, kan oppdragsgiver i henhold til bokstav b, stille krav om opplysninger om eventuelle begrensninger for oppdragsgiver med hensyn til offentliggjøring av overførsel eller anvendelse av produktene og tjenesteytelsene. Oppdragsgiver 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. bokstav c.

Oppdragsgiver 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. bokstav d

Tilretteleggelse av leverandørens forsyningskjede som nevnt i bokstav c og d, dekker alle de ressurser og aktiviteter som er nødvendige for å levere de varer, tjenester eller arbeider som omfattes av kontrakten. Kommisjonen presiserer i sitt fortolkningsdokument at analysen av forsyningskjeden skal være basert på

---

<sup>24</sup> Direktiv 2009/43 EF (Intra Community Transfer Directive).

objektive, ikke-diskriminerende overveielser. Oppdragsgiver kan derfor kreve bevis for at forsyningskjeden er pålitelig og stabil.

I henhold til bokstav e kan oppdragsgiver 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.

Oppdragsgiver kan i tillegg 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, jfr. bokstav f. Bokstav e og f dekker med andre ord risiko i forbindelse med ytterligere behov ved krisesituasjoner.

Departementet har valgt ikke å ta med en definisjon av krise i forskriftsteksten. I direktivets fortale (pkt. 54) står det følgende om krisesituasjoner:

*Medlemsstaternes væbnede styrker kan således skulle intervenere i forbindelse med krisesituasjoner i utlandet, f.eks. som led i fredsbevarende operationer. Ved begyndelsen af eller under en sådan intervention kan medlemsstaternes og de væbnede styrkers sikkerhed gøre det nødvendigt at indgå visse kontrakter med en hastighed, som er uforenelig med de frister, der gælder for de procedurer, som normalt anvendes i henhold til dette direktiv. Sådanne hastende tilfælde kan også opstå i forbindelse med sikkerhedsstyrkernes behov, f.eks. ved et terrorangreb inden for Unionens område.*

Krise defineres i direktivets artikkel 1 (10) 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; endvidere foreligger der en krise, hvis en sådan skadevoldende begivenhed anses for umiddelbart forestående; væbnede konflikter og krige betragtes som kriser i dette direktivs forstand*

I henhold til bokstav g kan oppdragsgiver stille krav om at leverandøren skal kunne sikre vedlikehold, modernisering og tilpasning av de varer som er omfattet av kontrakten.

Oppdragsgiver kan videre stille krav om at leverandøren skal varsle oppdragsgiver om enhver organisatorisk, forsyningsmessig eller industristrategisk endring<sup>25</sup> som kan

---

<sup>25</sup> Departementet har valgt å bruke begrepet ”industristrategisk endring”. Begrepet knytter seg til forhold hvor leverandøren foretar endringer/omveltninger som kan få betydning for leverandørens forpliktelser.

få følger for leverandørens forpliktelser, jf. bokstav h. Bokstav h må ses i sammenheng med bokstav d som gir en forpliktelse til å sikre at eventuelle endringer i leverandørens forsyningskjede under utførelsen av kontrakten ikke vil ha noen negativ innvirkning på kravene som stilles til forsyningssikkerhet.

Oppdragsgiver kan i tillegg 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 tegninger, lisenser og bruksanvisninger, i tilfelle leverandøren på et senere tidspunkt ikke vil være i stand til å levere varen, jf. bokstav i.

En oppdragsgiver kan ikke kreve at en leverandør skal skaffe dokumentasjon som vil stride med nasjonale eller relevante internasjonale krav til eksport-, overførings- eller transittlisenskriterier, under de omstendigheter som råder på tidspunktet for en slik lisensbeslutning, jf. forslaget § 8-8 annet ledd.

### **§ 8-9 - Krav til beskyttelse av gradert informasjon**

Anskaffelser i forsvars- og sikkerhetssektorene er ofte av sensitiv karakter. For å ivareta hensynet til informasjonssikkerhet oppstiller direktivet krav til informasjonssikkerhet som oppdragsgiver kan stille til leverandørene.

Oppdragsgiver kan på et hvert stadi i anskaffelsesprosessen stille krav til informasjonssikkerhet som gjøres tilgjengelig for leverandøren, jf. direktivets artikkel 7 Bestemmelsen skal sikre at sensitiv informasjon som utleveres i forbindelse med anskaffelsen, behandles på forsvarlig måte av leverandørene og underleverandører.

Direktivet oppstiller en rekke krav til vern av informasjon som kan stilles til leverandørene for å ivareta informasjonssikkerhet. Dette gjelder blant annet krav til leverandørens og underleverandørens evne til å håndtere skjermingsverdig (konfidensiell) informasjon i hele kontraktsperioden og krav til leverandørklarering, jf. artikkel 22 og 42 bokstav j.

Det følger av fortalet nr. 42 til direktivet at:

*Afhensyn til informationssikkerheden kan de ordregivende myndigheder/ordregiverne navnlig kræve, at såvel hoved- som underentreprenører forpligter sig til at beskytte klassificerede oplysninger mod uautoriseret adgang og fremlægger fyldestgørende dokumentation for deres evne til at gøre dette. I mangel af en fællesskabsordning for informationssikkerhed er det de ordregivende myndigheder/ordregivere eller medlemsstaterne, der skal fastlægge disse krav i overensstemmelse med deres nationale lovgivning samt*

*vurdere, om sikkerhedsgodkendelser udstedt i henhold til en anden medlemsstats nationale lovgivning kan betragtes som ækvivalente med godkendelser udstedt af deres egne kompetente myndigheder.*

Det er oppdragsgiver som skal fastlegge krav om informasjonssikkerhet i overensstemmelse med nasjonal lovgivning, i tillegg til å vurdere om sikkerhetsgodkjennelser utstedt i henhold til en annen medlemsstats nasjonale lovgivning, kan betraktes som ekvivalent med godkjennelse utstedt av deres egne kompetente myndigheter.

