Rapport

UTREDNING FRA ARBEIDSGRUPPE NEDSATT AV FORSVARSDEPARTEMENTET

Ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

Forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i en urolig tid

2025

Innholdsfortegnelse

Del I Innledning 15
1 Bakgrunn og sammendrag 15
1.1 Bakgrunn 15
1.2 Oppsummering 15
1.3 English summary 17
2 Utvalgets arbeid 18
2.1 Oppnevning og sammensetning 18
2.2 Arbeidsgruppens mandat 19
2.3 Arbeidsgruppens forståelse av mandatet 22
2.4 Metodikk, vurderinger og forutsetninger 24
2.5 Utredningens oppbygning 25
2.6 Betydningen av Prop. 149 L (2024-2025) og Kommisjonens forslag til direktiv om endring av 2009/81 26
3 Overordnet om anskaffelsesutvalget og Prop. 147 L (2024-2025) 27
3.1 Innledning 27
3.2 NOU 2023:26 Ny lov om offentlige anskaffelser - delutredning 1 27
3.3 NOU: 2024:9 Ny lov om offentlige anskaffelser – delutredning 2 28
3.4 Prop. 147 L (2024-2025) Lov om endringer i anskaffelsesloven 29
4 Særlige forhold ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser 30
4.1 Innledning 30
4.2 Sikkerhetssituasjonen 31
4.3 Langtidsplanen for forsvaret 35
4.4 Totalforsvar og - beredskap 38
4.5 Utvikling i Europa og USA 39
4.6 Forsvarsanskaffelser 40
4.6.1 Oversikt over det globale forsvarsmarked 40
4.6.2 Særlige trekk ved det europeiske forsvarsmarked 41
4.6.3 Forsvarsanskaffelser i Norge 42
4.6.4 Innkjøpere i forsvarssektoren 43
4.6.5 Industrisamarbeid og forsvarsindustriell politikk 43
4.6.6 Sivilt militært samarbeid og strategiske avtaler i Norge 44
4.6.7 Den norske forsvarsindustrien 44
4.7 Sikkerhetsanskaffelser 46
4.7.1 Innledning 46
4.7.2 Sikkerhetsanskaffelser i Norge 47

4.8 Tidstyver og forsinkelser i anskaffelses- og investeringsprosjekter 47
5 Gjeldende rett 51
5.1 EØS-avtalen 51
5.1.1 EØS-avtalens hoveddel 51
5.1.2 Vedtakelsen av direktiv 2009/81/EF 51
5.1.3 Etterfølgende utvikling av regelverk – 2014-direktivene 52
5.1.4 Forslag til endringer i forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektiv i 2025 53
5.1.5 Hvordan forholde seg til direktivenes ulike struktur 54
5.2 Nasjonal gjennomføring og nasjonalt regelverk 56
5.2.1 Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser 56
5.2.2 Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren - ARF 59
5.2.3 Sikkerhetsloven 59
5.2.4 Forholdet mellom FOSA og sikkerhetsloven 61
5.2.5 Beskyttelsesinstruksen 62
5.2.6 Eksportkontroll 63
6 Regelverket i andre nordiske land 65
6.1 Regelverket i Finland 65
6.2 Regelverket i Danmark 67
6.3 Regelverket i Sverige 69
7 Internasjonale forpliktelser og samarbeid 71
7.1 Innledning 71
7.2 EUs felles utenriks- og sikkerhetspolitikk og forsvarssatsning og samarbeid 71
7.2.1 European Defence Agency - EDA 73
7.2.2 European Defense Industry Reinforcement through common Procurement Act - EDIRPA 74
7.2.3 Act in Support of Ammunition Production - ASAP 75
7.2.4 European Defence Industry Programme - EDIP 75
7.2.5 European Defense Fund - EDF 75
7.2.6 Permanent Structured Cooperation - PESCO 76
7.2.7 Forslag til nye regler om felles innkjøp 77
7.3 NATO 77
7.3.1 Bakgrunn 77
7.3.2 NATOS felles kapabilitetsplanlegging - NDPP 78
7.3.3 NATOs felles logistikk og anskaffelses organisasjon – NSPA 79
7.3.4 NATOS innovasjonssamarbeid – DIANA og NIF 80
7.3.5 NATOS satsninger på hurtig anskaffelse og adoptering - RAAP 80

7.4 Bi-lateral og nordisk samarbeid 82
7.4.1 USA og UK....82
7.4.2 Andre sentrale allierte....83
7.4.3 Nordisk samarbeid....84
7.5 Agreement on Government Procurement - GPA....85
Del II Regelverkets anvendelse....88
8 EØS-avtalens anvendelse....88
8.1 Innledning....88
8.2 Utgangspunkter etter fri bevegelighet....88
8.3 Overordnet om EØS-avtalen artikkel 123 og TEUV artikkel 346 og 347....90
8.3.1 Oversikt....90
8.3.2 TEUV artikkel 346 og 347....91
8.3.3 EØS artikkel 123....100
8.3.4 Gjennomføring....106
8.4 Sikkerhetsunntaket....107
8.4.1 Anvendelse av EU-retten på sikkerhetsområdet....107
8.4.2 TEUV artikkel 346 a....108
8.4.3 EØS artikkel 123 bokstav a....119
8.4.4 Gjennomføring....120
8.5 Våpenunntaket....121
8.5.1 Anvendelsen av EU-retten i militære saker....121
8.5.2 TEUV artikkel 346 b....123
8.5.3 EØS artikkel 123 bokstav b....142
8.5.4 Gjennomføring....145
8.6 Kriseunntaket....145
8.6.1 Anvendelse av EU-retten ved kriser....145
8.6.2 TEUV artikkel 347....146
8.6.3 EØS artikkel 123 bokstav c....150
8.6.4 Gjennomføring....151
9 Anvendelsen av direktiv 2009/81/EF....151
9.1 Innledning....151
9.2 Regler om anvendelse....152
9.2.1 Artikkel 1 – Pliktsubjekter....152
9.2.2 Artikkel 5 – Rettighetshavere....153
9.2.3 Artikkel 2 – Forsvarsanskaffelser....155

9.2.4 Artikkel 2 – Sikkerhetsanskaffelser 159
9.2.5 Ny kontrakt ved vesentlige endringer 165
9.2.6 Artikkel 3 - Blandede anskaffelser 170
9.2.7 Artikkel 8 - Terskelverdier 172
9.2.8 Artikkel 9 - Beregning av terskelverdi 173
9.3 Begrensninger i direktivets anvendelsesområde 175
9.3.1 Artikkel 2-forbeholdet 175
9.3.2 Artikkel 11 – Anvendelse av unntaksregler 176
9.3.3 Artikkel 12 – Kontrakter inngått i henhold til internasjonale regler 177
9.3.4 Artikkel 13 – Særlige unntaksregler 181
9.3.5 Utvidet egenregi, offentligrettslig samarbeid og kompetanseoverføring 192
Del III Materielle regler 195
10 Samfunnshensyn 195
10.1 Innledning 195
10.2 Klima og miljø 195
10.2.1 Bakgrunn 195
10.2.2 Dagens regelverk 196
10.3 Sosial bærekraft 201
10.3.1 Menneskerettigheter 201
10.3.2 Lønns- og arbeidsvilkår 202
10.3.3 Sosialt ansvar, etisk handel og etikk 203
10.4 Innovasjon 204
10.4.1 Innledning 204
10.4.2 Anskaffelsesutvalgets beskrivelse av innovasjon 205
10.4.3 Innovasjon i forsvarssektoren 206
10.4.4 Sentrale behov i innovasjonsanskaffelser i forsvarssektoren 208
10.4.5 Dagens regelverk 210
10.4.6 Arbeidsgruppen vurdering av innovasjon 212
11 Anskaffelser under EØS-terskelverdi 214
11.1 Innledning 214
11.2 Gjeldende rett 214
11.3 Grensekryssende interesse 215
11.3.1 Anskaffelsesutvalgets vurdering 215
11.3.2 Arbeidsgruppens vurdering 216
11.4 Avgrensning mot anskaffelser under 300 000 kroner 216

11.4.1 Anskaffelsesutvalgets vurdering og Prop. 147 L (2024-2025) 216
11.4.2 Arbeidsgruppens vurdering....216
11.5 Generelle prinsipper for anskaffelser under EØS-terskelverdi 216
11.5.1 Anskaffelsesutvalgets vurdering og Prop. 147 L 216
11.5.2 Arbeidsgruppens vurdering....217
11.6 Nærmere om vare- og tjenesteanskaffelser samt bygge- og anleggsanskaffelser 217
11.6.1 Anskaffelsesutvalgets vurdering....217
11.6.2 Arbeidsgruppens vurdering....218
12 Direktiv 2009/81/EF....218
12.1 Innledning....218
12.2 Artikkel 1 – Definisjoner 219
12.2.1 Direktivet....219
12.2.2 Gjennomføring 220
12.2.3 Arbeidsgruppens vurdering....220
12.3 Artikkel 4 – Prinsipper for inngåelse av kontrakter 221
12.3.1 Direktivet....221
12.3.2 Gjennomføring 224
12.3.3 Arbeidsgruppens vurdering....225
12.4 Artikkel 6 – Fortrolighet 225
12.4.1 Direktivet....225
12.4.2 Gjennomføring 228
12.4.3 Arbeidsgruppens vurdering....228
12.5 Artikkel 7 – Beskyttelse av klassifiserte opplysninger....228
12.5.1 Direktivet....228
12.5.2 Gjennomføring 229
12.5.3 Arbeidsgruppens vurdering....230
12.6 Artikkel 10 – Kontrakter og rammeavtaler som tildeles av innkjøpssentraler....230
12.6.1 Direktivet....230
12.6.2 Gjennomføring 231
12.6.3 Arbeidsgruppens vurdering....231
12.7 Artikkel 14 – Reserverte kontrakter....231
12.7.1 Direktivet....231
12.7.2 Gjennomføring 231
12.7.3 Arbeidsgruppens vurdering....231
12.8 Artikkel 15 – Tjenestekontrakter oppført i vedlegg 1 232

12.8.1 Direktivet 232
12.8.2 Gjennomføring 232
12.8.3 Arbeidsgruppens vurdering....232
12.9 Artikkel 16 – Tjenestekontrakter oppført i vedlegg II 232
12.9.1 Direktivet 232
12.9.2 Gjennomføring 233
12.9.3 Arbeidsgruppens vurdering....233
12.10 Artikkel 17 – Blandede kontrakter som omfatter tjenester oppført i vedlegg I og II. 233
12.10.1 Direktivet 233
12.10.2 Gjennomføring 234
12.10.3 Arbeidsgruppens vurdering....234
12.11 Artikkel 18 – Kravspesifikasjoner 234
12.11.1 Direktivet 234
12.11.2 Gjennomføring 238
12.11.3 Arbeidsgruppens vurdering....238
12.12 Artikkel 19 – Alternative tilbud....239
12.12.1 Direktivet 239
12.12.2 Gjennomføring 240
12.12.3 Arbeidsgruppens vurdering....240
12.13 Artikkel 20 – Vilkår for gjennomføring av kontrakter 241
12.13.1 Direktivet 241
12.13.2 Gjennomføring 245
12.13.3 Arbeidsgruppens vurdering....245
12.14 Artikkel 21– Underleverandører 245
12.14.1 Direktivet 245
12.14.2 Gjennomføring 250
12.14.3 Arbeidsgruppens vurderinger 250
12.15 Artikkel 22 – Informasjonssikkerhet 251
12.15.1 Direktivet 251
12.15.2 Gjennomføring 254
12.15.3 Arbeidsgruppens vurdering....255
12.16 Artikkel 23 – Forsyningssikkerhet 255
12.16.1 Direktivet 255
12.16.2 Gjennomføring 259
12.16.3 Arbeidsgruppens vurdering....259

12.17 Artikkel 24 – Forpliktelser i forbindelse med beskatning, miljøvern, arbeidsvernbestemmelser og arbeidsvilkår 260
12.17.1 Direktivet 260
12.17.2 Gjennomføring 260
12.17.3 Arbeidsgruppens vurdering....261
12.18 Artikkel 25 – Tillatte anskaffelsesprosedyrer 261
12.18.1 Direktivet 261
12.18.2 Gjennomføring 263
12.18.3 Arbeidsgruppens vurdering....264
12.19 Artikkel 25 – Begrenset anbudskonkurranse 264
12.19.1 Direktivet 264
12.19.2 Gjennomføring 265
12.19.3 Arbeidsgruppens vurdering....266
12.20 Artikkel 26 – Konkurranse med forhandling 266
12.20.1 Direktivet 266
12.20.2 Gjennomføring 271
12.20.3 Arbeidsgruppens vurdering....272
12.21 Artikkel 27 – Konkurransepreget dialog 273
12.21.1 Direktivet 273
12.21.2 Gjennomføring 279
12.21.3 Arbeidsgruppens vurdering....280
12.22 Artikkel 28 – Forhandling uten forutgående kunngjøring 280
12.22.1 Direktivet 280
12.22.2 Gjennomføring 288
12.22.3 Arbeidsgruppens vurdering....288
12.23 Artikkel 29 – Rammeavtale 289
12.23.1 Direktivet 289
12.23.2 Gjennomføring. 291
12.23.3 Arbeidsgruppens vurdering....291
12.24 Artikkel 30 Kunngjøringer....292
12.24.1 Direktivet 292
12.24.2 Gjennomføring 294
12.24.3 Arbeidsgruppens vurdering....295
12.25 Artikkel 31 Frivillig kunngjøring 296
12.25.1 Direktivet 296

12.25.2 Gjennomføring 296
12.25.3 Arbeidsgruppens vurdering....296
12.26 Artikkel 32 – Utforming av og form på offentliggjøring av kunngjøringer....296
12.26.1 Direktivet....296
12.26.2 Gjennomføring 298
12.26.3 Arbeidsgruppens vurdering....298
12.27 Artikkel 33 – Fastsettelse av frister....298
12.27.1 Direktivet....298
12.27.2 Gjennomføring 300
12.27.3 Arbeidsgruppens vurdering....300
12.28 Artikkel 34 – Oppfordring til å gi tilbud 301
12.28.1 Direktivet....301
12.28.2 Gjennomføring 302
12.28.3 Arbeidsgruppens vurdering....302
12.29 Artikkel 35 – Meddelelse til leverandører....302
12.29.1 Direktivet....302
12.29.2 Gjennomføring 304
12.29.3 Arbeidsgruppens vurdering....304
12.30 Artikkel 36 – Kommunikasjon....305
12.30.1 Direktivet....305
12.30.2 Gjennomføring 307
12.30.3 Arbeidsgruppens vurdering....307
12.31 Artikkel 37 – Protokoll og dokumentering 307
12.31.1 Direktivet....307
12.31.2 Gjennomføring 310
12.31.3 Arbeidsgruppens vurdering....311
12.32 Artikkel 38 - Egnethetsundersøkelse, utvelgelse av leverandører og tildeling av kontrakt....311
12.32.1 Direktivet....311
12.32.2 Gjennomføring 319
12.32.3 Arbeidsgruppens vurdering....319
12.33 Artikkel 39 - Utelukkelse på grunn av leverandørens personlige forhold 320
12.33.1 Direktivet....320
12.33.2 Gjennomføring 336
12.33.3 Arbeidsgruppens vurdering....336

12.34 Artikkel 40 - Egnethet til å utøve yrkesvirksomhet 339
12.34.1 Direktivet 339
12.34.2 Gjennomføring 342
12.34.3 Arbeidsgruppens vurdering 342
12.35 Artikkel 41 - Økonomisk og finansiell evne 342
12.35.1 Direktivet 342
12.35.2 Gjennomføring 347
12.35.3 Arbeidsgruppens vurdering 347
12.36 Artikkel 42 – Teknisk og/eller faglig evne 348
12.36.1 Direktivet 348
12.36.2 Gjennomføring 357
12.36.3 Arbeidsgruppens vurderinger 358
12.37 Artikkel 43 – Standarder for kvalitetsstyringssystemer 359
12.37.1 Direktivet 359
12.37.2 Gjennomføring 359
12.37.3 Arbeidsgruppens vurderinger 359
12.38 Artikkel 44 – Miljøstyringsstandarder 359
12.38.1 Direktivet 359
12.38.2 Gjennomføring 360
12.38.3 Arbeidsgruppens vurderinger 360
12.39 Artikkel 45 – Tilleggsdokumentasjon og tilleggsopplysninger 361
12.39.1 Direktivet 361
12.39.2 Gjennomføring 365
12.39.3 Arbeidsgruppens vurdering 365
12.40 Artikkel 46 – Offisielle lister over godkjente markedsdeltakere samt sertifisering utført av offentligrettslig eller privatrettslige organer 365
12.40.1 Direktivet 365
12.40.2 Gjennomføring 366
12.40.3 Arbeidsgruppens vurdering 366
12.41 Artikkel 47 – Kriterier for kontraktstildeling 367
12.41.1 Direktivet 367
12.41.2 Gjennomføring 368
12.41.3 Arbeidsgruppens vurdering 368
12.42 Artikkel 48 – Bruk av elektroniske auksjoner 369
12.42.1 Direktivet 369

12.42.2 Gjennomføring 369
12.42.3 Arbeidsgruppens vurdering....369
12.43 Artikkel 49 – Unormalt lave tilbud 370
12.43.1 Direktivet....370
12.43.2 Gjennomføring 371
12.43.3 Arbeidsgruppens vurdering....371
Del IV Håndheving....373
13 Innledning 373
14 Dagens håndhevingssystem – forsvars- og sikkerhetssektoren....374
14.1 Dagens norske håndhevingsregime 374
14.2 EØS-rettslige krav til håndhevingssystemet 375
14.3 Håndhevingssystemet i øvrige nordiske land - forsvars- og sikkerhetssektoren....375
14.3.1 Innledning 375
14.3.2 Svensk rett....375
14.3.3 Dansk rett....376
14.3.4 Finsk rett 377
14.4 Anskaffelsesutvalgets forslag til endringer i håndhevingssystemet for klassisk sektor, forsyningssektor og konsesjonskontrakter....377
14.4.1 Nærmere om anskaffelsesutvalgets hovedgrep....377
14.4.2 Arbeidsgruppens vurdering av om anskaffelsesutvalgets forslag til håndheving skal foreslås på forsvars- og sikkerhetsområdet 378
14.4.3 Kort om anskaffelsesutvalgets forslag til håndhevingsregler ved anskaffelser under EØS-terskelverdi....379
14.5 Arbeidsgruppens vurdering....379
15 Håndhevingsregimet i Direktiv 2009/81/EF....380
15.1 Artikkel 55 – klagegjenstand og klageinteresse....380
15.1.1 Direktivet....380
15.1.2 Gjennomføring 382
15.1.3 Arbeidsgruppens vurdering....382
15.2 Artikkel 56 – krav til klagebehandlingen, midlertidige avgjørelse mv. 383
15.2.1 Direktivet....383
15.2.2 Gjennomføring 385
15.2.3 Arbeidsgruppens vurdering....385
15.3 Artikkel 57 og 58 - Karensperiode....386
15.3.1 Direktivet....386
15.3.2 Gjennomføring 387

15.3.3 Arbeidsgruppens vurdering 387
15.4 Artikkel 59 – frister for søknad om klagebehandling 387
15.4.1 Direktivet 387
15.4.2 Gjennomføring 388
15.4.3 Arbeidsgruppens vurdering 388
15.5 Artikkel 60 – uten virkning 389
15.5.1 Direktivet 389
15.5.2 Gjennomføring 392
15.5.3 Arbeidsgruppens vurdering 392
15.6 Artikkel 61 – alternative sanksjoner 392
15.6.1 Direktivet 392
15.6.2 Gjennomføring 393
15.6.3 Arbeidsgruppens vurdering 393
15.7 Erstatning 393
15.7.1 Direktivet og EØS-retten 393
15.7.2 Gjennomføring 394
15.7.3 Arbeidsgruppens vurdering 395
16 Oppsigelse av kontrakt 396
17 Avlysning 397
17.1 Innledning 397
17.2 Forsvars- og sikkerhetsdirektivet 397
17.2.1 Avlysningsrett 397
17.2.2 Avlysningsplikt 398
17.2.3 Håndhevelse 398
17.3 Gjennomføring 399
17.3.1 Avlysningsrett 399
17.3.2 Avlysningsplikt 399
17.4 Arbeidsgruppens vurdering 399
17.4.1 Anskaffelser over EØS-terskelverdi 399
17.4.2 Anskaffelser under EØS-terskelverdi 401
Del V Avsluttende del 402
18 Økonomiske og administrative konsekvenser 402
18.1 Innledning 402
18.2 Statistikk om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser 402
18.3 Berørte brukere av Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser 404

18.4 Transaksjonskostnader 406
18.5 Håndheving 408
18.6 Konsekvensvurdering av arbeidsgruppens forslag til endringer 408
18.6.1 Endring fra eksisterende forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. 409
18.6.2 Endringer knyttet til samfunnshensyn 410
18.6.3 Endringer knyttet til håndhevingsreglene 410
19 Utkast til lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser 410
20 Lovspeil 526
Referanseliste 541

Til Forsvarsdepartementet

Den 29. april 2024 ga regjeringen sin tilslutning til at Forsvarsdepartementet kunne iverksette en ekstern utredning av et forslag til en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Den eksterne arbeidsgruppen ble deretter opprettet av Forsvarsdepartementet 1. oktober 2024. Arbeidsgruppen gir med denne rapporten sin utredning av forslag til en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i samsvar med mandatet.

Oslo 5. september 2025

Marianne Dragsten
Leder

Malin Arve | Alf Amund Gulsvik | Kjersti Holum Karlstrøm

Kirsti Mengshoel | Tor Martin Joramo Sikkeland

Simen Hammersvik (sekretariatsleder)

Are Thengs | Madelen Julie Aabø | Hans Christian Westlye

Del I Innledning

1 Bakgrunn og sammendrag

1.1 Bakgrunn

Den 29. april 2024 ga regjeringen sin tilslutning til at Forsvarsdepartementet kunne iverksette en ekstern utredning av et forslag til en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Bakgrunnen for tilslutningen var en anbefaling fra det regjeringsoppnevnte anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 Ny lov om offentlige anskaffelser. I utredningen anbefalte utvalget at Forsvarsdepartementet burde iverksette en utredning av hvordan forsvars- og sikkerhetsanskaffelser kunne reguleres i en ny lov. Som en oppfølgning av regjeringens tilslutning, besluttet Forsvarsdepartementet den 1. oktober 2024 å opprette en ekstern arbeidsgruppe bestående av medlemmer med juridisk og samfunnsøkonomisk dybdekompetanse innen forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Arbeidsgruppen er bedt om å fokusere utredningsarbeidet på fire konkrete problemstillinger. I henhold til mandatet skal arbeidsgruppen for det første foreslå en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser med forarbeider som er veiledende for brukerne av regelverket. For det andre skal arbeidsgruppen beskrive forholdet mellom ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser og sikkerhetsloven. For det tredje skal arbeidsgruppen sørge for at de særlige forhold som gjelder for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, blir ivaretatt i den nye forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesloven innenfor rammene av EØS-retten og WTO-retten. For det fjerde skal arbeidsgruppen hensynta den endrede sikkerhetspolitiske situasjonen i Europa og vurdere hvorvidt det er behov for ytterligere tilpasninger for at anskaffelser blant annet kan ta kortest mulig tid.

1.2 Oppsummering

Arbeidsgruppen foreslår med dette en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, som vil regulere anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet både over og under EØS-terskelverdier i EUs direktiv 2009/81/EF om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. I tråd med føringene i mandatet, har arbeidsgruppen utformet loven innenfor gjeldende EØS-regler, med grundige lovarbeider som beskriver EØS-rettens betydning, herunder også unntaksregler, for å gi oppdragsgivere veiledning omkring nasjonalt handlingsrom på forsvars- og sikkerhetsområdet.

Det opprinnelige anskaffelsesdirektivet er fra 2004 - 2004/18/EF. I 2014 vedtok EU nye anskaffelsesdirektiver, herunder direktiv 2014/24/EU for klassisk sektor, direktiv 2014/25/EU for forsyningsvirksomhet og direktiv 2014/23/EU for konsesjonskontrakter. EUs direktiv 2009/81/EF om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser ble ikke oppdatert på samme tid som de øvrige anskaffelsesdirektivene. Revisjonen av anskaffelsesdirektivene i 2014 har således medført at forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet i dag har en annen oppbygning og systematikk enn de øvrige anskaffelsesdirektivene. For arbeidsgruppen har dette medført en rekke utfordringer i arbeidet med utformingen av forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Arbeidsgruppens ambisjon har vært å utforme forslag til ny lov som moderniserer direktiv 2009/81/EF. I dette ligger at arbeidsgruppen blant annet har utformet enkelte lovbestemmelser basert på innholdet i direktiv 2014/24/EF, i den grad de aktuelle direktivbestemmelsene etter arbeidsgruppens vurdering er en presisering av gjeldende rett, blant annet i lys av EU-domstolens rettspraksis.

Arbeidsgruppen viser for øvrig til at EU-kommisjonen fremmet forslag til revisjon av enkelte deler av 2009/81/EU og 2009/43/EC 17. Juni 2025.[1]

Bakgrunnen for forslaget er den alvorlige sikkerhetspolitiske situasjonen Europa står overfor som har ført til raskere og smidigere anskaffelsesprosesser. Forslaget til revisjonen er et av flere initiativ til EU for å øke beredskapen og forsyningssikkerheten i Europa.[2]

Forslagene inkluderer å:

- Øke terskelverdiene for varer og tjenester til omtrent 10 millioner kroner.
- Innføre åpen anbudskonkurranse som en konkurranseform.
- Innføre dynamisk innkjøpsordning (DPS).
- Oppdatere reglene om innkjøpsordninger.
- Innføring av innovasjonspartnerskap.
- Utvide tidsrammen for lengden for rammeavtaler.
- Innføre regler om anskaffelser via myndigheter i andre land.
- Innføring av en ny bestemmelse om anskaffelse av et produkt etter gjennomført - innovasjonsløp.
- Innføre ny bestemmelse om unntak ved felles anskaffelse mellom minst tre medlemsland.
- Endre unntak for gjentakende kjøp.
- Regulere vesentlige endringer (som er mer forsvarstilpasset og mer fleksible enn i klassisk sektor og innenfor forsyning).

Forslaget fra EU-kommisjonen er ikke vedtatt i EU strukturen per nå, da det gjenstår både behandling i Rådet og Parlamentet. Så fremt forslaget blir godkjent vil det bli en etterfølgende prosess med innlemmelse i EØS-avtalen og deretter gjennomføring av aktuelle direktivendringer i norsk rett. I påvente av behandling i EU og EØS søylene, fokuserer arbeidsgruppen i det følgende på gjeldende rett.

Arbeidsgruppen foreslår at innslagspunktet for ny forsvars- og sikkerhetsanskaffelseslov er 300 000 kr, slik som forslaget til anskaffelsesutvalget i ny lov om offentlige anskaffelser. Anskaffelser under denne terskelen reguleres etter arbeidsgruppens syn i tilstrekkelig grad av generelle forvaltningsrettslige regler, supplert med de interne retningslinjer som den enkelte oppdragsgiver måtte finne formålstjenlig.

Arbeidsgruppen tar også til orde for endringer i lovens formålsbestemmelse, for å bringe den i overensstemmelse med de ulike formål som lovgiver klart har gitt uttrykk for at offentlige anskaffelser skal ivareta.

Et annet viktig grep for arbeidsgruppen har vært å samle og operasjonalisere reglene om samfunnshensyn. Gruppen foreslår at alle regler om samfunnshensyn samles i et eget kapittel 2 i lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Dette vil synliggjøre at det er samfunnshensyn som ligger til grunn for de ulike pliktene i kapittelet som pålegges oppdragsgiver og leverandører.

Når det gjelder klima- og miljøhensyn i forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, har arbeidsgruppen gjennom mandatet fått ulike vurderingstemaer, som skal svare på om det er behov for særlig lovregulering av forsvars- og sikkerhetsanskaffelser slik at anskaffelsene kan bidra til en grønn

[1] Europakommisjonen, Proposal for a directive of the European parliament and of the council, 17.6.2025.
[2] Europakommisjonen, Defence Readiness Omnibus, mars, 2025, https://defence-industry-space.ec.europa.eu/eu-defence-industry/defence-readiness-omnibus_en.

sirkulær økonomi. Arbeidsgruppen har kommet med forslag til tiltak for å realisere denne målsetningen, blant annet å synliggjøre bærekraft i lovens formål, samt krav til klima- og miljø både over og under EØS-terskelverdi.

For øvrig har arbeidsgruppen som et forenklingsgrep, samlet bestemmelser om sikkerhetsanskaffelser, informasjonssikkerhet og forsyningssikkerhet i ett kapittel. Tilsvarende gjelder bestemmelser om forskning og utvikling.

Arbeidsgruppen foreslår en ny gjennomføring av direktiv 2009/81/EF og foreslår at de direktivbaserte bestemmelsene i størst mulig grad samles i ny lov del III.

Arbeidsgruppen har lagt opp til en gjennomsiktig gjennomføring. Dette innebærer blant annet at arbeidsgruppen har synliggjort hvilke bestemmelser som er en gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser, herunder også synliggjort hvilket handlingsrom direktivet gir. For de bestemmelser dette gjelder, vil rettsanvender få et klart signal om at både nasjonale og EU-rettslige kilder er nødvendige for å tolke og klargjøre det nærmere innholdet av lovbestemmelsen.

Arbeidsgruppen har for øvrig søkt å oppdatere regelverket i henhold til senere utvikling i rettspraksis, og dette har medført endringer og/eller nyere lovbestemmelser. Der dette har medført endringer og/eller nyer lovbestemmelser, er dette synliggjort i utredningen og spesialmerknadene.

1.3 English summary

Following a government decision 29 April 2024, the Norwegian Ministry of Defence appointed an Exteral Working Group to review the legislation on defence and security procurement and to set forth a proposal for a new regulatory framework. In the mandate, the External Working Group was asked to base its work on the Government appointed Commission`s proposals for new procurement legislation in classical sector.

The mandate demanded the External Working Group to assess the need for strengthening national rules to reduce environmental impacts, assess the need for changes in the defense procurement legislation to further foster innovation, as well as clarifying the legal connection between the Norwegian Security Act and the new defense and security procurement legislation. In addition, the External Working Group was tasked to assess further changes in the proposed regulatory framework to facilitate faster defense procurement processes in light of the security challenges that Europe is facing. The External Working Group was asked to deliver its proposals in a report to be submitted within summer 2025.

The Working Group notes that the European Union sent a proposal regarding amening Directives 2009/43/EC and 2009/81/EC on 17 June 2025.[3] The proposal is linked to the Defence Readiness Omnibus, a comprehensive package aimed at establishing a defence-readiness mindset across the European Union.[4]

The proposal consists of several suggestions, such as rising of the thresholds, introducing the open procedure and dynamic purchasing system and innovation partnership procedure. The proposal also includes simplified procedure for procurement of results of competitive parallel research. Temporary

[3] Europakommisjonen, Proposal for a directive of the European parliament and of the council, 17.6.2025.

[4] Europakommisjonen, Defence Readiness Omnibus, mars, 2025, https://defence-industry-space.ec.europa.eu/eu-defence-industry/defence-readiness-omnibus_en.

derogation to enable negotiated procedure without prior publication for common procurements (also including off the shelf procurement) and extending the framework agreement period from 7 to 10 years.

Considering that the proposal is not approved by the EU Parliament yet, the focus on this paper is the current legal framework.

It this report, the External Working Group set forth changes to the defence and security procurement legislation by proposing a new Defence and Security Procurement Act that:

- Regulates public contracts both above and below the EU-thresholds,
- Places rules of a more technical character in an administrative regulation,
- Does not regulate public contracts below 300 000 Norwegian kroner,
- Implement the Defence and Security Procurement Directive (2009/81/EC) in a loyal and transparent matter,
- Utilise the flexibility in the directive,
- Includes updates from relevant case-law,
- Places rules regarding sustainable defence- and security procurement, security of information and security of supply, as well as innovation together in separate chapters.

2 Utvalgets arbeid

2.1 Oppnevning og sammensetning

En ekstern utredning i form av en ekstern arbeidsgruppe ble oppnevnt av Forsvarsdepartementet den 1. oktober 2024. I vurderingen av utredningsform, ble det lagt særskilt vekt på at rammene for utredningen av en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i det vesentlige allerede var satt i det regjeringsoppnevnte anskaffelsesutvalgets forslag til nye anskaffelseslover. Det gjenstående utredningsarbeidet ville i hovedsak bestå av hvilke justeringer som måtte gjøres for å ivareta de særlige forhold som gjelder for forsvars og sikkerhetsanskaffelser. En slik tilleggsutredning løses normalt ved en ekstern utredning, i stedet for at det etableres et nytt offentlig utvalg.

For å sikre kvaliteten på utredningsarbeidet, ble representanter fra akademia, næringslivet og offentlige oppdragsgivere med juridisk og samfunnsøkonomisk dybdekompetanse på forsvars- og sikkerhetsanskaffelser involvert i arbeidsgruppen.

Arbeidsgruppen har vært bistått av et sekretariat ledet av Simen Hammersvik, stipendiat ved det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo. Sekretariatets øvrige medlemmer har vært Are Thengs (Forsvarsdepartementet, juridisk avdeling), Madelen Julie Aabø (Forsvarsdepartementet, juridisk avdeling) og Hans Christian Wisted Westlye (Forsvarsdepartementet, avdeling for forsvarspolitikk og planlegging).

Arbeidsgruppens sammensetning:

Leder:

Marianne Dragsten, partner og advokat, Drøbak

Medlemmer:

Malin Arve, professor i økonomi ved Norges handelshøgskole, Bergen

Alf Amund Gulsvik, partner og advokat, Viken

Kjersti Holum Karlstrøm, partner og advokat, Tromsø

Kirsti Mengshoel, bedriftsadvokat og representant for leverandørsiden, Ringsaker

Tor Martin Joramo Sikkeland, jurist og representant for oppdragsgiversiden, Bergen

2.2 Arbeidsgruppens mandat

Arbeidsgruppen fikk ved oppnevning følgende mandat:

Innledning

I 2022 besluttet regjeringen å nedsette et offentlig utvalg med mandat til å gjennomgå regelverket for offentlig anskaffelser og foreslå endringer. Anskaffelsesutvalget leverte første delutredning i 2023, NOU 2023:26 Ny lov om offentlige anskaffelser, som inneholder forslag til ny anskaffelseslov. Anskaffelsesutvalget leverte våren 2024 annen delutredning, NOU 2024:9 Ny lov om offentlige anskaffelser.

I NOU 2023:26 anbefalte anskaffelsesutvalget en ny struktur for regelverket for offentlige anskaffelser, med fire hovedlover, og en tverrgående forskrift. Hver lov gjennomfører hvert sitt direktiv, hvilket medfører at det er behov for fire nye lover: lov om offentlige anskaffelser, lov om forsyningsanskaffelser, lov om konsesjonskontrakter og lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Anskaffelsesutvalget har fremmet forslag til lov om offentlige anskaffelser, lov om forsyningsanskaffelser og lov om konsesjonskontrakter. Utvalget fremmet imidlertid ikke forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Dette begrunnes i NOU 2023:26 med at utvalget har operert med strenge tidsrammer for sitt arbeid, kombinert med en omfattende arbeidsmengde. Anskaffelsesutvalget anbefalte at Forsvarsdepartementet fremmet forslag til ny lov om forvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Regjeringen stilte seg bak anskaffelsesutvalgets anbefaling i NOU 2023:26 om at det bør utarbeides en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Regjeringen ga dermed sin tilslutning til at Forsvarsdepartementet kunne igangsette arbeidet med å utrede et forslag til en ny lov i form av en ekstern utredning. For å sikre kvaliteten på utredningen, fikk Forsvarsdepartementet tilslutning til å involvere representanter fra både akademia, næringslivet og offentlige oppdragsgivere med juridisk og samfunnsøkonomisk dybdekompetansen på området for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Forsvarsdepartementet opprettet en egen ekstern arbeidsgruppe som skal utarbeide et lovforslag, i samsvar med mandatet. Arbeidsgruppen består av en leder, to representanter fra advokatbransjen, en representant fra forsvarsindustrien, en representant fra Forsvarsmateriell og en representant med

samfunnsøkonomisk bakgrunn. I tillegg er det opprettet et eksternt sekretariat bestående av en ekstern sekretariatsleder og representanter fra Forsvarsdepartementet.

Overordnet om bakgrunn

Dagens forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA) gjennomfører EUs direktiv 2009/81/EF i norsk rett. På tilsvarende måte som i de øvrige anskaffelsesforskriftene, består FOSA av en nasjonal del og en EØS-basert del. I den nasjonale delen, under EØS-terskelverdi, står norske myndigheter fritt til å bestemme innholdet i reglene, så lenge grunnleggende prinsipper overholdes. I den EØS-baserte delen, over EØS-terskelverdi, er Norge bundet av forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet. På generelt grunnlag er det viktig at en ny forsvars- og sikkerhetsanskaffelseslov blir utformet innenfor gjeldende EØS-regler, med grundige lovarbeider som beskriver EØS-rettens betydning, herunder også unntaksregler.

Direktiv 2009/81/EF omfatter ikke bare forsvarsanskaffelser, men også sikkerhetsanskaffelser. Sikkerhetsloven har egne bestemmelser om sikkerhetsgraderte anskaffelser. Det er viktig at forholdet mellom sikkerhetsloven og lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser klarlegges.

I tillegg er det viktig at utredningen vurderer forenklinger og tydeliggjøring av bestemmelser om blant annet klima og miljø. Det vil være sentralt å vurdere forenklinger både over og under EØS-terskelverdiene. Dessuten vil det være viktig å vurdere ytterligere endringer som følge av den nåværende sikkerhetspolitiske situasjonen i Europa.

Oppdrag

Oppdraget til den eksterne utredningen om forslag til ny forsvars- og sikkerhetsanskaffelseslov er firedelt:

- utredningen skal lage et forslag til ny lov om forsvars og sikkerhetsanskaffelser.
- utredingen skal vurdere hvordan en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser skal samvirke med sikkerhetslovens bestemmelser om sikkerhetsgraderte anskaffelser og bidra til forenkling for offentlige myndigheter og leverandører.
- utredningen skal sørge for at de særlige forhold som gjelder for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser ivaretas innenfor rammene av EØS-retten og WTO-retten.
- utredningen skal vurdere behovet for ytterligere tilpasninger i ny forsvars- og sikkerhetsanskaffelseslov som følge av den nåværende sikkerhetspolitiske situasjonen i Europa.

Utredningen skal ta utgangspunkt i anskaffelsesutvalgets forslag til ny lov om offentlige anskaffelser

Utredningen skal se hen til arbeidet som allerede er gjort av anskaffelsesutvalget, herunder utvalgets forslag til ny lov om offentlige anskaffelser. Utredningen skal ta utgangspunkt i følgende temaer:

- Forslag til en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.
- Forslag til lovforarbeider som er veiledende for brukerne av forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesloven, hvor det blant annet gjøres klart om bestemmelser er basert på

EØS-rett eller ikke, og på denne måten også klargjøre hvor det finnes et nasjonalt handlingsrom.