I norsk rett reguleres anskaffelser i forsvars- og sikkerhetssektoren, som innebærer at leverandøren av varen eller tjenesten vil kunne få tilgang til skjermingsverdig informasjon eller objekt, eller som innebærer at anskaffelsen må sikkerhetsgraderes av andre årsaker, av sikkerhetsloven med tilhørende forskrift. For sikkerhetsgraderte anskaffelser som faller inn under sikkerhetsloven, skal oppdragsgiver benytte de krav som sikkerhetsloven oppstiller til ivaretagelse av gradert informasjon, jf. forslaget § 3-3. Departementet legger til grunn at alle sikkerhetsgraderte anskaffelser som innebærer tilgang til informasjon gradert høyere enn hemmelig, automatisk faller utenfor forskriftens anvendelsesområde.

Direktivet åpner for at oppdragsgiver kan stille visse krav til leverandør om vern av informasjon, jf. artiklene 7, 20, 22 og 42. Bestemmelsene er imidlertid ”kan”-bestemmelser. Det er således opp til det enkelte medlemsland å avgjøre om bestemmelsene i sin helhet skal innlemmes i den nasjonale lovgivning, eller om kun deler av bestemmelsene skal innlemmes slik at de øvrige kravene til informasjonssikkerhet i direktivet vil være regulert i den nasjonale lovgivning.

Det foreslås å innlemme direktivets artikkel 21 (2) bokstav a, b, c og d, samt artikkel 42 j i forslaget § 8-9. Bestemmelsen regulerer krav til beskyttelse av gradert informasjon og er en ny bestemmelse i nasjonal anskaffelsesrett.

I henhold til forslaget § 8-9 kan oppdragsgiver, ved anskaffelser som innebærer behandling av graderte opplysninger, blant annet stille krav om dokumentasjon på at leverandøren og underleverandører kan sikre at gradert informasjon behandles og oppbevares på en forsvarlig måte i hele kontraktens løpetid og etter at kontrakten opphører, jf. bokstav a. I tillegg kan oppdragsgiver ved anskaffelser som innebærer behandling av graderte opplysninger stille krav om 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 graderte opplysninger. Tilsvarende informasjon kan kreves fremlagt vedrørende nye underleverandører før kontrakt om underleveranse inngås, jf. forslaget bokstav b.

### **§ 8-11 - Dokumentasjon av leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner**

§ 8-11 "Dokumentasjon av leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner", er en videreføring av innholdet i FOA § 17-9. Det er gjort noen få endringer. Første ledd bokstav f nr. 1 gir oppdragsgiver adgang til å kreve at listene over tidligere leveranser eller tjenester kan gå tilbake fem år, mot tre år i tilsvarende regulering i direktivet for klassisk sektor og FOA. I samme bokstav nr. 2 er det tilføyd "interne bestemmelser om immaterialrett", som oppdragsgiver har adgang til å kreve fra leverandør. Dette er nytt i forhold til hva som fremkommer i direktivet for klassisk sektor og FOA. Forslaget femte ledd er ny og gir oppdragsgiver mulighet til å avgjøre hvilken dokumentasjon som leverandør må fremlegge for å godtgjøre sin teknisk og faglige kvalifikasjon. Dette er imidlertid kun aktuelt i de tilfeller hvor leverandøren har gyldig grunn for ikke å kunne fremskaffe den etterspurte dokumentasjon.

### **§ 8-15 – Standarder for miljøledelsessystem**

I forslaget foreslås det å videreføre innholdet i FOA § 17-13 (*Standarder for miljøledelsessystem*) i forslaget § 8-15, med én mindre endring. Departementet har ikke funnet at formuleringen "dokumentasjon ved fremleggelse av" i FOA § 17-13 annet ledd første setning, har tilstrekkelig hjemmel verken i det direktivet for klassisk sektor (artikkel 50) eller direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (artikkel 44). Det foreslås derfor ikke å videreføre den siterte teksten.

## **4.3.5 Kapittel 9 - Kunngjøringsregler**

Direktivets bestemmelser om kunngjøringsregler er i det vesentlige like bestemmelsene i direktivet for klassisk sektor (innført i FOA kapittel 18). DOFFIN er i dag den nasjonale kunngjøringsdatabasen for klassisk sektor og forsyningssektor. Det foreslås å bruke DOFFIN også for anskaffelser etter den nye forskriften. Direktivet for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser har noen kunngjøringsskjemaer som ikke finnes i de andre anskaffelsesdirektivene. De nye skjemaene vil bli innlemmet i Doffinbasen.

### **§ 9-2 – Veiledende kunngjøring**



Mens artikkel 35 i direktivet for klassisk sektor har terskelverdier for når oppdragsgiver kan benytte veiledende kunngjøring, finnes ikke dette i direktivet for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.<sup>26</sup> Det foreslås derfor ikke å videreføre terskelverdiene tilknyttet veiledende kunngjøring som følger av FOA § 18-2. En annen forskjell fra direktivet for klassisk sektor er at direktivet for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser ikke sier noe om at bruken av veiledende kunngjøring kun gjelder for såkalte prioriterte tjenester. Det foreslås likevel ikke å endre noe på dette punktet i forskriftsforslaget, da vi mener en eventuell endring ville kunne skape tvil om den nye forskriftens del II også gjelder for uprioriterte tjenester.

#### **4.3.5.1 Øvrige endringer i kapittel 9**

Forslaget har videre en ny bestemmelse om intensjonskunngjøring, se § 9-4. Bestemmelsen er et resultat av de nye håndhevelsesreglene, se nærmere om disse under i pkt. 14.

Det foreslås å endre § 9-5 første ledd på det punkt hvor FOA § 18-4 første ledd sier at senest 48 dager etter at "*kontrakt er tildelt*" skal resultatet kunngjøres. Både direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser<sup>27</sup> og direktivet for klassiske sektor<sup>28</sup> sier at kunngjøringsplikten løper i forhold til "*indgåelsen*" av kontrakten. På bakgrunn av høringsinnspillene vil FAD vurdere å endre FOA tilsvarende. Direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser har også en presisering av at unntaket fra plikten til å kunngjøre en inngått kontrakt eller rammeavtale av hensyn til offentlige interesser, særlig gjelder for forsvars- og eller sikkerhetsinteresser. Supplementet foreslås føyd til § 9-5 tredje ledd bokstav a.

#### **4.3.6 Kapittel 10 - Frister**

Bestemmelsene i forslaget kapittel 10 er like de i FOA, med unntak av forslaget §§ 10-5 og 10-6 som innføres som følge av nye regler om håndhevelse.

---

<sup>26</sup> Artikkel 30 nr. 1.

<sup>27</sup> Artikkel 30 nr. 3 første ledd.

<sup>28</sup> Artikkel 35 nr. 4 første ledd.

### 4.3.7 Kapittel 11 - Gjennomføring av konkurransen

Bestemmelsene i forslaget kapittel 11 inneholder noen endringer i forhold til FOA kapittel 20.

#### **§ 11-9 – Endelig tilbud ved konkurransepreget dialog**

I forslaget § 11-9 foreslås det å videreføre FOA § 20-9 med én mindre tilføyelse. Forslagets annet ledd annen setning får formuleringen ”fare for” foran ”konkurransevridning”. Tilføyelsen begrunnes i at direktivets artikkel 27 *konkurrencepræget dialog* nr. 6 andre ledd, siste leddsetning sier ”... *uden fare for konkurrencefordreining eller forskelsbehandling.*” (departementets understrekning). Tilsvarende formulering følger av direktivet for klassisk sektor<sup>29</sup>.

#### **§ 11-12 – Avvisning på grunn av forhold ved leverandøren**

Forslaget § 11-12 er en sentral bestemmelse i forskriften da den sier når oppdragsgiver skal avvise en leverandør, og når oppdragsgiver kan gjøre dette. Direktivet for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser<sup>30</sup> og direktivet for klassisk sektor<sup>31</sup> er i det vesentlige like på dette området, men førstnevnte oppgir i artikkel 39 første ledd bokstav d og e flere tilfeller hvor rettskraftig dom, for eksempel om terrorhandlinger eller straffbare handlinger i tilknytning til terrorvirksomhet, skal medføre at oppdragsgiver skal avvise leverandøren. Suppleringene foreslås tatt inn i paragrafens første ledd bokstav e.

Videre har direktivets artikkel 39 nr. 2 første ledd bokstav c, en supplering av teksten i FOA § 20-12 annet ledd bokstav c som tilsvarer § 11-12 annet ledd bokstav c i forslaget til ny forskrift. Departementet har vurdert Lov av 18. desember 1987 om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi mv. (eksportkontrollloven) som den relevante norske henvisningen. Vi ber om tilbakemelding fra høringsinstansene dersom det er behov for eventuelle endringer eller ytterligere presiseringer.

Videre gir direktivets artikkel 39 nr. 2 første ledd bokstav d et eksempel på hva som kan anses som en alvorlig forsømmelse mot faglige og etiske krav. Eksempelet forslås innlemmet og plassert i annet ledd bokstav d.

---

<sup>29</sup> artikkel 29 nr. 6 annet ledd sier også ”...*fare for konkurrencefordreining eller forskelsbehandling.*”

<sup>30</sup> Artikkel 39.

<sup>31</sup> Artikkel 45.

Forslagets annet ledd bokstav h er ny. Bestemmelsen er en implementering av direktivets artikkel 39 nr. 2 bokstav e. som gir oppdragsgiver adgang til å avvise leverandører som ikke vurderes å ha den påliteligheten som trengs for å utelukke en sikkerhetsrisiko for landet. Når det gjelder bevisføringen for dette forholdet, er det departementets oppfatning at dette ikke reguleres i forskriften, men vil følge av det øvrige norske prosedyreregelverket for bevisføring.

Som det er nærmere redegjort for under punkt 4.4 (underleverandører), gir direktiv for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser flere regler om underleveranse enn hva som er tilfellet med det klassiske direktivet. Det foreslås at oppdragsgivers avvisningsadgang i relasjon til leverandørens underleverandører hjemles i et nytt fjerde ledd i § 11-12.<sup>32</sup>

### **§ 11-14. Avvisning av unormalt lave tilbud**

Forslaget § 8-11 er en videreføring av innholdet i FOA § 11-14, med supplerende tekst i fjerde ledd siste setning. Teksten er hentet fra direktivets artikkel 49 nummer 1 første ledd og innebærer at oppdragsgiver skal underrette EFTAs overvåkingsorgan dersom tilbud avvises fordi det virker unormalt lavt på grunn av offentlig støtte.