- Vurdering av behovet for særskilt regulering på forsvars- og sikkerhetsanskaffelsområdet innenfor klima- og miljøhensyn og sosial bærekraft.
- Oversikt over regelverksutviklingen i EU innenfor forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, for å vurdere hvordan dette påvirker norsk rett.
- Hvordan det offentlige kan fremme innovasjon ved gjennomføring av forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.
- Endringer for å gjøre lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser enklest mulig for brukerne, særlig materielle forenklinger i den nasjonale delen av regelverket og strukturelle forenklinger i den EØS-baserte delen av regelverket.
- Oppdatering og klargjøring i regelverket som følge av rettspraksis.
- Vurdering av hvordan forslag til endringer i størst mulig grad kan oppnå formålet om effektiv bruk av samfunnets ressurser. Utredningen skal anslå nytten og kostnadene ved forenklingene som foreslås.

Samvirke med sikkerhetsloven

Utredningen skal vurdere hvordan en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser skal samvirke med sikkerhetslovens bestemmelser om sikkerhetsgraderte anskaffelser og bidra til forenkling for offentlige myndigheter og leverandører. Ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser vil inneholde grunnleggende prinsipper og krav til prosedyrer som skal følges ved gjennomføringer av anskaffelser som omfattes av lovens virkeområde. I tillegg stiller sikkerhetsloven med tilhørende forskrifter særlige krav til hvordan oppdragsgivere og leverandører må ta stilling til sikkerhet i en anskaffelsesprosess. Utredningen skal beskrive sammenhengen mellom disse regelverkene.

Særlige forhold på forsvars- og sikkerhetsområdet

Selv om utredningen som et utgangspunkt skal se hen til anskaffelsesutvalgets forslag til ny anskaffelseslov, jf. punkt 1, skal utredningen samtidig sørge for at de særlige forhold som gjelder for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser blir ivaretatt i den nye forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesloven innenfor rammene av EØS-retten og WTO-retten. Utredningen skal blant annet identifisere bestemmelser i direktiv 2009/81/EF som ikke følger tilsvarende eller har en annen utforming sammenlignet med de øvrige anskaffelsesdirektivene, og som krever særskilt tilpasning i lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Den sikkerhetspolitiske situasjonen

I tillegg skal utredningen hensynta den endrede sikkerhetspolitiske situasjonen i Europa og vurdere hvorvidt det er behov for ytterligere tilpasninger av regelverket innenfor rammen av direktiv 2009/81/EF. Den sikkerhetspolitiske situasjonen har bl.a. medført at det er behov for at anskaffelsesprosessene i forsvarssektoren tar kortere tid, fra et behov oppstår til materiellet eller

tjenesten er levert. Videre har angrepskrigen mot Ukraina vist at Forsvaret må stille strengere krav til forsyningssikkerhet og beredskap. I innstilling til langtidsplan for forsvarssektoren (Innst. 426 S (2023-2024) forutsetter Stortinget at praktiseringen av anskaffelsesregelverket og gjennomføringen av investeringene tilpasses for å sikre at investeringer og anskaffelser kan gjennomføres så raskt det lar seg gjøre. Komiteen forventer at regjeringen, på lik linje med nærstående EU-land, utnytter handlingsrommet i EØS-avtalen fullt ut for å ivareta nasjonale sikkerhetsinteresser.

Utredningen må derfor vurdere om det kan gjøres ytterligere tilpasninger i lovutkastet for at anskaffelser skal ta kortest mulig tid. I tillegg må det vurderes hvordan det kan gjøres øvrige tilpasninger for å ivareta strenge krav til forsyningssikkerhet og beredskap. Samtidig må lovverket kunne stå seg over en lengre periode og gjennom endringer i den sikkerhetspolitiske situasjonen, både til det bedre og verre. Utredningen skal dessuten bygge på kravene i statens prosjektmodell.

Øvrige forhold

Arbeidsgruppen skal se hen til rettsutviklingen i EØS og reguleringen i de andre nordiske landene. Utredningen skal bygge på Utredningsinstruksen. Justis- og beredskapsdepartementets veileder Lovteknikk og lovforberedelse skal benyttes. Arbeidsgruppens utkast til ny lov og veiledende forarbeider skal være klare til å sendes på offentlig høring.

Oppstartsmøte

Det avholdes et oppstartmøte mellom arbeidsgruppeleder og departementet. I tillegg skal arbeidsgruppeleder og departementet avholde minst ett statusmøte i løpet av arbeidsgruppens arbeid. Ved tvil om innholdet i mandatet skal arbeidsgruppeleder ta kontakt med departementet. Departementet kan foreta nødvendige avklaringer av og justeringer i mandatet.

Tidsplan

Arbeidsgruppens leveranse skal legges frem innen sommer 2025. Rapporten vil være offentlig.

2.3 Arbeidsgruppens forståelse av mandatet

Mandatet inneholder fire konkrete oppdrag til arbeidsgruppen. Arbeidsgruppens forståelse av oppdragene gjennomgås nedenfor punkt for punkt.

I. Utredningen skal lage et forslag til ny lov om forsvars og sikkerhetsanskaffelser

Arbeidsgruppen understreker at arbeidet med å lage forslag til en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er svært omfattende. Det vises blant annet til at EU per nå ikke har foretatt en revisjon av direktiv 2009/81/EU, slik som med anskaffelsesdirektivene i klassisk sektor, herunder direktiv 2014/24/EU om kontrakter i klassisk sektor, direktiv 2014/25/EU for forsyningsvirksomhet og direktiv 2014/23/EU for konsesjonskontrakter. Ideelt sett burde samtlige direktiver i begge sektorer hatt mest mulig lik utforming, og tilsvarende også de nasjonale regelverkene, av hensyn til brukervennlighet. Dagens utgangspunkt er imidlertid at direktiv 2009/81/EF har en annen oppbygning og systematikk enn de øvrige anskaffelsesdirektivene. Som vist til under punkt 1.3 har EU-

kommisjonen nylig fremmet forslag til endringer i direktiv 2009/81/EF. I påvente av behandling av regelverksforslagene i EU- og EØS-søylene, har arbeidsgruppen fokusert på gjeldende rett i tråd med mandatet.

For lovarbeidets del innebærer dette at det primært foreligger to hovedalternativer: enten å utforme forslag til en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser ved en direktivnær gjennomføring av direktiv 2009/81/EF, eller i stedet ta utgangspunkt i anskaffelsesutvalgets forslag til direktivnære gjennomføringer av anskaffelsesdirektivene fra 2014, med nødvendige tilpasninger og justeringer for å ta høyde for de særlige bestemmelser som gjelder i direktiv 2009/81/EF. Arbeidsgruppens forståelse av mandatet er at det er opp til arbeidsgruppen selv å anbefale innretning og struktur på regelverk, så lenge den anbefalte løsning er i samsvar med våre EØS-rettslige forpliktelser, og at arbeidsgruppen for øvrig fortløpende ser hen til anskaffelsesutvalgets arbeid i tråd med mandatets føringer.

Av pedagogiske hensyn og særlig av hensyn til god brukervennlighet, har arbeidsgruppen besluttet å utforme loven med utgangspunkt i anskaffelsesutvalgets forslag, slik at lovstrukturen for samtlige fire anskaffelseslover blir mest mulig lik. Arbeidsgruppen har satt av mye tid til å drøfte konkrete spørsmål knyttet til lovens formål, grunnleggende prinsipper, klima og miljø og sosial bærekraft, i tillegg til å vurdere hvordan loven kan bidra til å fremme innovasjon i forsvars- og sikkerhetssektoren.

Fokuset til arbeidsgruppen har dessuten vært å foreslå endringer og grep for å gjøre loven enklest mulig for brukerne, særlig materielle forenklinger i den nasjonale delen av regelverket og strukturelle forenklinger i den EØS-baserte delen av regelverket.

II. Utredingen skal vurdere hvordan en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser skal samvirke med sikkerhetslovens bestemmelser om sikkerhetsgraderte anskaffelser og bidra til forenkling for offentlige myndigheter og leverandører

Arbeidsgruppen legger til grunn at det ligger utenfor mandatet å foreslå materielle endringer i sikkerhetsloven. Lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser omfatter anskaffelser til sikkerhetsformål som inneholder eller krever tilgang til gradert informasjon, herunder sikkerhetsgraderte anskaffelser etter sikkerhetsloven som gjennomføres både i militær og sivil sektor. Arbeidsgruppens oppfatning er at det er et stort veiledningsbehov i begge sektorene om hvordan sammenhengen mellom anskaffelsesregelverket og sikkerhetsloven skal forstås, og at dette er bakgrunnen for det konkrete oppdraget i mandatet. Forslag til lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser inneholder derfor et eget kapittel om lovens informasjonssikkerhetsbestemmelser. Det er i tillegg inntatt ytterligere veiledning i rapportens kapittel 9 for å besvare de konkrete innspill arbeidsgruppen har mottatt fra oppdragsgivere i forsvarssektoren og i sikkerhetssektoren.

III. Utredningen skal sørge for at de særlige forhold som gjelder for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser ivaretas innenfor rammene av EØS-retten og WTO-retten

Arbeidsgruppen har satt av nødvendig tid til å identifisere de særlige bestemmelser som gjelder i direktiv 2009/81/EU og som skal inntas i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Dette gjelder i all hovedsak direktivbestemmelser om informasjonssikkerhet og forsyningssikkerhet, enkelte direktivspesifikke unntak, eksempelvis stat-til-stat-unntaket, rammeavtalers varighet og adgangen til å gjennomføre konkurranse med forhandling som hovedregel. I tillegg har arbeidsgruppen sett hen til WTO-retten og koordinert arbeidet med Utenriksdepartementet, jf. rapportens punkt 7.5.

IV. Utredningen skal vurdere behovet for ytterligere tilpasninger i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser som følge av den nåværende sikkerhetspolitiske situasjonen i Europa

For arbeidsgruppen er dette en helt sentral problemstilling. Det er derfor satt av mye tid til å drøfte hvordan loven kan bidra til å effektivisere anskaffelsesprosessene i forsvars- og sikkerhetssektoren. Arbeidsgruppen har hatt fokus på at loven både skal kunne stå seg i lys av den nåværende sikkerhetssituasjonen og for det tilfellet at det blir fred i Europa.

Den nåværende sikkerhetspolitiske situasjonen reiser en rekke utfordringer for oppdragsgivere i forsvars- og sikkerhetssektoren, noe som uttrykkelig fremgår av mandatet. Det haster å anskaffe forsvarsmateriell i lys av de forhold beskrevet i rapportens punkt 4.2. Arbeidsgruppens konklusjon er, som det fremgår i rapportens punkt 4.8, at anskaffelsesregelverket ikke er til hinder for at forsvars- og sikkerhetsanskaffelser kan gjøres raskere. Arbeidsgruppen har identifisert andre "tidstyver" som etter arbeidsgruppens vurdering gjør at forsvars- og sikkerhetsanskaffelser ofte tar lang tid. Slike tidstyver er i hovedsak krav og føringer fra interne statlige instrukser og regelverk. Det er imidlertid utenfor mandatet at arbeidsgruppen skal foreslå endringer i interne statlige instrukser mv, samt foreslå nye måter å organisere statlige anskaffelsesvirksomhet på. Arbeidsgruppen har tatt høyde for statens prosjektmodell i arbeidet med loven, slik det legges opp til i mandatet.

En gjennomgående problemstilling er anvendelse av EØS-avtalen artikkel 123. Ettersom den sikkerhetspolitiske situasjonen har vist at Forsvaret må stille strengere krav til forsyningssikkerhet og beredskap, foreligger det et klart behov for veiledning omkring hvilke forsyningssikker- og informasjonssikkerhetskrav som lovlig kan stilles etter anskaffelsesregelverket og hvilke krav som innebærer at det er nødvendig å fravike anskaffelsesreglene etter EØS-avtalen artikkel 123. En stor del av rapporten er således viet til å beskrive anskaffelsesregelverkets virkeområde, jf. kapittel 9, og EØS-avtalen artikkel 123, jf, kapittel 8, for å gi oppdragsgivere god veiledning.

2.4 Metodikk, vurderinger og forutsetninger

Møter og arbeidsform

Arbeidsgruppen gjennomførte sitt første møte 10-11 oktober 2024. Til sammen har arbeidsgruppen hatt 10 møtesamlinger i perioden oktober 2024 til juni 2025. En av møtesamlingene fant sted i Bergen, hvor deler av møtet ble lagt til Haakonsvern hvor arbeidsgruppen fikk møte Sjøforsvaret.

Under møtesamlingene har NHO ved Forsvars- og sikkerhetsindustriens forening (FSI), Kongsberggruppen, Forsvarsmateriell, Forsvarsbygg og Forsvarets forskningsinstitutt (FFI) holdt presentasjoner for arbeidsgruppen med særskilt fokus på forsvarsanskaffelser.

Fra den sivile sikkerhetssektoren har Nasjonal sikkerhetsmyndighet (NSM), Narvik havn, Oslo kommune, Politiet, PST og Statsbygg bidratt med presentasjoner om sikkerhetsmessige forhold knyttet til gjennomføring av anskaffelser.

I tillegg har interne avdelinger i Forsvarsdepartementet redegjort for den sikkerhetspolitiske situasjonen i Europa, Forsvarets langtidsplan (LTP), ulike initiativer i EU innen forsvars- og sikkerhetssamarbeid, samt nasjonalt forsvarsindustrielt samarbeid. Formålet med presentasjonene har vært å etablere en felles kunnskapsplattform blant arbeidsgruppens medlemmer for å sikre kvaliteten på arbeidet med den nye loven om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Arbeidsgruppen har underveis innhentet to eksterne vurderinger for bruk i sitt utredningsarbeid:

1. Advokatfirmaet Schjødt - rapport om dansk, svensk og finsk rett innen forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

2. Kristian Strømsnes - Handlingsrommet etter EØS-avtalen artikkel 123

Arbeidsgruppen har for øvrig sett hen til en tidligere ekstern juridisk vurdering av 29 mars 2023 foretatt av advokatfirmaet Haavind på oppdrag fra Forsvarsdepartementet. Vurderingen består av en analyse av materielle likheter og ulikheter mellom bestemmelsene i forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet og bestemmelsene i det klassiske innkjøpsdirektivet fra 2014 og 2004.

1. Advokatfirmaet Haavind - Analyse av materielle likheter og ulikheter mellom forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet og det klassiske innkjøpsdirektivet fra 2014.

I tillegg har arbeidsgruppen via Forsvarsdepartementet innhentet ulike interne vurderinger og statistikk fra andre departementer og underliggende etater.

Informasjon innhentet fra andre departementer og underliggende etater

1. Statistikk fra Nasjonal sikkerhetsmyndighet og etatene i forsvarssektoren over antall anskaffelser gjennomført i henhold til FOSA og på unntaksområdet.

Forsvarsdepartementet har på vegne av arbeidsgruppen konsultert berørte departementer fortløpende i prosessen, herunder særlig Nærings- og fiskeridepartementet om overlappende anskaffelsesrettslige spørsmål mellom anskaffelsesreglene i forsvarssektor og klassisk sektor. I tillegg er Justis- og beredskapsdepartementet involvert for å koordinere relevante spørsmål om forholdet mellom lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser og sikkerhetsloven. Utenriksdepartementet er dessuten konsultert for å drøfte spørsmålet om forholdet til WTO-retten. For øvrig har arbeidsgruppen sett hen til kravene i statens prosjektmodell.

2.5 Utredningens oppbygning

Arbeidsgruppen har delt utredningen i fem deler, og for øvrig vises det til innholdsfortegnelsen for en mer detaljert oversikt over innholdet i utredningen.

Del I – Innledning

Del II – Regelverkets anvendelse

Del III – Materielle regler

Del IV– Håndhevelse

Del V – Avsluttende del.

2.6 Betydningen av Prop. 149 L (2024-2025) og Kommisjonens forslag til direktiv om endring av 2009/81

Regjeringen fremmet 15. mai 2025 Prop. 147 L (2024-20025) om lov om endringer i anskaffelsesloven. Regjeringen informerer der om at man ikke vil innføre forslagene fra anskaffelsesutvalget, men bare gjøre enkelte mindre endringer i dagens Lov om offentlige anskaffelser og gjøre noen endringer i dagens forskrift om offentlige anskaffelser, forsyningsforskriften og forskrift om konsesjonskontrakter. Begrunnelsen er at det er et pågående arbeid i EU med nytt anskaffelsesregelverk, og det er ikke hensiktsmessig å vedta et nytt anskaffelsesregelverk i Norge som snart må skiftes ut.

Kommisjonen fremmet 17. juni 2025 forslag til endringsdirektiv for 2009/81/EF. Endringene innebærer at 2009/81/EF blir bragt opp til 2014/24/EU og det blir innført en større fleksibilitet på en rekke områder. Kommisjonen har arbeidet svært raskt og oppfordrer Rådet og Parlamentet til å behandle forslaget like raskt. Arbeidsgruppen antar, gitt gjeldende sikkerhetspolitiske situasjon, at forslaget vil bli raskt vedtatt. Det må derfor også forventes at det innen relativ kort tid, vil være aktuelt å innføre et nytt regelverk for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser basert på de endringene som vil komme i direktiv 2009/81/EF. Gitt tiden arbeidsgruppen har hatt til rådighet etter at kommisjonens forslag ble vedtatt, har arbeidsgruppen ikke hatt mulighet til å sette seg godt inn i hvilke konsekvenser forslaget vil kunne ha for den lovteksten som er foreslått av arbeidsgruppen. Arbeidsgruppen mener derfor at det vil være behov for en tilleggsutredning for å sikre et nytt regelverk for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser som også tar opp i seg den ytterligere fleksibiliteten og moderniseringen som sannsynligvis vil bli vedtatt i EU. I tillegg vil rapporten være et godt grunnlag for en oppdatering av FOSA på enkelte punkter mens man venter på at EU vedtar endringene til 2009/81/EF. En slik oppdatering bør likevel skje i lys av regelverksarbeidet som nå pågår i EU.

Gitt arbeidsgruppens mandat om å foreslå en lov som ligger nærmest mulig anskaffelsesutvalgets forslag til de tre øvrige lovene, og direktiv 2009/81/EF i øyeblikket ikke er oppdatert med endringene som kom i 2014/14/EU og 2014/25/EU har arbeidsgruppen brukt mye tid på å vurdere i hvilken utstrekning EØS-forpliktelsene gjør det mulig å benytte samme lovtekst for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser som for klassisk/forsyning. Utvalget har ikke hatt tid til å se på i hvilken grad EU-kommisjonens forslag til endringer i 2009/81/EF som kom tett opp mot fristen for ferdigstillelse av rapporten, vil påvirke dette. Arbeidsgruppen konstaterer likevel at EU Kommisjonen gjennom forslaget har hatt som målsetning å øke fleksibiliteten og muligheten for raske anskaffelser. EU-kommisjonen har derfor ikke bare oppdatert 2009/81/EF, men på flere områder lagt inn økt og tilpasset fleksibilitet, som tilsier at man på noen områder bør være varsom med å ha samme regulering i klassisk/forsyning. Innenfor de rammene som EU-domstolen i sak C-324/14 *Partner Apelski*[5] har satt for tolkning av et regelverk i lys av nyere vedtatte regler, antar arbeidsgruppen at forslaget vil kunne få betydning for tolkning av gjeldende regelverk, både for konkrete bestemmelser og generelt om det behovet for fleksibilitet som EU-kommisjonen tilkjennegir. Dette kan trolig påvirke tolkningen ved spørsmål om vesentlig endringer, tilleggskjøp, eneleverandørunntaket, varighet rammeavtaler, forskning- og utvikling (FoU) og samarbeid mellom oppdragsgivere på tvers av landegrensene. Det er grunn til å merke seg at forslaget til endringer i direktivet ikke innebærer at direktivets struktur legges nærmere opp til de nyere direktivene i øvrige sektorer. Innholdsmessig er det tilsynelatende foreslått utelukkende endringer som innebærer mer fleksibilitet og at innholdet for øvrig ikke tilpasses ordlyd i direktivene i øvrige sektorer.

[5] Sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 88 til 92.

3 Overordnet om anskaffelsesutvalget og Prop. 147 L (2024-2025)

3.1 Innledning

Utredningen av forslaget til en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser har sin bakgrunn i det regjeringsoppnevnte anskaffelsesutvalgets arbeid med å gjennomgå og fremme forslag til endringer i regler for offentlige anskaffelser. Anskaffelsesutvalget ble oppnevnt ved kongelig resolusjon 4. november 2022. Som det det fremgår i pkt 2.3, har arbeidsgruppen tatt utgangspunkt i anskaffelsesutvalgets forslag til nye anskaffelseslover. Nedenfor gis det en overordnet beskrivelse av anskaffelsesutvalgets utredningsarbeid.

3.2 NOU 2023:26 Ny lov om offentlige anskaffelser - delutredning 1

Anskaffelsesutvalgets leverte sin første delutredning i NOU 2023:26 Ny lov om offentlige anskaffelser. I NOU 2023:26 foreslo utvalget som et overordnet strukturelt grep å utarbeide fire hovedlover og en tverrgående forskrift. Anbefalingen innebar at samtlige anskaffelsesforskrifter, herunder anskaffelsesforskriften, forsyningsforskriften, konsesjonskontraktforskriften og forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA), ble flyttet over i egne anskaffelseslover og at lovene gjennomførte hvert sitt anskaffelsesdirektiv. Anskaffelsesutvalget foreslo ny lov om offentlige anskaffelser, lov om forsyningsanskaffelser og lov om konsesjonskontrakter. Utvalget viste til at det ikke kom til å fremme forslag til en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Dette ble begrunnet med at utvalget hadde operert med strenge tidsrammer for sitt arbeid, kombinert med en omfattende arbeidsmengde. Anskaffelsesutvalget anbefalte således at Forsvarsdepartementet burde fremme forslag til en ny lov om forvars- og sikkerhetsanskaffelser, og at dette arbeidet burde iverksettes så raskt som mulig. Det foreliggende arbeidet med ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er således en konsekvens av anskaffelsesutvalgets anbefaling.

I tråd med føringene i mandatet, foreslo utvalget videre en ny lov om offentlige anskaffelser som ville konsumere mye av eksisterende forskriftsverk for offentlige anskaffelser. Med dette ville loven, og ikke ulike forskrifter, bli den sentrale kilden i norsk rett for de forpliktelser som offentlige oppdragsgivere er underlagt, og for de korresponderende rettigheter som tilkommer leverandørene. Samtidig inneholder anskaffelsesdirektivet en rekke detaljer som det etter utvalgets syn ikke var naturlig å gjennomføre på lovs nivå. Utvalget foreslo derfor at loven ble supplert med en forskrift, hvor mer tekniske detaljer kunne reguleres.

Utvalget foreslo at innslagspunktet for ny anskaffelseslov ble hevet fra dagens kontraktsverdi på 100 000 kroner til 300 000 kroner. Anskaffelser under denne terskelen ville etter utvalgets syn reguleres i tilstrekkelig grad av generelle forvaltningsrettslige regler, supplert med de interne retningslinjer som den enkelte oppdragsgiver måtte finne formålstjenlig.

For vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskelverdi, foreslo utvalget en betydelig forenkling av dagens regelverk. Med dagens terskelverdier ville dette gjelde statlige vare- og tjenesteanskaffelser med en verdi mellom 300 000 kroner og 1,4 millioner kroner og anskaffelser med en verdi mellom 300 000 kroner og 2,2 millioner kroner for andre oppdragsgivere. Etter utvalgets oppfatning burde offentlige oppdragsgivere få større frihet enn i dag til å innrette slike anskaffelser slik de selv fant formålstjenlig, så lenge oppdragsgiver sikrer at anskaffelsen skjer på markedsvilkår.

Også for mindre bygge- og anleggsanskaffelser mente utvalget at det var grunn til å forenkle dagens regler, men EØS-terskelverdi for slike anskaffelser var så høy at det var behov for en mer nyansert

tilnærming. De aller minste bygge- og anleggsanskaffelsene burde etter utvalgets syn underkastes samme regulering som de minste vare- og tjenestekontraktene. Utvalget foreslo derfor at bygge- og anleggskontrakter som hadde en verdi opp til 15 millioner kroner, fulgte de foreslåtte forenklede reglene for varer og tjenester. Utvalget foreslo videre at det skulle gjelde en forenklet kunngjøringsplikt for bygge- og anleggsanskaffelser mellom 3 og 15 millioner kroner. Dette styrket leverandørenes mulighet til å følge med på, og melde sin interesse ved, bygge- og anleggsanskaffelser.

For bygge- og anleggsanskaffelser over 15 millioner kroner mente utvalget at EØS-regelverket burde komme til anvendelse, men med enkelte presiseringer som likevel gjorde prosessen mer fleksibel. For eksempel foreslo utvalget at oppdragsgiver fritt kunne velge hvilken konkurranseform vedkommende ville benytte og gjennomføre konkurranse med forhandling i ett trinn, fastsette egne tidsfrister for gjennomføring av konkurransen, unnlate å bruke ESPD og velge bare å kunngjøre nasjonalt.

I tillegg foreslo utvalget at oppdragsgiver fritt kunne innhente dokumentasjon og opplysninger som mangler for å unngå å måtte avvise en leverandør som følge av manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. Utvalget tok også til orde for endringer i lovens formålsbestemmelse, for å bringe den i overensstemmelse med de ulike formål som lovgiver klart har gitt uttrykk for at offentlige anskaffelser skal ivareta.

Et viktig grep for utvalget var å samle og operasjonalisere reglene om samfunnshensyn. Utvalget foreslo at alle regler om samfunnshensyn ble samlet i et nytt kapittel 2 i lov om offentlige anskaffelser. Dette ville synliggjøre at det er samfunnshensyn som ligger til grunn for de ulike pliktene som pålegges oppdragsgiver og leverandører. Utvalget viet særlig oppmerksomhet til å klargjøre og tydeliggjøre bestemmelsenes innhold.

Når det gjelder klima- og miljøhensyn i offentlige anskaffelser, foreslo utvalget flere tiltak for å realisere denne målsetningen: å synliggjøre bærekraft i lovens formål, ta i bruk standardiserte minimumskrav på prioriterte områder, krav til klima- og miljøhensyn i anskaffelser over og under EØS-terskelverdi og synliggjøre innovasjon som et viktig virkemiddel for grønn omstilling.

Utvalget foreslo en ny gjennomføring av anskaffelsesdirektivet, og foreslo at de direktivbaserte bestemmelsene i størst mulig grad ble samlet i ny lov del III. Utvalget viet betydelig tid til å sikre en lojal og gjennomsiktig gjennomføring av direktivets forpliktelser. Utvalget synliggjorde i den forbindelse hvilke bestemmelser som var gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser, herunder også handlingsrom der direktivet åpnet for det. Utvalget oppdaterte regelverket i henhold til senere utvikling i rettspraksis, og dette medførte endringer og/eller nye lovbestemmelser. Der loven kodifiserte rettspraksis, ble dette synliggjort i utredningen og spesialmerknadene.

3.3 NOU: 2024:9 Ny lov om offentlige anskaffelser – delutredning 2

Utvalget leverte deretter andre delutredning i NOU 2024:9 Ny lov om offentlige anskaffelser. I utredningen så utvalget nærmere på spørsmål knyttet til åpenhet om eierskap og skatt, hensynet til lokale og regionale leverandører, reglene om oppdragsgiveres erstatningsansvar for brudd på regelverket, avvisningsreglene, regelverkets geografiske anvendelsesområde og sikkerhet og beredskap. Fordi spørsmålene knyttet til erstatning hang tett sammen med spørsmål knyttet til håndheving av anskaffelsesregelverket mer generelt, besluttet utvalget å behandle dette samlet i andre delrapport.

Utvalgets vurdering var at dagens anskaffelsesregelverk gir et betydelig handlingsrom for å ivareta beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser i anskaffelser, både over og under EØS-terskelverdiene. Utvalget gjennomgikk regelverket og viste hvor det finnes slikt handlingsrom.

Utvalget viste til behovet for oppdatert veiledning knyttet til hvordan oppdragsgivere kan ivareta sikkerhet og beredskap i konkrete anskaffelser. Utvalget foreslo dessuten at sikkerhet- og beredskap kunne inntas i formålsbestemmelsen i form av en egen bestemmelse i kapittelet om samfunnshensyn. Med dette får brukerne av regelverket en påminnelse om at sikkerhet og beredskapshensyn kan, og av og til bør, hensyntas.

Hensynet til lokale og regionale leverandører var et eget punkt i utvalgets mandat. Lokale og regionale leverandører vil ofte være i kategorien små og mellomstore leverandører, som er en gruppe som EU-lovgiver uttrykkelig anerkjenner at anskaffelsesregelverket må ta særskilt hensyn til. Utvalget viste hvordan oppdeling av kontrakter kunne legge til rette for at lokale og regionale leverandører kan konkurrere om dem. Utvalget fremhevet også hvordan reell konkurransen om kontraktene er til fordel for oppdragsgiver, og for de lokale og regionale leverandørene som utsettes for konkurranse. Utvalget så for øvrig nærmere på om, og eventuelt hvordan, anskaffelsesregelverket kunne legge bedre til rette for åpenhet om eierskap og skatt.

3.4 Prop. 147 L (2024-2025) Lov om endringer i anskaffelsesloven

Som en videre oppfølgning av anskaffelsesutvalgets arbeid, har Regjeringen lagt frem forslag til endringer i lov 17. juni 2016 nr 73 om offentlige anskaffelser. Endringene Regjeringen foreslår i proposisjonen er blant annet endringer i lovens formålsbestemmelse, i regelverkets bestemmelser om samfunnshensyn og lovendringer som er nødvendige for senere å kunne forenkle prosedyrene som ligger i forskrift. For arbeidsgruppens del har de foreslåtte endringer kommet såpass sent at arbeidsgruppen ikke har hatt tid til å justere på sine planer i lys av innholdet i Prop. 147 L (2024-2025). Arbeidsgruppen har således i all hovedsak forholdt seg til anskaffelsesutvalgets arbeid, men har valgt å hensynta lovteksten i Prop. 147 L (2024-2025) der arbeidsgruppen har fått gjort en vurdering av hvorvidt tilsvarende regler bør gjelde for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

I Prop. 147 L (2024/2025) foreslår regjeringen å justere og presisere lovens formålsbestemmelse, slik at begrepet bærekraft tas inn i ordlyden. Det foreslås også en definisjon av bærekraft, for å synliggjøre og tydeliggjøre sammenhengen mellom effektivitet og bærekraft. Formålsbestemmelsen gir ikke opphav til konkrete rettigheter og plikter, men vil kunne gi veiledning når det er uklart hvordan en bestemmelse i regelverket skal forstås. Regjeringen foreslår videre å samle, tydeliggjøre og til en viss grad samordne bestemmelsene om samfunnshensyn i anskaffelsesregelverket, og å ta bestemmelsene inn i loven. De siste årene er det gjennomført en rekke endringer i reglene om samfunnshensyn i offentlige anskaffelser. Dette er regler om klima- og miljøhensyn og sosial bærekraft i offentlige anskaffelser. På disse områdene foreslår Regjeringen i hovedsak å videreføre innholdet i reglene. Samlet sett innebærer endringene at reglene om samfunnshensyn er blitt skjerpet de siste årene.

Regjeringen foreslår en videreføring av dagens bestemmelser om samfunnshensyn. Regjeringen foreslår imidlertid at sikkerhet og beredskap tas inn som et nytt samfunnshensyn i loven. Sett på bakgrunn av den geopolitiske situasjonen er det etter Regjeringens vurdering viktig å synliggjøre handlingsrommet for å ta slike hensyn i offentlige anskaffelser. Regjeringen foreslår også å innføre en plikt til å ha strategi og rutiner, som vil innebære at oppdragsgiver skal arbeide strategisk med samfunnshensyn i sin anskaffelsespraksis. I tillegg foreslår Regjeringen en viss grad av samordning av innslagspunktet til de ulike samfunnshensynene. Videre foreslår Regjeringen lovendringer med sikte på å forenkle regelverket. Regjeringen foreslår en økning av innslagspunktet for regelverket, slik at regelverket kun skal gjelde anskaffelser over 300 000 kroner eksklusive merverdiavgift. I tillegg foreslår Regjeringen lovendringer som legger til rette for å vedta enklere regler for anskaffelser som ikke er omfattet av EØS-regelverket i forskrift.

Regjeringen viser til at det pågår et arbeid i EU med å revidere anskaffelsesreglene i klassisk sektor og at revisjonen påvirker regjeringens arbeid med det norske anskaffelsesregelverket. Av den grunn følger Regjeringen i proposisjonen ikke opp utvalgets forslag om å ta forskrift om offentlige anskaffelser 12. august 2016 nr. 974 (anskaffelsesforskriften), forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene (forsyningsforskriften) eller forskrift 12. august 2016 nr. 976 om konsesjonskontrakter (konsesjonskontraktforskriften) inn i lovs form. På bakgrunn av den pågående direktivrevisjonen er det etter departementets vurdering hensiktsmessig å vente med et slikt grep.

4 Særlige forhold ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

4.1 Innledning

Arbeidsgruppen er i mandatet bedt om å se forslag til ny lov i lys av endret sikkerhetssituasjon og vurdere behovet for ytterligere tilpasninger som følge av den nåværende sikkerhetspolitiske situasjonen i Europa. Tilpasninger skal skje innenfor direktiv 2009/81/EF, men mandatet peker på at det samtidig er behov for at anskaffelsesprosessene tar kortere tid og at handlingsrommet i EØS-avtalen utnyttes fullt ut for å ivareta nasjonale sikkerhetsinteresser. Arbeidsgruppen legger til grunn at den nåværende sikkerhetssituasjonen i Europa er et alvorlig bakteppe for lovarbeidet. Situasjonen vil derfor bli beskrevet innledningsvis i rapporten. Arbeidsgruppen har vurdert hvilke konsekvenser sikkerhetssituasjonen har for anskaffelsesvirksomheten til forsvars- og sikkerhetssektoren og derigjennom hvilke behov for tilpasninger som foreligger i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Sikkerhetssituasjonen for Norge og Europa har blitt gradvis forverret de siste årene, med økende stormaktsrivalisering mellom USA og Kina, Russlands invasjon av Ukraina og økende aggressive adferd mot vesten og i det seneste tids uklare signaler fra den nye administrasjonen i USA som hovedelementer. Dette har skapt et betydelig økt fokus på forsvar og sikkerhet i Europa og i Norge, med påfølgende økt politisk fokus og økte budsjettbevilgninger til forsvars- og sikkerhetsformål. Behovet for rask og kraftig økning av forsvarsevnen skaper utfordringer for oppdragsgivere og leverandører i hele Europa.

Nasjonal sikkerhetsstrategi ble lansert av regjeringen 8. mai 2025.[6] I denne strategien bekreftes den krevende sikkerhetspolitiske situasjonen for Norge og det pekes på fire viktige endringer Norge må forholde seg til. For det første må Norge leve med et farligere Russland som nabo. For det andre må Norge stå trygt i en tid med tiltakende stormaktsrivalisering. For det tredje må Norge svare på en utvikling hvor skillet mellom krig og fred blir utfordret. For det fjerde må Norge håndtere mer komplekse spørsmål i skjæringspunktet mellom sikkerhet, økonomi og teknologi.

I møte med disse utfordringene trekker strategien opp tre hovedprioriteringer: 1) Norge må raskt styrke forsvarsevnen. Dette medfører blant annet at Norge må være forberedt på at krig kan ramme nasjonen. 2) Norge må gjøre samfunnet mer motstandsdyktig ved at sårbarheter reduseres og evnen til å håndtere mer alvorlige hendelser styrkes. 3) Norge må styrke den økonomiske sikkerheten, noe som krever at Norge forbedrer konkurranseevnen i norsk økonomi, reduserer sårbarhetene overfor land nasjonen ikke har sikkerhetssamarbeid med, og at Norge forbedrer det økonomiske samarbeidet med allierte og partnere. Som det påpekes under i pkt 4.2, vil hovedprioriteringene sette nye krav til oppdragsgivere for anskaffelser i Norge, som blant annet innebærer at forsvars- og sikkerhetsanskaffelser må gå raskere, flere aktører enn før må aktivt vurdere sikring av verdier og

[6] SMK, Nasjonal Sikkerhetsstrategi (2025).

oppdragsgivere må være mer bevisst på hvilke leverandører man kan velge og eventuelle sårbarheter i leverandørkjedene. Dessuten kan flere oppdragsgivere i sivil sektor oppleve en økning av antall sikkerhetsanskaffelser.

Forsvarsløftet (Prop. 87 S (2023-2024)), herunder den nye langtidsplanen for Forsvaret ble lagt frem våren 2024 og fikk et samlet Storting bak seg.[7] Den beskriver en sikkerhetssituasjon som er varig endret, som følge av krigen i Europa, og tilspisset global konkurranse om militær, politisk, økonomisk og teknologisk makt og legger opp til en historisk satsning på det norske Forsvaret. I tillegg beskriver totalberedskapsmeldingen[8] et sivilsamfunn som må bli mer forberedt på krise og krig. Den legger opp til å styrke evnen til å støtte Forsvaret i krise og krig, bli mer motstandsdyktig mot sammensatte trusler. Både forsvarsløftet og totalberedskapsmeldingen understreker ytterligere den alvorlige situasjonen både Norge og resten av Europa står overfor, noe som nødvendiggjør en helt annen type anskaffelsesvirksomhet i tiden fremover for oppdragsgivere i forsvars- og sikkerhetssektoren.

4.2 Sikkerhetssituasjonen

Russland blir beskrevet som den største trusselen mot norsk sikkerhet og den dimensjonerende faktoren for norsk forsvarsevne. Russlands vilje til å bruke makt og ta risiko har økt. På kort sikt oppleves en stadig økende vilje til å gjennomføre såkalte hybride aksjoner, med sabotasje, påvirkningsaksjoner og cyberoperasjoner som de mest sannsynlige. Russland har siden 2023 gjennomført flere titalls sabotasjeaksjoner og forstyrrende aktiviteter ved bruk av proxy -aktører. Det er i hovedsak anslag mot eiendom og logistikkinfrastruktur knyttet til leveranser til Ukraina, men også ordinær sivil infrastruktur. Det er så langt ikke observert aksjoner i Norge, men PST anser det som sannsynlig at russisk etterretning vil forsøke å utføre slike aksjoner mot mål i Norge i 2025.[9]

Russlands landmilitære styrker er i all hovedsak allokert til Ukraina og kampene som foregår der er betydelig redusert i omfang og kampkraft. Samtidig har Russland vist en stor evne til å regenerere materiell og personell noe som gjør at det forventes å ta forholdsvis kort tid fra kamphandlingene stopper til landet har fått bygget opp landstyrkene igjen. Russlands viktigste marinestyrke, nord-flåten, har i liten grad blitt påvirket av krigen. Her er det fortsatt betydelig kapasitet, med overflate og undervannskapasiteter. I sum skaper dette en situasjon der norske militære kapasiteter må være tilgjengelige kontinuerlig og oppbyggingen av forsvarsevnen haster.[10] For arbeidsgruppen er det avgjørende at slike særskilte behov tas tilstrekkelig høyde for i lovforslaget. Trusler fra Russland vil blant annet innebære behov for økt beredskap nasjonalt, eksempelvis i nord og langs kysten, noe som vil ha betydning for anskaffelsesvirksomheten i forsvars- og sikkerhetssektoren. Det vil blant annet være viktig med mer maritimt materiell her til lands med økt infrastruktur, eksempelvis verft, dokk til skip, kompetanse på drift og vedlikehold. Dette innebærer et tett samarbeid mellom oppdragsgiver og leverandører som fraviker normalen i anskaffelsesprosesser.