### **§ 11-16 – Oppdragsgivers begrunnelsesplikt**

I NOU 2010:2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* foreslo utvalget<sup>33</sup> blant annet å endre de eksisterende reglene i FOA og forskrift for forsyningssektorene om begrunnelsesplikt slik at oppdragsgiver utelukkende pålegges å gi én begrunnelse, mot dagens regler der oppdragsgiver etter omstendighetene må gi to begrunnelser. Endringen legger opp til at den nye begrunnelsen skal gis automatisk sammen med meddelelsen om tildelingsbeslutningen, og blir inntatt i FOA. Det legges opp til at tilsvarende løsning må gjelde for den nye forskriften og endringen er tatt inn forslaget i § 11-16. Det er videre foreslått en presisering i bestemmelsens fjerde ledd siste setning, som følge av artikkel 35 nr. 2 første ledd bokstav b. Det er også tatt inn en særlig presisering på bakgrunn av direktivets artikkel 35 nr. 3, av når oppdragsgiver kan velge å holde opplysninger tilbake. Dette er satt inn som et femte ledd. Endelig er oppdragsgivers begrunnelsesplikt med hensyn til avvisning av underleverandører, jf. direktivets artikkel 21 nr. 5 siste setning, tatt inn som et nytt sjette ledd.

---

<sup>32</sup> Jf. artikkel 21 nr. 5 første setning.

<sup>33</sup> Jf. Utredningens kapittel 13.2

#### **4.3.8 Kapittel 12 - Forhandlinger, avklaringer, klargjøringer mv.**

Kapittelet foreslås videreført i tilsvarende form og innhold som FOA kapittel 21, med de tilpasningene som er påkrevd som følge av at åpen anbudskonkurranse ikke er en prosedyreform etter den nye forskriften.

#### **4.3.9 Kapittel 13 - Avslutning av konkurransen**

Kapittel 13 har nye bestemmelser som følge av de nye EU-reglene om håndhevelse. I tillegg har § 13-2 *Kriterier for valg av tilbud* fått et noe nytt innhold.

##### **§ 13-2 – Kriterier for valg av tilbud**

Departementet har valgt å videreføre FOA § 22-2 og innlemmet denne i forslaget § 13-2. Det er foretatt visse endringer i forslaget § 13-2 annet ledd i tråd med direktiv om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Departementet har slettet ett av kriteriene tilknyttet kontraktsgjenstanden som etter FOA § 22-2 skal benyttes dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomiske fordelaktige tilbud. Dette kriteriet er ”*Estetiske*”. Kriteriet er blitt fjernet ettersom dette ikke står direktiv om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser artikkel 47. Departementet har tatt inn nye kriterier som følger av direktivet i forslaget annet ledd, herunder omkostninger i levetiden, forsyningssikkerhet, interoperabilitet og operasjonelle karakteristika. Plasseringen av kriteriene i forslaget § 13-2 annet ledd er også i henhold til direktivets artikkel 47.

#### **4.3.10 Kapittel 14 - Særlige sanksjoner ved ulovlig direkte anskaffelser**

##### **4.3.10.1 Innledning**

Artiklene 55-64 i direktivet omhandler klagehåndtering og sanksjoner i relasjon til anskaffelser etter direktivet. Bestemmelsene er for det vesentlige like de som følger av EUs direktiv 2007/66/EF om forbedring av effektiviteten av klageprosedyrene i forbindelse med inngåelse av offentlige kontrakter (nytt håndhevelsesdirektiv). NOU 2010:2 *Håndhevelse av offentlige anskaffelser* omhandler i det vesentlige håndhevelsesdirektivets bestemmelser i forhold til klassisk sektor og forsyningssektoren. Utredning var på høring sommeren 2010.

FAD la frem Prop. 12 L (2011-2012) ”*Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven*” for Stortinget den 11.11.12, med forslag til gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett. Lovforslaget ble vedtatt i Stortinget 27. mars 2012 (lovvedtak 46 (2011–2012)), og endringene trådte i hovedsak i kraft fra 1. juli 2012. Fra samme tidspunkt trådte også endrede utfyllende bestemmelser i LOA og FOA i kraft. FAD la i proposisjonen opp til at håndhevelsesdirektivets regler, med de særlige tilpasninger som er påkrevet etter forsvarsdirektivet, skal gjøres gjeldende i forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser på tilsvarende måte som i LOA og FOA og forsyningsforskriften. FAD og departementet mener det er viktig at håndhevelsesreglene i samtlige anskaffelsessektorer i størst mulig grad er ensartet.

Da håndhevelsesdirektivet i det vesentlige er lik håndhevelsesbestemmelsene i direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, vil den videre presentasjonen først redegjøre for den generelle håndhevelsesdelen, slik den ble omtalt i lovforslaget. Denne delen vil være felles for samtlige anskaffelsessektorer. De særlige forhold som gjør seg gjeldende for håndhevelse relatert til forsvars- og sikkerhetsanskaffelser behandles deretter. Det vises for øvrig til Prop. 12 L (2011-2012) for en fullstendig presentasjon av temaene.

#### **4.3.10.2 Generelt om håndhevelsesreglene**

Formålet med de nye håndhevelsesreglene er å forbedre effektiviteten av håndhevelsen av anskaffelsesregelverket, blant annet ved å sikre leverandører bedre inngrepsmuligheter før kontrakt inngås. Bakgrunnen for de nye håndhevelsesreglene var at EU-Kommisjonen, gjennom høringer og EU-domstolens praksis, hadde avdekket en rekke svakheter ved de eksisterende nasjonale klageordningene. Håndhevelsesreglene har særlig fokus på håndhevelsen av ulovlige direkte anskaffelser, som regnes som særlig grove overtredelser av regelverket, og det innføres nye sanksjoner for denne typen overtredelser.