Det økte trusselnivået i samfunnet får innvirkning på den anskaffelsesmessige dimensjonen ved at det må gjennomføres flere forsvar- og sikkerhetsanskaffelser enn tidligere for å sikre nasjonen mot potensielle angrep, i tillegg til at anskaffelsesprosessene må skje hurtigere enn før. Andre konsekvenser av økt trusselnivå er for eksempel økt samarbeid med enkeltnasjoner om felles anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet. Basert på innspill fra aktørene i militær og sivil sektor

[7] Innst. 426 S (2023-2024).
[8] Meld. St. 9 (2024–2025) Totalberedskapsmeldingen - Forberedt på krise og krig.
[9] PST, Nasjonal trusselvurdering 2025.
[10] Prop. 87 S (2023-2024).

er arbeidsgruppens vurdering at behovet for skjerming av sensitiv informasjon i anskaffelsesprosesser blir stadig viktigere enn før. I en nyhetsartikkel i juli 2024 hevdet CNN og flere nyhetsbyråer at amerikansk etterretning hadde fanget opp og hindret et attentatforsøk mot administrerende direktør for Rheinmetall, en betydelig tysk våpenprodusent.[11] Trussel mot leverandører i forsvars- og sikkerhetsmarkedet illustrerer at også leverandørene vil ha interesse i økt hemmelighold under anskaffelsesprosessene.

Bruk av droner har eksplodert i Russlands fullskala krig mot Ukraina, og har på kort tid blitt den våpentypen som gjør mest skade på stridsfeltet. Droner som nytt middel i krig reiser en rekke anskaffelsesrettslige problemstillinger for oppdragsgiver. Tidligere har det vært et markant skille mellom sivilt og militært materiell, men bruken av blant annet droner i krigen i Ukraina utfordrer det klassiske skillet mellom militært og sivilt materiell. Arbeidsgruppen viser til at utviklingen går veldig raskt, med billigere materiell som slår ut mer tradisjonelle, dyrere forsvarsvåpen. Slike forhold reiser blant annet spørsmål om korrekt bruk av anskaffelsesregelverk, eksempelvis om såkalte dual-use-materiell omfattes av forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesregelverket eller av anskaffelsesregelverket i klassisk sektor, og om kjøp av dual-use materiell i ytterste konsekvens kan unntas fra det ordinære anskaffelsesregelverket etter EØS-avtalen artikkel 123. Se rapportens kapittel 8. I tillegg oppstår det spesifikke rettslige utfordringer i de tilfeller der oppdragsgiver ønsker å videreutvikle sivile droner og lignende for anvendelse i krig. Problemstillinger rundt innovasjon er behandlet i rapportens kapittel 10.

Den teknologiske utviklingen i Kina er rask og kraftfull, og det teknologiske forspranget vesten tradisjonelt har hatt er i ferd med å forsvinne og på noen områder er det allerede helt borte. Dette sammen med Kinas enorme produksjonskapasitet, gjør Kina til en formidabel strategisk og militær motstander.[12] For å holde tritt med den teknologiske utviklingen er vestlige land avhengige av både rask og kraftfull utvikling av teknologi, men også evnen til å anskaffe og ta den i bruk. Dette setter nye krav til hastighet og fleksibilitet i anskaffelsesprosessene. Ved større sikkerhetsmessige forstyrrelser i Asia, for eksempel ved et forsøk fra Kina på å overta Taiwan militært, vil Europa være sårbart for store økonomiske skifter, brudd i tilgangen til viktige verdikjeder, mangel på nøkkelkomponenter og sjeldne mineraler som man er avhengig av i industrien. Dette fører til at oppdragsgivere og nasjonale myndigheter må være stadig mer bevisst på hva man kjøper fra hvem og hvordan verdikjedene er bygget opp.

Politiets sikkerhetstjeneste (PST) beskriver etterretningstrusselen fra Kina og Russland som betydelig og økende.13 Det må således forventes økt krav til hemmelighold, både for sivile og militære myndigheter, eksempelvis til beskyttelse av sårbar og kritisk infrastruktur. Dermed kan et potensielt utfall være at behovet for flere sikkerhetsgraderte anskaffelser oppstår i tiden fremover. For øvrig er et viktig moment i trusselvurderingen at Kinas viktigste virkemidler er økonomiske. PST forventer at Kina, i tillegg til Russland, ønsker å sikre sine nasjonale sikkerhetsinteresser gjennom investeringer i og oppkjøp av selskaper og eiendom i Norge. Kinas økende innflytelse gjennom blant annet oppkjøp av selskaper og eiendom i Norge reiser øvrige sikkerhetsmessige utfordringer i anskaffelsessammenheng, eksempelvis hvordan sikkerhetstruende investeringer og oppkjøp kan motvirkes og om oppdragsgiver i ytterste konsekvens kan avvise leverandører fra å delta i forsvars- og

[11] Kibar, Oman, «CNN: Tysk sikkerhetstjeneste skal ha avverget russisk attentatplan mot tysk toppsjef», DN 11. juli 2024.
[12] Prop 87 S (2023-2024).
[13] PST, Nasjonal trusselvurdering 2025.

sikkerhetsanskaffelser begrunnet med at selskapene har en kobling til andre stater gjennom investeringer og oppkjøp.

I 2025 har den nye amerikanske administrasjonen lagt betydelig press på Canada og Grønland, med et uttalt ønske om å innlemme dem i de forente stater. Om ambisjonen er reell eller ikke er usikkert, men det fremhever det økende fokuset på Arktis som en geostrategisk dimensjon. Både Kina og Russland viser økende interesse for nordområdene, og med tiltakende geopolitisk konkurranse vokser nordområdenes strategiske betydning. Klimaendringene påvirker nasjonal sikkerhet og beredskap i nordområdene, og gir nye muligheter for aktivitet og ressursutnyttelse. Når pol-isen smelter, åpner dette for ny virksomhet og nye aktører i et område som er av strategisk betydning for stormaktene og Norge. Norges beliggenhet tilsier at nasjonen må ta et betydelig ansvar for NATOs nordlige flanke, i form av militær tilstedeværelse til sjøs, i luften og på land, med relevante kapasiteter for blant annet overvåking og etterretning. Dette perspektivet legger betydelige føringer for prioriteringene i norsk forsvarspolitikk og hvem Norge samarbeider med, og det maritime domenet vil naturlig nok ha et stort avtrykk i langtidsplanen og i fremtidige forsvarsanskaffelser.

PSTs vurdering av trusselnivået peker på terrortrussel fra radikale islamistiske og høyreekstreme miljøer som den største risikoen i 2025. Digitale nettverk øker muligheten for rekruttering og radikalisering. Utviklingen stiller særlige krav til nasjonale sikkerhetsmyndigheter, hvor sikkerhetssituasjonen både i Afrika og Midtøsten vil påvirke sivile myndigheter som skal ivareta nasjonal sikkerhet, som igjen vil ha betydning for anskaffelsesprosessene innen sikkerhetsgraderte anskaffelser.

Norge må ifølge Nasjonal sikkerhetsmyndighet (NSM) i mye større grad være bevisst på risikoen i samfunnet. Virksomheter i Norge må ta høyde for uønskede hendelser og oppdatere egne beredskapsplaner samt øve på planene.[14] Rask respons og gjenoppretting ved bortfall av kritiske innsatsfaktorer som kraft, transport, vann og PNT (posisjon, navigasjon og tidsbestemmelse) blir viktig. Det er stort behov for å sikre verdier og gjennomføre tiltak for å redusere konsekvensene ved uønskede hendelser. NSM registrerer at flere underliggende faktorer knyttet til samfunnsutvikling og endringer i sikkerhetspolitiske forhold, har skjerpet innsiderisikoen de seneste årene. Dette øker behovet for informasjonssikkerhet og hemmelighold i anskaffelser. Utenlandske investeringer kan skape krysspress mellom lokal utvikling og nasjonal sikkerhet.

Forsvarsløftet og økt fokus på totalforsvaret legger opp til en kraftig økning i antallet anskaffelser der sikkerhetshensyn må ivaretas. Flere leverandører i slike anskaffelser vil dermed få betydning for nasjonal sikkerhet. Trusselaktørene leter langs hele kjeden av leverandører for å finne og utnytte sårbarheter og skaffe tilganger som kan svekke norsk forsvarsevne. Spesielt i store prosjekter kan det være utfordrende for oppdragsgiver å ha oversikt over og kontroll med alle leverandører og hva de får tilgang til. Det øker sannsynligheten for at trusselaktører kan få adgang til det Norge søker å beskytte. Manglende kontroll med leverandørkjeder kan også øke konsentrasjonsrisikoen. Da kan det oppstå avhengigheter til enkeltleverandører og enkeltland, noe som medfører økt risiko for bortfall og i verste fall kan utnyttes til press og utelukkelse. Dette gjør det enda viktigere at sikkerhet får nødvendig fokus i offentlige anskaffelsesprosesser.

Gode risikovurderinger er viktig for å avklare beskyttelsesbehov og iverksette nødvendige sikkerhetstiltak i anskaffelsesprosessen. Oppdragsgiver må ta høyde for at verdien eller beskyttelsesbehovet knyttet til anskaffelsen kan endre seg i framtiden. Dersom det ikke tas nødvendige grep fra start, øker risikoen for at trusselaktører sikrer tilgang til verdier som senere får et høyere

[14] NSM, Risiko 2025.

beskyttelsesbehov.[15] I innspill fra blant annet Politiet til arbeidsgruppen, pekes det på at summen av mange mindre anskaffelser, som isolert ikke har vesentlige behov for informasjonssikkerhet, vil kunne ha behov for hemmelighold og beskyttelse. Dette er spesielt gyldig i IT anskaffelser, der enkelt komponentene i seg selv ikke er graderte, men informasjon om helheten av hardware og programvare vil kunne føre til vesentlige sårbarheter.

Oppdragsgivere i sikkerhetsgraderte anskaffelser må ha kontroll med skjermingsverdige verdier som leverandører gis tilgang til. Gode rutiner i anskaffelsesprosesser er viktige for å ha kontroll med skjermingsverdige verdier. For eksempel må virksomheten ha kontroll på hvem som skal ha tilgang til objekt og infrastruktur som understøtter grunnleggende nasjonale funksjoner og sikre at sikkerhetsgradert informasjon ikke kommer på avveie. I tillegg har virksomheter ansvar for å sørge for at leverandører har tilstrekkelig risiko- og sikkerhetsforståelse. Uten nødvendige sikkerhetstiltak evner ikke norske virksomheter å ha god nok kontroll over verdier av betydning for nasjonal sikkerhet. For øvrig er det svært viktig med god kompetanse og ressurser i egen organisasjon innen sikkerhet.

Politiet har i sin redegjørelse for arbeidsgruppen beskrevet hvordan de opplever at sikkerhetssituasjonen er betydelig forverret de seneste årene. Det forventes at 2025 vil preges av sammensatte trusler. Det inkluderer cyberoperasjoner, rekruttering av kilder, påvirkningsoperasjoner, sabotasje, fordekte anskaffelser og sikkerhetstruende økonomisk virkemiddelbruk. Slike virkemidler skaper usikkerhet, uro og frykt i befolkningen og setter demokratiet under press. Samlet sett er truslene fra statlige aktører mot Norge mer uforutsigbare, mer omfattende og mer krevende enn på mange tiår. Det brukes en rekke ulike virkemidler og metoder, som stadig tilpasses endrede forutsetninger og norske mottiltak.

Politiet melder om økt behov for skjerming av informasjon og beskyttelse av leverandører spesielt, da disse er mer utsatt i dag enn tidligere. Det er flere grunner for skjerming av anskaffelser utover politiets egne skjermingsbehov. Det forekommer tilfeller der skjerming må skje av hensyn til kontraherende part. I Sverige ble en anskaffelse gjennomført gjennom åpen konkurranse med etterfølgende kunngjøring av kontraktresultatet når konkurransen var ferdigstilt. Kort tid etter at oppdragsgiver kunngjorde konkurranseresultatet, ble eier av leverandørfirmaet og dennes familie angrepet og overfalt i sitt eget hjem.[16] Tilsvarende er skjedd i Norge ved kjøp av tolketjenester. Politiet opplever at den sikkerhetspolitiske situasjonen i verden er i endring og medfører at anskaffelser i større grad bør ses i sammenheng med nasjonal sikkerhet. Behovet for en regelverkstilpasning gjelder da for alle sivile virksomheter som vil risikovurdere sin virksomhet til å være utsatt.[17]

Det er også et gjennomgående trekk blant offentlige oppdragsgivere at vurderinger rundt sikkerhet spiller en stadig viktigere rolle i anskaffelser på grunn av den endrede sikkerhetssituasjonen. I sine presentasjoner til arbeidsgruppen viste enkelte oppdragsgivere til hvilke anskaffelsesrettslige problemstillinger offentlige og militære oppdragsgivere i enda større grad vil møte i tiden fremover. Vanskelige vurderinger av sannsynligheten for at leverandørene vil kunne oppfylle de sikkerhetsmessige kravene som stilles, betydningen av eventuelle sikkerhetsmessige forhold og straffbare forhold, vurderinger av tilknytning til andre stater, er eksempler på slike problemstillinger. Informasjonssikkerhet, herunder hvordan sikkerhet kan ivaretas under forslag til lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, er nærmere omtalt i kapittel 9.

[15] Ibid.

[16] Hentet fra skriftlig innspill til utredningen gitt fra Politiet og PST.

[17] Ibid

4.3 Langtidsplanen for forsvaret

Langtidsplanen for forsvaret angir og forankrer hovedlinjer for forsvarssektorens utvikling Gjennom den nyeste langtidsplanen for forsvaret, *Prop. 87 S (2023–2024) Forsvarsløftet – for Norges trygghet – Langtidsplan for forsvarssektoren 2025–2036*, understrekes nødvendigheten av å prioritere flere ressurser til forsvar, sikkerhet og beredskap. Denne langtidsplanen er et historisk forsvarsløft som skal styrke Norges forsvarsevne og gjøre at Norge tar større ansvar for egen og alliertes sikkerhet. Planen fikk enstemmig støtte i Stortinget.[18]

[18] Innst. 426 S (2023-2024).

Forsvarsløftet – overordnede prinsipper

Strategisk prioriteringer for innretning av Forsvaret

- Å vektlegge evne til å forebygge og avskrekke konflikt i tett samvirke med allierte
- Å videreutvikle Forsvaret for økt nasjonal innflytelse og handlingsrom
- Å innrette Forsvaret for kontinuerlig innsats i samvirke med våre allierte
- Å bidra med relevant kampkraft for forsvar av norsk og alliert sikkerhet
- Å understøtte NATO som troverdig og effektiv garantist for alliert sikkerhet
- Å tilpasse Forsvaret for å bidra til operativ og teknologisk relevans

Sikkerhets- og forsvarspolitiske mål i Forsvarsløftet

Norsk sikkerhets- og forsvarspolitikk har som mål å forsvare Norges suverenitet, territorielle integritet, befolkning, demokratiske styresett og handlefrihet mot politisk, militært og annet press ved å bidra til å:

- Forhindre væpnet konflikt og fremveksten av trusler mot norsk og alliert sikkerhet
- Forsvare Norge og allierte mot trusler, anslag og angrep i en alliert ramme
- Fremme norske sikkerhetsinteresser, herunder fred, stabilitet og internasjonal rettsorden

Forsvarskonseptet

Forsvarskonseptet og vår samlede forsvarsevne består grunnleggende av tre gjensidig avhengige hovedelementer: Forsvarets egenevne, forsvarsevnen gjennom alliert og regionalt samarbeid og kollektiv avskrekkings- og forsvarsevne i rammen av NATO, og den støtten som kan mønstres fra det sivile samfunn, også i rammen av totalforsvaret. Et bredt omfang av sivile totalforsvarsaktører og mekanismer understøtter både nasjonale og allierte militære styrker som opererer i Norge og norske nærområder.

Langtidsplanen beskriver en kraftig satsning på nytt materiell, men også en økning i volum. Dette vil kreve mye av anskaffelsesmyndighetene og Forsvaret i 12-årsperioden. Planen legger i stor grad opp til å anskaffe tradisjonelt forsvarsmateriell, som nye fartøy, helikopter og luftvern, men har også innebygget en høy grad av fleksibilitet for å møte den raske utviklingen av teknologi og nye sikkerhetsutfordringer.

Forsvaret av Norge er basert på erkjennelsen av at sikkerhetsutfordringene overgår det Norge vil være i stand til å håndtere alene. Styrkingen av Forsvaret skal understøtte tett og integrert alliert samvirke

og NATO som en troverdig og effektiv garantist for norsk og alliert sikkerhet. Finsk og svensk NATO-medlemskap styrker norsk sikkerhet. Norges rolle som mottaksland for allierte forsterkninger blir viktigere for å bidra til å forsvare NATO-landene Sverige og Finland. Samarbeidet rundt anskaffelser i Norden vil dermed måtte styrkes ytterligere.

Den sikkerhetspolitiske situasjonen innebærer at aktørene i totalforsvaret må være mer aktive i det daglige for sammen å avverge og håndtere trusler i overgangene mellom fred, krise og krig. Totalforsvarets viktigste oppgave er å fungere i krig og det må derfor trenes og øves i fredstid. Å skape interoperabilitet mellom aktørene vil kreve samhandling i anskaffelser av for eksempel kommunikasjonsutstyr, varslingssystemer og IT-samhandlingsløsninger også på graderte nett.

Første prioritet i planen er å sikre at det forsvaret Norge har virker i krise og krig. Det legges derfor opp til å anskaffe mer ammunisjon, reservedeler, drivstoff og materiell for å bedre beredskapen og øke utholdenheten. Forsvarssektoren skal vedlikeholde og utbedre viktig infrastruktur og bygningsmassen i Forsvaret, samt øke kapasiteten til å ta imot allierte styrker. Forsvaret må rekruttere og beholde folk med riktig kompetanse.

Planen legger videre opp til å styrke Sjøforsvaret betydelig ved å anskaffe minimum fem nye fregatter med maritime helikoptre med anti-ubåt kapasitet. Det legges opp til å anskaffe seks ubåter, og det skal utvikles og anskaffes en standardisert fartøysklasse i to størrelser. Hæren skal utvikles fra én til tre brigader og styrkes med langtrekkende presisjonsild, flere kampvogner, luftvern og helikoptre for landstyrkene. I tillegg skal spesialstyrkene tilføres nye helikoptre.

Forsvarets oppgaver

Forsvarsløftet definerer Forsvarets oppgaver som:

1. Forebygge og avskrekke press, trusler og anslag mot norsk og alliert sikkerhet med basis i NATOs kollektive forsvar
2. Overvåke norske interesseområder og rettidig varsle relevante myndigheter om forhold av betydning for nasjonal og alliert sikkerhet
3. Forsvare Norge og allierte mot trusler, anslag og angrep
4. Hevde norsk suverenitet og suverene rettigheter
5. Ivareta myndighetsutøvelse på avgrensede områder
6. Bidra militært til internasjonal innsats
7. Bidra med militær støtte til sentrale samfunnsoppgaver

Oppgavene 1–5 er dimensjonerende for Forsvaret. Det vil si at Forsvaret primært skal organiseres, utrustes, bemannes, ledes, utdannes og øves for å løse disse oppgavene.

Heimevernets størrelse skal øke til totalt 45 000 soldater, og Heimevernet skal utrustes bedre, og øve og trene mer. Beskyttelse mot lufttrusler skal styrkes betydelig. Radarsystemene skal oppgraderes, og flere luftvernbatterier skal bidra til at vi kan beskytte flere områder samtidig. Det skal anskaffes langtrekkende luftvern for økt beskyttelse mot ballistiske missiler – en kapasitet vi i dag ikke har i Norge. For å tilrettelegge for at alle øvrige satsinger skal gi effekt i Forsvaret styrkes sentrale felleskapasiteter innenfor etterretning, i verdensrommet, i det digitale rom, og innenfor ledelse, kommando og kontroll.

For at forsvarssektoren skal vokse, må det skaffes til veie mer materiell, IKT og infrastruktur til rett tid og med tilstrekkelig volum. Flere anskaffelser skal gjøres i samarbeid med allierte nasjoner, og det skal anskaffes mer hyllevare og likt materiell som våre allierte. Klima- og miljøkrav skal også følges opp i forsvarssektorens anskaffelser.

Forsvaret skal tilby gode bo- og arbeidsforhold til sine vernepliktige og ansatte. Dette er viktig for å tiltrekke seg og beholde folk, og for å tilrettelegge for ansatte som flytter eller pendler for å kunne

utføre viktige oppgaver. Det skal etableres tilstrekkelig med boliger, kvarter og kaserner av god kvalitet.

Klimaendringer, teknologisk utvikling og et mer sammensatt trusselbilde endrer hva som skal til for å forsvare Norge og hvem som må samarbeide for å gjøre det. Planen legger opp til en mer fremtidsrettet forsvarssektor ved å styrke satsingen på forskning og utvikling, vektlegge innovasjon i større grad og styrke arbeidet med utslippsreduksjon og klimaomstilling.

For å finansiere planen legges det opp til en opptrapping med et samlet økonomisk omfang på 600 mrd. kroner over en periode på tolv år. Opptrappingen nås særlig gjennom tre markante økonomiske løft. Hvert av de tre løftene er på 15 mrd. kroner. Det første løftet skjer i 2024–2025 for å hente inn etterslep, få dagens forsvar til å virke og for å øke investeringene. Det neste løftet kommer i 2028 for å legge til rette for den maritime satsingen. Det siste løftet skjer i 2032 for å kunne realisere de siste delene av Forsvarets struktur og et høyere driftsnivå. I tillegg legges det opp til en jevnest mulig opptrapping mellom de tre løftene, som da vil utgjøre om lag 4 mrd. kroner i årene mellom løftene.

Langtidsplanen har et tolvårsperspektiv. Det forplikter denne og kommende regjeringer og storting over tid, og vil gi forsvarssektoren forutsigbarhet til å gjennomføre det betydelige løftet.

I Langtidsplanens kapittel 8.1.1 legger regjeringen opp til en politikk som skal fremme raskere og mer effektive fremskaffelser. Det skal legges til rette for mer kjøp av materiell som er testet og i bruk hos nære allierte og det legges opp til muligheter for å gjøre forenklinger og tilpasninger i fremskaffelsesprosesser for å legge til rette for raskere gjennomføring. Samtidig legges det vekt på at prosessene må gjennomføres forsvarlig og sikre at anskaffelser fullføres i riktig tempo og at ressursene utnyttes effektivt. I tilfeller der det er kritisk viktig med raske utrednings- og beslutningsprosesser, skal hensynet til Norges sikkerhet veie tungt og det skal vurderes hvordan anskaffelsesprosesser kan forkortes og forenkles, herunder differensierte prosesser for ulike materiellkategorier.

4.4 Totalforsvar og - beredskap

Totalberedskapsmeldingen[19] bygger på Totalberedskapskommisjonen[20] og legger opp til kraftfulle tiltak for å bedre det norske samfunnets beredskap og forsvarsevne. Et tydelig signal på den endrede sikkerhetssituasjonen er at meldingen legger opp til å dreie totalforsvarets fokus mer over på sivilsamfunnets støtte til Forsvaret i krig og krise, snarere enn å beskrive hvordan Forsvaret skulle støtte sivilsamfunnet i kriser og katastrofer.

«I meldingen setter regjeringen retningen for en omlegging av den sivile delen av totalforsvaret og for den sivile motstandskraften. Vi skal sørge for at det sivile samfunnet er forberedt på krise og krig, og utvikle et samfunn som understøtter militær innsats og som motstår sammensatte trusler. I dette ligger det å planlegge for å møte krigshandlinger på norsk territorium så vel som på alliertes territorium.»

Det er beskrevet syv strategiske prioriteringer for regjeringens arbeid med sikkerhet og beredskap i meldingen:

- Sikre bosetting, god grunnberedskap og levende lokalsamfunn i hele landet.
- Utnytte samfunnets samlede ressurser bedre i forebygging og krisehåndtering, herunder involvere næringsliv og frivillige i beredskapsarbeid lokalt, regionalt og nasjonalt.

[19] Meld. St. 9 (2024–2025) Totalberedskapsmeldingen - Forberedt på krise og krig.
[20] NOU 2023: 17 Nå er det alvor – Rustet for en usikker fremtid.

- Styrke digital motstandskraft og nasjonal kontroll over kritisk infrastruktur og strategisk viktige virksomheter, naturressurser, eiendom og verdier.
- Styrke motstandskraften i befolkningen og bevare høy grad av tillit i samfunnet.
- Styrke forsyningssikkerheten, herunder matsikkerheten.
- Sikre tettere samarbeid mellom sivile sektorer og forsvarssektoren.
- Styrke sivil evne til å understøtte alliert militær innsats i rammen av NATO og gjennom styrket nordisk og europeisk beredskapssamarbeid.

Meldingen har tre hoveddeler, som beskriver hvordan sivilsamfunnet skal bli bedre forberedt på krise og krig, motstå sammensatte trusler og understøtte militær innsats.

Meldingen støtter opp under anbefalingene fra anskaffelsesutvalget om sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser. En konsekvens er økt sivil-militært samarbeid på blant annet anskaffelsesområdet. Meldingen legger for øvrig vekt på at det vil være viktig at det i regelverket åpnes for å stille krav til sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser, som er viktig å ta høyde for i dette lovarbeidet.[21] Meldingen legger vekt på god veiledning som kan sikre at oppdragsgivere kan utnytte handlingsrommet som finnes i regelverket, og at det stilles riktige krav i anskaffelsene.

Tilgangen til lokale leverandører av for eksempel entreprenørtjenester har vært viktig i forbindelse med for eksempel ekstremværet Hans. Det pekes også på at krigen i Ukraina har vist et behov for sterkere norsk forsvarsindustri og at det i enkelte tilfeller vil være nødvendig med myndighetsinvolvering for å sikre tilstrekkelig produksjonskapasitet. Involveringen kan være innenfor eierskap i leverandørkjedene, eller ved å etablere industri nasjonalt eller sammen med nære allierte.[22]

Det er et behov for å øke ressursene som brukes på samfunnssikkerhet og beredskap og det anbefales en egen langtidsplan for totalberedskap. Dette vil kunne føre til en økning i bruken av forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesregelverket, og potensielt bruken av EØS 123 i sivil sektor, som følge av at flere områder vil måtte sikres bedre, behovet for informasjonssikkerhet øker og flere områder nødvendigvis vil kunne vurderes å være av vesentlig nasjonal sikkerhetsinteresse. Spesielt fokus på økt forsyningssikkerhet og sikring av grunnleggende nasjonale funksjoner vil påvirke oppdragsgiveres bruk av anskaffelsesregelverk.

4.5 Utvikling i Europa og USA

EUs vurderinger av sikkerhetssituasjonen og felles arbeid mot forsvar, sikkerhet og beredskap er i betydelig endring. EU-Kommisjonen publiserte 19. mars hvitboken «Readiness 2030»[23] om fremtiden til europeisk forsvar, inkludert forslaget til finansieringspakken «ReArm Europe». Hvitboken er en melding med forslag til EUs medlemsland om hvordan EU kan innrette sin politikk for forsvarsindustrien fremover. ReArm Europe er en pakke med forslag til konkrete tiltak for å finansiere Europas militære opprustning. Disse dokumentene legger grunnlaget for omfattende endringer og styrking av Europas forsvarsevne frem mot 2030. Initiativene kommer som en reaksjon på et betydelig endret geopolitisk bilde, hvor spesielt Russlands krigføring i Ukraina har understreket behovet for økt europeisk militær kapasitet og uavhengighet, samt siste tids endringer i amerikansk tilnærming til Europa. Det er tre premisser som ligger til grunn for hvitboken: (1) Kommisjonen peker på at Europa ikke lenger kan basere seg fullt ut på amerikanske sikkerhetsgarantier. (2) Europa som blokk har lav

[21] Meld. St. 9 (2024–2025) Totalberedskapsmeldingen - Forberedt på krise og krig.
[22] Ibid
[23] EU-kommisjonen, White Paper for European Defence – Readiness 2030, (6. Mars 2025).

avskrekkingskapasitet grunnet for lave og fragmenterte investeringer i forsvar over tid; og (3) at Russland utgjør en eksistensiell trussel mot EU. Bakgrunnen for planen er et dystert sikkerhetsbilde der det beskrives en umiddelbar og økende trussel mot europeisk sikkerhet. Europa står foran sin største sikkerhetspolitiske utfordring siden 2. verdenskrig. Fremmede makter bruker makt og teknologi til å påvirke Europa og de demokratiske verdiene er truet.

Hvitboken «Readiness 2030» og tiltakspakken «ReArm Europe» representerer en omfattende strategi for å styrke Europas forsvar gjennom målrettede investeringer, økt samarbeid og forbedret forsvarsindustri.

EU-kommisjonen la videre frem et forslag om en beredskapsunion, med utgangspunkt i Niinistö-rapporten om styrking av Europas militære og sivile beredskap mars 2025.[24] Notatet tar utgangspunkt i den forverrede sikkerhetspolitiske situasjonen, men tar også inn over seg betydelige behov for økt beredskap for håndtering helhetlig trusselbilde, med for eksempel pandemier, naturkatastrofer, cyberangrep og påvirkningsaksjoner. Forslaget bygger på prinsippene om en helhetlig tilnærming til utfordringer, som skjer i samarbeid med hele myndighetsapparatet og med fokus på hele samfunnet. Rapporten inneholder forslag til 30 tiltak, med blant annet et tiltak for å bygge inn beredskap i alle EU policies og tiltak, tiltak på forsyningssikkerhet, oppbygging av beredskapslagre, minimum beredskapskrav og revisjon av offentlig anskaffelsesrammeverk. Revisjonen av anskaffelsesrammeverk vil ha fokus på beredskap og trygge verdikjeder, spesielt i krisesituasjoner. Ytterligere detaljer om EU initiativ på forsvars- og sikkerhetsområdet er beskrevet i kapittel 5 og i kapittel 7.

USA er Norges viktigste allierte og har i de siste 80 år vært garantist for europeisk sikkerhet. Gjennom NATO og bilaterale avtaler har Norge vært sikret militær støtte i en konfliktsituasjon. Samtidig har det skjedd en vridning av sikkerhetsfokuset fra Europa og over mot Asia, der Kinas fremvekst truer amerikanske interesser.

Ukonvensjonell og konfronterende politikk fra USA, inkludert dramatiske endringer i handelspolitikken, har skapt usikkerhet i det transatlantiske forholdet. Forholdet mellom USA og Europa er endret, og nye amerikanske prioriteringer får vidtrekkende konsekvenser for internasjonal politikk og det norske samfunnet og kan få betydning for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i Norge.

4.6 Forsvarsanskaffelser

4.6.1 Oversikt over det globale forsvarsmarked

Forsvarsanskaffelser omfatter offentlige innkjøp av blant annet klassisk forsvarsmateriell som våpen, ammunisjon og krigsmateriell. Globalt ble det i 2024 investert i 2460 milliarder USD til forsvar, og Europa opplevde en betydelig økning i forsvarsutgifter samme år.[25]

Tradisjonelt vil det være et nært samarbeid mellom stater og statenes egen forsvarsindustri. Stater med egen forsvarsindustri av et visst omfang betrakter gjerne egen forsvarsindustri som et nødvendig virkemiddel for å ivareta sine vesentlige nasjonale sikkerhetsinteresser. Forsvarsindustri er således av

24 EU-kommisjonen, Safer together – Strengthening Europe's Civilian and Military Preparedness and Readiness, (30. Oktober 2024).

25 IISS, The Military Balance 2025 – Defence Spending and Procurement Trends, 12. februar 2025.

vesentlig betydning for å sikre nasjonal handlefrihet, i tillegg til at forsvarsindustrien kan bidra til teknologiutvikling.[26]

Det globale forsvarsmarked kjennetegnes gjerne av en sterk grad av proteksjonisme, med begrenset markedsadgang for å beskytte landenes egen industri. De fleste land med nasjonal forsvarsindustri har etablert ordninger som støtter opp under egne bedrifter av hensyn til nasjonale sikkerhetsinteresser. Mange store eksportørland har gjerne formaliserte ordninger eller en uoffisiell praksis som begrenser markedsadgangen. Øvrige land praktiserer ordninger som skal sikre at store forsvarsanskaffelser fra utenlandske leverandører bidrar til overføring av teknologi og kompetanse, bedre markedsadgang for egen industri, økt verdiskaping og arbeidsplasser.[27]

Det amerikanske forsvarsmarkedet utgjør alene om lag halvparten av det globale forsvarsmarkedet. Importandelen er imidlertid lav og omfatter hovedsakelig delsystemer og komponenter. Likevel er dette et omfattende og viktig marked for mange utenlandskeide forsvarsbedrifter.

Flere forhold gjør imidlertid at det amerikanske forsvarsmarkedet fremstår som krevende og ofte tilnærmet lukket, for utenlandske bedrifter. Omfattende og ressurskrevende prosesser for hvordan teknologiske forsvarssystemer fremskaffes, stiller store krav til bedriftenes markedsføring og økonomi. I tillegg har USA som strategisk mål å være teknologisk ledende i verden. Det amerikanske forsvarsdepartementet, Department of Defense (DoD), investerer milliarder av dollar årlig i konsept- og teknologiutvikling, og de fleste større DoD-anskaffelsene har sitt utspring i et forutgående DoD-finansiert utviklingsprogram som typisk involverer flere amerikanske systemleverandører. USA vektlegger dessuten nasjonal sysselsetting, produksjon og leveransesikkerhet gjennom ulike virkemidler i sitt lovverk, blant annet gjennom Buy American-lovgivning. Det amerikanske forsvarsdepartementet har også etablert programmer som er særlig rettet mot bedre utnyttelse av teknologipotensialet som de små og mellomstore bedriftene representerer

Både USA og andre ledende land har etablert restriktive regimer for teknologioverføring. Dette gjelder for høyteknologi generelt, og militær høyteknologi spesielt. Slike begrensninger medfører at enkelte teknologier ikke er kommersielt tilgjengelige. Dette kan resultere i duplisering, ved at mindre land må ta større ansvar for en del teknologiutvikling selv. I praksis innebærer dette at det råder en form for betinget utveksling, der et land må ha noe å bidra med for å få noe tilbake. Den totale kompetansen som norsk forsvarsindustri bidrar til, er avgjørende for at forsvarssektoren får tilgang på enkelte typer dybdekunnskap som ellers ikke ville vært tilgjengelig fra allierte. Denne dynamikken bidrar også til samarbeid med nære allierte, og kan derfor bidra til økt sikkerhet.

4.6.2 Særlige trekk ved det europeiske forsvarsmarked

EUs medlemsland har store forsvarsutgifter samlet sett. Samtidig har forsvarsutgiftene i EU tradisjonelt vært fordelt på oppsplittede separate nasjonale markeder, noe som har resultert i proteksjonisme og at den europeiske forsvarsindustrien har mistet konkurranseevne.

De særlige trekkene ved det europeiske forsvarsmarked har sin bakgrunn i at forsvarsmateriell med tilknyttede tjenester ofte står i en særstilling, sammenlignet med offentlige anskaffelser i klassisk sektor. Der er ikke nødvendigvis tale om særlige økonomiske og teknologiske forhold, men om

[26] Meld. St. 17 (2020-2021), Samarbeid for sikkerhet - Nasjonal forsvarsindustriell strategi for et høyteknologisk og fremtidsrettet forsvar, 2021.
[27] Ibid.

forhold som henger tett sammen med de enkelte medlemsstatenes forsvars- og sikkerhetspolitikk, hvor europeisk forsvarsindustri har strategisk betydning og derfor særlig tilknyttet de enkelte stater.[28]

Særlige forsvarshensyn ved forsvarsanskaffelser i Europa innebærer for det første at forsyningssikkerhet må ivaretas fra konstruksjonsfase og frem til materiellet tas i bruk, både i fredstid og i krig. Videre må sensitiv informasjon tilknyttet anskaffelsene skjermes. Plikten til å beskytte sensitiv informasjon følger av sikkerhetslovgivning i det enkelte land. For øvrig er våpenprogrammer svært komplekse med svært lang levetid. Forsvarssektorens særstilling har siden opprettelsen av den europeiske Traktaten vært anerkjent ved at det er inntatt en egen unntaksbestemmelse i form av artikkel 346 (tidligere artikkel 296), som gir EUs medlemsnasjoner adgang til å fravike anskaffelsesregler basert på ivaretakelse av vesentlige nasjonale sikkerhetsinteresser. En ulik praktisering av denne unntaksregelen har imidlertid resultert i et fragmentert europeisk forsvarsmarked, i tillegg til at EU-nasjoner over tid har praktisert gjenkjøp ("offset") for å sikre tilgang til proteksjonistiske markeder for den nasjonale industrien. Innføringen av EUs forsvarsdirektiv og EUs eksportkontrolldirektiv i 2011 hadde som formål å forbedre situasjonen.

Historisk sett har forsvarspolitikken til de fleste land i Europa i årene etter Berlinmurens fall vært preget av sparing og reduserte volum, der behov for å kunne bidra i internasjonale operasjoner og håndtere mindre hendelser har hatt fokus. NATO med USA i spissen har hatt en klar avskrekkende effekt og trusselen om full krig har virket fjernt for de fleste. Selve ideen om et invasjonsforsvar har vært lagt død i de fleste land. Det europeiske forsvarsmarkedet har imidlertid i senere tid gjennomgått flere endringer ved at det er behov for økt samordning og samarbeid mellom europeiske allierte på grunn av Russlands fullskalainvasjon av Ukraina 24. februar 2022. Forsvarsmarkedet i Europa vil således i økende grad måtte tilpasse seg behovet for blant annet økt produksjonsevne og raskere forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i tiden fremover.

4.6.3 Forsvarsanskaffelser i Norge

I Norge gjennomføres forsvarsanskaffelser i milliardklassen hvert år. Forsvarsanskaffelser kan omfatte alt fra små lokale kjøp av militært materiell til langt større anskaffelser av eksempel fartøyer, stridskjøretøyer og våpensystemer.[29]

Norge kjøper kun en mindre andel av forsvarsmateriellet fra norske leverandører, ca. 23% av den norske forsvarsindustrien går til det norske forsvaret, noe som tilsvarer ca. 8 mrd. kroner i 2023. Store systemer som fly, ubåter og teknologi som Norge ikke produserer selv, kjøpes fra utenlandske leverandører.

I forsvarsbudsjettet for 2025 legges det opp til investeringer i eiendom, bygg og anlegg på 7,1 mrd. kroner og materiellinvesteringer på 34,5 mrd. kroner. I tillegg gjøres det betydelige driftsanskaffelser innenfor det 68 mrd. kroner store driftsbudsjettet.

Tilgangen på relevante data fra anskaffelsesfunksjonene er svært varierende, og det har vært krevende å få ut nøyaktig statistikk på anskaffelser gjennomført under FOSA. Hvilke regelverk som er brukt, antall og størrelser på anskaffelsene er derfor angitt som anslag. Forsvarsanskaffelsene kan deles opp i tre hovedtyper, driftsanskaffelser, materiellinvesteringer og eiendom, bygg og anlegg. Forsvarets

[28] Meld. St. 17 (2020-2021), Samarbeid for sikkerhet - Nasjonal forsvarsindustriell strategi for et høyteknologisk og fremtidsrettet forsvar, 2021.
[29] Regjeringen.no, Veileder til forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, 2019.

driftsanskaffelser dekkes av Forsvarets driftsbudsjett og dekker alt av driftsrelaterte kostnader, som drivstoff, ammunisjon av lavere kaliber, mat etc. I materiellinvesteringer ligger alle anskaffelser av større materiell av for eksempel fly, skip og kjøretøy.

I løpet av perioden 2021-2024 forvaltet Forsvaret i størrelsesorden 1000 rammeavtaler til drift, hvorav ca. 40% ble anskaffet under FOA, ca. 15% under FOSA og ca. 10% ble anskaffet med forskjellige varianter av unntaksbestemmelser. Innenfor materiellanskaffelsene var det i 2024 150 pågående investeringsprosjekter. Om lag 1700 medarbeidere i Forsvarsmateriell bidrar til å omsette ca. 27 milliarder i investeringer i 2024. FMA rapportere at 41% av anskaffelsene i 2022 ble gjennomført etter FOSA og ca. 32% ble gjennomført etter sektorens interne regelverk, Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren (ARF).

4.6.4 Innkjøpere i forsvarssektoren

Forsvarsdepartementet har ansvar for utforming og iverksetting av sikkerhets- og forsvarspolitikken. Dette innebærer ansvar for gjennomføring av vedtatte forsvarspolitiske ambisjoner som Stortinget har vedtatt eller sluttet seg til. Forsvarssektoren består av etater med ulike roller og ansvar, hvor de fleste ressursene i sektoren bidrar til måloppnåelse som tas ut i Forsvaret.

Forsvarsdepartementet har ansvar for etatsstyring av Forsvaret, Forsvarsmateriell, Forsvarsbygg, Forsvarets forskningsinstitutt, Statens Graderte Plattformer, Forsvarsmuseene og til en viss grad Nasjonal sikkerhetsmyndighet. Styringen av Forsvaret er basert på nærmere fastsatte resultatmål, og de andre etatene i sektoren skal understøtte og bidra til Forsvarets resultatmål. Forsvarssjefen er etatssjef for Forsvaret og regjeringens militærfaglige rådgiver. Dette innebærer at forsvarssjefen har ansvar for helhetlig styring, planlegging og daglig drift av Forsvarets virksomhet, innenfor de politiske prioriteringer som ligger til grunn i langtidsplanen. Med dette følger ansvar for oppnådde resultater og for Forsvarets økonomi.

Forsvarsmateriell har ansvar for å anskaffe, levere og avhende materiell til Forsvaret i tråd med vedtatte planer, på en kostnadseffektiv, bærekraftig og sikker måte. Forsvarsbygg har ansvar for å anskaffe og forvalte kostnadseffektiv og funksjonell eiendom, bygg og anlegg (EBA) i forsvarssektoren. Forsvarets forskningsinstitutt skal gi den politiske og militære ledelsen forskningsbaserte og uavhengige råd til utvikling av forsvarssektoren.

Nasjonal sikkerhetsmyndighet (NSM) er et tverrsektorielt direktorat med fag- og tilsynsmyndighet for forebyggende sikkerhet. Justis- og beredskapsdepartementet har ansvar for etatsstyring av NSM. Forsvarsdepartementet har instruksjonsmyndighet over NSM i saker innenfor Forsvarsdepartementets ansvarsområde.

4.6.5 Industrisamarbeid og forsvarsindustriell politikk

Industrisamarbeidsavtaler innebærer at når en utenlandsk leverandør inngår avtale om leveranse av materiell eller tjenester med Norge, skal leverandøren forplikte seg til å inngå avtaler med norsk industri eller forsknings og utviklingsmiljøer. Norsk praksis er primært rettet inn mot å gi norsk forsvarsindustri markedsadgang til ellers lukkede markeder. Praksisen er strengt avgrenset til handel med forsvarsrelatert materiell og tjenester.[30] Disse avtalene kan formes på svært forskjellige måter,

[30] Meld. St. 17 (2020-2021), Samarbeid for sikkerhet - Nasjonal forsvarsindustriell strategi for et høyteknologisk og fremtidsrettet forsvar.

avhengig av den konkrete anskaffelsen, kompetansebehovet og det konkrete behovet for innpass i andre lands markeder. De kan deles inn flere kategorier: Det kan være direkte militære gjenkjøps krav som er knyttet direkte til den konkrete anskaffelsen. Indirekte industrisamarbeidsavtaler har en annen innretning ved at det kreves kompensasjon i form av at det inngås avtaler med norske leverandører, men da ikke nødvendigvis i direkte tilknytning til den konkrete anskaffelsen. De foretas likevel som hovedregel innenfor de teknologiske kompetanseområdene som er ansett viktige for nasjonale sikkerhetsinteresser. En tredje variant er at det stilles krav om å inngå avtaler med sivil industrileverandør, som ikke har noen tilknytning til den konkrete anskaffelsen.[31] Dette siste alternativer brukes ikke i forsvarssektoren.

I Stortingsmelding 17 beskrives det at industrisamarbeid kan betraktes som både et proteksjonistisk og sikkerhetspolitisk virkemiddel. I mangel av et internasjonalt forsvarsmarked med reell, åpen konkurranse og likebehandling, vil industrisamarbeidsavtaler være et avgjørende virkemiddel for markedsadgang for norsk industri.[32] Industrisamarbeidsavtaler kan således medvirke til at utenlandske leverandører deler teknologi og etablerer langsiktig samarbeid og strategiske allianser med norsk industri. I tillegg gjør slike avtaler det attraktivt for utenlandske leverandører å ta initiativ overfor mulige norske underleverandører.

Forsvarsdepartementets ordning knyttet til industrisamarbeid har vært behandlet i flere stortingsmeldinger på 2000-tallet. I Meld St. 38 (2006– 2007), i Meld. St. 9 (2015–2016) og i Meld. St. 17 (2020–2021). Industrisamarbeid ble første gang brukt i 1982 i forbindelse med Sjøforsvarets kjøp av ULA-klassen ubåter fra den tyske bedriften Thyssen Nordseewerke (Meld. St. 38 (2006-2007)). Terskelverdien og innretningen har vært gjenstand for tilpasninger gjennom disse årene, men har fra starten hatt som ambisjon å bidra til å dekke Forsvarets behov for industriell kompetanse på utvalgte teknologiområder. I forbindelse med fremleggelse av Meld. St. 9 (2015–2016) ble fokuset på nasjonale sikkerhetsinteresser forsterket, og man gikk over fra å benevne ordningen gjenkjøp til industrisamarbeid.

4.6.6 Sivilt militært samarbeid og strategiske avtaler i Norge

Den nasjonale forsvarsindustriens eksistens og utvikling er sterkt knyttet til nasjonale sikkerhetsbehov. Forsvaret baserer seg i stor grad på tilgang til ressurser fra det sivile markedet. Dette inkluderer varer, tjenester og infrastruktur som kreves for å gjøre Forsvaret operativt egnet til å løse sine oppgaver. Dette forutsetter at Norge på nasjonalt nivå besitter nødvendig kompetanse på vitale områder. De strategiske avtalene forsvarssektoren inngår med næringslivet er et viktig supplement til beredskapslovgivningen og det nasjonale beredskapssystemet. Norsk næringsliv, også utover tradisjonell forsvarsindustri, utgjør en del av de samlede ressurser Forsvaret kan trekke på i kriser eller væpnet konflikt, innenfor rammen av Totalforsvaret. Sivil støtte til Forsvaret bygger på tre grunnleggende virkemidler: beredskapslovgivning, samarbeids- og beredskapsorganer, samt øvelser.

4.6.7 Den norske forsvarsindustrien

Den norske forsvars- og sikkerhetsindustrien består av et bredt utvalg bedrifter. På den ene siden finner man store bedrifter som produserer våpen og våpensystemer til både inn- og utland, som for eksempel Kongsberg Gruppen og Nammo. På den andre siden finner man mindre, privateide bedrifter,

[31] Trybus (2014) s. 55.
[32] Meld. St. 17 (2020-2021).

som ikke selv produserer militært materiell, men som leverer kritiske komponenter til andre bedrifter i næringen. Sammen er aktørene i næringen viktige for norsk beredskap og forsvarsevne.

Den norske forsvars- og sikkerhetsindustrien har siden 2018 opplevd sterk vekst, i takt med at europeiske land og andre allierte har økt sine forsvarsinvesteringer. Næringen sysselsetter i dag rundt 9200 ansatte, og bidrar med over 14 milliarder kroner i verdiskaping. Veksten har vært særlig sterk, og betydelig sterkere enn veksten i norsk fastlands-BNP, de siste to årene. Næringen utgjør med dette en større og større andel av norsk fastlandsøkonomi. Selv om den økonomiske veksten og aktiviteten i næringen er sterkt drevet av to store bedrifter – Kongsberg Defence & Aerospace og Nammo Raufoss– har veksten vært høy i hele næringen. Også geografisk har næringen et bredt fotavtrykk. Til tross for at næringen er konsentrert rundt en håndfull norske kommuner, bidrar næringen med sysselsetting og verdiskaping i et bredt spekter av norske kommuner.[33]

Den nasjonale forsvarsteknologiske og -industrielle basen består av to store nasjonale sentra på Kongsberg og Raufoss, etablert rundt henholdsvis Kongsberg Defence and Aerospace og Nammo.

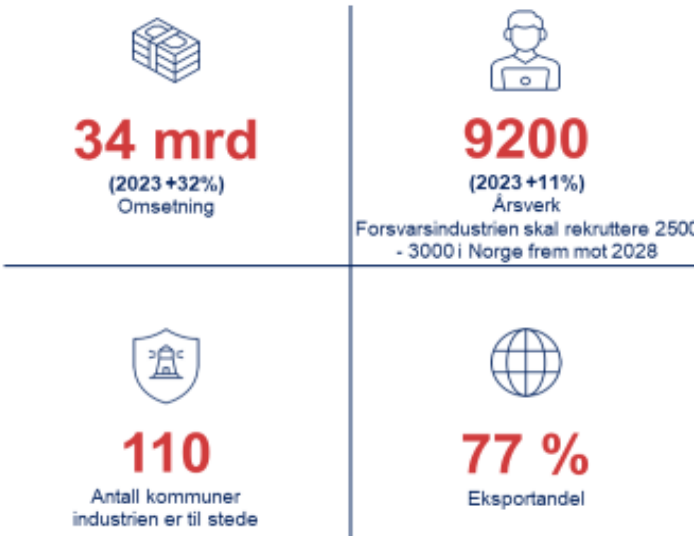
I tillegg finnes det noen mindre grupperinger av forsvarsbedrifter blant annet i Hortenregionen, Arendalsområdet og Trøndelag. Bransjen kjennetegnes av noen få store selskaper som er verdensledende leverandører av høyteknologisk forsvarsmateriell og våpensystemer. Disse er lokomotiver som trekker med seg mange store og små partnere og underleverandører fra hele landet. I tillegg finnes det også et mindre antall høyt spesialiserte små og mellomstore bedrifter med egne høyteknologiske produkter.

De små og mellomstore forsvarsbedriftene utgjør en stor og viktig del av forsvarsindustrien. De står for nærmere 2 000 forsvarsrelaterte årsverk og om lag 30 prosent av forsvarsindustriens omsetning. Disse bedriftene kjennetegnes ved høy grad av tidlig utvikling og anvendelse av teknologi, fleksibilitet og evne til hurtig omstilling og tilpasning. Små og mellomstore bedrifter spiller en sentral rolle når det gjelder innovasjon og teknologiutvikling, og dette bør i større grad nyttiggjøres for å dekke eksisterende og nye militære behov.

I tillegg til de tradisjonelle forsvarsbedriftene, finnes det et betydelig antall større og mindre leverandører til forsvarssektoren. Også disse er av stor betydning for sektorens tilgang til moderne teknologi og systemer. Dette kan være selskaper som er vokst frem som resultat av den hurtige teknologiske utviklingen og digitaliseringen.

I den senere tid har det kommet et økende fokus på dual-use teknologier, der Forsvarets behov kan løses av teknologi eller bedrifter som også har bruksområder inn mot andre sektorer. Eksempler på disse kan være droner, kommunikasjonsløsninger, sensorer, skip og IT løsninger. Økningen i forsvarsrelaterte investeringer i Europa fører til at stadig flere virksomheter som tradisjonelt har rettet seg mot sivil sektor og startups ser mot forsvars- og sikkerhetssektorene etter muligheter. Vi ser dette blant annet i en kraftig økning av i medlemsmassen til Forsvars- og sikkerhetsindustriens forening som har økt med 33% i løpet av de siste to årene.

33 Menon, Forsvarsindustriens økonomiske fotavtrykk, 2025.



Figur 1 - Nøkkeltall norsk forsvarsindustri - kilde: FSI

4.7 Sikkerhetsanskaffelser

4.7.1 Innledning

På bakgrunn av de økonomiske, politiske og teknologiske faktorene som er nærmere beskrevet i rapportens kapittel 4, kan det trekkes et hovedskille mellom anskaffelse av forsvarsmateriell og anskaffelse av følsomt materiell. Anskaffelse av forsvarsmateriell (forsvarsanskaffelser) gjennomføres stort sett av forsvarsdepartementer med underliggende etater til blant annet territorialt forsvar og militær beredskap, mens anskaffelser av følsomt materiell (sikkerhetsanskaffelser) har et videre anvendelsesområde og gjennomføres av både forsvarsdepartementer og andre offentlige oppdragsgivere i sivile sektorer. For å forstå sammenhengen, kan det være nyttig å grovt skille mellom et forsvarsmarked og et sikkerhetsmarked.

Mens forsvarsmarkedet omfatter forsvarsanskaffelser hovedsakelig foretatt av forsvarsdepartementer og underliggende etater, dekker sikkerhetsmarkedet både forsvarssektor og sivil sektor som gjennomfører sikkerhetsanskaffelser slik disse er definert i direktiv 2009/81/EF. Med begrepet sikkerhetsanskaffelser i direktiv 2009/81/EF siktes det helt overordnet til levering av følsomt utstyr, bygge og- anleggsarbeider og varer og tjenester direkte knyttet til følsomt utstyr, samt følsomme bygge- og anleggsarbeider og følsomme tjenester.[34]

Det vil ofte være glidende overganger mellom hva som regnes som en forsvarsrelatert sikkerhetsanskaffelse og en sivilrelatert sikkerhetsanskaffelse, noe det også tas høyde for i direktiv 2009/81/EF.[35]

I fortalen vises det konkret til at det for eksempel kan være tale om anskaffelser til grensekontroll, politivirksomhet og krisestyringsoppgaver.

---

[34] Direktiv 2009/81/EF artikkel 2 b, c og d.

[35] Se også Commission Guidance note – Field of application side 6 "*„in certain areas, the dividing line between defense 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.".*

4.7.2 Sikkerhetsanskaffelser i Norge

I anskaffelser som gjennomføres både i forsvarssektor og i sivil sektor kan det være betydelige risiko- og sikkerhetsaspekter som oppdragsgivere må identifisere og ivareta.

Sikkerhet i offentlige anskaffelser handler blant annet om å beskytte informasjon, informasjonssystemer, objekter og infrastruktur som er omfattet av sikkerhetsloven.[36] Dette vil være informasjon som kan skade nasjonale sikkerhetsinteresser, dersom den blir kjent for uvedkommende.

Det kan også være informasjonssystemer, objekter og infrastruktur som har sentral betydning for Norges nasjonale sikkerhet. I tillegg handler ivaretakelse av sikkerhet om å kunne tilby innbyggerne trygge og pålitelige tjenester, å minimere risikoen for utilsiktede hendelser og å sikre at informasjon som er gitt til det offentlige ikke kommer på avveie.

Arbeidsgruppen sitter ikke med en fullstendig oversikt over innkjøpere som gjennomfører sikkerhetsanskaffelser etter forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesregelverket. Arbeidsgruppen oppfatter at særlig forsvarssektoren og justissektoren foretar slike anskaffelser. I tillegg gjennomføres sikkerhetsanskaffelser av Statsbygg. For en mer utførlig beskrivelse av sikkerhetsanskaffelser, vises det til rapportens kapittel 9.

4.8 Tidstyver og forsinkelser i anskaffelses- og investeringsprosjekter

Den sikkerhetspolitiske situasjonen har blant annet medført at det er behov for at anskaffelsesprosessene i forsvarssektoren tar kortere tid, fra et behov oppstår til materiellet eller tjenesten er levert. I innstilling til langtidsplan for forsvarssektoren,[37] forutsetter Stortinget at praktiseringen av anskaffelsesregelverket og gjennomføringen av investeringene tilpasses for å sikre at investeringer og anskaffelser kan gjennomføres så raskt det lar seg gjøre. Utredningen må derfor vurdere om det kan gjøres ytterligere tilpasninger i lovutkastet for at anskaffelser skal ta kortest mulig tid.

Forsinkelser i anskaffelser skaper potensielt store utfordringer for Forsvaret og forsvarsevnen. Når større materiellprosjekter blir forsinket, gjør det at eksisterende materiell må stå lengre i drift enn det som var planlagt. Det kan føre til økte kostnader til vedlikehold og drift, og i enkelt tilfeller må man investere i kostbare oppgraderinger for å holde materiellet i drift. I enkelte tilfeller kan man også stå uten en nødvendig kapasitet. For eksempel når anskaffelsen av NH-90 helikopteret til sjøforsvarets fregatter først ble betydelig forsinket og så avbrutt, endte man med en betydelig mangel i forsvarets operative evne.

Langtidsplanen beskriver flere områder som skal bidra til raskere fremskaffelser. Forsvarssektoren skal gjøre fremskaffelser raskere og i større volum for å møte behovene i en skjerpet sikkerhetssituasjon. Planen legger opp til at fremskaffelsene skal gjennomføres raskere, innenfor tilgjengelige økonomiske rammer og med tilstrekkelig volum. Det skal legges til rette for tilpassede fremskaffelsesløp, hvor hensynet til raskere gjennomføring veies mot risikoen dette innebærer for forsvarlig gjennomføring. Det er åpning for å gjøre forenklinger og tilpasninger i fremskaffelsesprosesser, som kan føre til raskere gjennomføring. Hensynet til rettidige anskaffelser skal være en sentral del av forsvarssektorens fremskaffelsesprosesser. For å styrke evnen til å

[36] NFD og FD, Veileder til ivaretakelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser, 2019.

[37] Innst. 426 S (2023-2024).

gjennomføre anskaffelser i forsvarssektoren blir det foreslått å heve beløpsgrensen for når forsvarssektoren må gå til Stortinget for godkjenning. I tilfeller hvor det er kritisk viktig med raske utrednings- og beslutningsprosesser skal det vurderes hvordan anskaffelsesprosesser kan forkortes og forenkles. Flere store materiellsystemer skal anskaffes i samarbeid med allierte for å gjøre anskaffelser raskere og billigere. Det vil prioriteres anskaffelser av ferdigutviklet materiell som andre allierte bruker for å redusere kostnader og ledetider.[38]

Det er både eksterne og interne årsaker til hvorfor investeringer tar tid. Den geopolitiske uroen innebærer at verdikjedene er blitt mer sårbare og fragmenterte, og at flere elementer enn tidligere må tilleggs vekt i vurderingen av leverandører. Det er betydelig økt etterspørsel etter forsvarsmateriell, noe som utfordrer kapasiteten i markedet og gir økt prisstigning og som innebærer at man er avhengig av å få prioritet.

En rekke undersøkelser fra Riksrevisjonen, FFI, eksterne rådgivere og FD selv har over tid dokumentert forsinkelser og kostnadsoverskridelser i investeringsprosjektene. FFI har siden 2021 gjort årlige analyser av fremdriften i gjennomføringsfasen av materiellporteføljen, som viser at sektoren hvert år bare gjennomfører ca. 70 % av de planlagte milepælene.[39] Den siste analysen viser at sektoren de siste årene har brukt i gjennomsnitt 4,5 år på materiellprosjektenes tidligfase (konsept- og forprosjektfase), mens gjennomføringsfasen (beregnet fra gjennomføringsoppdrag til alt materiell er overført til drift) i snitt har tatt nesten 11 år. I gjennomføringsfasen bruker sektoren ca. 2,5 år i snitt før kontraktinngåelse. Det er stor variasjon i tidsbruk mellom ulike prosjekter.

Riksrevisjonen leverte en vurdering av anskaffelser av forsvarsmateriell 20. juni 2024,[40] med overordnet vurdering "sterk kritikkverdig", som er det sterkeste kritikknivået Riksrevisoren gir. Hovedkonklusjonen er at det tar for lang tid fra et operativt behov oppstår, til Forsvaret mottar og får effekt av materiellet. Av 38 gjennomførte investeringsprosjekter ble kun 6 levert til planlagt tid. Hele 32 prosjekter var forsinket med i gjennomsnitt 5 år. Hovedkonklusjonene fra rapporten er at investeringsprosjektene hovedsakelig holder seg innenfor styringsrammen, men ofte med redusert omfang eller ytelse. Mangel på personell og kompetanse er en hovedutfordring i investeringsprosessene. Mangelfulle beregninger av levetidskostnader gjør at Forsvaret ikke har nok kunnskap om hva det vil koste å drifte framtidig materiell. Forsvarsdepartementet har ikke lyktes med å utbedre kjente svakheter på investeringsområdet. Riksrevisjonen peker på at svakheter i porteføljestyringen påvirker gjennomføringen av materiellinvesteringene. Det er dårlig datakvalitet og mangelfull systemstøtte for investeringer og drift av materiell, og iverksatte tiltak har så langt ikke hatt ønsket effekt.

Rapporten peker på en kultur der fokuset på kostnadskontroll, ser ut til å virke inn på og gå ut over gjennomføringstiden. Det synes også å få betydning for kvalitet på ytelsen.

Forsvarets forskningsinstitutt har gjort flere forskningsprosjekter for å se på forsinkelser i investeringsvirksomhet. Flere av disse er gjennomgått i Concept rapport nr. 69 om forsinkelser i statlige investeringsprosjekter.[41] Presterud mfl. (2018) kartla tidsbruk, forsinkelser og kostnader i 193 prosjekter, og fant at median forsinkelse var 2,5 år. Studien viser at prosjekter med kort planlagt tidsbruk (0-2 år) hadde størst forsinkelse, med en medianforsinkelse på tre år. Større prosjekter (over

[38] Prop. 87 S (2023-2024).

[39] Voldhaug, Jan Erik m.fl., «Materiellinvesteringer i forsvarssektoren – når vi målene?», FFI, 2024.

[40] Riksrevisjonen dokument 3:16 (2023−2024), Gjennomføring av materiellinvesteringer i forsvarssektoren, 2024.

[41] Welde, Morten og Bukestein, Ingrid, «Til rett tid? En undersøkelse av forsinkelser i gjennomføringsfasen av store statlige prosjekter», Concept rapport nr 69, NTNU, 2022.

750 millioner kroner) hadde mindre forsinkelser (under ett år). Kvalvik mfl. (2019) fant at 65 % av prosjektene og 80 % av prosjektenes økonomiske størrelse var forsinket med ett år eller mer.

Generelt peker Concept rapporten på 7 årsaker til forsinkelser i statlige investeringsprosjekter.

Manglende ressurser: Det er ofte ikke nok ressurser tilgjengelig for å gjennomføre prosjektene effektivt.
Overoptimisme: Prosjektene er ofte planlagt med en for optimistisk tidsramme, noe som fører til forsinkelser.
Eksterne faktorer: Prosjektene kan stoppe opp i påvente av svar fra leverandører eller andre eksterne faktorer.
Høy rotasjon av personell: Forsvarsprosjekter preges av høy rotasjon av personell, noe som kan påvirke forsinkelser.
Manglende kompetanse og bemanning: Manglende kompetanse og bemanning i prosjektorganisasjonen er viktige årsaker til forsinkelser.
Problemer med leverandører: Problemer med leverandører av materiell er en faktor som Forsvaret trekker frem som årsak til manglende måloppnåelse i flere prosjekter.
Mangler i planlegging: Riksrevisjonen pekte også på mangler i planleggingen som en årsak til forsinkelser.

Hvordan øke hastighet i fremskaffelser

Det foregår mange tiltak for å bedre hastighet i fremskaffelsene allerede, med endringer i roller, ansvar og myndighet i styringsreformen, og oppdatering av forsvarsindustriell strategi.

I FFI rapporten «Hvordan kan Forsvaret raskere nyttiggjøre seg ny teknologi?»[42] presenteres tiltak for å øke hastigheten i implementering av ny teknologi i Forsvaret. Det anbefales å bygge fleksibilitet og handlingsrom i strukturutviklingsplanen for materiell ved å definere kapabiliteter fremfor strukturelementer. Dette vil igjen øke muligheten for å styrke tilfanget av alternative konsepter i idéfasen av investeringsprosessen. Rapporten peker også på differensiert målsetting og tilnærming til gjennomføring av materiellinvesteringer for ulike typer materiellkategorier. Her er det beskrevet ambisjoner i langtidsplanene, men enkelte opplever utfordringer på grunn av begrensninger i FOSA. Det er behov for å styrke innovasjon og eksperimentering, og benytte erfaringer og kunnskap fra praktisk uttesting av teknologiske løsninger til å redusere risiko i investeringer. Sammen med å styrke tidlig samarbeid med industrien kan dette skape bedre og raskere anskaffelser. Hvordan dette kan gjøres innenfor regelverket diskuteres i kapittel 10.4. Samhandling og handlingsrom bør forsterkes ved at roller, ansvar og myndighet tydeliggjøres, og det må sikres tilstrekkelig kompetanse og kapasitet til å levere på oppdraget.

Oppsummert peker rapportene og intervjuene i liten grad direkte på anskaffelsesregelverket som en tidstyv. Det henvises til manglende tilgang på kompetanse og personell, fragmentering og uklare oppgave- og ansvarsfordeling og manglende helhetlig styring, spesielt ved faseoverganger og endringer. Manglende tilgang på et helhetlig styringssystem og verktøystøtte. Ny sikkerhetssituasjon fører til raskere endringer, nye behov og press i markedet.

Det har gjennom utredningen kommet opp flere ganger at det er for lang behandlingstid på leverandørklarering. NSM peker i møte med arbeidsgruppen på flere årsaker til at dette tar lang tid, der

[42] Bjørk, Hanne Marit mfl, «Hvordan kan Forsvaret raskere nyttiggjøre seg ny teknologi? – om behovene for grunnleggende endringer i måten vi utvikler og investerer i teknologi og forsvarsmateriell», FFI, 2022.

flere er vanskelige å gjøre noe med. Et eksempel er klarering som er avhengig av andre lands klareringsmyndighet. Samtidig pekes det på at man ikke kan starte klareringsprosessen før leverandør er valgt elle kontrakt er signert. Det oppleves som lite effektivt for flere at man må vente på inngått kontrakt før man kan starte klareringsprosessen. Det skaper forsinkelser/ ventetid på minimum 6 måneder og kan hindre at man slipper til nye aktører i anskaffelsene.

Arbeidsgruppens vurdering

For forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er det viktig at fokuset på tidstyver og effektive prosesser fortsetter. Arbeidsgruppen er avskåret fra å endre på frister i direktivstyrte anskaffelser. Direktivene gir svært begrenset med fleksibilitet for medlemslandene til å fastsette kortere frister enn det som fremgår av direktivene. Norge ligger allerede på minimumskravene. Innsikten arbeidsgruppen har fått, tyder heller ikke på at de største utfordringene med tidsbruk i gjennomføringen av anskaffelsesprosessen er knyttet til tidsfristene i direktivet, men snarere har andre rotårsaker som må løses i for eksempel oppdragsgivers instrukser og prosedyrer. Det er viktig at oppdragsgiver selv legger til rette for effektive prosesser, f.eks. ved at aksjoner kan planlegges i parallell. Det å benytte generelle fremforhandlede standardavtaler (f.eks. Statens Standardavtaler, Norsk Standard) der dette foreligger og spesielle fremforhandlede standardavtaler for oppdragsgiver der det ikke finnes generelle, vil også understøtte effektive prosesser. Ved bruk av balanserte avtalevilkår tilpasset anskaffelsen, vil det presumptivt være kortere tid til mål, da behovet for forhandlinger og risikoen for vesentlige forbehold reduseres.

Det er viktig at organinterne instrukser ikke begrenser oppdragsgivers fleksibilitet innenfor (og utenfor) direktivets virkeområde og at instruksene skaper forutsigbarhet både for oppdragsgiver og leverandører ved at instruksene er tilgjengelige og praktiseres i tråd med regler gitt i medhold av lov og alminnelige rettskildeprinsipper, slik at oppdragsgivers praksis er forutberegnelig og transparent.

I lovarbeidet vil det være viktig å legge til rette for enkelhet og brukervennlighet. Tydelige og brukervennlige regler og veiledninger vil avhjelpe på utfordringer med kompetanse og roteringsutfordringer som er spesielt store i forsvarssektoren. Det bør sees nærmere på muligheter for hurtige fremskaffelsesløp og mer fleksible fremskaffelsesløp innenfor regelverket.

Arbeidsgruppen er kjent med at forsvarssektoren allerede er i ferd med å gjøre effektivitetsgrep blant annet knyttet til fjerning av selvpålagte utredningskrav, overgang fra detaljerte krav til beskrivelse av behov og konsepter og midlertidige oppdrag for å (parallelt) komme i gang med blant annet kontraktsforhandlinger. Dette er tiltak som kan være egnet til å løse en del av utfordringene knyttet til uforholdsmessig lange prosesser.

Arbeidsgruppen mener at det burde gjøres en utredning for å se om tiden for leverandørklarering i forbindelse med anskaffelsesprosjekter kan reduseres og prosessen forenkles for nye leverandører i markedet. Dette er også foreslått i statusrapporteringen for Forsvarets langtidsplan[43]. Det bør også vurderes om det kan være en form for hurtigløp for sikkerhetsklareringer knyttet til leveranser som har stort tidspress.

[43] Meld. St. 33 (2024–2025) - Status, fremdrift, utfordringer og risiko i gjennomføring av langtidsplanen for forsvarssektoren 2025–2036.

5 Gjeldende rett

5.1 EØS-avtalen

5.1.1 EØS-avtalens hoveddel

EU-regelverket om offentlige anskaffelser har til formål å sikre leverandører fra samtlige EU-stater like muligheter til å konkurrere om offentlige oppdrag i hele EU (over gitte terskelverdier). I bakgrunnen ligger det alminnelige forbudet mot diskriminering på grunnlag av nasjonalitet og reglene om fri bevegelighet av varer og tjenester, som er nedfelt i Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TEUV).

I kraft av EU-retten har hver av medlemsstatene gitt avkall på muligheten til å favorisere nasjonale leverandører, mot garantier for at deres nasjonale leverandører ikke utsettes for forskjellsbehandling i konkurransen om offentlige oppdrag i de andre 26 medlemsstatene. Anskaffelsesregelverket tjener med dette til å realisere EUs indre marked, og dermed indirekte også til økt internasjonal konkurransekraft for europeiske leverandører som kan vokse på et stort hjemmemarked.

Det primærrettslige utgangspunktet i EU-retten er at varer- og tjenester innen forsvars- og sikkerhetsområdet i utgangspunktet omfattes av reglene om fri bevegelighet. Reglene om fri bevegelighet krever likebehandling og ikke-diskriminering av produkter og leverandører innen EØS-området, jf. også rapportens kapittel 8.

Gjennom EØS-avtalen er det indre marked utvidet til å inkludere EFTA-statene som er parter til avtalen. For norske leverandører i forsvars- og sikkerhetsmarkedet gir dette rett til å konkurrere om offentlige oppdrag i hele EØS-området, mens det for norske oppdragsgivere i forsvars- og sikkerhetssektoren innebærer en plikt til å likebehandle leverandører fra Norge og de andre EØS-statene. Gjennom EØS-avtalen er de overordnede formålene med EU-lovgivningen om offentlige forsvars- og sikkerhetsanskaffelser å utvide reglene til å gjelde for hele EØS-området.

5.1.2 Vedtakelsen av direktiv 2009/81/EF

I september 2004 sendte EU-kommisjonen på høring en grønnbok hvor det ble bedt 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[44] automatisk på de fleste forsvarsanskaffelser, uten å vurdere om vilkårene i bestemmelsen var oppfylt.

I anskaffelsesprosessen brukte medlemslandene gjerne nasjonale regler som kunne variere betydelig fra land til land. Denne fragmenteringen av prosedyreregler medførte ifølge Kommisjonen dårligere gjennomsiktighet og konkurranse på forsvarsområdet. Dette igjen medførte mindre effektiv bruk av det offentliges midler og svekket Europas konkurranseevne på forsvarsområdet. I grønnboken fremsatte Kommisjonen forslag om blant annet et direktiv med mer fleksible regler for sektoren som tok hensyn til de særegenhetene som gjaldt for forsvarsanskaffelser.

Kommisjonen 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 ved åpen anbudskonkurranse med konkurransekunngjøring på europeisk nivå ikke kunne forenes med behovet

[44] Tilsvarer Lisboa-traktaten art. 346.

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 forsyningssikkerhet, konfidensialitet og tidspress.

Kommisjonen 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-kommisjonen 13. juli 2009 og ble publisert i Den Europeiske Unions Tidende den 20. august 2009. Direktivet ble innlemmet i EØS-avtalen ved vedtak i EØS-komiteen 14. juni 2013 ved EØS-komitebeslutning nr. 129/2013.

Direktiv 2009/81/EF bygger i stor grad på 2004/18. Det er likevel særlige forhold som gjør seg gjeldende på området for forsvars- og sikkerhetssektoren. Dette kommer blant annet til uttrykk i fortalens punkt 8 hvor det fremgår at:

> *(8) Forsvars- og sikkerhedsmateriel er både af avgørende betydning for medlemsstatenes 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)

Dette gjør at direktivet inneholder visse særlige tilpasninger til forsvars- og sikkerhetsområdet. I hovedtrekk omfatter dette:

- Det er adgang til å bruke prosedyreformen konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som en standard prosedyreform.
- Flere bestemmelser som skal sørge for informasjonssikkerhet i forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, og da særlig artikkel 22.
- Flere bestemmelser som skal sørge for forsyningssikkerhet i forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, og da særlig artikkel 23 som også må ses i sammenheng med direktiv 2009/43/EF
- Rammeavtaler er gitt en i utgangspunktet maksimal varighet på inntil 7 år, mot 4 i det klassiske direktivet.

Andre ulikheter sammenlignet med direktiv 2004/18/EF er at terskelverdiene i direktiv 2009/81/EF er høyere og sammenfaller med terskelverdiene i direktiv 2004/17 EF (direktivet for forsyningssektorene/forsyningsdirektivet). Direktivet åpner også for å pålegge at leverandøren utlyser inntil 30 % av kontraktens verdi for konkurranse blant underleverandører og hvordan leverandøren da skal gå frem.

5.1.3 Etterfølgende utvikling av regelverk – 2014-direktivene

I 2011 påbegynte EU en revisjon av anskaffelsesreglene som resulterte i vedtakelse av direktiv 2014/23/EU om konsesjonskontrakter, direktiv 2014/24/EU om kontrakter i klassisk sektor og direktiv 2014/ 25/EU om kontrakter i forsyningssektorene. Formålet med endringene var blant annet enklere og mer fleksible regler, reduksjon av de administrative byrdene for både oppdragsgivere og leverandører, ivaretakelse av små og mellomstore bedrifter, innovasjon og bedre tilretteleggelse for at offentlige oppdragsgivere kan ivareta samfunnshensyn som klima og miljø, og sosiale hensyn i sine anskaffelser.

Direktiv 2009/81/EF var ikke en del av 2014-revisjonen. I en rapport datert 2016, legger EU-kommisjonen til grunn at foretatte evalueringer av direktiv 2009/81/EF ikke har bidratt til å identifisere inkonsistens mellom bestemmelser i direktivet og elementene i de øvrige anskaffelsesdirektivene som ble vedtatt i 2014, eller med relevante EU-instrumenter og EU-politikk.[45] Det understrekes fra EU-kommisjonens side at direktiv 2009/81/EF i stedet har en klar merverdi for EU og at direktivets regler i stor grad er egnet til å oppnå de overordnede mål om et mer åpent europeisk forsvars- og sikkerhetsmarked. EU-kommisjonen understreker i rapporten at det er et sterkt behov for å fokusere på en effektiv implementering av direktivet, noe som blant annet krever ulike oppfølgingstiltak, eksempelvis veiledning om anvendelse av spesifikke bestemmelser.

5.1.4 Forslag til endringer i forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektiv i 2025

I 2025 varslet EU-kommisjonen om at samtlige av de eksisterende anskaffelsesdirektivene ville bli evaluert, inkludert direktiv 2009/81/EF, jf. blant annet EU-kommisjonens grønne industripakke datert 26. februar 2025 og EU-kommisjonens første Omnibus-pakke publisert 26. Februar 2025.

Det følger av EU-kommisjonens plan at revisjonen av anskaffelsesdirektivene skal ferdigstilles i 2026. Utgangspunktet er for øvrig at direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser behandles i en annen prosess enn de øvrige direktivene.

EU-kommisjonen har i løpet av kort tid utarbeidet forslag til nye endringer i direktiv 2009/81/EF, som inkluderer blant annet følgende foreslåtte grep:[46]

- Mer enn dobling av terskelverdiene for varer og tjenester til omtrent 10 MNOK
- Innføring av åpen anbudskonkurranse
- Innføring av dynamisk innkjøpsordning (DPS)
- Oppdaterte regler om innkjøpssentraler
- Innføring av innovasjonspartnerskap
- Oppdatere reglene om rammeavtaler
- Innføring av regler om anskaffelser via myndigheter i andre land
- Innføring av en ny bestemmelse om anskaffelse av et produkt etter gjennomført - innovasjonsløp
- Ny bestemmelse om unntak ved felles anskaffelse mellom minst 3 medlemsland
- Endret unntak for gjentakende kjøp
- Regulering om vesentlige endringer (som er mer forsvarstilpasset og mer fleksible enn i klassisk/forsyning)

I tillegg har EU-kommisjonen foreslått endringer i direktiv 2009/43 (eksportkontroll, jf. rapportens 5.2.6. Forslag til endringer i direktiv 2009/81/EF og direktiv 2009/43/EF er fremsendt til Rådet og Parlamentet for godkjenning. Så fremt forslagene blir godkjent, vil det bli en etterfølgende prosess med innlemmelse i EØS-avtalen og deretter gjennomføring av de aktuelle direktivendringene i norsk rett.

---

[45] Commision staff working document, Evaluation of Directive 2009/81/EC on public procurement in the fields of defence and security 30.11.2016 eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0407.

[46] Europakommisjonen, Defence Readiness Omnibus, mars, 2025, https://defence-industry-space.ec.europa.eu/eu-defence-industry/defence-readiness-omnibus_en.

5.1.5 Hvordan forholde seg til direktivenes ulike struktur

Direktiv 2009/81/EF er hovedsakelig basert på direktiv 2004/18/EF, og noe på direktiv 2004/17/EF. Som nevnt over gjør det seg imidlertid gjeldende en del særlige hensyn ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, og EU-lovgiver som gjør at det er behov for å vedta et eget direktiv for denne typen anskaffelser. På noen punkter gir direktiv 2009/81/EF økt fleksibilitet til å ivareta sikkerhetshensyn sammenlignet med de andre direktivene om offentlige anskaffelser, mens på andre punkter er det kun en synliggjøring av et handlingsrom som også eksisterer under øvrige anskaffelsesdirektiver. Dette vil bli adressert nærmere nedenfor når arbeidsgruppen behandler de enkelte bestemmelsene i direktivet. Der direktiv 2009/81/EF har bestemmelser som avviker fra de andre direktivene, typisk fordi oppdragsgiver skal kunne ivareta forsvars- og sikkerhetshensyn, så vil direktiv 2009/81/EF kunne bli tolket annerledes enn øvrige direktiver.