Det er innført nye regler om suspensjon av adgangen til å inngå kontrakt. I praksis vil det innebære at en begjæring om midlertidig forføyning mot brudd på anskaffelsesreglene skal føre til en automatisk utsettelse av adgangen til å inngå kontrakt, frem til domstolen har behandlet begjæringen om midlertidig forføyning. De nye reglene om suspensjon gjennomføres bare så langt EU/EØS-retten krever det (dvs. for anskaffelser som i dag er omfattet av FOA del III og IV samt forsyningsforskriften del II og forslag til forskrift del II).

Regler om obligatorisk karenperiode, en periode som går fra tidspunktet hvor oppdragsgiver har meddelt hvilken leverandør som skal tildeles kontrakt og frem til kontrakten faktisk kan inngås, er innført på forskriftsnivå.

Videre er det innført nye sanksjoner for overtredelser av reglene om offentlige anskaffelser. Ved visse typer overtredelser av reglene skal den inngåtte kontrakten kjennes "uten virkning". Det gjelder ved ulovlige direkte anskaffelser og ved visse andre grove brudd på regelverket. Sanksjonen "uten virkning" er kun innført for varer, prioriterte tjenester og bygge- og anleggsarbeider over EU/EØS-terskelverdiene (dvs. anskaffelser som i dag er omfattet av FOA del III og IV, forsyningsforskriften del II og forsvarsforskriften del II). Det er domstolen som skal avgjøre om en kontrakt skal kjennes uten virkning fra tidspunktet for kontraktsinngåelse (*ex tunc*) eller kun for fremtidig kontraktsoppfyllelse (*ex nunc*).

Håndhevelsesreglene i håndhevelsesdirektivet og direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser krever også at man innfører såkalte "alternative sanksjoner". Det er her snakk om bot (overtredelsesgebyr) og avkorting av kontraktens løpetid, i stedet for eller i tillegg til at en kontrakt kjennes uten virkning. Det skal benyttes alternative sanksjoner dersom domstolen unnlater å kjenne en kontrakt uten virkning på grunn av vesentlige hensyn til allmennhetens interesser, eller der kontrakten kun kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse. Begge de alternative sanksjonene er innført, og de kan kombineres.

Endelig krever de nye håndhevelsesreglene at sanksjonen "uten virkning" eller alternative sanksjoner innføres for mindre alvorlige brudd på bestemmelsene om karens og suspensjon. Ved slike brudd er det bare innført alternative sanksjoner. Dersom det foretas ulovlige direkte anskaffelser eller det skjer andre tilsvarende grove brudd på regelverket for kontrakter under EU/EØS-terskelverdiene, og ved kjøp av såkalte uprioriterte tjenester (dvs. anskaffelser som i dag er omfattet av FOA del II), skal domstolen kunne avkorte kontraktens løpetid og/eller ilegge overtredelsesgebyr.

Lov-proposisjonen fremmer ikke bare forslag til gjennomføring av håndhevelsesdirektivets materielle regler, men tok også stilling til hvordan det samlede norske håndhevelsessystemet best kunne organiseres. Det vil si spørsmålet om oppgavene etter håndhevelsesdirektivet bør legges til domstolene eller et administrativt klageorgan. Det følger av lovvedtaket at håndhevelsen av anskaffelsesretten i Norge fortsatt skal bygge på en domstolsmodell, kombinert med rådgivende tvisteløsning gjennom KOFA. Det innebærer at sanksjonene mv. som følger av det nye håndhevelsesdirektivet legges til domstolene, og at KOFA igjen er blitt et rent rådgivende organ.

Håndhevelsesreglene ble tilføyd i FOA ved forskrift av 8. juni 2012 nr. 500 og trådte i kraft 1. juli 2012 og følger av kapittel 22.

#### **4.3.10.3 Særlig om direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser**

Direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser har bestemmelser om klagehåndtering og håndhevelse i tillegg til visse særlige reguleringer og formuleringer som ikke finnes i håndhevelsesdirektivet. Direktivet sier at en kontrakt ikke skal kjennes uten virkning hvor konsekvensene av dette i alvorlig grad vil kunne true et større forsvars- eller sikkerhetsprogram som er av avgjørende betydning for en medlemsstats sikkerhetsinteresser. Videre følger det av artikkel 56 nr. 5 at forsvars- og sikkerhetsinteresser er omfattet av hensynet til allmennheten ved vurderingen av bruk av de sanksjonsverktøyene som er tilgjengelig. Artikkel 60 nr. 3, som gir muligheten for å gjøre unntak fra kravet om uten virkning der vesentlige hensyn til allmennhetens interesser gjør det nødvendig å opprettholde kontraktens virkninger, skiller seg også fra håndhevelsesdirektivet: i direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser anvendes formuleringen ”*tungtveiende samfunnsmessige hensyn, først og fremst vedrørende forsvars- og sikkerhetsinteresser*” i stedet for ”*vesentlig hensyn til allmennhetens interesser*”. Direktivets bestemmelser om håndhevelse er inntatt i forslaget kapittel 14.

#### **4.3.10.4 Særlig om klageorganet**

Direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser artikkel 56 nr. 10 inneholder særlige bestemmelser ment å sikre at klageorganet som skal håndtere tvister etter direktivet ivaretar det behovet for konfidensialitet som kan gjøre seg gjeldende ved en anskaffelse etter direktivet. Sanksjonsmyndighet legges nå til domstolene mens KOFAs rolle som rådgivende organ rendyrkes. Tilsvarende vil gjelde for den foreslåtte forskriften, men behovet for ivaretagelse av informasjonssikkerheten krever en særlig gjennomgang.

#### **Domstolene**

I domstolloven følger det at i saker hvor det blir gitt informasjon som etter sikkerhetsloven er skjermingsverdig, skal det alene delta dommere som har nødvendig klarering og som er autorisert for den aktuelle sikkerhetsgrad jf. § 12.

Vern av informasjon som ikke er omfattet av sikkerhetsloven er ikke hensynstatt og heller ikke vurdert nødvendig pr. i dag.

## **Klagenemnda for offentlige anskaffelser**

I dag er kontrakter som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak i samsvar med sikkerhetsloven eller beskyttelsesinstruksen unntatt FOAs virkeområde, jf. FOA § 1-3 (2) a. LOA har ikke noe unntak for disse kontraktene, jf. LOA § 3. noe som tilsier at kontraktene er underlagt de grunnleggende prinsippene som følger av LOA § 5. KOFA skal behandle klager om brudd på lov og forskrift, og kan derfor i prinsippet i dag måtte ta stilling til klager vedrørende anskaffelser omfattet av sikkerhetsloven. Det er likevel grunn til å tro at med et eget prosedyreregulverk, fremfor dagens prinsipper, øker sjansen for klage. Departementet og FAD har derfor villet forsikre seg om at KOFA kan ta denne jobben.

KOFA er etter departementet og FADs vurdering omfattet av sikkerhetsloven. For at KOFA skal kunne behandle klager som angår kontrakter omfattet av sikkerhetsloven, må KOFA gjennomføre tiltak for å oppfylle sikkerhetslovens krav vedrørende behandling av skjermingsverdig informasjon. I forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser er det imidlertid ikke inntatt tilsvarende bestemmelse om behandling av skjermingsverdig informasjon som i domstollovens § 12. Nasjonal Sikkerhetsmyndighet (NSM) koordinerer forebyggende sikkerhetstiltak og kontrollerer sikkerhetstilstanden i de virksomheter som omfattes av sikkerhetsloven. Departementet vurderer foreløpig at det vil kunne gjennomføres nødvendige praktiske foranstaltninger for at KOFA kan behandle klage vedrørende anskaffelser som omfattes av sikkerhetsloven.

## **To problemstillinger vedrørende valg av tvisteløsningsorgan**

Departementet har identifisert 2 problemstillinger i forbindelse med håndhevelsestemaet som vi ønsker å skissere/få innspill på:

- Den første problemstillingen knytter seg til KOFA som rådgivende organ og vernet av sensitiv informasjon. I dag er kontrakter som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak i samsvar med sikkerhetsloven<sup>34</sup> eller beskyttelsesinstruksen<sup>35</sup> unntatt FOAs virkeområde, jf. FOA § 1-3 (2) a. LOA har ikke noe unntak for disse kontraktene, jf. § 3., noe som tilsier at kontraktene er underlagt de grunnleggende prinsippene som følger av LOA § 5. KOFA skal behandle klager om brudd på lov og forskrift,<sup>36</sup> og

---

<sup>34</sup> Lov 20. mars 1998 nr. 10 (Sikkerhetsloven)

<sup>35</sup> Instruks av 17. mars 1972 nr. 3352

<sup>36</sup> KOFA-forskriften § 1 første setning sier: Klagenemnda for offentlige anskaffelser skal være et rådgivende organ som skal behandle klager om brudd på lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser og forskrifter gitt med hjemmel i denne.



kan derfor i prinsippet i dag måtte ta stilling til klager vedrørende anskaffelser omfattet av sikkerhetsloven.

- Den andre problemstillingen knytter seg til det ”utpekte” tvisteløsningsorganets evne til å håndtere sensitiv informasjon som er og ikke er omfattet av sikkerhetsloven. (art. 56 tiende ledd).

## **4.4 Forskriften del III - Underleveranser**

### **4.4.1 Kapittel 15 Underleveranser**

Direktivet inneholder flere og mer detaljerte bestemmelser om underleveranse enn hva som følger av direktivet for klassisk sektor. Departementet foreslår å plassere bestemmelsene om underleveranse i en egen del, med enkelte unntak. En slik plassering understreker at konkurranseforholdet mellom leverandør og underleverandør som utgangspunkt er mellom to private parter.

En av de mest markante endringene er at medlemslandene kan kreve/gi adgang for oppdragsgivere til å kreve at leverandøren setter inntil 30 % av kontraktens verdi ut på konkurranse. Departementet foreslår å gi oppdragsgiver denne muligheten, jf. § 15-2 første ledd. I tillegg foreslår departementet at leverandører gis mulighet til å bruke underleverandører på en større andel enn det oppdragsgiver krever, jf. § 15-2 første ledd siste setning. Direktivet inneholder videre føringer for hvordan konkurransen om underleveransen skal gjennomføres, men sammenlignet med prosedyreregulverket som gjelder for oppdragsgiver, er det snakk om få bestemmelser av en overordnet karakter.