Selv om direktiv 2009/81/EF har noen særtrekk sammenlignet med andre direktiver, er både strukturen og mange av bestemmelsene identiske eller svært like bestemmelser i direktiv 2004/18/EF, og på enkelte punkter direktiv 2004/17/EF. Sistnevnte direktiver ble, som nevnt over, avløst av direktivene fra 2014, men uten at direktiv 2009/81/EF har fulgt denne utviklingen. Det kan da oppstå ulike metodiske problemstillinger om samspillet mellom både tidligere og gjeldende direktiver, og hvor det kan oppstå spørsmål om hvor langt rettstilstanden i andre direktiver kan overføres til direktiv 2009/81/EF. Dette har særlig betydning for mandatets punkt om at arbeidsgruppen skal se hen til arbeidet som er gjort av anskaffelsesutvalget.

Det er mange eksempler på at EU-domstolen har tolket likelydende bestemmelser i de forskjellige innkjøpsdirektivene på samme måte.[47] I for eksempel sak C-513/99 *Concordia Bus Finland* er det uttalt at det ikke er «grund til at fortolke to bestemmelser, der henhører under det samme fællesskabsretlige område, og som i det væsentlige har samme ordlyd, forskelligt».[48] Denne uttalelsen gjelder forholdet mellom direktivene i klassisk sektor og forsyningssektoren. Det er få dommer fra EU-domstolen om direktiv 2009/81/EF, men i sak C-493/22 *Armaprocure* skrev EU-domstolen at artikkel 55 nr. 4 i direktiv 2009/81/EF tilsvarer artikkel 1 nr. 3 i direktiv 89/665, og der den legger til grunn en lik fortolkning av bestemmelsene. Det underbygger at bestemmelser i direktiv 2009/81/EF som i det vesentligste er identiske med bestemmelser i direktiv 2004/18/EF, direktiv 2004/17/EF eller direktivene om håndheving, skal tolkes likt som bestemmelsene i øvrige direktiver. Spørsmålet har dog ikke kommet på spissen der det er spesielle hensyn som gjør seg gjeldende for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. EU-domstolens praksis om likelydende bestemmelser i andre direktiver antas uansett å være relevant for direktiv 2009/81/EF.

Hvis det kommer nye direktiver som viderefører rettstilstanden under tidligere direktiver, tolker EU-domstolen som regel nyere direktivbestemmelser på samme måte som den tolket tidligere direktivbestemmelser.[49] Det illustreres av sak C-669/20 *Veridos*, der det var det stilt spørsmål om bestemmelsen om urealistisk lavt tilbud i både direktiv 2014/24/EU og direktiv 2009/81/EF. Siden oppdragsgiver hadde anvendt direktiv 2009/81/EF brukte EU-domstolen dette direktivet, men den

[47] Se f.eks. sak C-82/24 *Veolia Waters* avsnitt 28 flg.

[48] Sak C-513/99 *Concordia Bus Finland* avsnitt 91.

[49] Se f.eks. sak C-41/18 *Meca* avsnitt 25, motsatt sak C-66/22 *Futrifer* avsnitt 49 flg., men det var noe så sjeldent som et uttrykkelig prejudikatsfravik.

tilføyde at «denne fortolkning kan overføres på bestemmelserne i direktiv 2014/24, for så vidt som disse bestemmelser i det væsentlige er identiske med bestemmelserne i direktiv 2009/81».[4] [50]

Der det kommer nye direktiver som kodifiserer rettstilstanden, vil eldre direktiver kunne tolkes i lys av kodifiserte bestemmelser i nyere direktiver.[51] Ifølge avsnitt 2 i fortalen til direktiv 2014/24/EU har direktivet til formål å presisere og kodifisere rettspraksis, og i så fall bør tilsvarende regler kunne innføres for direktiv 2009/81/EF. I forslag til avgjørelse i sak C-324/14 *Partner Apelski* skriver generaladvokaten at hvis nye regler bare er en kodifisering av rettspraksis «er der intet til hinder for at tage det senere direktiv i betragtning ved fortolkningen af det tidligere».[52] I forslag til avgjørelse i sak C-223/16 *Casertana Costruzioni* skriver generaladvokaten at tolkning av eksisterende bestemmelse i lys av en bestemmelse som ennå ikke har trådt i kraft, i prinsippet kan være hensiktsmessig om det er nødvendig for å avklare en tolkningstvil under gjeldende rett.[53] Det kan for eksempel gjelde vilkårene for utvidet egenregi som er utviklet i rettspraksis, men som nå er kodifisert og presisert i artikkel 12 i direktiv 2014/24/EU. Ved gjennomføring av direktiv 2009/81/EF i nasjonal rett bør det kunne legges til grunn at det er mulig å innføre tilsvarende regler om egenregi.

Der det kommer nye direktiver som vesentlig endrer rettstilstanden, har EU-domstolen slått fast at nyere bestemmelser ikke er tolkningsmomenter for eldre bestemmelser. I sak C-324/14 *Partner Apelski* var det stilt spørsmål om artikkel 48 nr. 3 i direktiv 2004/18/EF skal tolkes i lys av artikkel 63 i direktiv 2014/24/EU. Mens artikkel 48 i ga leverandøren en generell rett til å påberope tredjeparters kapasitet, er det i artikkel 63 gjort visse innskrenkinger i den retten ved at leverandøren i angitte situasjoner bare kan påberope ressurser til tredjeparter som skal utføre arbeidene.

EU-domstolen skriver i *Partner Apelski* at «langt fra blot at indgå som et led i artikel 48, stk. 3, i direktiv 2004/18 og præcisere rækkevidden heraf, indeholder artikel 63, stk. 1, i direktiv 2014/24 således nye betingelser, som ikke var fastsat under den tidligere retlige ordning.»[54] EU-domstolen mente derfor at artikkel 63 i direktiv 2014/24/EU ikke kunne anvendes for å avklare rekkevidden av artikkel 48 nr. 3 i direktiv 2004/18/EF. Det begrunnes med rettssikkerhetsprinsippet, som forbyr at nye regler gis tilbakevirkende kraft.[55] EU-domstolen konkluderte med det samme i sak C-223/16 *Casertana Costruzioni*. Den saken gjaldt utskifting av tredjepart som ikke lenger oppfylte de kvalifikasjonskrav som påberopelsen skulle godtgjøre. Nasjonal domstol spurte om artikkel 48 nr. 3 i direktiv 2004/18/EF skulle tolkes i lys av artikkel 63 i direktiv 2014/24/EU, som har innført regler om utskifting av tredjepart. EU-domstolen gjentok her at:

> *«Selv om direktiv 2014/24, som det er anført i anden betragtning til dette direktiv, har til formål at præcisere grundlæggende begreber og koncepter med henblik på at sikre retssikkerheden og integrere visse aspekter af Domstolens faste retspraksis, forholder det sig ikke desto mindre således, at det nævnte direktivs artikel 63 indebærer væsentlige ændringer hvad angår en økonomisk aktørs ret til at basere sig på andre enheders formåen i forbindelse med en offentlig kontrakt».*[56]

Avgjørelsene viser dermed at der direktiv 2014/EU innfører nye materielle regler, vil ikke disse kunne gjøres gjeldende for et eldre direktiv som ikke har de samme reglene. Et eksempel på vesentlig endring av rettstilstanden kan være tilfeller hvor det vil være i strid med ordlyden i direktiv

---

[50] Sak C-669/20 *Veridos* avsnitt 31.
[51] Se f.eks. sak C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító* avsnitt 37.
[52] Forslag til avgjørelse i sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 60.
[53] Forslag til avgjørelse i sak C-223/16 *Casertana Costruzioni* avsnitt 32 med videre henvisninger.
[54] Sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 91.
[55] Ibid. avsnitt 93.
[56] Sak C-223/16 *Casertana Costruzioni* avsnitt 26.

2009/81/EF å anvende reglene i direktiv 2014/24/EU. Illustrerende her er regler om minimumsfrister som er kortere i nyere direktiv enn i 2009/81/EF. Det vil være i strid med artikkel 33 i direktiv 2009/81/EF å anvende de kortere minimumsfristene i direktiv 2014/24/EU 27 flg. Tilsvarende vil nye positivrettslige plikter for oppdragsgiver, som ikke følger av direktiv 2009/81/EF, kunne være en vesentlig endring. Et eksempel her kan være reglene om utelukkelsesperiode i artikkel 57 i direktiv 2014/24/EU, som innskrenker medlemsstatens handlingsrom ved gjennomføringen av direktivet. Tilsvarende følger ikke av direktiv 2009/81/EF, og det kan heller ikke gjelde som sådan under dette direktivet.

5.2 Nasjonal gjennomføring og nasjonalt regelverk

Direktiv 2009/81/EF er gjennomført i norsk rett i form av forskrift av 4. oktober 2014 nr. 1185 om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA). Siden forskriften gjennomfører et direktiv som ble vedtatt før revisjonen av de øvrige direktivene i 2014, har den en oppbygging og en del bestemmelser som tilsvarer den nå opphevede anskaffelsesforskriften fra 2006. Det er ikke foretatt endringer i direktiv 2009/81/EF som følge av 2014-direktivene i klassisk sektor.

Helt overordnet vises det til at FOSA består av en EØS-basert del, og en nasjonal del. Reglene om anskaffelser over og under EØS-terskelverdi vil bli behandlet nærmere i del II og III nedenfor, men i 5.2.1 gis det en oversikt over de nasjonale anskaffelsesreglene. For forsvarsanskaffelser kommer også forsvarets interne anskaffelsesinstruks til anvendelse, og denne behandles i 5.2.2 nedenfor, og vil også bli omtalt ved behandlingen av den nasjonale gjennomføringen av direktivets bestemmelser.

Øvrig regelverk av særskilt betydning for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er regulert av nasjonal rett, herunder særlig sikkerhetsloven. Sikkerhetsloven er av særlig betydning, og behandles i 5.2.3 nedenfor, før forholdet mellom FOSA og sikkerhetsloven behandles i 5.2.4. Deretter behandles beskyttelsesinstruksen i 5.2.5, mens reglene om eksportkontroll behandles i 5.2.6.

5.2.1 Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

Forskriften del I inneholder alminnelige bestemmelser som gjelder for alle anskaffelser som er omfattet av forskriften. Det fremgår ikke direkte av forskriften, men siden anskaffelsesloven som hjemler forskriften kun gjelder anskaffelser over 100 000 kroner, så gjelder denne terskelen også for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Direktiv 2009/81/EF fortalen avsnitt 2 og FOSA § 1-1 viser til et «tilleggsformål» om å ivareta behovet for å utvikle og opprettholde en europeisk forsvars- og sikkerhetsteknologisk og industriell base.

FOSA gjelder for de samme oppdragsgiverne som må følge anskaffelsesforskriften. I tillegg omfatter forskriften offentlige foretak samt eneretts- og særselskaper i forsyningssektoren.

Forskriften § 1-3 regulerer hvilke kontrakter som er omfattet av forskriften. Dette er blant annet levering av forsvarsmateriell og gradert materiell, samt bygg- og anleggsarbeid og varer og tjenester i tilknytning til forsvarsmateriell eller gradert materiell. Forskriften får ikke anvendelse på kontrakter som kan unntas etter EØS-avtalens artikkel 123.

Del II i forskriften gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdiene. Terskelverdiene i 2023 er 4,5 millioner kroner for vare- og tjenestekontrakter og 56 millioner kroner for bygge- og anleggskontrakter. Forskriften skiller mellom prioriterte og uprioriterte tjenester, og uprioriterte tjenester følger reglene i del I selv om EØS-terskelverdien er overskredet. For anskaffelser under

EØS-terskelverdi gjelder kun forskriften del I og anskaffelsesloven, og det er ingen nasjonal kunngjøringsplikt.

For oppdragsgivere i forsvarssektoren gjelder i tillegg anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF) som er en intern instruks. Se omtale av ARF i punkt 5.2.2. Oppdragsgiver står fritt til å velge mellom begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som standardprosedyre etter forskriften del II. Åpen anbudskonkurranse er ikke inntatt i forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet og er derfor heller ikke en tillatt prosedyre etter forskriften del II. Bakgrunnen for dette var at EU-kommisjonen mente at prosedyren åpen anbudskonkurranse med kunngjøring på europeisk nivå, ikke er forenlig med behovet for konfidensialitet. Oppdragsgiver står fritt til å benytte konkurranse med forhandling.

FOSA del III omhandler ikraftsetting og overgangsregler. Vedlegg 1 inneholder oversikt over bygge- og anleggsaktiviteter. Vedlegg 2 er opphevet, vedlegg 3 og vedlegg 4 omhandler protokoll under og over EØS-terskelverdiene. Vedlegg 5 er en oversikt over prioriterte tjenester og vedlegg 6 er en oversikt over uprioriterte tjenester.

Særlige bestemmelser i forsvars- og sikkerhetsforskriften er blant annet:

- Oppdragsgiver har rett til å kreve dokumentasjon på at leverandør og underleverandør kan sikre at graderte opplysninger oppbevares på en forsvarlig måte.
- Oppdragsgiver kan stille krav til forsyningssikkerhet i konkurransegrunnlaget.
- Rammeavtaler etter forskriften kan som hovedregel ha en maksimal varighet på inntil syv år.

I. Forsvarsanskaffelser i FOSA

FOSA omfatter for det første «levering av forsvarsmateriell, herunder også delkomponenter», jf. § 1-3 (1) bokstav a. «Forsvarsmateriell» er i FOSA § 4-1 bokstav f definert til å være «materiell som er spesielt utformet eller tilpasset militære formål og militært bruk, som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell». FOSAs definisjon av forsvarsmateriell inneholder to kumulative vilkår: Materiellet må for det første være spesielt utformet eller tilpasset militære formål og militært bruk, og materiellet må for det annet være tenkt brukt som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell.[57]

Ordlyden «spesielt utformet eller tilpasset» militære formål og militært bruk tilsier at materiellet må være av utpreget militærteknisk art. I vurderingen må det tas utgangspunkt i produsentens intensjon på tidspunktet for materiellets design, utvikling eller fremstilling. Oppdragsgiveren bør se hen til de produkttyper som fremgår av listen over våpen, ammunisjon og krigsmateriell i det Europeiske råd (Rådets) avgjørelse 255/58 av 15. april 1958 (1958-listen).[58] I 1958-listen er det opplistet er rekke typer av materiell som er designet, utviklet og fremstilt til spesifikke militære formål.

1958-listen er imidlertid generisk og må tolkes vidt i lys av den løpende teknologiske utviklingen som finner sted i EUs forsvarsmarked. Blant annet vil det være relevant å se hen til om materiellet står oppført på vareliste I (forsvarsrelaterte varer) til forskrift av 9. september 2014 nr. 1163 om eksport av forsvarsmateriell, flerbruksvarer, teknologi og tjeneste (eksportkontrollforskriften). Vareliste I

[57] Vilkår nr. 2 kan ikke utledes direkte av ordlyden i FOSA, men kan utledes fra Direktiv 2009/81/EF. I den engelske versjonen av Direktiv 2009/81/EF anvendes «intended for use as an arm, munitions or war material», mens den danske versjonen bruker «bestemt til brug som våben, ammunition eller krigsmateriel». I FOSAs definisjon, jf. § 4-1 bokstav j, legger Forsvarsdepartementet til grunn at det er et vilkår om at materiellet må være tenkt brukt som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell, jf. veileder til FOSA.

[58] Regjeringen.no, Veileder til forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, 2019.

(heretter benevnt varelisten) utgjør vedlegg til eksportkontrollforskriften. Varelisten omfatter, foruten fysiske gjenstander, annen teknologi og tjenester som krever lisens fra Utenriksdepartementet ved eksport.[59]

Utover forsvarsmateriell, omfatter FOSA i tillegg utførelse av bygge- og anleggsarbeider og levering av varer og tjenester som har direkte sammenheng med forsvarsmateriell, jf. FOSA § 1-3 (1) bokstav b, og bygge- og anleggsarbeider og tjenester til spesifikke forsvarsformål, jf FOSA § 1-3 (1) bokstav d.

II. Sikkerhetsanskaffelser i FOSA

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

«Gradert materiell» i henhold til FOSA er «materiell til sikkerhetsformål som inneholder eller krever behandling av gradert informasjon», jf. FOSA § 4-1 bokstav h. To vilkår må være oppfylt for at materiellet kan anses som gradert etter FOSA og anskaffes i henhold til regelverket: Materiellet må for det første være til sikkerhetsformål, og materiellet må for det andre inneholde eller kreve behandling av gradert informasjon.

FOSA inneholder ingen definisjon av begrepet «til sikkerhetsformål», jf. det første vilkåret. Vilkåret synes å ha et videre anvendelsesområde enn vilkåret «til forsvarsformål» i FOSA § 1-3 (1) bokstav a. i lys av den pågående samfunnsutviklingen, og omfanget av nasjonale funksjoner, innenfor forsvarssektoren og i de øvrige samfunnssektorene, som ivaretar nasjonale sikkerhetsinteresser.[60]

Hva gjelder annet vilkår om at materiellet må inneholde eller kreve behandling av gradert informasjon, vises det til at FOSA inneholder en egen definisjon av ”gradert informasjon”, jf. FOSA § 4-1 bokstav j. Gradert informasjon i henhold til FOSA er informasjon som er tildelt er graderingsnivå i henhold til lov eller instruks, med hensyn til nasjonal sikkerhet og som har til formål å beskytte mot urettmessig tilegnelse, destruksjon, fjerning, utlevering, tap eller å hindre tilgang av uautoriserte personer at graderingsnivå.

Gradering av informasjon i en anskaffelse må dermed følge av lov eller instruks med hensyn til nasjonal sikkerhet og beskyttelse av urettmessig bruk mv. for at anskaffelsen skal være omfattet av vilkåret.[61]

Hvilke opplysninger som vil falle inn under direktivets «klassifiserte opplysninger» behandles nærmere i kapittel 9. Arbeidsgruppen antar at FOSAs ordlyd ikke er valgt for å begrense hvilke opplysninger som kan beskyttes av hensyn til nasjonale sikkerhetsinteresser.

Oppdragsgiveren må vurdere om leverandøren av en vare eller tjeneste kan få «tilgang til eller tilvirke sikkerhetsgradert informasjon», jf. sikkerhetslovens § 9-1. Dersom oppdragsgivers vurdering er at leverandør kan få tilgang til eller tilvirke sikkerhetsgradert informasjon i en anskaffelse, vil anskaffelsen utgjøre en sikkerhetsgradert anskaffelse etter sikkerhetsloven.[62] I den grad en

[59] Ibid.
[60] Regjeringen.no, Veileder til forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, 2019.
[61] Ibid.
[62] Ibid.

sikkerhetsgradert anskaffelse etter sikkerhetsloven omfattes av virkeområdet til FOSA, vil oppdragsgiveren være pålagt å følge både sikkerhetslovens bestemmelser, jf. FOSA § 3-3, i tillegg til FOSA, jf. § 1-3 første ledd.

I tillegg til gradert materiell, omfatter FOSA videre utførelse av bygge- og anleggsarbeider og levering av varer og tjenester som har direkte sammenheng med gradert materiell, jf. FOSA § 1-3 (1) bokstav c og graderte bygge- og anleggsarbeider og graderte tjenester, jf. FOSA § 1-3 (1) bokstav e.

5.2.2 Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren - ARF

Forsvarssektoren har egne interne retningslinjer på anskaffelsesområdet. Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF) er en intern instruks utarbeidet i medhold av fullmakt gitt til Forsvarsdepartementet ved kgl.res. 20. august 2004. ARF er for tiden under revisjon.

At ARF er gitt i form av instruks medfører at den ikke er en forskrift i forvaltningslovens forstand. ARF gir således ikke private rettigheter eller plikter.[63] ARF gjelder for Forsvarsdepartementet med underliggende etater. Oppdragsgivere i forsvarssektoren må således forholde seg til både ARF og anskaffelsesregelverket (anskaffelsesloven med tilhørende forskrifter) ved gjennomføring av anskaffelser til forsvarssektoren. Anskaffelser etter ARF skal sikre forsvarlig forvaltning samt mest mulig ensartet praksis i anskaffelsessaker i forsvarssektoren.

ARF er pr nå på høring. Bakgrunnen for de oppdateringer som foreslås gjennomført i ARF er blant annet at investeringskonseptet i forsvarssektoren i 2020 ble endret og lagt tettere opp til statens prosjektmodell. I tillegg er Innst. 507 S (2020-2021) til Meld. St. 17 (2020-2021) Samarbeid for sikkerhet - Nasjonal forsvarsindustriell strategi for et høyteknologisk og fremtidsrettet forsvar behandlet i Stortinget i juni 2021. Tilsvarende gjelder Innst. 426 S (2023-2024) til Prop. 87 S (2023-2024) Langtidsplan for forsvarssektoren. Innstillingene trekker frem flere forhold som angår anskaffelsesprosessene i forsvarssektoren.

5.2.3 Sikkerhetsloven

I. Oversikt

Sikkerhetsloven trådte i kraft 1. januar 2019. Loven skal forebygge, avdekke og motvirke sikkerhetstruende virksomhet. Med hjemmel i loven er det utformet flere forskrifter. De mest sentrale forskriftene er virksomhetsforskriften og klareringsforskriften.

Virksomhetsforskriften stiller krav til blant annet virksomheters styringssystem, generelle krav til beskyttelse av skjermingsverdige verdier, samt krav til håndtering og beskyttelse av skjermingsverdig informasjon og beskyttelse av skjermingsverdige objekter og infrastruktur. Klareringsforskriften inneholder krav til sikkerhetsklarering, klareringsadgang og leverandørklarering.

II. Pliktsubjekter

Sikkerhetsloven gjelder for alle statlige, fylkeskommunale og kommunale organer.

I tillegg følger det av sikkerhetsloven § 1-3 at departementet kan fatte vedtak om at visse virksomheter må underlegges sikkerhetsloven. Dette gjelder blant annet for virksomheter som råder over

[63] Rt. 2005 s. 1638 New Pac Safety.

informasjon, informasjonssystemer, objekter eller infrastruktur som har avgjørende betydning for grunnleggende nasjonale funksjoner eller som driver aktivitet som har avgjørende betydning for grunnleggende nasjonale funksjoner. Nasjonale funksjoner er definert i sikkerhetsloven § 1-5 nr. 2 som tjenester, produksjon og andre former for virksomhet som ved helt eller delvis bortfall vil få konsekvenser for statens evne til å ivareta nasjonale sikkerhetsinteresser. Hva som utgjør nasjonale sikkerhetsinteresser, er definert i § 1-5 nr. 1 bokstav a til e. 44 grunnleggende nasjonale funksjoner var identifisert per 24. august 2023. Dette er blant annet helseberedskap, trygg vannforsyning, matvareforsyning, satellittbasert overvåkning, romvarslingstjenester, nasjonal kraftforsyning, for å nevne noen.

Leverandører til sikkerhetsgraderte anskaffelser er den tredje kategorien av virksomheter som må følge sikkerhetsloven, jf. sikkerhetsloven kapittel 9.

Sikkerhetsloven omfatter som et utgangspunkt ikke offentligrettslige organer, offentlige foretak eller andre virksomheter som utøver forsyningsaktivitet som følge av en særrett eller enerett. Dette innebærer at selv om en oppdragsgiver er omfattet av anskaffelsesreglene så vil den ikke nødvendigvis være omfattet av sikkerhetsloven. Om en slik oppdragsgiver er omfattet beror på om det er fattet vedtak i medhold av sikkerhetsloven § 1-3. Samtidig innebærer angivelse av lovens virkeområde at en oppdragsgiver kan være omfattet av sikkerhetsloven, selv om oppdragsgiveren ikke er omfattet av anskaffelsesreglene. Sikkerhetsloven er en dynamisk og fleksibel rammelov, som skal sette myndigheter og virksomheter i stand til å sikre sentrale nasjonale interesser mot et trussel- og risikobilde i stadig endring. Lovens formål er å trygge overordnede nasjonale sikkerhetsinteresser, og særlig landets suverenitet, territorielle integritet og demokratiske styreform. Loven søker å forebygge, motvirke og avdekke sikkerhetstruende virksomhet, som tilsiktede handlinger der målet er å ramme nasjonale sikkerhetsinteresser og tilsiktede handlinger som indirekte kan true disse interessene. Sikkerhetstiltak skal gjennomføres med grunnleggende rettsprinsipper og verdier i et demokratisk samfunn.

Det nærmere virkeområdet defineres av grunnleggende nasjonale funksjoner. Med dette menes tjenester, produksjon eller andre former for virksomheter som er av en slik betydning at helt eller delvis bortfall vil få konsekvenser for statens evne til å ivareta nasjonale sikkerhetsinteresser, jf. sikkerhetsloven § 1-5 andre ledd. Nasjonal sikkerhetsmyndighet har det sektorovergripende ansvaret med å følge opp at forebyggende sikkerhetsarbeid i virksomhetene skjer i samsvar med loven. Sikkerhetsloven med tilhørende forskrifter stiller krav til hvordan oppdragsgivere og leverandører må ta hensyn til sikkerhet i anskaffelser. Sikkerhetsgraderte anskaffelser er regulert i sikkerhetsloven kapittel 9. Det følger av forarbeidene til sikkerhetsloven at en sikkerhetsgradert anskaffelse i utgangspunktet er omfattet av lov om offentlige anskaffelser og forsvars- og sikkerhetsforskriften. Videre fremholdes at lov og forskrift imidlertid ikke kommer til anvendelse der en anskaffelse er unntatt i medhold av artikkel 123 i EØS-avtalen.

Om forholdet til EØS-retten har departementet fremholdt i forarbeidene til sikkerhetsgraderte anskaffelser at reglene i loven vedrørende dette ikke vil være i strid med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, ettersom eventuelle begrensninger i konkurransen grunnet hensyn til Norges nasjonale sikkerhet ikke går lenger enn det som er strengt nødvendig. Departementet viser videre til at EØS-avtalen artikkel 123 vil komme til anvendelse ved flere høyt graderte anskaffelser, slik at anskaffelsesreglene ikke kommer til anvendelse i det hele tatt, som redegjort for i rapportens kapittel 8.3 til 8.6.

III. Sikkerhetsgraderte anskaffelser

Det er i § 9-1 nærmere angitt hva som er en sikkerhetsgradert anskaffelse. Her fremgår det at dette er anskaffelser som innebærer at leverandøren av varen eller tjenesten kan få tilgang til eller tilvirker sikkerhetsgradert informasjon eller får tilgang til et skjermingsverdig objekt eller infrastruktur. § 5-3 angir hva som er sikkerhetsgradert informasjon, mens § 7-1 gir regler om skjermingsverdige objekter og infrastruktur.

I § 9-2 står det at oppdragsgiver må inngå en sikkerhetsavtale med leverandørene før en sikkerhetsgradert anskaffelse iverksettes. Det er sikkerhetsmyndigheten som må godkjenne en leverandør før en sikkerhetsavtale inngås dersom leverandøren eller dens personell er utenlandsk. Videre følger det av bestemmelsen at sikkerhetsavtalen skal tydeliggjøre og konkretisere partenes plikter og ansvar etter loven.

I § 9-3 er det gitt regler om leverandørerklæring. Det følger av første ledd at før en leverandør får tilgang til informasjon som er gradert som konfidensielt eller høyere, må leverandøren ha en sikkerhetsklarering som svarer til sikkerhetsgraden. Utgangspunktet etter andre ledd er at en leverandørklarering bare skal gis dersom det ikke er noen rimelig grunn til å tvile på at leverandøren er sikkerhetsmessig skikket.

Etter § 9-4 er det gitt regler om varslingsplikt og myndighet til å fatte vedtak ved anskaffelser til skjermingsverdig informasjonssystem, objekt og infrastruktur. Videre er det gitt regler om personellklarering i kapittel 8, som må følges ved sikkerhetsgraderte anskaffelser. I anskaffelser der oppdragsgiver skal stille sikkerhetskrav, må oppdragsgiver foreta en vurdering av hvilke sikkerhetsrisikoer som kan oppstå og hvordan anskaffelsen bør legges opp. Sikkerhetsloven stiller krav til risikostyring av anskaffelser som er omfattet av sikkerhetsloven.

Oppdragsgivere i forsvars- og sikkerhetssektoren gjøres for øvrig oppmerksomme på at eventuelle oppståtte utfordringer knyttet til sikkerhetstruende investeringer og oppkjøp av virksomheter som omfattes av sikkerhetsloven, håndteres gjennom bestemmelser om eierskapskontroll i sikkerhetsloven kapittel 10. Dersom et erverv etter § 10-1 kan medføre en ikke ubetydelig risiko for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet, kan Kongen i statsråd fatte vedtak om at ervervet ikke kan gjennomføres, eller om at det skal settes vilkår for gjennomføringen. Dette gjelder også dersom det allerede er inngått avtale om ervervet. Dersom det ikke fattes vedtak etter første punktum, skal departementet orientere erververen om dette.

Det vises til Nasjonal sikkerhetsmyndighets veileder i sikkerhetsstyring for en nærmere redegjørelse av sikkerhetslovens bestemmelser om sikkerhetsgraderte anskaffelser. Veilederen om ivaretakelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser inneholder ytterligere informasjon om sikkerhetsloven, dens graderingssystem og hvilke krav som skal stilles i hvilke anskaffelser.

5.2.4 Forholdet mellom FOSA og sikkerhetsloven

FOSA inneholder en rekke mekanismer som skal ivareta oppdragsgivers behov for å ivareta sikkerhet under anskaffelsesprosessen både i forsvarssektor og i sivil sektor. FOSA er dermed utarbeidet som et prosedyredirektiv for sikkerhetsanskaffelser, og har mer fleksible regler enn det klassiske regelverket. Det åpner for å stille krav til sikkerhet, og ivaretar de særegenheter som gjør seg gjeldende for denne typen anskaffelser.

EØS-anskaffelsesretten regulerer ikke gradering av opplysninger da dette bestemmes av nasjonal rett. I Norge reguleres håndtering av graderte opplysninger av sikkerhetsloven. I den grad leverandøren kan få tilgang til visse skjermingsverdige verdier i en anskaffelse, vil anskaffelsen utgjøre en sikkerhetsgradert anskaffelse etter sikkerhetsloven. Det er viktig å understreke at ikke alle

skjermingsverdige verdier gjør at anskaffelsen blir en sikkerhetsgradert anskaffelse. Sikkerhetsloven § 9-1 viser at anskaffelsen er en sikkerhetsgradert anskaffelse når

- leverandøren kan få tilgang til sikkerhetsgradert informasjon,
- leverandøren tilvirker sikkerhetsgradert informasjon,
- leverandøren kan få tilgang til et skjermingsverdig objekt, eller
- leverandøren kan få tilgang til skjermingsverdig infrastruktur.

Sikkerhetskravene fremgår av sikkerhetsloven med tilhørende forskrifter, mens FOSAs prosedyreregler ivaretar de sikkerhetsmessige sidene ved en anskaffelse.[64]

Det understrekes at FOSA ikke er sammenfallende med definisjonene av en sikkerhetsgradert anskaffelse i henhold til sikkerhetsloven. Med "sikkerhetsanskaffelse" etter FOSA menes 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. En sikkerhetsgradert anskaffelse etter sikkerhetsloven som ikke er til sikkerhetsformål, faller dermed utenfor FOSAs virkeområde. Arbeidsgruppen viser til mandatet, hvor det uttrykkelig fremgår at den nye loven om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser vil inneholde grunnleggende prinsipper og krav til prosedyrer som skal følges ved gjennomføringer av anskaffelser som omfattes av lovens virkeområde, i tillegg til at sikkerhetsloven med tilhørende forskrifter stiller særlige krav til hvordan oppdragsgivere og leverandører må ta stilling til sikkerhet i en anskaffelsesprosess, og at utredningen skal beskrive sammenhengen mellom disse regelverkene. For en ytterligere utdypning av FOSAs virkeområde, sett i sammenheng med sikkerhetslovens virkeområde, vises det til rapportens kapittel 9.2.4.

5.2.5 Beskyttelsesinstruksen

Beskyttelsesinstruksen anvendes for behandling av dokumenter som trenger beskyttelse av andre grunner enn nevnt i sikkerhetsloven. Instruksen forvaltes av Statsministerens kontor (SMK).

Instruksen er gitt med hjemmel i Kongens instruksjonsmyndighet. Dette innebærer at instruksen kun kan gjøres gjeldende overfor virksomheter som ligger innenfor regjeringens alminnelige instruksjons- og kontrollmyndighet – det vil si statsforvaltningen.

Som det fremgår av instruksens tittel er anvendelsesområdet et annet enn for sikkerhetsloven, men det er likevel enkelte likhetstrekk mellom regelverkene. Som etter sikkerhetsloven er det en skadevurdering som ligger til grunn for gradering av dokumenter. FORTROLIG og STRENGT FORTROLIG benyttes dersom det vil kunne forårsake henholdsvis skade eller betydelig skade for offentlige interesser, en bedrift, en institusjon eller en enkeltperson, at dokumentets innhold blir kjent for uvedkommende.

Elektronisk behandling av dokumenter som er gradert av beskyttelsesinstruksen, skal i henhold til instruksen § 12 skje i samsvar med nærmere angitte bestemmelser i informasjonssikkerhetsforskriften.

En viktig forskjell mellom de to regelverkene er det absolutte tilleggsvilkåret om at dokumentet må kunne unntas fra offentlighet i medhold av offentleglova for å kunne bli gradert etter beskyttelsesinstruksen, jf. instruksen § 3. Dette henger sammen med at instruksen ikke har hjemmel i

[64] Regjeringen.no, Veileder til forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, 2019.

formell lov, og derfor ikke utgjør en selvstendig hjemmel for unntak fra innsyn etter offentleglova. For sikkerhetsformål vil offentleglova § 21 være særlig aktuell som hjemmelsgrunnlag for unntak.

5.2.6 Eksportkontroll

Direktiv 2009/43/EF om forenklede regler og betingelser ved leveranse (ICT direktivet) åpner for forenkling av regler og vilkår for leveranser av forsvarsrelaterte varer innenfor EU/EØS-området mellom bedrifter som er sertifisert av sine rette myndigheter. Direktivet er gjennomført i norsk rett.

I Norge er kontrollen med eksport av strategiske varer, teknologi og tjenester hjemlet i lov og forskrift. Begrepet strategiske varer er en fellesbetegnelse for henholdsvis forsvarsmateriell og flerbruksvarer. Utenriksdepartementet har utarbeidet egne retningslinjer for behandling av søknader om eksport av forsvarsmateriell, teknologi og tjenester for militære formål.

Lov av 18. desember om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi mv. (eksportkontrolloven) er en fullmaktslov. Utenriksdepartementet er gitt fullmakt til å administrere loven og utarbeide forskrifter og retningslinjer for å sikre gjennomføringen av kontrollen.

Loven gir et vidt hjemmelsgrunnlag for å sikre en effektiv utøvelse av kontrollen med eksporten av strategiske varer, teknologi og tjenester for militære formål. Utenriksdepartementet kan blant annet foreta inspeksjon og kreve innsyn i dokumenter som har betydning for eksportaktiviteter, herunder regnskapsmateriale og forretningspapirer. Loven inneholder dessuten straffebestemmelser, som omfatter bøter, fengsel eller begge deler. Det er straffbart å utføre eller forsøke å utføre varer, teknologi eller tjenester uten nødvendig tillatelse, samt overtre vilkår som er satt, gi uriktige opplysninger, muntlig eller skriftlig, om forhold som er av betydning for adgangen til å utføre varer, teknologi eller tjenester, eller på annen måte overtre bestemmelser som er gitt i eller i medhold av loven.

Forskrift om eksport av forsvarsmateriell, flerbruksvarer, teknologi og tjenester av 19. Juni 2013 (eksportkontrollforskriften) gir regler om den operative gjennomføringen av kontrollen. Forskriften gir nærmere regler om selve lisensieringen, herunder adgangen til å sette vilkår for en lisens, og til å trekke tilbake, suspendere eller endre en tidligere innvilget lisens, om unntak fra lisensplikten og til å kreve sluttbrukererklæring.

Forskriften angir to kontrollister. Liste I omfatter forsvarsrelaterte varer og teknologi, mens liste II beskriver flerbruksvarer- og teknologi. EU har konsolidert listene som er fremforhandlet i de multilaterale eksportkontrollregimene hvor Norge deltar. I tillegg til varer, kreves det lisens for tjenesteytelser knyttet til varelistene, eller tjenester som for øvrig kan tjene til å utvikle et lands militære evne. Det kreves også lisens for formidling av strategiske varer mellom to tredjeland.

EU kommisjonen har foreslått endringer i direktiv 2009/43/EC. [65] I forslaget fremmes også endring av direktiv 2009/81/EC. Forslaget fra kommisjonen er et ledd i en større tiltakspakke fra EU om å sikre raskere og mer effektive forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i lys av det alvorlige sikkerhetspolitiske bakteppet Europa befinner seg i.[66]

Når det gjelder forslaget om revisjon av direktiv 2009/43/EC, så er følgende hovedforslagene:

---

[65] Europakommisjonen, Directive of the European parliament and of the council - amending Directives 2009/43/EC and 2009/81/EC, as regards the simplification of intra-EU transfers of defence-related products and the simplification of security and defence procurement, 17.06.2025.

[66] Europakommisjonen, Joint White Paper for European Defence Readiness 2030, 19.03.2025.

For direktiv 2009/43/EF

- Tilfellene der medlemsstatene kan gi unntak fra forhåndsgodkjenning for overføring av forsvarsrelaterte produkter vil bli utvidet til å omfatte overføringer som er nødvendige for gjennomføring av prosjekter finansiert av EUs forsvarsindustrielle programmer, overføringer innenfor rammen av strukturerte grenseoverskridende industrielle partnerskap, overføringer til EUs institusjoner og organer og Det europeiske forsvarsbyrået, og overføringer i tilfelle en nødsituasjon som følge av en krise.
- Kommisjonen vil få myndighet til å definere visse ikke-vesentlige elementer i overføringsrammeverket gjennom vedtakelse av delegerte rettsakter.
- Den generelle overføringslisensen vil bli utvidet til å omfatte overføringer fra sertifiserte enheter, i tillegg til overføring til sertifiserte europeiske forsvarsforetak.
- Medlemsstatene vil bli pålagt å muliggjøre muligheten til å innføre generelle overføringslisenser utover de som er oppført i artikkel 5(2).
- Generelle overføringslisenser vil bli innført for EUs forsvarsindustrielle prosjekter, som Det europeiske forsvarsfondet (EDF), for å dekke alle forsvarsrelaterte produkter og alle overføringer som er nødvendige for gjennomføringen av prosjektet.
- Endring av bestemmelsen om informasjon som skal gis av leverandører av forsvarsrelaterte produkter for å gi dem den nødvendige fleksibiliteten, samtidig som åpenhet og kontroll opprettholdes.

Eksportregelverket henger sammen med direktiv 2009/81/EF. I påvente av behandling av regelverksforslagene i EU søylen og etterfølgende EØS behandling for inkorporering i norsk rett, behandles ikke forslaget mer inngående.

5.2.7 Lov om forsvarsviktige oppfinnelser

Lov 26. juni 1953 nr. 8 om oppfinnelser av betydning for rikets forsvar (lov om forsvarsviktige oppfinnelser) ble gitt for å sikre det offentlige hjemmel til enhver forføyning som er nødvendig for at en oppfinnelse av betydning for rikets sikkerhet skal komme rikets forsvar mest mulig til nytte.

Lovens bestemmelser var i stor utstrekning nye i forhold til tidligere lovgivning, jf. Ot.prp. nr. 62 (1952) og Innst. O. VII (1953).

For å bli mer tilgjengelig for brukerne, og for å tilpasses den teknologiske utviklingen, er det behov for oppdatering av både språk og lovgivningsteknikk. Det er videre et behov for et lovgrunnlag som legger til rette for prosesser som sikrer industriaktørene tilgang til eksportmarkeder og forskningsmiljøer innenfor og utenfor norsk jurisdiksjon, samtidig som det legges til rette for tilstrekkelig kontroll med og tilgang til teknologi som har vesentlig betydning for operativ evne. Det er dessuten et behov for å oppdatere lovens bestemmelser om hemmelige patenter slik at loven er i tråd med utviklingen som har skjedd innenfor patentretten siden loven trådte i kraft.

Forsvarsdepartementet har følgelig utformet forslag til ny lov om beskyttelse av norsk forsvarsteknologi og sikkerhetsgraderte patenter. Lovforslaget har vært på høring, men det er ukjent når et lovforslag eventuelt vil bli fremmet for Stortinget.[67]

[67] Regjeringen.no, Høring - ny lov om beskyttelse av norsk forsvarsteknologi og sikkerhetsgraderte patenter, 13.01.2023.

5.2.8 Lov om informasjon om bestemt angitte områder, skjermingsverdige objekter og bunnforhold

Lov av 21. juni 2017 nr. 88 om informasjon om bestemt angitte områder, skjermingsverdig objekter og bunnforhold ble gitt for å legge til rette for å kunne motvirke trusler mot rikets selvstendighet og sikkerhet og andre vitale nasjonale sikkerhetsinteresser ved å beskytte og utøve kontroll over informasjon som omfattes av loven. Loven skal også legge til rette for opptak, bruk og spredning av informasjon innenfor de begrensningene hensynet til rikets selvstendighet og sikkerhet og andre vitale nasjonale sikkerhetsinteresser setter, jfr. formålsbestemmelsen § 1.

Loven erstattet midlertidig lov om kontroll med geografisk informasjon[68] og utvidet virkeområdet fra anlegg og områder som disponeres av forsvarssektoren til også å omfatte informasjon om bestemt angitte skjermingsverdige objekter.

Departementet kan i det enkelte tilfelle bestemme at informasjon om bunnforhold som er sikkerhetsgradert etter sikkerhetsloven, kan avgraderes og underlegges taushetsplikt. Departementet kan videre bestemme at informasjon underlagt taushetsplikt, kan utleveres og eventuelle vilkår for utlevering. Brudd på taushetsplikten eller vilkårene for utlevering er straffesanksjonert.

6 Regelverket i andre nordiske land

6.1 Regelverket i Finland

Finland gjennomfører EUs direktiver 2009/81/EF, 2014/23/EU, 2014/24/EU og 2014/25/EU om offentlige anskaffelser i følgende tre lover:

- Lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling[69] (1531/2011), som gjennomfører direktiv 2009/81/EF.
- Lag om offentlig upphandling och koncession[70] (1397/2016), som gjennomfører direktivene 2014/23/EU og 2014/24/EU.
- Lag om upphandling och koncession inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster[71] (1398/2016), som gjennomfører direktiv 2014/23/EU.

De finske lovene om offentlige anskaffelser er i all hovedsak strukturert likt som direktivene 2009/81/EF, 2014/23/EU, 2014/24/EU og 2014/25/EU. Lag om offentlig upphandling och koncession, lag om upphandling och koncession inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster, og lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling, tilsvarer i hovedsak de respektive EU-direktivene de gjennomfører, foruten noen mindre språklige, tekniske og redaksjonelle endringer.
Lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling trådte i kraft 1. januar 2012. Forut for ikrafttredelsen, var forsvars- og sikkerhetsanskaffelser regulert i en nasjonal forordning.[72]

---

[68] LOV-2015-08-07-83.
[69] På finsk: Laki julkisista puolustus- ja turvallisuushankinnoista (1531/2011).
[70] På finsk: Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016).
[71] På finsk: aki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1398/2016).
[72] På finsk: aki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1398/2016).

Gjennomføring av 2014-direktivene medførte ikke materielle endringer i lag om offentlig försvars- og säkerhetsupphandling.

I tillegg til disse lovene, finnes det en rekke andre lover som får anvendelse ved offentlige anskaffelser, slik som lag om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999) og lag om rättegång i förvaltningsärenden (808/2019). Lovene regulerer interne, nasjonale prosedyrer, og er i prinsippet uavhengig av EU-retten.

Avdelning I av lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling dekker de generelle reglene for anskaffelsesprosedyrer, uavhengig av om disse er under eller over nasjonale terskelverdier og EUs terskelverdier. Avdelning II gjennomfører i hovedsak reglene i direktiv 2009/81/EF, foruten enkelte bestemmelser for anskaffelser over EUs terskelverdier som enten skiller seg fra artiklene eller angir mer utførlige regler for anskaffelser. Avdelning III angir regler for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser som overstiger nasjonale terskelverdier, men som ikke overstiger EUs terskelverdier. Denne avdelningen regulerer også anskaffelser som overstiger nasjonale terskelverdier, og som omfattes av TEUV artikkel 346 nr. 1 bokstav b.

Lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling 7 § første ledd punkt 1 fastslår at en anskaffelse er unntatt reglene i loven hvis anskaffelsen er klassifisert som sensitiv, og en deling av den sensitive informasjonen ville medføre en fare for at nasjonale sikkerhetsinteresser skades. Ifølge proposisjonen som ligger til grunn for paragraf 7 første ledd punkt 1, kan enkelte av sikkerhetshensynene som er angitt i TEUV artikkel 346 anvendes som begrunnelse for å unnta en konkurranse fra offentligheten.[73] Blant disse er:

- Anskaffelser hvor den informasjonen som behandles er konfidensiell, og ikke i tilfredsstillende grad kan holdes hemmelig dersom oppdragsgiver må følge reglene i lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling. For eksempel kan det som skal anskaffes være så viktig for nasjonal sikkerhet at selv kjennskap til det som skal anskaffes ikke kan publiseres grunnet nasjonal sikkerhet.
- Anskaffelser der det som skal anskaffes ikke i seg selv er klassifisert, men hvor reglene i lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling pålegger oppdragsgiver å tilgjengeliggjøre informasjon som er klassifisert.
- Anskaffelsen gjelder informasjon som ikke kan bli tilgjengeliggjort for utenlandske statsborgere på grunn av nasjonale sikkerhetsinteresser. For eksempel der det er nødvendig at alle som er involvert i anskaffelsen er sikkerhetsklarerte, finske statsborgere.
- Anskaffelsen kan gjelde sensitiv informasjon som omfattes av lag om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet, som kan kreve en annen anskaffelsesprosedyre enn det lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling åpner for.
- Sikkerhetsanskaffelser som, for eksempel, har til formål å beskytte grenser, eller å bekjempe terrorisme og organisert kriminalitet.

Dersom en anskaffelse overstiger de nasjonale terskelverdiene, og oppfyller vilkårene i TEUV artikkel 346 nr. 1 bokstav b, kommer ikke reglene i lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling avdelning II til anvendelse ifølge 15 § første ledd. Denne bestemmelsen er basert på direktiv 2009/81/EF artikkel 2, som ekskluderer kontrakter der en medlemsstat gjør gjeldende nødvendige, nasjonale sikkerhetsinteresser etter TEUV artikkel 346, fra direktivets virkeområde. Følgelig gjelder

[73] Se proposisjonen på svensk: RP 76/2011 rd, sider 52-53 "Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling och till vissa lagar som har samband med den", https://www.finlex.fi/sv/esitykset/he/2016/20160108.pdf, sider 56-57.

lovens avdelning I, III og IV for anskaffelser av kontrakter som oppfyller vilkårene i TEUV Artikkel 346 nr. 1 bokstav b.

15 § andre ledd regulerer tilfeller hvor bare deler av forsvars- og sikkerhetsanskaffelsen oppfyller kriteriene for å unntas i TEUV artikkel 346 nr. 1 bokstav b, mens andre deler av anskaffelsen reguleres av loven. I et slikt tilfelle omfattes anskaffelsen heller ikke av lovens avdelning II. Ifølge lovforarbeidene er det en forutsetning at innkjøp gjøres under én kontrakt, altså at det ikke er mulig å dele opp kontrakten. En slik situasjon kan eksempelvis oppstå hvor kontrakten er en helhet, og det på bakgrunn av kostnader, sikkerhet, eller av operasjonelle hensyn ikke er mulig å dele opp kontrakten, eller hvor oppdeling av kontrakten kan gjøre det vanskelig å gjennomføre kontrakten på en tilfredsstillende måte.[74]

Kontrakter som er lik eller overstiger de nasjonale terskelverdiene, og som oppfyller vilkårene i TEUV artikkel 346 nr. 1 bokstav b, reguleres ifølge 68 § andre ledd av lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling avdelning III. Dette er i likhet med kontrakter som overstiger de nasjonale terskelverdiene, men som ikke overstiger EU-terskelverdiene, som bestemt i 68 § første ledd. Etter 69 § andre ledd er der ingen forpliktelse om å kunngjøre kontrakten dersom kontrakten oppfyller vilkårene i TEUV artikkel 346 nr. 1 bokstav b.

En kontrakt som overstiger de nasjonale terskelverdiene, og som tilfredsstiller vilkårene i TEUV artikkel 346 nr. 1 bokstav b, kan ikke påklages til den finske markedsretten med mindre markedsretten gir tillatelse til å behandle klagen.

Lag om offentlig försvars- og säkerhetsupphandling inneholder for øvrig noen få bestemmelser som gjelder sosiale, klima og innovative hensyn. Bestemmelsene gir oppdragsgiver adgang til å oppstille krav om sosiale hensyn, og til å avvise leverandører på bakgrunn av sosiale hensyn. Det finnes ikke en egen bestemmelse om klima i lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling, men 2 § i loven bestemmer at miljøaspekter skal hensyntas på en hensiktsmessig måte i anskaffelser. Det er ingen egne bestemmelser om innovasjonshensyn i försvars- och säkerhetsupphandling, men hensynet oppstilles i forarbeidene til loven.

6.2 Regelverket i Danmark

I Danmark reguleres offentlige anskaffelser primært av udbudsloven og tilbudsloven, og en rekke bekendtgørelser som gjennomfører direktivene 2009/81/EF, 2014/23/EU, 2014/24/EU og 2014/25/EU i dansk rett.

Direktiv 2009/81/EF om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er gjennomført i bekendtgørelse nr. 1077 af 29. juni 2022 om ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, varekøb- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet («forsvars- og sikkerhedsbekendtgørelsen»). Bekendtgørelsen er vedtatt med hjemmel i udbudsloven §§ 176, stk. 4 og 194, stk. 2.

Danmarks regler om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser var tidligere regulert i bekendtgørelse nr. 892 fra 17. august 2011, som i likhet med dagens forsvars- og sikkerhedsbekendtgørelse gjennomførte direktiv 2009/81/EF gjennom en henvisning til direktivet. Det tidligere regelsettet ble opphevet da dagens forsvars- og sikkerhedsbekendgørelse ble vedtatt i 2022. Den tidligere bekendgørelsen var

[74] Se proposisjonen RP 76/2011 rd, sider 66-67 "Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling och till vissa lagar som har samband med den" (https://www.finlex.fi/sv/esitykset/he/2016/20160108.pdf).

utstedt under dagjeldende lov om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af bygge- og anlægskontrakter og indkøb mv. af 30. juni 1992, mens den nye bekendtgørelsen er utstedt etter udbudsloven fra 2016, som gjennomfører anskaffelsesdirektivet fra 2014. Bekendtgørelsen fra 2011 er i all hovedsak lik bekendtgørelsen fra 2022. Hovedforskjellen er at den nye bekendtgørelsen inneholder flere henvisninger til regler som fremgår av udbudsloven, blant annet knyttet til offentlighet og samfunnshensyn.

Udbudsloven gjelder overordnet for alle offentlige anskaffelser i Danmark, uansett sektor, såfremt anskaffelsen overstiger EUs terskelverdier,[75] som svarer til anskaffelsesdirektivet artikkel 4 bokstav a til c og artikkel 13. Udbudsloven § 23, som skal gjennomgås nedenfor, angir unntak fra udbudslovens anvendelsesområde. Forsvars- og sikkerhedsbekendtgørelsen gjelder spesifikt for kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet, herunder forsvarsutstyr og sikkerhetstjenester, som gjelder nasjonale eller internasjonale sikkerhetshensyn.

Ut over henvisningene til udbudsloven i forsvars- og sikkerhedsbekendgørelsen, er det en rekke bestemmelser i direktiv 2009/81/EF som ikke er påkrevd å gjennomføre, men som Danmark likevel har valgt å gjøre til en del av sin anskaffelsesrett. Forsvars- og sikkerhedsbekendgørelsen § 2 fastslår at direktivet artikkel 10 om innkjøpssentraler, artikkel 14 om reserverte kontrakter, artikkel 27 om konkurransepreget dialog, artikkel 29 om rammeavtaler, og artikkel 48 om elektronisk kommunikasjon er direkte anvendelig i dansk rett. For direktivet artikkel 21 om underleverandører har Danmark valgt å overlate beslutningen til oppdragsgiver uten å pålegge forpliktelser, se forsvars- og sikkerhedsbekendtgørelsen §§ 5 til 7 og §§ 9 til 10.

Før anvendelsen av TEUV artikkel 346 skal det foretas en konkret og individuell vurdering av om artikkelen kan anvendes. Dersom betingelsene i artikkel 346 er oppfylt, faller kontrakten utenfor alle traktatens bestemmelser, også statsstøttebestemmelsene i artikkel 107 og 108.
Ved innkjøp av forsvarsmateriell eller -tjenesteytelser fra utenlandske leverandører for mer enn 50 millioner danske kroner, vurderer Erhvervsstyrelsen og Forsvarsministeriet i fellesskap behovet for tiltak som skal sikre en forsvarsindustriell effekt i Danmark. Denne vurderingen er konkret og skjer etter bestemmelsen i TEUV artikkel 346, hvor det legges vekt på følgende punkter for industrisamarbeid:

- Forsvarsministeriet vurderer ved hver enkelt anskaffelse av forsvarsmateriell- og tjenesteytelser om det av hensyn til ivaretakelse av Danske vesentlige sikkerhetsinteresser er nødvendig å treffe tiltak for å sikre en forsvarsindustriell effekt.
- Evhvervsstyrelsen og Forsvarsministeriet vurderer i fellesskap hvilke typer tiltak som kan sikre den forsvarsindustrielle effekten på en minst mulig inngripende måte.
- Erhvervsstyrelsen vurderer om det er uforholdsmessig stor risiko for at gjennomføringen av de tiltenkte tiltakene vil skape utilsiktede sideeffekter, som kan forringe konkurransevilkårene i det indre markedet for varer som ikke er bestemt spesielt til militære formål

Erhvervsstyrelsen beslutter på bakgrunn av denne vurderingen om et tiltak til utvikling og opprettholdelse av en forsvarsindustriell effekt skal gjennomføres.

[75] Se udbudsloven § 2.

6.3 Regelverket i Sverige

Offentlige anskaffelser i Sverige reguleres primært i fire lover:

- Lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (**LUFS**)
- Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling («**LOU**»)
- Lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (vatten, energi, transporter och posttjänster) («**LUF**»), og
- Lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner («**LUK**»).

De fire lovene gjennomfører de EU rettslige anskaffelsesdirektivene 2009/81/EF, 2014/24/EU, 2014/25/EU, og 2014/23/EU.

Lovene regulerer både anskaffelser av kontrakter som overstiger EUs terskelverdier, slik de er angitt i direktivene («direktivstyrte anskaffelser»), og anskaffelser som faller utenfor direktivenes anvendelsesområde («ikke-direktivstyrte anskaffelser»). De svenske reglene om direktivstyrte anskaffelser svarer i det vesentlige til reglene i direktivene, med noen språklige og redaksjonelle endringer for å sikre at lovgivningen er tilpasset svensk juridisk metode.[76]

LUFS trådte i kraft 1. november 2011 og hadde samme struktur som de eldre versjonene av LOU og LUF, som igjen har sitt utspring fra strukturene i anskaffelsesdirektivene fra 2004.[2] LUFS har imidlertid egne regler om rettsmidler som skiller seg fra de øvrige anskaffelseslovene. LUFS ble ikke endret eller tilpasset da LOU-, LUF- og LUK-direktivene ble gjennomført i svensk rett i 2014. På samme måte som LOU, LUF og LUK i det vesentlige gjenspeiler direktivene 2014/24/EU, 2014/25/EU og 2014/23/EU, gjenspeiler LUFS i det vesentlige direktiv 2009/81/EF.

Ikke-direktivstyrte anskaffelser reguleres i 15 kapittel og 15 a kapittel LUFS. 15 kapittel LUFS angir nasjonale anskaffelsesregler under EU-terskelverdi med enklere kunngjørings- og prosedyreregler enn direktivet. Det er ingen krav til å benytte bestemte anskaffelsesprosedyrer og det er tillatt med forhandlinger. 15 a kapittel LUFS oppstiller regler om direkteanskaffelser. Direkteanskaffelser er blant annet tillatt om verdien av kontrakten antas å ikke overskride 1,2 millioner svenske kroner. Direkteanskaffelser kan også gjennomføres i visse andre, særskilte situasjoner som angitt i 15 a kapittel 3-4 §§ LUFS, nærmere bestemt:

- når forholdene er slik at en anskaffelse med forhandling etter de direktivstyrte reglene i 4 kapittel 4-10 §§ ikke overskrider terskelverdiene som angis i 3 kapittel 1 § eller av en tjenestekontrakt som er angitt i bilag 3,
- om det foreligger ekstraordinære grunner (på svensk: «synnerliga skäl») og anskaffelsen ikke overskrider terskelverdiene i 3 kapittel 1 § eller anskaffelse av tjenester som nevnt i bilag 3,
- om anskaffelsen er nødvendig for å tilgodese at et behov som det haster å tilfredsstille, og som har oppstått på grunn av en overprøving av en pågående anskaffelse eller en kontrakts gyldighet i en domstol.

En sentral forskjell mellom LUFS og de øvrige anskaffelseslovene er at LUFS (tilsvarende som direktiv 2009/81/EF) ikke har regler om åpne anbudskonkurranser. I stedet er hovedregelen at det gjennomføres en selektiv anbudskonkurranse, eller den gjennomføres ved konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring.

[76] Se 7 kapittel 2 § LUFS.

I LUFS finnes det bestemmelser som inkorporerer artikkel 346 i TEUV. Foruten disse reglene, beskyttes nasjonale forsvars- og sikkerhetsinteresser av säkerhetsskyddslagen (2018:585), som stiller krav til sikkerhetsbeskyttelse for anskaffelser både over og under EUs terskelverdier.

TEUV artikkel 346 er innarbeidet i LUFS gjennom spesielt to bestemmelser i 1 kapittel 9 og 10 §§ LUFS. Disse bestemmelsene aktualiseres ved anskaffelser under og over EUs terskelverdier. Ifølge 1 kapittel 9 § første ledd får regjeringen ved spørsmål om anskaffelser som gjelder tilvirkning til eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell som omfattes av artikkel 346 nr.1 bokstav b, og der andre unntak ikke gjelder, i enkeltsaker ta stilling til de unntak fra LUFS som er nødvendige med hensyn til Sveriges vesentlige sikkerhetsinteresser.

Ifølge 1 kapittel 9 § andre ledd LUFS, får Försvarsmakten og Försvarets materielverk beslutte slike unntak som angis i første ledd, dersom anskaffelsen

- gjelder tillegg til en anskaffelse som regjeringen tidligere har besluttet at skal unntas anskaffelsesreglene,
- gjelder varer, tjenester eller byggentrepriser som omfattes av Sveriges internasjonale overenskomster om mellomstatlige samarbeid i spørsmål om forsyning av varer, tjenester eller byggentrepriser, eller
- har en verdi på inntil 200 millioner svenske kroner.[77]

Försvarets radioanstalt kan beslutte unntak for anskaffelser som gjelder kontrakter med en verdi på opptil 5 millioner svenske kroner, ifølge tredje ledd 1 kapittel 9 § LUFS.

Unntak kan for eksempel være nødvendig dersom det stilles så høye krav til forsyningssikkerheten at ikke engang de særskilte bestemmelsene i LUFS er tilstrekkelige til å garantere at Sveriges vesentlige, nasjonale sikkerhetsinteresser ivaretas. Regjeringens kompetanse til å beslutte om det skal gjøres gjeldende unntak for anskaffelser som gjelder krigsmateriell mv. skal også omfatte situasjoner som oppstilles i 1 kapittel 10 § LUFS. Etter TEUV artikkel 346 fremgår det at unntak ikke må begrense konkurransen unødvendig når det gjelder varer som ikke utelukkende brukes til militære formål.[78] Beløpsgrensen for når Försvarsmakten og Försvarets materielverk har kompetanse til å beslutte unntak fra bestemmelsene i LUFS, springer ikke ut av direktivet eller EU-retten for øvrig. Beløpsgrensen ble 1. juni 2023 hevet fra 25 millioner svenske kroner til 200 millioner svenske kroner. Forhøyningen var motivert av det endrede verdensbildet, at det militære forsvaret fortsatt må forsterkes, og at den operative fremgangen skal økes og at Sverige søkte om medlemskap i NATO. Disse hensynene oppstiller et behov for regler som gjør det mulig å gjennomføre anskaffelser på en effektiv måte. Dette er begrunnelsen for at det ikke ble ansett hensiktsmessig eller effektivt at regjeringen fortsatt skulle beslutte unntak for anskaffelser i tilfeller hvor verdien av kontrakten var over 25 millioner svenske kroner.[79]

I LUFS finnes det flere ulike bestemmelser som gjør det mulig for oppdragsgiver å ta sosiale hensyn og miljøhensyn i en anskaffelse. Ett eksempel er at oppdragsgiver kan avvise en leverandør når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter, se 11 kapittel 2 § første ledd 6 LUFS. Bestemmelsen svarer til artikkel 39 nr. 2 bokstav a i direktiv 2009/81/EF. For øvrig kan oppdragsgiver ved utformingen av de tekniske

---

77

78 Se prop. 2010/11:150 s. 162.

79 Se prop. 2022/23:93 s. 10.

spesifikasjonene i anskaffelsen blant annet angi prestasjons- eller funksjonskrav, hvor det også er mulig å innta krav om miljøegenskaper.[80] Reglene om innovasjon er i det vesentligste lik direktivet.

7 Internasjonale forpliktelser og samarbeid

7.1 Innledning

USA er Norges viktigste allierte og NATO er fundamentet i norsk forsvarspolitikk. EU er fortsatt en begrenset militær aktør selv om EU spiller en stadig viktigere rolle i europeisk sikkerhetspolitikk. Den forverrede sikkerhetssituasjonen i og rundt Europa har samtidig ført til større oppmerksomhet om EUs evne til å ivareta indre og ytre sikkerhet. For Norge er det et uttalt ønske at utviklingen i EU på det sikkerhets- og forsvarspolitiske området utfyller og ikke dupliserer NATO, og dermed bidrar til å styrke det transatlantiske samarbeidet.

Norge har vist seg å være en pålitelig og etterspurt partner ved store materiellanskaffelser. F-35-samarbeidet, anskaffelse av P-8 maritime patruljefly og anskaffelse av nye ubåter er eksempler på vellykkede samarbeidsprosjekter med viktige allierte som USA og Tyskland. Erfaringene fra disse prosjektene må utnyttes når det skal inngås nye partnerskap om store materiellanskaffelser.

Satsningen på Forsvaret innebærer at flere store materiellsystemer skal anskaffes i samarbeid med allierte. Storskalaproduksjon og kjøp av ferdigutviklede løsninger i fellesskap kan bidra til at anskaffelser gjøres raskere og billigere.[81]

Nedenfor gjennomgås en rekke ulike samarbeidsprosjekter både i NATO og EU hvor Norge deltar. For arbeidsgruppen er det avgjørende at antallet anskaffelser vil øke i lys av prosjektene og at det dermed oppstår konkrete anskaffelsesrettslige problemstillinger som oppdragsgivere må løse fortløpende.

7.2 EUs felles utenriks- og sikkerhetspolitikk og forsvarssatsning og samarbeid

EU har utviklet en felles utenriks- og sikkerhetspolitikk (FUSP) som har til formål å løse konflikter og skape internasjonal forståelse.[82] FUSP er basert på diplomati og overholdelse av internasjonale regler og politikken skal bidra til å bevare freden, styrke den internasjonale sikkerhet, fremme internasjonalt samarbeid, utvikle og befeste demokratiet, rettsstatsprinsippene og respekten for menneskerettighetene og grunnleggende frihetsrettigheter.[83]

EU har ingen hær og benytter i stedet styrker fra EU-landene etter behov. EU kan sende delegater til verdens katastrofeområder for å overvåke og bevare lov og orden, delta i fredsbevarende operasjoner eller yte humanitær bistand. For øvrig har EU en egen europeisk utenrikstjeneste (EEAS) som skal fremme og beskytte Europas verdier [84]

---

[80] Se prop. 2015/16:195, s. 300 ff.

[81] Prop. 87 S (2023-2024).

[82] Europa-Kommissionen, Generaldirektoratet for Kommunikation, Udenrigsanliggender og sikkerhedspolitik, Publikationskontoret, 2020, https://data.europa.eu/doi/10.2775/096722.

[83] Europa-Kommissionen, Generaldirektoratet for Kommunikation, Udenrigsanliggender og sikkerhedspolitik, Publikationskontoret, 2020, https://data.europa.eu/doi/10.2775/096722.

[84] Ibid.

EØS-avtalen omfatter ikke FUSP.[85] Samtidig har Norge historisk opparbeidet et tett og godt samarbeid med EU innen dette området. EØS-avtalen legger til rette for en halvårlig politisk dialog om utenriksspørsmål – en ordning som har fungert godt siden 1995. Norge og de øvrige EØS-landene har også regelmessige møter på ekspertnivå med EUs utenrikstjeneste EEAS om sentrale utenrikspolitiske temaer.[86]

Når EU utarbeider felles holdninger og erklæringer om aktuelle utenrikspolitiske spørsmål, inviteres Norge til å slutte seg til disse, noe Norge gjør i de fleste tilfeller. Dette inkluderer også EUs sanksjonspolitikk. Sanksjoner som virkemiddel har størst effekt når likesinnede land samarbeider nært og når de har bred internasjonal oppslutning. Norge har også anledning til å slutte seg til EUs innlegg i internasjonale organisasjoner.[87]

EUs utenriks- og sikkerhetspolitiske virkemiddelapparat er bredere enn FUSP, noe EUs svar på krigen i Ukraina illustrerer tydelig.[88] De mange nye EU-initiativene for å utvikle kapasitet på cyber, romfart, sikker kommunikasjon, bedre kontroll av varer, tjenester og investeringer utenfra, skal alle bidra til å styrke EU-statenes motstandsdyktighet.[89] EU spiller dessuten en stadig viktigere rolle i landenes totalforsvar. På flere av områdene vil EØS-avtalen kunne være et rammeverk for tettere samarbeid. I tillegg har EU opprettet egne organer og iverksatt en rekke initiativer for å styrke EUs indre forsvarsmarked, noe som gjennomgås nedenfor.

EUs rolle i håndteringen av forholdet til Russland og Kina har styrket seg. Et nært samarbeid mellom NATO og EU bidrar til å løse dagens utfordringer. Dette samarbeidet har gått fremover, og for Norge er det viktig at utviklingen fortsetter.

Sikkerhetssituasjonen etter Russlands angrep på Ukraina bekrefter på mange måter at ansvaret for kollektivt forsvar må ligge i NATO. EUs militære rolle er hovedsakelig å utgjøre en viktig del av støttestrukturen, og å bidra innenfor begrensede krisehåndteringsoperasjoner.

EUs såkalte strategiske kompass legger rammene for utviklingen av EU som sikkerhets- og forsvarspolitisk aktør frem mot 2030. Utviklingen på det forsvarsindustrielle området er dynamisk, hvor det er viktig at Norge som EØS-nasjon deltar. Samarbeidet mellom Norge og EU har en politisk overbygning gjennom årlige sikkerhetspolitiske samtaler.

Den 19. Mars 2025 la EU-kommisjonen frem hvitboken «European Defence Readiness 2023», også kalt ReArm Europe 2023. ReArm Europe er en strategisk plan lagt frem av EU-kommisjonen for å styrke Europas forsvarsindustri og som tar sikte på å styrke europeisk forsvar gjennom massiv økning i forsvarsutgifter og investeringer. Hovedmålet er å sikre at Europa raskt kan produsere og levere kritisk forsvarsmateriell, særlig ammunisjon, missiler og andre militære kapasiteter.[90]

Hvitboken beskriver syv kritiske kapabilitetsområder som krever betydelige investeringer: luft- og missilforsvar, artillerisystemer, ammunisjon og missiler, droner og anti-dronesystemer, militær mobilitet, kunstig intelligens / kvanteteknologi / cyber og elektronisk krigføring, samt strategiske muliggjørere for eksempel luft-tanking og rombasert overvåkning. Den legger et økt fokus på felles anskaffelser for å redusere fragmentering i forsvarsindustrien, øke interoperabilitet og oppnå økonomiske gevinster gjennom stordriftsfordeler. Boken beskriver behovet for fortsatt betydelig støtte

[85] Regjeringen.no, Utenriks- og sikkerhetspolitisk samarbeid, 08.11.2024.
[86] Ibid.
[87] Ibid.
[88] NOU 2024: 7, Norge og EØS: Utvikling og erfaringer, 2024.
[89] Ibid.
[90] Europakommisjonen, Joint white paper for European Defence Readiness 2030, 19.03.2025.

til Ukraina gjennom militær bistand og integrering av ukrainske forsvarsindustrier i det europeiske markedet. EU vil også etablere en spesifikk arbeidsgruppe for å koordinere militære innkjøp og operasjonell støtte til Ukraina. Det skisseres økt beredskap og evne til rask militær mobilitet på tvers av Europa, med betydelige investeringer i strategisk infrastruktur og reservelagre av kritiske militære materialer. Det legges opp til forenkling av regelverk og reduksjon av byråkrati innen forsvarsmarkedet for å stimulere effektiv produksjon og samarbeid, blant annet gjennom revidering av direktiver som allerede er del av EØS. Boken inneholder også en sterk satsing på nyskapende og banebrytende teknologier, spesielt innenfor kunstig intelligens, kvanteteknologi, cyberforsvar og elektronisk krigføring. Det er et sterkt fokus på partnerskap og at EU har et behov for å jobbe sammen med NATO og styrke bilaterale partnerskap. Det tette partnerskapet med Norge får særlig omtale:

"Norway is a full partner in EU defence programmes through its contribution to the EU budget. The recently launched Security and Defence Partnership provides a comprehensive and structured political framework for strengthening further dialogue and cooperation".

ReArm Europe-initiativet innebærer flere viktige tiltak for finansiering. Det er besluttet en aktivering av en midlertidig låneordning kalt «Security Action for Europe» (SAFE), med en ramme på 150 milliarder euro. Dette instrumentet skal støtte medlemslandenes forsvarsinvesteringer gjennom lån garantert av EUs budsjett. Medlemslandene vil kunne låne til renten EU betaler (AAA-rating skal gi gode vilkår). Betingelsen er at midlene brukes til felles forsvarsanskaffelser med minst ett annet medlemsland eller Norge. Det antas at norske bedrifter vil kunne være med som leverandør til anskaffelser finansiert av SAFE, uten at Norge nødvendigvis deltar. Det er en mulighet for medlemslandene til å benytte en «national escape»-klausul i stabilitets- og vekstpakten, som potensielt frigjør opptil 650 milliarder euro i nasjonale investeringer i forsvar. Det innebærer at medlemslandene får anledning til å øke underskuddet på statsbudsjettet med inntil 1,5% av BNP, så fremt pengene går til forsvarsinvesteringer. Det er ingen bindinger på disse midlene. Den europeiske investeringsbanken (EIB), som er en av verdens største multilaterale finansinstitusjoner, bes om å finansiere forsvarsprosjekter (våpen og ammunisjon), noe som representerer et viktig skifte i EIBs mandat. SAFE-instrumentet fokuserer særlig på innkjøp av kritisk materiell som missilforsvarssystemer, artilleri, droner, ammunisjon og sikring av strategisk infrastruktur. Forordningen legger også opp til samarbeid med aktører fra EØS-land og Ukraina, med krav om at minst 65 prosent av produksjonskostnadene må stamme fra disse regionene.

7.2.1 European Defence Agency - EDA

Det europeiske forsvarsbyrået (EDA) ble opprettet av EUs ministerråd i 2004 for å støtte medlemslandene i å forbedre forsvarskapabiliteter, fremme forsvarsrelatert forskning og materiellsamarbeid, samt styrke det europeiske forsvarsteknologiske og industrielle grunnlaget

Byrået har fire hovedoppgaver:

1) utvikle forsvarskapabiliteter
2) fremme forsvarsrelatert forskning og teknologi (FoU)
3) legge til rette for materiellsamarbeid
4) bidra til et konkurransedyktig europeisk forsvarsmateriellmarked og en sterk europeisk forsvarsindustriell base (EDTIB).

Norge står i en særstilling ved at det i 2006 inngikk en administrativ samarbeidsavtale med EDA som første og hittil eneste tredjeland. Denne avtalen gir Norge adgang til å delta i utvalgte EDA-prosjekter og -programmer innen forskning, teknologi og kapasitetsutvikling. Norge har deltatt i rundt 20 EDA-

prosjekter på FOU-området og sluttet seg til EDAs retningslinjer, blant annet Code of Conduct for forsvarsanskaffelser (fra 1. oktober 2008). Norges aktive rolle innebærer at Norge kan bidra i EDA-initiativer og fellesprosjekter, noe som styrker norsk samarbeid med EU-landene innenfor rammen av EDA.
EDA skal styrke samarbeid og felles kapasiteter, slik at integrert kapabilitetsutvikling gir bedre militære evner i fremtiden. EDA fungerer dermed som en plattform for EU-landenes forsvarssamarbeid – blant annet koordinerer byrået kapabilitetsplanlegging (Capabilites Development Plan), prosjekter for felles materiellanskaffelser, og programmer for forsvarsteknologiutvikling.
Etter Lisboa-traktaten er EDA forankret i TEU art. 42(3) og 45, som gir byrået mandat til å identifisere medlemsstatenes militære behov og fremme tiltak for å styrke den forsvarsindustrielle basen i EU.
EDA er "internasjonal organisasjon" i anskaffelsessammenheng. Anskaffelsesregelverket inneholder en rekke unntak for anskaffelser som gjøres via internasjonale organisasjoner.

7.2.2 European Defense Industry Reinforcement through common Procurement Act - EDIRPA

EDIRPA er et midlertidig EU-instrument (forordning (EU) 2023/2418, vedtatt 18. oktober 2023) opprettet som følge av Russlands fullskalainvasjon, for å stimulere til felles forsvarsanskaffelser blant europeiske land [91]. Hovedformålet med EDIRPA er å øke omfanget av felles anskaffelser av militært materiell og bedre koordinere slike anskaffelser, slik at land som vurderer å donere ytterligere våpen og forsvarsmateriell til Ukraina får større forutsigbarhet og trygghet. Ordningen har en ramme på 300 millioner euro og gir økonomisk støtte til prosjekter der tre eller flere land går sammen om felles innkjøp av forsvarsmateriell. Norge er inkludert gjennom EØS-avtalen, slik at også norske myndigheter kan delta i og søke støtte under multinasjonale anskaffelsesprosjekter.

EDIRPA ble innlemmet i EØS-avtalens protokoll 31 våren 2024. Stortinget ga sitt samtykke til norsk deltakelse (EØS-komitébeslutning nr. 81/2024) den 30. mai 2024 92 . Programmet iverksettes nå, med utlysninger rettet mot bl.a. ammunisjon, luftvern/missiler og utskifting av eldre systemer. Norske forsvarsmyndigheter kan dermed delta i felles anskaffelser med EU-land og søke om EDIRPA-støtte. Dette instrumentet skal gjelde i en begrenset periode (for å dekke akutte kapabilitetsbehov) og legger grunnlaget for tettere forsvarsanskaffelsessamarbeid mellom Norge og EU-landene. Støtten fungerer som et insentiv (en form for "offset" for kostnader) og er ikke øremerket spesifikke kostnadsposter, men gis som et tilskudd basert på anskaffelsens verdi. EU-midler kan dekke opptil 20 % av totalverdien på en felles anskaffelse, med en øvre grense på at én anskaffelse ikke kan motta mer enn 15 % av EDIRPAs totale budsjett. Ordningen er vurdert som EØS-relevant og er innlemmet i protokoll 31 til EØS-avtalen, slik at Norge kan delta som assosiert land [93].
Fordi norsk deltakelse i EDIRPA innebærer økonomiske forpliktelser som strekker seg utover ett budsjettår, krevdes Stortingets samtykke i henhold til Grunnloven § 26 andre ledd. Regjeringen la frem forslag om dette våren 2024 (Prop. 71 S (2023–2024)), og Stortinget ga sitt samtykke 30. mai 2024. Norge sluttet seg formelt til EDIRPA gjennom en beslutning i EØS-komiteen der forordningen ble innlemmet. Det var ikke nødvendig å endre norsk lov eller forskrift for å gjennomføre EDIRPA, da ordningen i seg selv ikke strider med nasjonale anskaffelsesregler.

[91] Regjeringen.no, Norsk deltakelse i EU-programmer 2021-2027, 09.12.2024.
[92] Regjeringen.no, EDIRPA gjennomføringsnotat, 04.12.2023.
[93] Regjeringen.no, EDIRPA gjennomføringsnotat, 04.12.2023.

Arbeidsgruppen viser overordnet til at EDIRPA kun legger til rette for at medlemsland kan få dekket kostnader forbundet med donasjon til Ukraina fra EU, og at EDIRPA dermed ikke reiser noen anskaffelsesrettslige problemstillinger.

7.2.3 Act in Support of Ammunition Production - ASAP

Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2023/1525 av 20. juli 2023 om etablering av regelverk for støtte til ammunisjonsproduksjon (ASAP) trådte i kraft i EU den 25. juli 2023.

Hovedinnholdet i ASAP-forordningen etablerer et finansielt instrument som støtter en industriell styrking av produksjonen av relevante forsvarsprodukter. På nærmere angitte vilkår gir forordningen artikkel 14 også hjemmel for å kunne gjøre unntak fra reglene om rammeavtaler i direktiv 2009/81/EF om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser artikkel 29. Artikkel 14 åpner for at rammeavtaler kan endres til også å gjelde for oppdragsgivere som ikke er opprinnelig part i avtalen, og at det kan gjøres vesentlige endringer i avtalen knyttet til de mengder som fremgår av de opprinnelige avtalevilkårene.

ASAP bestemmelsen er gjennomført i FOSA § 6-4 ved at EØS-avtalen protokoll 31 artikkel 7 nr. 15 (forordning (EU) 2023/1525 om støtte til ammunisjonsproduksjon (ASAP)) gjelder som forskrift med de tilpasningene som følger av protokoll 31 og avtalen for øvrig.

ASAP-forordningen gjelder kun frem til 1. juli 2025. Det ligger et lignende forslag til nytt unntak, som er til behandling hos Rådet og parlamentet.