Det mest sentrale er at kontrakter om underleveranser skal kunngjøres på TED og at konkurransen skal skje i samsvar med EØS-avtalens grunnleggende prinsipper, jf. § 15-3. Departementet har valgt å plassere kravet om gjennomføring av konkurranse i samsvar med EØS-avtalens grunnleggende prinsipper under § 15-3 første ledd (Leverandørens gjennomføring av konkurranse) og ikke under § 15-2 (Krav til valg av underleverandør). Vi ber om innspill fra høringsinstansene på om dette er en hensiktsmessig plassering. Dersom høringsinstansene mener plasseringen bør gjøres annerledes, ber vi om konkrete forslag. I henhold til direktivets artikkel 51 nr. 7 gjelder traktatens (EØS-avtalens) prinsipper om gjennomsiktighet og konkurranse også tildeling av underleveranser som har en anslått verdi eks mva. på mindre enn terskelverdiene i artikkel 8 (forslaget § 2-2), ikke bare over.

For øvrig viser departementet til at foretak som har dannet en gruppe med henblikk på å oppnå kontrakt, eller foretak tilknyttet disse, omfattes ikke av § 15-2.

Departementet har tatt inn en definisjon av “*tilknyttet foretak*” i § 15-2 tredje ledd.

Kravet om konkurranseutsettelse kan også oppfylles ved bruk av rammeavtaler, jf. § 15-4. Prosedyrebestemmelsene for inngåelsen av rammeavtalen er som for de øvrige kontraktene om underleveranse. Den øvre begrensningen på rammeavtalens varighet er 7 år, med unntak av for særlige situasjoner.

Kapittel 15 gjelder som nevnt kontrakter som inngås mellom leverandør og underleverandør. Hvor leverandøren regnes som en oppdragsgiver etter § 1-2, skal denne følge reglene i del I og del II.

Både del I og del II inneholder en rekke bestemmelser om underleveranse. Underleveranse er omtalt i § 3-10 annet ledd. Bestemmelsen gir oppdragsgiver mulighet til å stille krav til underleveranse etter kapittel 15 ved gjennomføring av kontrakt. I § 4-1 bokstav w og x har departementet tatt med definisjon av underleverandør og underleveranse. Dessuten er det i § 8-1 (2) bokstav m tatt med krav om at oppdragsgiver, dersom det er mulig, opplyser om krav til underleveranser i henhold til kapittel 15 ved utarbeidelse av konkurransegrunnlag. En annen bestemmelse departementet vil trekke frem, er § 8-9, hvor oppdragsgiver kan stille krav til dokumentasjon på og informasjon om beskyttelse av gradert informasjon vedrørende underleverandører og underleveranse. En annen ny og viktig bestemmelse er § 11-12 fjerde ledd, hvor departementet som tidligere nevnt i notatet foreslår å hjemle oppdragsgiver avvisningsadgang i relasjon til leverandørens underleverandører. Dersom oppdragsgiver avviser leverandøren, skal tilbudsgiveren eller utvalgte leverandører gis en skriftlig begrunnelse som inneholder årsaken til at underleverandøren ikke oppfylte vilkårene, jf. 11-16 sjette ledd. Dette er også en ny og viktig bestemmelse.

## **4.5 Forskriften del IV – Ikraftsetting**

### **4.5.1 Kapittel 16 - Ikraftsetting**

#### **§ 16-2 - Overgangsregler**

Departementets forslag til overgangsregler tar høyde for at enkelte forsvarsanskaffelser på det nåværende tidspunkt ikke kunngjøres i henhold til FOA. Dette gjelder blant annet for forsvarsanskaffelser som unntas LOA/FOA med

hjemmel i EØS-avtalens artikkel 123 og som reguleres av ARF. I tillegg pågår ofte anskaffelsesprosesser i Forsvaret over lengre tid før kontraktsignering. Dette skyldes anskaffelsenens art og kompleksitet. Departementet søker derfor å finne overgangsregler som er tilpasset Forsvarets anskaffelsesvirksomhet.

I henhold til forslaget § 16-2 første ledd kommer forskriften til anvendelse på anskaffelser iverksatt etter forskriftens ikrafttredelsesdato.

Forskriften kommer ikke til anvendelse på kontrakter i henhold til rammeavtaler hvor rammeavtalen ble inngått før forskriftens ikrafttredelsesdato, jf. forslaget annet ledd bokstav a, eller etter forskriftens ikrafttredelsesdato, forutsatt at anskaffelsesprosessen er iverksatt før denne dato, jf. forslaget annet ledd bokstav b.

I henhold til forslaget tredje ledd anses en anskaffelse som iverksatt etter forslaget første ledd og andre ledd bokstav b når en anskaffelse er kunngjort i henhold til reglene i FOA og forsyningsforskriften.

Anskaffelser som ikke omfattes av forslaget tredje ledd anses iverksatt dersom oppdragsgiver har sendt ut en forespørsel til en eller flere leverandører om å tilkjenne interesse eller inngi tilbud i forbindelse med en planlagt anskaffelser eller rammeavtale, jf. forslaget fjerde ledd.

I henhold til forslaget femte ledd gjelder tidspunktet for kontraktsinngåelse hvor verken forslaget tredje ledd eller fjerde ledd kommer til anvendelse.

#### **4.5.2 Forskriftens vedlegg**

Vedleggene til den nye forskriften er utformet tilsvarende vedleggene i FOA. Noen av vedleggene er "særnorske" vedlegg (følger ikke av EØS-forpliktelsene) som videreføres, blant annet vedlegg 2 (Egenerklæring om helse, miljø og sikkerhet HMS)), vedlegg 3 (Protokoll for anskaffelser mellom 100 000 og 3,2 millioner kroner eks. mva) og vedlegg 4 (Protokoll for anskaffelser som overstiger 3,2 millioner kroner).