7.2.4 European Defence Industry Programme - EDIP

EDIP, eller European Defence Industry Programme, er et EU-program som har som mål å styrke den europeiske forsvarsindustrien og forsyningssikkerheten. EDIP vil videreføre og utvideprogrammene ASAP og EDIRPA, som Norge allerede deltar i. Det er snakk om frivillig programsamarbeid der norsk deltakelse vil gjøre det mulig for norske bedrifter og/eller myndigheter å søke om økonomisk støtte fra EU for å utvide produksjonskapasitet eller anskaffe materiell i fellesskap med minst to EU-land. I EU-kommisjonens utkast til forordning er EDIPs størrelse tilsvarende 1,5 milliarder euro av EUs budsjett for perioden 2025-2027.

EDIP vil tilby økonomisk støtte til prosjekter som bidrar til å utvide produksjonskapasitet eller anskaffe materiell i fellesskap mellom minst to EU-land. Programmet innfører et regime for forsyningssikkerhet for å sikre at produsenter ikke opplever flaskehalser i leverandørkjeden. EDIP legger vekt på samarbeid mellom bedrifter og land for å styrke forsvarsindustrien og forsyningssikkerheten. Forslaget til forordning vil kreve endringer i forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA) for å gjennomføre unntak fra rammeavtaler.[94]

7.2.5 European Defense Fund - EDF

EDF (EUs forsvarsfond) er etablert som et eget innovasjonsprogram for perioden 2021–2027 med et totalbudsjett på nær 8 milliarder euro. Fondet finansierer prosjekter innen forsvarsforskning og utvikling av kapabiliteter, med to tredjedeler av budsjettet til utvikling og resten til forskning. Norge besluttet å delta i EDF fra oppstarten i 2021, som eneste ikke-EU-medlem, gjennom

[94] Regjeringen.no – EØS-notatbasen, EDIP – foreløpig posisjonsnotat, 09.08.2024.

innlemmelse av fondet i EØS-avtalen. Norge deltar dermed på lik linje med EU-landene, og norsk forsvarsindustri og forskningsmiljøer tar del i EDF-prosjekter. Norske aktører har allerede oppnådd betydelig uttelling i fondet – for eksempel har norske bedrifter og norske forskingsmiljøer fått omkring 109 millioner euro i prosjektstøtte fra EDF, som til nå er høyere enn kostnaden ved deltakelse.[95]

Programmet anses som en sentral mekanisme for europeisk forsvarssamarbeid og fortsetter med årlige utlysninger der også norske prosjekter kan konkurrere om midler. EDF er et finansieringsprogram under EUs flerårige budsjett (2021–2027) med en ramme på nær 7,9 milliarder euro. Omtrent €2,7 mrd er øremerket forsvarsforskning, mens €5,3 mrd går til utvikling av felles forsvarskapabiliteter (medlemslandenes bidrag kommer i tillegg). Fondet gir primært tilskudd (grants) til samarbeidsprosjekter mellom forsvarsbedrifter fra minst tre medlemsland, og kan finansiere opptil 100% av støtteberettigede forskningskostnader.[96]

Det er innført insentiver som bonuser for involvering av SME og PESCO-prosjekter (permanente strukturerte samarbeid). EDF dekker hele livssyklusen fra konsept/forskning til prototyputvikling, og programmets prioriteringer settes gjennom årlige arbeidsprogram som følger de kapabilitetsbehov medlemsstatene har identifisert i fellesskap, f.eks. gjennom EUs kapabilitetsutviklingsplan, CDP.

Fondet forvaltes sentralt av EU-kommisjonen i tråd med EDF-forordningen. Det europeiske forsvarsfondet (EDF) er hjemlet i Traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte (TEUF), nærmere bestemt i titlene «Industri» og «Forskning og teknologisk utvikling og romfart». Dette innebærer at EDF er basert på artiklene 173, 182, 183 og 188 i TEUF. Dette er det samme hjemmelsgrunnlaget som for Horisont Europa, som er EUs rammeprogrammet for forskning og innovasjon. Horisont Europa-forordningen viser til at forskningsaktivitetene på forsvarsområdet implementeres gjennom EDF. På denne måten knyttes de to EU-programmene sammen rent juridisk. EDF ble etablert ved forordning (EU) 2021/697 av Europaparlamentet og Rådet av 29. april 2021.

I den grad det ytes ensidig økonomisk støtte uten noen form for gjenytelser fra Norge, eksempelvis i form av nasjonal medfinansiering til konkrete EDF-produkter, vil støttetildelingen måtte vurderes etter gruppeunntaksforordningene i statsstøtteregelverket, hvor det er inntatt ett konkret unntak for EDF-prosjekter. Så fremt støtten i konkrete FoU-prosjekter utgjør en gjensidig bebyrdende avtale i anskaffelsesrettslig forstand, vil den statlige medfinansieringen i stedet utgjøre en anskaffelse som må vurderes etter anskaffelsesregelverket. Det vises til kapittel 10.4 om innovasjon.

7.2.6 Permanent Structured Cooperation - PESCO

Permanent Structured Cooperation (PESCO) er et traktatbasert rammeverk innenfor EUs felles sikkerhets- og forsvarspolitikk som ble etablert i 2017. PESCO skal utdype forsvarssamarbeidet blant EU-medlemsland som er i stand til og villige til dette. Målet er å utvikle felles forsvarskapabiliteter og gjøre dem tilgjengelige for EUs militære operasjoner, noe som skal styrke EUs kapasitet som en internasjonal sikkerhetsaktør og maksimere effektiviteten av forsvarsutgifter.[97] Norge har søkt om deltakelse i PESCO-prosjektet om militær mobilitet hvor EU har åpnet for at Norge kan delta. Dette

[95] Meld. St. 33 (2024–2025), Status, fremdrift, utfordringer og risiko i gjennomføring av langtidsplanen for forsvarssektoren 2025–2036, 2025.

[96] Europakommisjonen, European Defence Fund (EDF) - Official Webpage of the European Commission, https://defence-industry-space.ec.europa.eu/eu-defence-industry/european-defence-fund-edf-official-webpage-european-commission_en.

[97] EU, Permanent Structured Cooperation – PESCO – Deepening defence cooperation among EU member states – factsheet, mars 2024.

prosjektet har som mål å forbedre evnen til å forflytte militære styrker over landegrensene i Europa, ofte referert til som "Military Schengen". Norsk deltakelse i dette prosjektet vil kunne styrke interoperabiliteten med EU-landene og forbedre Norges evne til å reagere raskt i krisesituasjoner.[98]

7.2.7 Forslag til nye regler om felles innkjøp

Ut over de prosjekter og initiativer som er nevnt ovenfor, har EU-kommisjonen i tillegg foreslått regelverksendringer i direktiv 2009/81/EF for å legge til rette for fellesanskaffelser, jf. også rapportens 9.3.4. En sentral endring er forslag til justeringer i direktivets artikkel 13 c, som gir unntak for kontrakter som tildeles som ledd i et samarbeidsprogram basert på forskning og utvikling mellom to aller flere nasjoner. Om bakgrunnen for de foreslåtte justeringene, viser EU-kommisjonen i lovforslaget til et tidligere fortolkningsnotat om felles anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet fra 2019. I fortolkningsnotatet tydeliggjøres det at det foreligger et behov for fleksible regler i tilknytning til gjennomføring av FoU-samarbeidsprosjekter mellom nasjoner som dekker perioden etter den innledende forsknings- og utviklingsfasen.[99] Disse fleksible reglene følger allerede av dagens unntak.

I tillegg, for å legge til rette for at senere faser av et EU-støttet FoU-prosjekt omfattes av unntaket, er det klargjort i den konsoliderte versjonen av artikkel 13 c at EU-medlemsland kan dra nytte av unntaksbestemmelsen for FoU-samarbeidsprosjekt under tilsvarende vilkår også for andre konkrete FoU-prosjekter, eksempelvis det europeiske forsvarsfondet (EDF). Denne presiseringen vil ifølge EU-kommisjonen redusere prosessrisiko for oppdragsgivere og sikre nødvendig grad av fleksibilitet etter at forsknings- og utviklingsfasen er avsluttet. I tillegg fremgår det at andre medlemsland fritt kan tilknytte seg et EDF-prosjekt etter at forskning- og utviklingsfasen er ferdigstilt innenfor unntaket.

For ytterligere å legge til rette for gjennomføring av fellesanskaffelser, foreslår EU-kommisjonen egne regler for fellesanskaffelser som involverer oppdragsgivere fra ulike medlemsland. Forslaget er inntatt i artikkel 10a.

7.3 NATO

7.3.1 Bakgrunn

Forsvaret av Norge er basert på erkjennelsen av at sikkerhetsutfordringene overgår det Norge vil være i stand til å håndtere alene. Medlemskapet i NATO har gitt Norge trygghet og større sikkerhetspolitisk handlingsrom. Styrkingen av Forsvaret skal understøtte tett og integrert alliert samvirke og NATO som en troverdig og effektiv garantist for norsk og alliert sikkerhet.

Finsk og svensk NATO-medlemskap styrker norsk sikkerhet. En ny militær geografi er under etablering i region. Norge og norske nærområder knyttes mer direkte til Østersjøregionen. Norges rolle som mottaksland av allierte forsterkninger blir viktigere for å bidra til å forsvare NATO-landene Sverige og Finland. Det er således påregnelig med økt nordisk samarbeid innen NATO på anskaffelsesområdet.

---

[98] Stortinget, EU/EØS-nytt - Norsk deltakelse i PESCO-prosjekter, 15.04.2021.

[99] Den Europeiske Unions Tidende, Meddelelse fra Kommissionen om vejledning om udbudssamarbejde på forsvars- og sikkerhedsområdet (direktiv 2009/81/EF om udbud på forsvars- og sikkerhedsområdet) EØS-relevant tekst, 08.05.2019.

Det kollektive forsvaret i rammen av NATO er en hjørnesten i norsk sikkerhets- og forsvarspolitikk og for forsvaret av Norge. Betydningen av en robust og effektiv kollektiv forsvarsevne har økt i takt med den negative sikkerhetspolitiske utviklingen i Europa. Dette innebærer økt vektlegging av troverdig og effektiv avskrekking i alliansen, samtidig som det foreligger økt risiko for konflikt, og bruk for den allierte forsvarsevnen. Nasjonale forsvarsplaner er tett integrert i NATOs planverk og konsepter, og Forsvarets egne kapasiteter gir sammen med NATOs samlede kapasiteter militær styrke og troverdighet.

Norsk NATO-medlemskap muliggjør troverdig avskrekking og forsvar mot aktører som kan ramme norsk sikkerhet. En aktiv alliansepolitikk både innenfor NATO og gjennom bilaterale og flernasjonale rammer er derfor svært viktig. NATOs reaksjons- og forsterkningsstyrker og styrker fra nære allierte, samt norske styrkebidrag utenlands, er integrerte komponenter i forsvaret av Norge. Som del av dette er en demonstrert evne til samvirke og mottak av allierte forsterkningsstyrker en forutsetning for effektiv avskrekking og beroligelse.

Som en del av alliansesolidariteten må Norge kunne bidra substansielt til kollektiv avskrekking og forsvar også av andre allierte. Forsvaret må kunne delta i et bredt spekter av operasjoner utenlands, i en alliert ramme. I en spent situasjon eller væpnet konflikt, kan det være i norsk og alliert interesse at avgitte styrker fortsetter operasjoner utenfor Norge.

Tosidigheten i alliansesamarbeidet vil bli mer fremtredende i årene som kommer. Forventningene til at Norge stiller med substansielle bidrag til allierte operasjoner vil øke, særlig til forsvar av Finland og Sverige, men også til NATOs østgrense mer generelt. Norsk innflytelse og handlingsrom er nært knyttet til vår evne og vilje til å stille styrke bidrag til byrde- og risikodeling.

Samarbeid med allierte land, både i en bilateral og en multilateral ramme, understøtter NATO og bidrar til økt forsvarsevne. Evnen til samvirke, og samarbeid med sikte på forsterkning fra nære allierte, er en viktig del av den allierte dimensjonen i forsvaret av Norge. Økt samtrening og felles konseptutvikling mellom norske og allierte styrker bidrar til å styrke Forsvarets operative evne og vår nasjonale forsvarsevne, og bidrar substansielt til norsk sikkerhet. For å legge til rette for allierte forsterkninger er det avgjørende å videreutvikle og styrke det operative samarbeidet med nære allierte i Norge og våre nærområder, også i fredstid.

I denne sammenheng må regionalt samarbeid i en alliert ramme videreutvikles og få en tydeligere rolle. Norge skal være en pådriver for effektivt nordisk samarbeid og integrasjon i rammen av NATO.

Forsvaret er det fremste instrumentet for å integrere Norge og allierte i fredstid. Hvem Norge samarbeider med påvirker evnen til å forebygge konflikt, og det påvirker norsk evne til å øve innflytelse over allierte veivalg når det gjelder balansen mellom avskrekking og beroligelse, forutsigbarhet og langsiktighet, og dermed stabiliteten i våre nærområder. På samme måte bør samarbeid med aktører som Norge skal operere med i fred, krise og krig påvirke de konsepter som legges til grunn for norske styrker. Både utviklingen i NATO, nordisk samling i alliansen, og øvrig alliert samarbeid forsterker en tydeligere regional dimensjon i forsvaret av Norge.

7.3.2 NATOS felles kapabilitetsplanlegging - NDPP

NATO Defence Planning Process (NDPP) er en av hovedprosessene i NATO og er alliansens primære verktøy for å legge til rette for å identifisere, utvikle og frembringe behovet NATO har for nåværende og fremtidige styrker og kapabiliteter. Prosessen består av fem steg og det tar fire år å gjennomføre en fullstendig plansyklus. Programmet i seg selv reiser ikke anskaffelsesrettslige problemstillinger, men

de føringer som legges til grunn, vil kunne få betydning for oppdragsgiver i de senere anskaffelsesprosessene.

Den nåværende NDPP-syklusen 2022-2026 markerer den viktigste endringen i forsvarsplanlegging siden slutten av den kalde krigen. Alliansens ambisjonsnivå og andre målsettinger ble uttrykt gjennom NDPP steg 1 med Political Guidance for Defence planning 2023 (PG-23). Planprosessen knytter nå planverket og de påfølgende kravene til nasjonene tettere sammen. Som følge av dette øker kapabilitetskravene til nasjonene betydelige innenfor flere områder.

Implementering av NATOs kapabilitetsmål er avgjørende for alliansens troverdighet, for evne til interoperabilitet, og for å sikre at NATO har det minimum styrker og kapabiliteter som er utledet gjennom NDPP steg 2, og uttrykt i Minimum Capability Requirements 2024. For å kunne imøtekomme kravene og forventningene til NDPP-prosessen, legges det opp til at allierte kan gå sammen om å fylle opp mangler i kapabiliteter og styrker. Kapabilitetsmålene er nå orientert mot effekt, noe som gir muligheter for allierte til å finne nye måter og virkemidler for å nå kapabilitetskravene, sammen og hver for seg.

NATOS planleggingsprosess er nå i steg 3, som omhandler fordeling av kapabilitetsmålene. Det foreligger politisk beslutning i NATO om at 100 prosent av kapabilitetsbehovet skal fordeles på nasjonene. Fordelingen vil baseres på rettferdig byrdefordeling, i forhold til roller, risiko og ansvar innenfor alliansen, og rettmessig utfordring av hva som utgjør en passende samlet ambisjonsbeskrivelse for hver nasjon. Målene som tildeles hver nasjon inneholder en kortsiktig og en langsiktig ambisjon og ved å akseptere kapabilitetsmålene, påtar nasjonene seg å ta målet i sin helhet inn i den nasjonale forsvarsplanleggingsprosessen for behandling.

NDPP steg 4 omhandler støtte til og oppfølging av gjennomføringen, og foregår kontinuerlig parallelt med de andre stegene.

NDPP steg 5 omhandler NATO-stabenes revisjon av landenes evne til å implementere målene og vurdering av operative konsekvenser eventuelle gap medfører.

Prosessen legger altså sterke føringer til hvilke kapabiliteter Norge skal utvikle, selv om beslutningene er klart forankret i Stortinget. Tidligere har prosessen gitt svært detaljerte krav, på hvilke typer materiell og antall som skal til i de enkelte kapabilitetsmål, men dette løses nå noe mer opp gjennom å fokusere mer på ønsket effekt, for å muliggjøre økt innovasjon og utvikling.

7.3.3 NATOs felles logistikk og anskaffelses organisasjon – NSPA

NATO Support and Procurement Agency (NSPA) er NATOs felles tjeneste leverandør og leverer flere fellestjenester for alliansen og medlemsstatene. Organisasjonen koordinerer NATOs felles logistikk initiativ, drifter og støtter opp under felles initiativ og støtter felles anskaffelsesprosesser. For oppdragsgiver som foretar forsvars- og sikkerhetsanskaffelser via NSPA, må det tas stilling til en rekke anskaffelsesrettslige problemstillinger som vist til i 9.3.3. NSPA bidrar med anskaffelse- og logistikkstøtte til NATO, allierte og andre internasjonale organisasjoner. Hovedfokuset er på å støtte NATO-operasjoner og øvelser, livsyklusstøtte på våpensystemer og drift og koordinering av «Central Europe Pipeline System (CEPS». Organisasjonen drifter også tre Boeing Globemaster III C-17, til støtte for Heavy Airlift Wing en del av Strategic Airlift Capability, et felles initiativ for å tilby strategisk lufttransportstøtte.

Som en respons på COVID-19 viruset, hadde NSPA en viktig rolle med å støtte alliansen med logistikk, anskaffelse av medisinsk utstyr og transport av dette til allierte.

7.3.4 NATOS innovasjonssamarbeid – DIANA og NIF

Vedtak om opprettelse av DIANA fant sted på NATO-toppmøtet i 2021 og er del av generalsekretærens NATO 2030-agenda for å øke innovasjonstakten. Mer konkret skal DIANA stimulere til økt teknologisk utvikling i alliansen gjennom konkurranser i utlyste innovasjonsprogram (Challenge Programmes).

Alle medlemslandene deltar i DIANAs styre og Forsvarsdepartementet ivaretar Norges representasjon. Det skal også utvikles en tjeneste som raskt gir allierte mulighet til å utvikle og tilegne seg innovative løsninger fra DIANA og dermed gi allierte muligheter til å inngå kontrakter om innovasjon på tvers av alliansen (Rapid Adoption Service). Dette vil gi oversikt over pålitelige investorer og innovatører på tvers av alliansen for å muliggjøre sikre investeringer (Trusted Capital Database). Investeringer vil også kunne være relevante i tilknytning til NATOs innovasjonsfond (NIF), ut fra vurderinger gjort av deres kommersielle investeringsteam.

DIANA skal være fullt operativ i løpet av 2025 med større utlysningsaktivitet, flere involverte aktører og forventinger om konkrete resultater. NATO DIANA består av et styre (Board of Directors) og et utøvende ledd (DX London, Tallinn og Halifax), i tillegg til et stort antall akseleratorer og test-sentre. Som virkemiddel bidrar DIANA til å dekke norske forsvarsbehov og gi et mulighetsrom for norske aktører.

DIANA møter stor interesse og forventninger på tvers av varierte tematiske områder som energi, logistikk eller overvåkning. Pågående utviklingsarbeid knyttet til «rapid adoption», herunder raskere anskaffelser, vil bli fremtredende i 2025. I tillegg kan andre temaer, som tilgang på risikokapital kunne kreve oppmerksomhet.

I 2025 skal DIANA være til stede på Arctic Warrior Experiment, og det ligger an til at Arktis blir et utlysningsområde i 2025. Utover norske behov har dette bidratt til kunnskapsutvikling og etablering av DIANA test-senter ved FFI.

7.3.5 NATOS satsninger på hurtig anskaffelse og adoptering - RAAP

Det foregår flere aktiviteter i NATO for å øke hastighet på anskaffelse og gjennomføre hurtigere adopsjon av ny teknologi og nye løsninger. Under rammen av NATOs Allied Transformasjon Command foregår det flere initiativ, blant annet DIANA og Rapid Aquisition og Rapid adoption action plan (RAAP).

RAAP er fortsatt under utvikling og handler om alliansens evne til å tilpasse seg «at the speed of relevance» er nødvendig for å sikre alliansens teknologiske forsprang, og har vært et viktig arbeidsspor i NATO de siste årene. Handlingsplanen ser på konkrete forslag til hva allierte og NATO kan gjøre for å utvikle, anskaffe og integrere nye teknologiske løsninger i forsvaret raskere. Planen ble behandlet i NATOs forsvarsministermøte i juni 2025.

Handlingsplanen er foreløpig organisert rundt 3 søyler: a) anskaffelser og integrering, b), redusere risiko, c) utvikle teknologier tilpasset alliansens behov. Under hver av dem er det en rekke mål, etterfulgt av tiltak for å oppnå målene. Implementeringen av handlingsplanen vil knytte seg tett til NDPP-prosessen. NDPP vil oppfordre allierte til å ta i bruk innovative løsninger for å oppnå effekten i kapabilitetsmålene til landene. Ettersom kapabilitetsutviklingen drives av allierte, vil handlingsplanen gi anbefalinger, beste praksis og et felles sett med mål for raskere frembringelse av nye teknologiske løsninger.

Punkt a handler om å fremme raskere anskaffelser og integrering av innovative løsninger, med mål om at alliansen skal kunne gå fra identifisering av et teknologisk produkt til implementering innen 24 måneder. Der det er relevant bør allierte i anskaffelsesprosessen gå bort fra den tradisjonelle tilnærmingen hvor man presenterer en lang rekke med krav, og heller ta utgangspunkt i problemet som man i samarbeid med leverandører kan utvikle løsninger på. Allierte bør også se på barrierer som kan ekskludere ikke-tradisjonelle aktører fra anbudsprosesser. Handlingsplanen presenterer også forslag til fleksible finansieringsverktøy allierte kan ta i bruk. Allierte bør øremerke midler for teknologi/integrering. Allierte bør også se på organisasjonsstrukturen, slik at forskere, forsvarsplanleggere, anskaffelseseksperter, sluttbrukere og kapabilitetsutviklere blir involvert tidlig i prosessene for å sikre at nye teknologier og tjenester blir integrert på en vellykket måte.

Tiltak som blir foreslått er å opprette en «Allied Innnovation Procurement Forum», som skal møtes årlig f.o.m. våren 2026 og samle allierte anskaffelseseksperter innen innovasjon. Etablere NSPA Innovation Support Partnership for å fremme flernasjonale anskaffelser av nye teknologiske produkter, opprette opplæringskurs for anskaffelser av nye teknologier rettet mot anskaffelseseksperter, forsvarsplanleggere og beslutningstakere. Hvordan dagens regelverk passer med disse ambisjonene blir relevante utfordringer for Norge og NATO land som er underlagt EU regelverket.

Punkt b handler om å redusere risiko knyttet til nye teknologiske produkter, med mål om å kontinuerlig utvikle, teste og validere teknologiske produkter under realistiske forhold, i samspill mellom selskaper og brukere. Allierte skal kunne teste et nytt produkt under øvelsesforhold og i reelle operasjoner innen 12 måneder fra produktet/potensiell løsning er identifisert. Allierte bør legge til rette for at ikke-tradisjonelle leverandører har mulighet til å delta, bidra til at løsninger går videre fra eksperimenteringsstadiet til en kapabilitet, og bidra til at sertifiseringsstandarder for ny teknologi blir anerkjent på tvers av alliansen.

Tiltak som diskuteres er å innføre et kvalitetsmerke «NATO Innovation Badges», for å forenkle godkjenning og sertifisering av produkter nasjonalt, utvikle «Innovation Ranges», og pilotere Task Force X.

Punkt c handler videre om å utvikle nye teknologiske produkter som er bedre tilpasset alliansens behov, med mål om å få behovene til alliansen formidlet til innovasjonsmiljøet i alliansen, basert på NATOs forsvarsplanleggingsprosess (NDPP). Allierte vil fortsette å bygge ned barrierer slik at ikke-tradisjonelle leverandører kan delta, i tillegg til å fremme inkluderende anbudsprosesser som ikke favoriserer nåværende leverandører.

Tiltak som diskuteres er å etablere NDPP Demand Signal. NATO vil dele informasjon med industrien basert på NDPP-behovene og gi veiledning for å forstå de aggregerte behovene til alliansen. Opprette en portal «Allied Industry Front Door», basert på alliansens «Front Door» løsning som allerede eksisterer for aktører i romfartsmiljøet. Opprette «Community of Allied Defence Innovation Entities». NATO vil etablere et miljø for forsvarsinnovasjon med eksisterende aktører (ACT Innovation Hub, DIANA, NIF), som også vil involvere relevante komiteer.

Planen legger opp til at det er flere måter teknologi og innovasjon kan utvikles, fremskaffes og integreres på, slik at den vil kunne være relevant for samtlige allierte uavhengig av respektive lands utgangspunkt. Det er stor grad av frivillighet i de ulike tiltakene, samtidig som handlingsplanen vil skape insentiver for allierte og selskaper til å ta en proaktiv tilnærming til innovasjon og integrering av nye teknologier i forsvaret.

Fra et norsk perspektiv er målene i stor grad i samsvar med langtidsplanen for forsvarssektoren og vår nasjonale forsvarsindustrielle strategi. Norge er allerede i gang med å involvere leverandører i øvelser,

teste nye løsninger og koble dem til sluttbrukerne. Norge har derfor en del beste praksis som vi kan bidra med inn i alliansens innovasjonsarbeid. Samtidig vil handlingsplanen også kunne stimulere til videre tekning rundt hvordan vi organiserer og arbeider med innovasjon og teknologi i forsvarssektoren for å få mer effekt av investeringene. Dette vil også kunne bidra til å stimulere privat sektor og støtte oppstartsbedrifter.

7.4 Bi-laterale og nordisk samarbeid

I tillegg til NATO har Norge flere bilaterale og flernasjonale samarbeid på forsvars- og sikkerhetsområdet.

7.4.1 USA og UK

USA er Norges viktigste allierte. Det praktiske bilaterale forsvarssamarbeidet har utviklet seg i mer enn 75 år og baserer seg på både felles verdier og gjensidige sikkerhetspolitiske interesser. Samarbeidet kjennetegnes av god dialog og omfatter samtlige grener, nivåer og domener i Forsvaret.

Materiell- og industrisamarbeidet mellom USA og Norge er en viktig del av myndighetsdialogen med USA. Det bilaterale materiell- og forsvarsindustrielle samarbeidet har økt over mange år, og bidrar til å styrke de forsvars- og sikkerhetspolitiske båndene. For eksempel er luftvernsystemet NASAMS et samarbeid mellom norske Kongsberg og Raytheon i USA. Det er solgt til en rekke land og har blant annet gitt et viktig bidrag til Ukrainas forsvarskamp. Samarbeidet bygger på en samarbeidsavtale som er utviklet i samforstand med Utenriksdepartementet med hensyn til eksportregelverket. Et annet eksempel er Kongsbergs sjømålsmissil Naval Strike Missile (NSM). At USA i noen slike sammenhenger satser på andre lands våpensystemer i stedet for å utvikle egne, er en forholdsvis ny utvikling. At dette omfatter flere norske våpensystemer, reflekterer amerikansk tiltro til norsk teknologi og til vårt bilaterale forsvarsmateriellsamarbeid.[100]

Tilleggsavtalen mellom Norge og USA om forsvarssamarbeid (SDCA), legger til rette for videreutvikling av det bilaterale samarbeidet. Gjennom tilrettelegging for amerikanske investeringer i infrastruktur på de omforente områdene, vil SDCA også kunne bidra til å styrke den nasjonale evnen til mottak av allierte forsterkningsstyrker. Det vil også styrke vår evne til å understøtte NATOs regionale planverk, videreutvikle det nordiske forsvarssamarbeidet, samt legge til rette for alliert trening og øving.

Storbritannia er Norges viktigste europeiske allierte. Storbritannias betydning for norsk sikkerhet er økende og samarbeidet har akselerert ytterligere, i tråd med at Storbritannia vektlegger Nord-Atlanteren, Nord-Europa og Nordområdene sterkere. Denne strategiske dreiningen følges opp med konkrete ressurser og økt britisk aktivitet i våre nærområder. Dette gir stadig flere og bedre muligheter for operativt samvirke i nord, noe som er viktig for avskrekking og stabilitet.

Samarbeidet retter seg i økende grad inn mot beredskap, planverk og forsterkning, med konkrete ressurser. Materiellsamarbeidet med Storbritannia kan også vise til en god utvikling etter at Storbritannia blant annet har anskaffet NSM. Storbritannia er det viktigste landet i Europa for tidlig forsterkning av Norge i krise og krig.

[100] Prop 87 S (2023-2024) kapittel 1, 2024.

Fortsatt prioritering av samarbeid med Storbritannia vil bli enda viktigere for vår sikkerhet i årene som kommer. Samarbeidet har utviklet seg til å omfatte også de mest moderne våpensystemene, såkalte femtegenerasjonsplattformer. Samarbeidet er særlig viktig innenfor det maritime domenet, innen områder som anti-ubåtoperasjoner, etterretningssamarbeid, maritim overvåking og tilstedeværelse. I tillegg kommer det langsiktige samarbeidet Norge og Storbritannia har innledet med Ukraina om oppbygging av det ukrainske sjøforsvaret.

Det **trilaterale** samarbeidet mellom Norge, USA og Storbritannia har utviklet seg videre fra samarbeid om planverk og forsterkning av Norge. De tre landene har nasjonale sikkerhetsinteresser i nordområdene og er nøkkelen til NATOs situasjonsforståelse og tilstedeværelse i regionen. I økende grad benyttes derfor dette samarbeidsformatet også til kalibrering av alliert aktivitet i Norge og norske nærområder. De siste årene har det trilaterale samarbeidet blitt stadig mer rettet inn mot integrert samarbeid innenfor våre mest avanserte og strategiske kapasiteter. Dette omfatter blant annet P-8 maritime patruljefly, avgjørende deler av det maritime domenet og ikke minst spesialstyrker og F-35 kampfly. Samarbeidet gjelder områder som konseptutvikling, trening og øving, operasjoner og forsterkning.[101]

7.4.2 Andre sentrale allierte

Norges sikkerhetspolitiske dialog med Tyskland er tett. Norge har over tid vektlagt båndene til Tyskland som en viktig sentral-europeisk forankring og et supplement til det tette samarbeidet med USA og Storbritannia. Tyskland anses som et av de mest sentrale NATO-landene og vil få enda større betydning når Tyskland nå øker sitt forsvarsbudsjett betydelig i årene som kommer.

Tyskland har tradisjonelt rettet sin interesse mot sikkerhetspolitiske utfordringer i Øst- og Sør-Europa, men har etter Russlands angrep på Ukraina tydelig kommunisert at landet vil øke sin oppmerksomhet nordover. Samarbeidet med Tyskland er sterkt, særlig innenfor forsvarsindustri, materiellsamarbeid og kapabilitetsutvikling. Fra tysk side er det tatt initiativ for å utvikle et strategisk partnerskap, med mål om et dypere og mer langvarig integrert samarbeid.

Tyskland forventes å ha en viktig rolle i eventuell forsterkning av Norge. Operativt har Forsvaret et tett samarbeid med Tyskland både med landstyrker og maritime styrker, spesielt gjennom det tysk-nederlandske korps, NATOs Very High Readiness Joint Task Force (VJTF) og Enhanced Forward Presence (eFP) i Litauen.

En rekke tyske styrker trener og øver i Norge, og Tyskland har inngått strategisk samarbeid med Norge gjennom felles anskaffelse av undervannsbåter og utvikling av et nytt langtrekkende missil. I tillegg vil anskaffelsen av nye stridsvogner styrke samarbeidet ytterligere innenfor landoperasjoner. Tyskland og Norge har videre stått i spissen for etableringen av et senter i NATO for å overvåke og beskytte kritisk undervannsinfrastruktur.[102]

Frankrike har styrket oppmerksomheten mot nordområdene og Nord-Atlanteren. Frankrike har stilt med noen av de største europeiske styrkebidragene til større øvelser i Norge og andre operasjoner i våre nærområder. I den forbindelse utvikles det operative samarbeidet med Frankrike fra år til år, noe

[101] Prop 87 S (2023-2024) kapittel 1, 2024.
[102] Prop 87 S (2023-2024) kapittel 1, 2024.

som er med på å styrke vår nasjonale og vår felles sikkerhet. Regjeringen ønsker å fortsette utvikling av den sikkerhetspolitiske dialogen med Frankrike og utforske mulighetene for mer operativt samvirke, blant annet i nord.

Nederland har over tid har vært en viktig samarbeidspartner for Norge og har lang tradisjon for trening og øving i Norge med marineinfanteristyrker. Det er regelmessig nederlandsk nærvær i Norge, i noen tilfeller sammen med britiske og amerikanske marinestyrker. Et tettere norsk samarbeid med disse tre allierte knyttet til forsterkningsplanverk og marineinfanteri vil være et viktig bidrag til rettidig alliert forsterkning av Norge. I tillegg er det etablert tett samarbeid innenfor det tysk-nederlandske korps, samt på kampflysiden. Regjeringen ønsker å videreutvikle samarbeidet med Nederland.

Polen er sterkt påvirket av Russlands angrep på Ukraina. Landet har de siste årene igangsatt en omfattende investering i nasjonal forsvarsevne. Polens sikkerhetspolitiske rolle i Europa og NATO blir stadig større. Vi har mange felles interesser med Polen, og regjeringen ønsker å styrke det allerede gode forsvarssamarbeidet ytterligere.[103]

7.4.3 Nordisk samarbeid

Et samlet Norden i NATO gir nye muligheter for økt integrering og samarbeid, innenfor logistikk, luft- og landdomenet. Norske sikkerhets- og forsvarspolitiske veivalg må ta innover seg Norges nye rolle i forsvaret av vår region. Dette gjelder ansvaret for å ta imot, beskytte, understøtte og fremføre allierte styrker som skal forsvare Norge, Finland, Sverige og andre allierte i vår region. Dette har også betydning for arbeidet med motstandsdyktighet på sivil side og gir nye muligheter i videreutviklingen av totalforsvaret i en nordisk kontekst. Vi må styrke beredskapssamarbeidet mellom sivile aktører.

Finlands og Sveriges inntreden i NATO innleder en ny epoke i norsk, nordisk og europeisk sikkerhetspolitikk. Et samlet Norden i NATO vil påvirke dynamikken i NATO, i EU, vårt forhold til sentrale allierte, og vårt forhold til Russland.

Norden kan nå sees i sammenheng hva angår militær planlegging og kollektivt forsvar, noe som styrker NATOs evne til avskrekking og forsvar nord i Europa. Sammenknytningen av NATOs ansvarsområder i Nord-Europa vil øke den militære kapasiteten betraktelig og legge til rette for at Norden kan betraktes som ett sammenhengende område med felles planverk, kommandoforhold og styrkestruktur. Samtidig vil det ta tid å realisere det fulle potensialet i samarbeidet.

Storbritannia har styrket forsvarssamarbeidet med Finland og Sverige de senere årene. Den britiskledede Joint Expeditionary Force (JEF) hvor Nederland, de nordiske og de baltiske landene inngår, vil få en sterkere tilknytning til NATO når alle JEF-landene er medlemmer av alliansen. JEF-samarbeidet retter seg mot krisehåndtering i en tidlig fase, før en NATO-ledet operasjon er etablert, og komplementerer dermed alliansen.

De nordiske landene vil videreutvikle forsvarssamarbeidet og evne til samvirke og integrasjon på tvers av landegrensene med utgangspunkt i NATOs regionale plan. Forsvar av Norden fordrer tett koordinering og synkronisering av nasjonale planverk, og vil fortsatt være helt avhengig av betydelig

[103] Ibid.

støtte fra øvrige allierte. På Nordkalotten er det i dag flere begrensninger i infrastrukturen, også på norsk side.

Norsk infrastruktur må i økende grad dimensjoneres for mottak og etterforsyninger av allierte styrker til hele Norden. I tillegg vil evnen til beskyttelse av allierte under mottak og forflytning med maritime kapasiteter, langtrekkende luftvern og landstyrker bli viktigere. Begge deler forutsetter helhetlig og økt innsats samt betydelige ressurser fra totalforsvarsaktørene. NATOs evne til å kunne beskytte forsyningslinjer i Nordsjøen og Norskehavet vil være avgjørende for å kunne forsterke Norge, Finland og Sverige med landstridskrefter og andre strategiske kapasiteter.

Geografisk nærhet gjør det særlig interessant å samarbeide med Finland og Sverige om felles utnyttelse av infrastruktur som veier, jernbane og flyplasser. Regjeringen vil utvikle den militære evnen på Nordkalotten, med særlig vekt på tilstrekkelige land- og luftstyrker.

Langtidsplanens målsetting er at Norden skal være den mest integrerte regionen i Europa innenfor forsvarsområdet. Nordic Defence Cooperation (NORDEFCO) vil fortsatt være den fremste plattformen for nordisk forsvarssamarbeid og det utvikles derfor en visjon for styrking av samarbeidet frem mot 2030. Samarbeidet vil innrettes i tråd med NATOs planer og doktriner. Den nylig avholdte øvelsen Nordic Response var en viktig test av evnen til å forsvare hele Norden i rammen av NATOs kollektive forsvar.

Det vil være viktig å videreutvikle det bilaterale samarbeidet med Finland og Sverige. Samarbeidet mellom landene på hær- og luftsiden er tett og vil være hensiktsmessig å styrke ytterligere. Med felles grense mot Russland på Nordkalotten har Finland og Norge stort potensial for et tettere forsvarssamarbeid, også grunnet allerede eksisterende samarbeid om forsvarsmateriell. Finsk anskaffelse av et betydelig antall F-35 kampfly øker dette potensialet. Samarbeidet er spesielt tett innenfor logistikk.

Forsvarets beredskap og forsyningssikkerhet vil også kunne styrkes med et samlet Norden i NATO. Der landene opererer samme type materiell vil det kunne være aktuelt med felles leverandørindustri med tilhold i Norden.[104]

7.5 Agreement on Government Procurement - GPA

WTOs avtale om offentlig innkjøp (Government Procurement Agreement, GPA) har som hovedmålsetting å sikre en effektiv multilateral ramme for offentlige anskaffelser, hvor lovgivning og praksis i medlemslandene er basert på prinsippet om nasjonal behandling og ikke-diskriminering. Avtalen ble inngått i 1994 og trådte i kraft i 1996 (1994 GPA). Den ble revidert i 2012 (2012 GPA). Etter at Stortinget hadde gitt sitt samtykke, trådte den reviderte avtalen i kraft for Norge i 2014.[105] Formålet med revisjonen var å gjøre avtalen mer brukervennlig og fleksibel, sikre større åpenhet og forebygge korrupsjon. Avtalens dekningsområde ble også noe utvidet.[106]

Avtalen er en plurilateral avtale, noe som i WTO-sammenheng innebærer at det er frivillig for WTOs medlemsland å slutte seg til den. Per 1. september 2023 har 48 parter tiltrådt avtalen, inkludert EU.

---

[104] Prop 87 S (2023-2024) kapittel 1, 2024.

[105] Kongelig resolusjon 28. mars 2014

[106] For en nærmere redegjørelse, se Prop. 157 S (2012–2013) Samtykke til godkjennelse av protokoll av 30. mars 2012 om endring av WTO-avtalen om offentlige innkjøp av 15. april 1994.