Noen av vedleggene har lignende systemer som bilagene i direktivet og direktivet for klassisk sektor. Disse er vedlegg 5 (prioriterte tjenester) og 6 (uprioriterte tjenester). I vedlegg 5 er det tatt inn nye kategorier av prioriterte tjenester i forslaget enn hva som er tilfellet for klassisk sektor: Kategori 2 (Tjenester vedrørende militærhjelp til utlandet), kategori 3 (Forsvarstjenester) og kategori 4 (Etterforsknings, og sikkerhetstjenester).

Vedlegg 1 (Liste over forskjellige former for bygge- og anleggsarbeid) i den nye forskriften har et annet system enn direktiv om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Innholdet i vedlegg 1 er imidlertid det samme som i det klassiske direktivet og forsvarsdirektivet.

### **4.5.3 Endringer i FOA og forsyningsforskriften**

Direktivet krever at det eksisterende regelverket som gjennomfører direktivet for klassisk sektor og forsyningsdirektivet endres noe som følge av innlemmelsen av direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.<sup>37</sup> På denne bakgrunn foreslås følgende endringer i FOA og forsyningsforskriften.:

FOA

#### **§ 1-3. Hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften**

*(2) Forskriften får ikke anvendelse på:*

- a. kontrakter som kan unntas i henhold til EØS-avtalens artikkel 123 eller er omfattet av forskrift nr. XX om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 1-3 (hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften). Tilsvarende gjelder for kontrakter som ikke overstiger terskelverdiene i nevnte forskrifts § 2-2 (terskelverdier og CPV-koder) første ledd.*

Forsyningsforskriften

#### **§ 1-6 Kontrakter som er omfattet av forskriften**

*(2) Denne forskriften får ikke anvendelse på:*

- k. kontrakter som kan unntas i henhold til EØS-avtalens artikkel 123 eller er omfattet av forskrift nr. XX om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 1-3 (hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften). Tilsvarende gjelder for kontrakter som ikke overstiger terskelverdiene i nevnte forskrifts § 2-2 (terskelverdier og CPV-koder) første ledd.*

## **5 Økonomiske og administrative konsekvenser**

Innlemmelsen av direktivet i EØS-landene vil gi konkurransedyktig norsk forsvars- og sikkerhetsindustri større eksport- og inntektsmuligheter i EØS-området enn tilfellet er i dag.

Norske myndigheter krav om gjenkjøp ved anskaffelser av forsvarsmateriell fra alle utenlandske leverandører. Kravet gjelder ved anskaffelser over 50 millioner kroner.

---

<sup>37</sup> Jf. direktivets artikler 70 og 71.

En rekke land praktiserer i dag slike gjenkjøpskrav. Stoltenberg II-regjeringen har vektlagt gjenkjøp som ett av flere virkemidler i den generelle næringspolitikken. Gjenkjøp stod sentralt i St.meld. nr. 38 (2006-2007), som skal følges opp iht. den gjeldende regjeringserklæringen (Soria Moria II). Det fremgår her at gjenkjøpsordningen har, i tillegg til Forsvarets egne anskaffelser, vært ansett som det viktigste virkemiddel i forbindelse med de næringspolitiske aspekter ved forsvarets anskaffelser. Gjenkjøp blir tradisjonelt oppfattet som "motkjøp" ("offset") og innebærer krav om at utenlandske leverandører til det norske forsvaret må inngå avtaler om industrielt samarbeid med norske bedrifter.

I fravær av regulerte markeder for forsvarsanskaffelser både i EØS-området og globalt, har gjenkjøp ofte vært den eneste muligheten for eksport av norsk, konkurransedyktig forsvarsmateriell til store markeder som Frankrike, Tyskland, Storbritannia og USA. Disse landene har tradisjonelt ført en proteksjonistisk anskaffelsespolitikk, med den følge at landenes forsvarsmarked i all hovedsak har vært lukket for tilbud fra utenlandsk forsvarsindustri. Gjenkjøp har frem til i dag derfor i første rekke vært brukt som markedsmotvekt av norske myndigheter når Forsvaret har anskaffet fra utenlandske leverandører.

Gjennomføringen av direktiv om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i EØS-området har imidlertid til hensikt å åpne forsvars- og sikkerhetsmarkeder på lik og ikke-diskriminerende måte blant EØS-landene gjennom rettslig bindende konkurranseprosedyrer. Det legges derfor til grunn at norske myndigheter ikke vil kunne kreve gjenkjøp fra leverandører hjemmehørende i EØS-stater for anskaffelser som foretas under forskriften. Slike krav vil bryte med forskriftens grunnleggende bestemmelser om likebehandling og ikke-diskriminering av leverandører i EØS-området. På samme vis vil heller ikke andre lands myndigheter kunne kreve gjenkjøp for anskaffelser disse må foreta under sine tilsvarende rettsakter.

Implementeringen av direktivet i norsk rett vil lede til at inntektene fra gjenkjøpsavtaler vil bli redusert for norske forsvarsleverandører. Inntektstapet vil være avhengig av hvor stor andel av Forsvarets anskaffelser som i praksis vil bli omfattet av forskriften. På den annen side vil innlemmelse av direktivet i EØS-landene som nevnt gi konkurransedyktig norsk forsvars- og sikkerhetsindustri større eksport- og inntektsmuligheter i EØS-området enn tilfellet er i dag. De aggregerte økonomiske virkningene for norsk forsvars- og sikkerhetsindustri av gjennomføringen av direktivet i EØS-landene er derfor ikke mulig å forutsi i dag.

Klagenemnda for offentlige anskaffelser og domstolene vil måtte påregne økt sakstilfang. Det forventes ikke signifikante administrative endringer eller kostnader.