Oversikt over land som har tiltrådt GPA: Armenia, Australia, Canada, European Union (27 member states), Hong Kong China, Iceland, Israel, Japan, Republic of Korea, Liechtenstein, Republic of Moldova, Montenegro, Netherlands with respect to Aruba, New Zealand, Norway, Singapore, Switzerland, Chinese Taipei, Ukraine, United Kingdom, United States. [107]

Det er kun leverandører som er hjemmehørende i land som har tiltrådt GPA som kan være rettighetshavere i medhold av avtalen, jf. anskaffelsesloven (2016) § 3. Dette er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig, vilkår for å anses som rettighetshavere i en konkret anskaffelse. Leverandører fra GPA-land har nemlig kun rettigheter etter anskaffelsesregelverket «i det omfang som følger» av GPA. For å avgjøre om GPA-leverandører er rettighetshavere i anledning av en konkret anskaffelse, må en se hen til anvendelsesområdet til GPA og Norges spesifikke forpliktelser etter avtalen, jf. GPA artikkel II.

Norges forpliktelser med hensyn til markedsadgang, ofte omtalt som bindingslister, fremgår av syv undervedlegg til vedlegg 1 til GPA.

GPA har et særskilt unntak i artikkel III nr. 1 for forsvar og sikkerhet:

> *«Nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from taking any action or not disclosing any information that it considers necessary for the protection of its essential security interests relating to the procurement of arms, ammunition or war materials, or to procurement indispensable for national security or for national defence purposes."*

Dette unntaket stod i 1994 GPA i artikkel XXIII nr. 1.

Det er uttalt i direktiv 2009/81 fortalen premiss 18:

> "18) Kontrakter om våben, ammunition og krigsmateriel, som indgås af ordregivende myndigheder/ordregivere på forsvarsområdet, er ikke omfattet af den aftale om offentlige indkøb (GPA), der er indgået inden for rammerne af Verdenshandelsorganisationen, i det følgende benævnt »WTO-aftalen«. De øvrige kontrakter, som er omfattet af dette direktiv, er også udelukket fra GPA-aftalen i medfør af dens artikel XXIII. Artikel 296 i traktaten og artikel XXIII, stk. 1, i GPA har forskellige anvendelsesområder og er omfattet af forskellige procedurer for domstolsprøvelse. Medlemsstaterne kan stadig påberåbe sig artikel XXIII, stk. 1, i GPA i situationer, hvor traktatens artikel 296 ikke kan anvendes. Der skal derfor opfyldes forskellige betingelser med hensyn til anvendelsen af de to bestemmelser.
>
> Denne udelukkelse betyder også, at medlemsstaterne specifikt hvad angår forsvars- og sikkerhedsmarkederne bevarer deres beføjelse til at afgøre, hvorvidt deres ordregivende myndighed/ordregiver må give økonomiske aktører fra tredjelande adgang til at deltage i udbudsproceduren. De bør bygge deres afgørelse på spørgsmålet om økonomisk fordelagtighed, nødvendigheden af et globalt konkurrencedygtigt fundament for den europæiske forsvarsteknologi- og -industri, vigtigheden af åbne, konkurrencebaserede markeder og opnåelsen af gensidige fordele. Medlemsstaterne bør arbejde for stadig mere åbne markeder. Deres partnere bør også udvise åbenhed på grundlag af internationalt vedtagne regler, navnlig med hensyn til åben og loyal konkurrence."

[107] https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm

Leverandører som er hjemmehørende i GPA-medlemsstater er ikke rettighetshavere etter LOA § 3 for deltagelse i anskaffelser som følger FOSA. Dette er også lagt til grunn av Oslo tingrett i TOBYF-2017-138788.

Uten at det dermed er avgjørende er det flere unntak fra GPA som også vil unnta anskaffelser ut fra hva de gjelder. Hvilke vareanskaffelser som er omfattet fremgår av undervedlegg 4. Alle varer er i utgangspunktet omfattet, med mindre de er uttrykkelig unntatt. Enkelte spesifiserte varer er unntatt dersom de anskaffes av Forsvarsdepartementet, dets underliggende enheter og enheter på sikkerhetsområdet.

Den angitte ytelsesdekningen begrenses av generelle og spesifikke krav til gjensidighet. For både tjenester og bygge- og anleggsarbeider gjelder et generelt gjensidighetskrav. Det innebærer at de norske forpliktelsene kun gjelder overfor leverandører fra land som har gitt tilsvarende dekning for ytelsen i sine respektive GPA-forpliktelser. For å ta stilling til om slike ytelser omfattes av Norges forpliktelser er det følgelig nødvendig å se hen til relevante GPA-lands ytelsesdekning i sine respektive undervedlegg 5 og 6. Hvis den aktuelle ytelsen er dekket av Norge, men ikke av leverandørlandet, har leverandøren ikke rettigheter etter det norske anskaffelsesregelverket.

I tillegg oppstilles et spesifikt gjensidighetskrav overfor enkelte land. I motsetning til det generelle gjensidighetskravet, gjelder det spesifiserte gjensidighetskravet inntil Norge har akseptert at berørte land gir tilfredsstillende gjensidig tilgang for norske ytelser og leverandører i sine respektive innkjøpsmarkeder.

Det er imidlertid ikke noe i veien for at slike leverandører i dag kan delta og bli tildelt kontrakt i en anskaffelse som følger FOSA. Anskaffelsesutvalget foreslo i NOU 2023:26 punkt 24.19 en lovbestemmelse som innebar at oppdragsgiver måtte få samtykke fra departementet dersom en tilbyder som ikke var rettighetshaver skulle få delta i en offentlig anskaffelse. Regjeringen valgte i Prop. 147 L Lov om endring i anskaffelsesloven (samfunnshensyn mv.) punkt 13.4.4 å ikke følge utvalgets forslag, men videreføre gjeldende rett om at ikke rettighetshavende tilbydere fortsatt kan delta i konkurranser om offentlige kontrakter i Norge, men at de som ikke rettighetshavere ikke kan påberope rettighetene i loven. For eksempel kan en avtaleløs leverandør avvises fra konkurransen, på et hvert tidspunkt, uten noen nærmere begrunnelse ut over at de ikke er rettighetshavere. Utvalget mener dette også er hensiktsmessig for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser og foreslår samme løsning.

Del II Regelverkets anvendelse

8 EØS-avtalens anvendelse

8.1 Innledning

Arbeidsgruppen vil i del II redegjøre for regelverkets anvendelsesområde, før materielle regler behandles i del III. Utgangspunktet er at forsvar- og sikkerhetsanskaffelser med klar grensekryssende interesse omfattes av reglene om fri bevegelighet i TEUV og EØS-avtalens hoveddel, og det behandles nærmere i punkt 8.2. Det finnes flere unntaksregler i traktatene og EØS-avtalens hoveddel. Artikkel 346 TEUV og artikkel 123 EØS er særlig aktuelle for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, og disse skal behandles i punkt 8.3 til 8.6. Direktivets regler om anvendelse og unntak behandles deretter i kapittel 9.

8.2 Utgangspunkter etter fri bevegelighet

EU-domstolen har gjentatte ganger slått fast at EU-retten ikke blir uanvendelig bare fordi medlemsstatene treffer tiltak av hensyn til forsvar og sikkerhet. I det ligger også at forsvar- og sikkerhetsanskaffelser i prinsippet er omfattet av reglene om fri bevegelighet,[108] og som i EØS-avtalen særlig omfatter bestemmelsene om varer i art. 8 flg., tjenester i art. 36 og etablering i art. 31, i tillegg til det generelle forbudet mot ikke-diskriminering i art. 4. Innkjøpsdirektivene har som formål å sikre fri bevegelighet, og kontrakter som omfattes av direktivene vurderes etter disse. Kontrakter som faller utenfor direktivenes anvendelsesområde skal ikke vurderes etter disse, men de kan være omfattet av reglene om fri bevegelighet om kontrakten har klar grensekryssende interesse.[109]

Konsesjonskontrakter faller utenfor direktiv 2009/81/EF. I sak C-324/98 *Teleaustria* skrev EU-domstolen at selv om tjenestekonsesjonskontrakter falt utenfor dagjeldende direktiv, kunne slike kontrakter fortsatt være omfattet av reglene om fri bevegelighet så lenge kravet til grensekryssende interesse er oppfylt. Ved direktiv 2014/23/EU ble det vedtatt et direktiv for konsesjonskontrakter, men hvor det gjøres en del unntak for konsesjoner innen forsvar- og sikkerhet.[110] Direktivet gjør blant annet unntak når det er nødvendig på grunn av vesentlige sikkerhetsinteresser, og tilsvarende vil gjelde for konsesjonskontrakter under reglene om fri bevegelighet, og der primærrettens unntak av hensyn til vesentlige sikkerhetsinteresser forstås i samspill med direktivenes unntaksregler.

Direktiv 2009/81/EF skiller mellom prioriterte og uprioriterte tjenester. Ifølge artikkel 16 er uprioriterte tjenester utelukkende underlagt artikkel 18 og artikkel 30 nr. 3. Det samme var tilfellet under tidligere direktiver (2004/18/EF og 2004/17/EF og dets forgjengere). I sak C-507/03 *Kommisjonen mot Irland* slo imidlertid EU-domstolen fast at slike kontrakter likevel må overholde traktatens grunnleggende prinsipper om kravet til klar grensekryssende interesse er oppfylt.

Det står i avsnitt 15 i fortalen til direktiv 2009/81/EF at kontrakter under terskelverdi kan være underlagt traktatens prinsipper om likebehandling og gjennomsiktighet hvis kontrakten har grensekryssende interesse. Det er i samsvar med EU-domstolens praksis, der saker som C-278/14 *Enterprise Focused Solutions* viser at selv kontrakter godt under terskelverdi kan ha klar

[108] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 104.

[109] Se Hammersvik (2023) inntatt som vedlegg til NOU 2023:26.

[110] Direktiv 2014/23/EU artikkel 10.

grensekryssende interesse,[111] men der rettspraksis viser at det alltid må gjøres en konkret vurdering (se like nedenfor).

Det følger forutsetningsvis av rettspraksis at offentlige myndigheter og offentligrettslige organer er pliktsubjekter etter primærretten.[112] I sak C-91/08 *Wall* bekreftet EU-domstolen at virksomheter som er underlagt offentlig kontroll, men som ikke befinner seg i en konkurransesituasjon på markedet, vil være bundet av reglene om fri bevegelighet. Det kan tilsi at privatrettslige enheter som driver kommersiell forsyningsvirksomhet på grunnlag av særlige eller eksklusive rettigheter, ikke er omfattet av reglene om fri bevegelighet i anskaffelser som faller utenfor direktivene.[113]

Hvorvidt kontrakten har klar grensekryssende interesse beror på en konkret helhetsvurdering av alle relevante forhold, men der EU-domstolen siden de forente saker C-147/06 og 148/06 *SECAP* har gjentatt at det særlig skal ses hen til kontraktens verdi i kombinasjon med kontraktens spesifikke egenskaper og oppfyllelsessted.[114] I sak C-65/17 *Oftalma Hospital* understrekes det at spørsmålet om kontrakten har klar grensekryssende interesse må vurderes konkret på grunnlag av objektive og samstemte opplysninger. Saker som C-318/15 *Tecnoedi* viser at det skal en del til før bygge- og anleggskontrakter under terskelverdi har klar grensekryssende interesse, mens saker som C-278/14 *Enterprise Focused Solutions* og C-699/17 *Allianz Vorsorgekasse* illustrerer at terskelen i alminnelighet kan være noe lavere for at generiske varer og fjernleverbare tjenester har klar grensekryssende interesse.

Spørsmålet om grensekryssende interesse i en anskaffelse som berørte statens sikkerhetsinteresser var tema i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike*. Deler av den saken gjaldt kontrakter om trykking av pyrotekniske tillatelser under terskelverdi. Generaladvokaten skrev at markedet for fremstilling av den typen dokumenter er kjennetegnet av høy grad av spesialisering og internasjonalisering. Det kunne i seg selv tilsi at selv mindre kontrakter var av grensekryssende interesse, men verdien av kontrakten var så lav at generaladvokaten mente Kommisjonen ikke hadde godtgjort noen klar grensekryssende interesse.[115]

EU-domstolen fant at det ikke var godtgjort at kontrakten hadde klar grensekryssende interesse. Den skriver at «kontrakten om fremstilling af pyrotekniske tilladelser ikke blot udmærker sig ved sin forholdsvis lave værdi, men tillige ved sin meget tekniske karakter, hvilket desuden forudsætter en overholdelse af særlige sikkerhedsforanstaltninger med de udgifter, som gennemførelsen af sådanne foranstaltninger indebærer».[116] Østerrike ble derfor frifunnet for den delen av traktatbruddsøksmålet som gjaldt anskaffelser under terskelverdi.

Selv om kontrakten har klar grensekryssende interesse, er det flere regler som muliggjør unntak. For det første kan oppdragsgiver påberope traktatfestede unntak. I EØS-avtalens hoveddel omfatter det artikkel 13 (varer), artikkel 33 (etablering), artikkel 39 (tjenester) i tillegg til artikkel 32 (myndighetsutøvelse) og artikkel 123. For det andre er det antatt at oppdragsgiver kan påberope sekundærrettens spesifikke unntaksregler for kontrakter under reglene om fri bevegelighet, slik som artikkel 13 i direktiv 2009/81/EF.

---

[111] Grensekryssende interesse er nærmere behandlet i kapittel 11.3.

[112] Se f.eks. sak 6/05 *Medipac* avsnitt 33 og sak E-5/98 *Fagtun.*

[113] Hammersvik (2023) kapittel 2.2.2.

[114] Forente saker C-147/06 og 148/06 *SECAP* avsnitt 24.

[115] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 37 flg.

[116] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 107.

For kontrakter som omfattes av reglene om fri bevegelighet må oppdragsgiver særlig overholde prinsippene om ikke-diskriminering, likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet.[117] I dette ligger et krav om publisitet som gjør det mulig for leverandører i andre EØS-stater å melde interesse i anskaffelsen, men som ikke nødvendigvis må skje ved kunngjøring.[118] Oppdragsgiver kan fravike kravet til publisitet om det er begrunnet i læren om tvingende allmenne hensyn og er forholdsmessig. Det er også antatt at oppdragsgiver kan påberope direktivenes regler om unntak fra kunngjøringsplikt, slik som artikkel 28 i direktiv 2009/81/EF. Hvis kravet til publisitet ikke kan fravikes må oppdragsgiver fastsette ikke-diskriminerende og objektive regler i forkant, som ikke begrenser fri bevegelighet mer enn nødvendig. Oppdragsgiver må overholde reglene den selv har fastsatt, og den må også begrunne sine beslutninger.[119]

Etter norsk bakgrunnsrett er det blitt lagt til grunn at oppdragsgiver på prekontraktuelt grunnlag kan bli bundet til å følge selvpålagte regler. Det illustreres av Rt. 2005 s. 1638 *New Pac Safety*. I den saken var det gjort unntak fra anskaffelsesreglene på grunnlag av EØS-avtalen 123, men det var gjennomført en konkurranse. Høyesterett slo fast at det måtte gjelde et minimum av likebehandling også i slike anskaffelser, og drøftelsen tilsier at oppdragsgiver må overholde selvpålagte regler.[120] Regjeringen har i Prop. 147 L foreslått i endret LOA § 3 andre ledd å presisere at virksomheter som ikke er rettighetshavere kan delta i konkurranser om offentlige kontrakter. Disse virksomhetene har likevel ikke noen rettighet til å håndheve eventuelle brudd og kan avvises på ethvert tidspunkt uten krav til begrunnelse. Dette gjelder uavhengig av om oppdragsgiver har latt en ikke-rettighetshavende leverandør delta i en anskaffelse. Tilsvarende må gjelde for en anskaffelse som er unntatt EØS-avtalen. En ikke-rettighetshavende leverandør kan ikke ha større rettigheter dersom en deltar i en anskaffelse unntatt fra EØS-avtalen, enn en anskaffelse som er omfattet av EØS-avtalen.

8.3 Overordnet om EØS-avtalen artikkel 123 og TEUV artikkel 346 og 347

8.3.1 Oversikt

EØS-avtalen artikkel 123 og TEUV artikkel 346 og 347 er utslag av at det tilligger den enkelte stat en eksklusiv og suveren rett til å selv å definere sine grunnleggende sikkerhetsinteresser, herunder beskyttelsesnivå.

Etter TEUV artikkel 346 nr. 1 bokstav a («sikkerhetsunntaket») er en medlemsstat ikke forpliktet til å meddele opplysninger hvis den mener det vil være i strid med sine vesentlige sikkerhetsinteresser. Bestemmelsen forutsetter at EU-retten pålegger medlemsstaten en opplysningsplikt, og anskaffelsesdirektivenes krav til kunngjøring og begrunnelser kan være eksempler på det. Bestemmelsen vil bli behandlet nærmere i punkt 8.4.2 nedenfor.

Ifølge EØS artikkel 123 bokstav a skal avtalen ikke hindre en avtalepart i å treffe tiltak som den anser nødvendig for å hindre spredning av opplysninger som er i strid med dens vesentlige sikkerhetsinteresser. Bestemmelsen vil bli behandlet i punkt 8.4.3.

Etter TEUV artikkel 346 nr. 1 bokstav b («våpenunntaket») kan hver medlemsstat treffe de tiltak som den anser nødvendig for å beskytte sine vesentlige sikkerhetsinteresser ved fabrikasjon eller handel

[117] Hammersvik (2023) kapittel 2.3.
[118] Hammersvik (2023) kapittel 2.4.
[119] Hammersvik (2023) kapittel 2.5 og 2.6.
[120] Hammersvik (2023) kapittel 3.1.

med våpen, ammunisjon og krigsmateriell, så lenge det ikke forringer konkurransevilkårene for sivile produkter. I artikkel 346 nr. 2 står det at rådets liste over varer av 15. april 1958 finner anvendelse på artikkel 346 nr. 1 bokstav b. Bestemmelsen vil bli behandlet nærmere i punkt 8.5.2.

Ifølge EØS artikkel 123 bokstav b skal avtalen ikke hindre en avtalepart i å treffe tiltak som angår produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlig for forsvarsformål. Det samme gjelder forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål. Slike tiltak kan ikke endre konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt direkte for militære formål. Bestemmelsen vil bli behandlet i punkt 8.5.3.

Etter TEUV artikkel 347 («kriseunntaket») skal medlemsstatene rådføre seg med hverandre for å treffe bestemmelser som er nødvendig for å unngå forstyrrelser på det indre marked i tilfelle det er truffet tiltak ved alvorlige indre uroligheter, krig eller alvorlig internasjonal spenning, eller for å oppfylle forpliktelser for bevaring av den internasjonale fred og sikkerhet. Bestemmelsen gir implisitt adgang til å fravike traktatens regler i de situasjoner som er oppregnet, og den skal behandles nærmere i punkt 8.6.2.

Ifølge EØS-avtalen artikkel 123 bokstav c er avtalen ikke til hinder for at en avtalepart treffer tiltak som den anser vesentlig for sin sikkerhet i tilfelle av alvorlig indre uro som truer den offentlige orden. Det samme gjelder i krigstid eller ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare for krig, eller for å oppfylle forpliktelser som den har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet. Denne bestemmelsen behandles i punkt 8.6.3.

Etter artikkel 348 nr. 1 skal Kommisjonen sammen med den aktuelle medlemsstaten undersøke og tilpasse tiltak etter artikkel 346 og 347 som eventuelt fører til forstyrrelser for konkurransen på det indre marked. Ifølge artikkel 348 nr. 2 kan Kommisjonen eller en medlemsstat, uavhengig av traktatbruddsprosedyren i artikkel 258 og 259, henvende seg direkte til EU-domstolen hvis den finner at medlemsstaten har misbrukt artikkel 346 og 347. Denne prosedyren skal bare være brukt én gang i sak C-120/94 *Kommisjonen mot Hellas*, men den saken ble trukket før EU-domstolen fikk avsagt dom om realiteten.[121] Bestemmelsen hindrer ikke søksmål etter den alminnelige traktatbruddprosedyren,[122] og heller ikke søksmål for nasjonale domstoler.[123] EØS-avtalen har ingen parallell til artikkel 348 TEUV, og det har heller ikke ODA.

Før de enkelte unntakene behandles separat, skal noen fellesspørsmål for artikkel 346 og 347 TEUV drøftes i punkt 8.3.2, mens noen generelle metodiske spørsmål om 123 EØS behandles i punkt 8.3.3.

8.3.2 TEUV artikkel 346 og 347

A. Overordnet

Artikkel 346 og 347 TEUV inngår i traktatens del 7 om alminnelige og avsluttende bestemmelser. Mens unntakene i artikkel 36 (varefriheten), artikkel 45 (arbeidstakere), artikkel 52 (etablering), artikkel 57 (tjenester) og artikkel 65 (kapital) er knyttet til de enkelte frihetene, er unntakene i artikkel

[121] Se fotnote 26 i forslag til avgjørelse i sak C-372/05 mv., men generaladvokaten rakk å avgi rådgivende uttalelse som behandles i punkt 8.6.2 nedenfor.

[122] Sak C-372/05 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 29. Hellas anførte det samme i sak C-409/05 *Kommisjonen mot Hellas*. Anførselen ble formelt avvist som for sent fremsatt, men domstolen påpekte at den uansett ikke ville ført frem av samme grunn som den skrevet i C-372/05 *Kommisjonen mot Tyskland*, jf. avsnitt 24 og 25. Se også sak C-246/12 *Ellinka Nafpigeia* avsnitt 36 flg.

[123] Forslag til avgjørelse i sak 222/84 *Johnston* avsnitt 3.

346 og 347 generelle.[124] De kan derfor i prinsippet anvendes mot enhver EU-rettslig bestemmelse så lenge vilkårene for unntak er oppfylt.[125] Bestemmelsene har blitt påberopt som unntak fra for eksempel reglene om statsstøtte,[126] felles merverdiavgiftsregler,[127] felles toll,[128] likestillingsregler[129] og anskaffelsesreglene.[130] De kan anvendes mot forpliktelser både i primærretten og i sekundærretten.[131]

I anskaffelsesdirektivene er det flere unntak som er særlig myntet på forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.[132] Hvis direktivene selv foreskriver unntak er det ikke nødvendig å påberope artikkel 346,[133] men vi skal se at direktivenes sikkerhetsunntak tolkes i lys av artikkel 346 TEUV.[134] Sekundærrettens unntaksregler skal ikke anvendes i større utstrekning enn nødvendig, og i artikkel 11 i direktiv 2009/81/EF står det at ingen av unntaksbestemmelsene «kan anvendes med henblik på at omgå bestemmelserne i dette direktiv». Det samme gjelder for artikkel 346 og 347 TEUV.

EU-domstolen har sagt at unntakene i artikkel 346 og 347 TEUV bare kan påberopes i det enkelte tilfellet og etter en konkret vurdering.[135] Allerede i sak 6/64 *Costa* skrev EU-domstolen at «når der tillægges medlemsstaterne ret til at handle ensidigt, sker dette ved præcise særbestemmelser», og någjeldende artikkel 346 og 347 TEUV ble nevnt som eksempler på slike bestemmelser.[136] I sak 13/68 *Salgoil* skrev EU-domstolen at selv om någjeldende artikkel 347 TEUV «tillægger medlemsstaternes interesse en særlig vægt», skal unntaket ikke tolkes utvidende.[137] Det ble gjentatt i sak 222/84 *Johnston*, der EU-domstolen skrev at både artikkel 346 og 347 «angår usædvanlige, klart afgrænsede tilfælde»,[138] og at de ikke utgjør noe automatisk unntak fra traktatens forpliktelser. Sak C-414/97 *Kommisjonen mot Spania* bekrefter at det ikke er nok at artikkel 346 TEUV påberopes, for medlemsstaten må også fremlegge bevis som viser at vilkårene for unntak er oppfylt.[139]

---

[124] Forslag til avgjørelse i sak C-120/94 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 46.

[125] T-26/01 *Fiocchi* avsnitt 58, forslag til avgjørelse i sak C-128/22 *Nordic Info* avsnitt 53, forslag til avgjørelse i sak C-72/22 *Valstybės* avsnitt 112. Dette ble understreket av saksøkte medlemsstater i for eksempel sak C-284/05 *Kommisjonen mot Finland* avsnitt 34 og sak C-294/05 *Kommisjonen mot Sverige* avsnitt 35. Se også Arrowsmith (2018) s. 159.

[126] Se f.eks. sak C-93/17 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 88, sak C-246/12 P *Ellinika Nafpigeia.*

[127] Sak C-414/97 *Kommisjonen mot Spania*.

[128] Sak C-384/05 *Kommisjonen mot Finland*, sak C-294/05 *Kommisjonen mot Sverige*, sak C-387/05 *Kommisjonen mot Tyskland*, C-387/05 *Kommisjonen mot Italia*, sak C-409/05 *Kommisjonen mot Hella*s, C-461/05 *Kommisjonen mot Danmark*, C-239/06 *Kommisjonen mot Italia.*

[129] Sak C-273/97 *Sirdar* om artikkel 347 (da 224 TEUV). Se også sak 222/84 *Johnston* som nevner både art. 346 og 347 (da 223 og 224).

[130] Sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia*, sak C-157/06 *Kommisjonen mot Italia*, sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi,* sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike*, sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen.*

[131] For direktiv 2009/81/EF er dette uttrykkelig slått fast i artikkel 2, se 9.3.1 nedenfor.

[132] Artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU, artikkel 13 a i direktiv 2009/81/EF, direktiv 2014/25/EU artikkel 24, direktiv 2014/23/EU artikkel 10.

[133] Forslag til avgjørelse i sak C-128/22 *Nordic Info* avsnitt 54. Det er for så vidt et uttrykk for at det ikke er nødvendig å påberope traktatens unntaksregler om EU-retten avhjelper medlemsstatens utfordringer, se f.eks. sak 72/83 *Campus Oil* avsnitt 27 og sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 53.

[134] Sml. forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 40 og forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 43 og 45.

[135] Se f.eks. C-474/12 *Schiebel Airkraft* avsnitt 34, Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 55.

[136] Se parentesen der det står «f.eks. artiklene 15, 93, stk. 3, 223 til 225».

[137] Sak 13/68 *Salgoil* s. 559

[138] Sak 222/84 *Johnston* avsnitt 26. På den tid var nummereringen hhv. 223 og 224 EC.

[139] Sak C-414/97 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 22. På den tid var nummereringen henholdsvis 296 og 297 EC.

Til tross for EU-domstolens restriktive tolkning av artikkel 346 og 347 TEUV var det flere medlemsstater som systematisk unntok våpen fra EU-rettens krav.[140] I forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* advarte generaladvokat Cosmas mot at det kan forstyrre balansen i traktatene og kontrollen med overholdelse av EU-retten.[141] I 2005 anla Kommisjonen traktatbruddsøksmål mot flere medlemsstater for brudd på felles tollregler fordi de ikke hadde betalt toll av våpen importert fra tredjeland.[142] Medlemsstatene påberopte det som nå er artikkel 346 TEUV, og sakene ble behandlet i storkammer. EU-domstolen gjentok her at unntaket skal tolkes restriktivt, og at medlemsstatene ikke kan «fravige traktatens bestemmelser blot ved påberåbelse» av deres vesentlige sikkerhetsinteresser. De må også «bevise nødvendigheden af at bringe undtagelsen fastsat i denne artikel i anvendelse for at beskytte sine væsentlige sikkerhedsinteresser».[143]

På tidlig 2000-tall ble Kommisjonen gjort oppmerksom på at italienske myndigheter i lengre tid hadde kjøpt helikoptre uten å følge anskaffelsesregelverket. Det ble anlagt flere traktatbruddssøksmål,[144] og der italienske myndigheter blant annet påberopte någjeldende artikkel 346 TEUV. Sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* ble behandlet i storkammer, og EU-domstolen gjentok her at det påligger medlemsstaten å godtgjøre at vilkårene for unntak etter art. 346 TEUV er oppfylt. Det er medlemsstaten som bestemmer hva som er nødvendig for å beskytte sine vesentlige sikkerhetsinteresser, men den må bevise at et sånt formål ikke kan «forfølges inden for rammerne af en udbudsprocedure i henhold til direktivet».[145] Det samme ble sagt i sak C-157/06 *Kommisjonen mot Italia*, som også gjaldt direktekjøp av helikoptre. EU-domstolen har fastholdt dette i senere anskaffelsessaker, og i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* gjentok den at artikkel 346 nr. 1 bokstav b skal tolkes strengt, og det samme ble sagt om bokstav a i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike*.[146]

Når medlemsstatene pålegges å begrunne at vilkårene i artikkel 346 og 347 er oppfylt kan det oppstå utfordringer hvis det er behov for hemmelighold som begrunner unntak. Denne innvendingen ble adressert i forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore*. Generaladvokat Cosmas skriver at medlemsstatene ikke kan påberope unntak fra EU-retten på grunnlag av et generelt, abstrakt eller hypotetisk grunnlag. Det kreves at medlemsstaten gir en begrunnelse for hvorfor det er nødvendig å anvende unntaket. Det betyr ikke at medlemsstaten må gi en detaljert redegjørelse for sin forsvarspolitikk, men den må angi målet som forfølges, og forklare «den logiske forbindelse mellem opnåelsen af dette formål og de indførte nationale reguleringer».[147]

---

[140] SEC (2007) 1598 final punkt 3.2.1 og KOM (2016) 726 s. 2.

[141] Forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 26.

[142] Se sak C-384/05 *Kommisjonen mot Finland*, sak C-294/05 *Kommisjonen mot Sverige*, sak C-387/05 *Kommisjonen mot Tyskland*, sak C-387/05 *Kommisjonen mot Italia*, sak C-409/05 *Kommisjonen mot Hellas*, sak C-461/05 *Kommisjonen mot Danmark*, sak C-239/06 *Kommisjonen mot Italia.* Sak C-38/06 *Kommisjonen mot Portugal* ble behandlet for seg, og dom ble avsagt etter storkammersakene.

[143] Se for eksempel sak C-461/05 *Kommisjonen mot Danmark* avsnitt 53 til 55. I den saken og i sak C-239/06 *Kommisjonen mot Italia* ble det anført at det ikke var nødvendig med nærmere begrunnelse for at vilkårene for unntak var oppfylt fordi EUs egen forordning om felles toll anerkjente at oppkreving av toll utgjorde en trussel mot medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser. EU-domstolen var ikke enig i det, og mente heller at forordningen bekreftet at det som utgangspunkt skulle betales toll også ved innførsel av våpen fra tredjeland.

[144] Den første ble avvist på prosessuelt grunnlag i sak C-525/03 *Kommisjonen mot Italia.*

[145] Sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 53 sammenholdt med avsnitt 46. Se tilsvarende i sak C-157/06 *Kommisjonen mot Italia.*

[146] Se sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 35 og sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 77, se også sak C-239/06 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 47.

[147] Forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 55, 56 og 71.

I traktatbruddsakene om brudd på felles tollregler anførte flere av medlemsstatene at unntak etter 346 kunne begrunnes i behov for hemmelighold.[148] Generaladvokat Colomer kritiserte medlemsstatene for å påberope unntaket «gennem en hypotetisk abstraktion»,[149] og han mente at de «i det mindste i minimalt omfang» måtte forklare «de forfulgte mål og den logiske forbindelse, som danner grundlag for afvigelserne».[150] EU-domstolen fant at medlemsstatene ikke hadde godtgjort at behov for hemmelighold nødvendiggjorde unntak, men uten at begrunnelseskravet ble spesifikt drøftet.

I forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver generaladvokat Emiliou at det vil være tilstrekkelig om medlemsstaten på grunnlag av «specifikke og troværdige elementer» forklarer hvorfor den har «rimelige grunde til at antage» at anvendelsen av innkjøpsreglene vil gripe inn i statens vesentlige sikkerhetsinteresser.[151] Det må gjøres en analyse av tiltakets forholdsmessighet i forkant, og der medlemsstaten nøye skal vurderer muligheten for å anvende et mindre restriktivt tiltak.[152] Det er på linje med Kommisjonens syn i diverse veiledere.[153] Den understreker at unntak må vurderes konkret i den enkelte sak. Medlemsstatene må identifisere sikkerhetsinteressene som forfølges og forbindelsen disse har til det aktuelle innkjøpet, og hvorfor det nødvendiggjør unntak fra direktivets krav.[154] Det kreves ikke en detaljert redegjørelse for medlemsstatens forsvars-sikkerhetspolitikk, men nasjonale myndigheter må «be able to make a plausible case».[155]

Selv om vilkårene i artikkel 346 eller 347 TEUV skulle være oppfylt, er det opp til medlemsstaten å bestemme om den vil påberope unntakene.[156] Dersom oppdragsgiver velger å følge direktivet fullt ut uten å påberope unntak, vil det aktuelle direktivet komme til anvendelse.[157] Dersom oppdragsgiver derimot påberoper artikkel 346 eller 347 TEUV og vilkårene for unntak er oppfylt, vil ikke EU-retten komme til anvendelse selv om oppdragsgiver gjennomfører en konkurranse.[158] Så lenge oppdragsgiver i handling har gjort unntak fra direktivet er det vanskelig å se at muligheten for å påberope artikkel 346 eller 347 TEUV går tapt om unntaket ikke er uttrykkelig påberopt fra begynnelsen av. Selv om oppdragsgiver er ment å gjøre en vurdering i forkant,[159] er det neppe tale om et preklusivt krav. Det kan illustreres av sak C-414/97 *Kommisjonen mot Spania*, der artikkel 346 først ble påberopt i tilsvaret, men uten at det var til hinder for at unntaket ble behandlet av EU-domstolen.[160]

---

[148] Tyskland mente til og med at saken måtte avvises fordi det ikke var mulig for Kommisjonen å godtgjøre traktatbrudd når medlemsstaten ikke var forpliktet til å meddele opplysninger om våpenimport. Spørsmål om bevisbyrde måtte ifølge EU-domstolen vurderes under realiteten.

[149] Forslag til avgjørelse i sak C-284/05 mfl. avsnitt 170.

[150] Forslag til avgjørelse i sak C-284/05 mv. avsnitt 54 og 142.

[151] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 54.

[152] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 64 til 65.

[153] Kommisjonen har skrevet flere veiledere om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, og blant disse er meddelelsen i KOM/2006/0779 om anvendelsen av det som nå er artikkel 346 TEUV på innkjøp av forsvarsmateriell, og som medlemsstatene ifølge avsnitt 3 i fortalen til direktiv 2009/81/EF bør «tage hensyn til». Generaladvokaten viser til den flere steder i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi*, se fotnote 15, 23, 31, 39, 41 og 42.

[154] KOM/2006/0779, Kommisjonens meddelelse Security of supply avsnitt 55.

[155] Kommisjonens meddelelse Security of supply avsnitt 55.

[156] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 77, forslag til avgjørelse i sak C-284/05 mfl. avsnitt 115.

[157] Det er likevel flere eksempler på at generaladvokater drøfter anvendelsen av artikkel 347 selv om medlemsstaten ikke har påberopt unntaket, men ofte er at annet unntak påberopt isteden, se f.eks. forslag til avgjørelse i sak C-128/22 *Nordic Info* avsnitt 54.

[158] I norsk rett kan imidlertid oppdragsgiver bli bundet på prekontraktuelt grunnlag til å følge selvpålagte regler, jf. Rt. 2005 s. 1638 *New Pac Safety.*

[159] Se f.eks. forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 65.

[160] Se forslag til avgjørelse i sak C-414/97 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 11 og dommen avsnitt 8 til 9.

B. Vesentlige sikkerhetsinteresser

Artikkel 346 bokstav a og b viser til medlemsstatenes vesentlige sikkerhetsinteresser, og det samme gjør direktivenes unntaksregler for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.[161] Hva som ligger i dette begrepet har vært gjenstand for diskusjon. I forslag til avgjørelse i sak C-284/05 mv. skriver generaladvokat Colomer at det er «et rent nationalt begrep»,[162] mens generaladvokat Kokott i forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* skriver at det er tale om «et EU-retligt begreb, der skal fortolkes selvstændigt».[163]

Med henvisning til blant annet TEU artikkel 4 nr. 2 har EU-domstolen slått fast at det tilkommer «medlemsstaterne at fastsætte deres væsentlige sikkerhedsinteresser».[164] Samtidig er det ikke slik at EU-retten er uanvendelig bare fordi nasjonale tiltak treffes av hensyn til den offentlige sikkerhet.[165] Ved vurderingen av om det er grunnlag for unntak må begrepet vesentlige sikkerhetsinteresser fastlegges innen rammene av EU-retten. Det er imidlertid medlemsstatene som bestemmer beskyttelsesnivået,[166] og det tilligger også medlemsstatene å identifisere mulige trusler mot egne sikkerhetsinteresser.[167] Medlemsstatene har dessuten en skjønnsmargin til å avgjøre hvilke tiltak som er nødvendige for å beskytte sine sikkerhetsinteresser.[168]

I andre av traktatens unntaksregler vises det blant annet til begrepene den offentlige orden og den offentlige sikkerhet. Det fremgår av sak 222/84 *Johnston* at hensynet til den offentlige orden verner medlemsstatens indre sikkerhet (ordensmakten), og i sak C-367/89 *Richardt* heter det også den ytre sikkerhet (forsvar og væpnede styrker) er omfattet av begrepet offentlige orden. I sak 83/94 *Leifer* skrev EU-domstolen at det ikke nødvendigvis er mulig å skille mellom den interne og eksterne sikkerheten, for medlemsstatens sikkerhet er tett forbundet med den internasjonale sikkerhet. Det er senere påpekt at den historiske sondringen mellom fredstid og krigstid er mindre relevant etter utviklingen av internasjonal terrorisme, lokale og regionale konflikter langs grensen til EU, cyberkrig og hybride trusler mot medlemsstatens sikkerhet.[169] EU-domstolen har etter hvert utviklet begrepet nasjonal sikkerhet til å dekke både den interne og eksterne sikkerheten til medlemsstaten.[170]

EU-domstolen har definert begrepet nasjonal sikkerhet som den primære interesse i å beskytte statens vesentlige funksjoner og grunnleggende samfunnsinteresser.[171] Det omfatter forebygging og

---

[161] Artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU, artikkel 13 a i direktiv 2009/81/EF, direktiv 2014/25/EU artikkel 24, direktiv 2014/23/EU artikkel 10.

[162] Forslag til avgjørelse i sak C-284/05 mv. avsnitt 117.

[163] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 46, hvor hun i forlengelsen blant annet viser til sak C-461/05 *Kommisjonen mot Danmark* avsnitt 51, som er blant sakene i Colomers forslag til avgjørelse.

[164] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 75. Se også punkt 16 in fine i fortalen til direktiv 2009/81/EF.

[165] Sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 42 og sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 76.

[166] Forslag til avgjørelse sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 60.

[167] Sml. forslag til avgjørelse i sak C-284/05 mv. avsnitt 116.

[168] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 78. Generaladvokaten viser til at medlemsstatene er gitt «en vid skønsbeføjelse med henblik på definitionen af væsentlige sikkerhedsinteresser», men hvor det «påhviler det medlemsstaterne i det enkelte tilfælde udførligt at påvise, hvilke nationale sikkerhedsinteresser der helt præcist er berørt, og hvordan overholdelsen af visse EU-retlige forpligtelser konkret ville stride mod disse sikkerhedsinteresser», jf. avsnitt 47 og 48 i forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike.*

[169] Se forslag til avgjørelse i sak C-742/19 *B.K* avsnitt 29. Hybride trusler har vært påpekt lenge før saken mellom *Kommisjonen og Østerrike*, se f.eks. fortalen til direktiv 2009/81/EF punkt 7.

[170] Se forslag til avgjørelse i sak C-742/19 *B.K* fotnote 30.

[171] Se f.eks. sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 79.

bekjemping av aktiviteter som kan alvorlig destabilisere landets grunnleggende forfatningsmessige, politiske, økonomiske eller sosiale strukturer, og som derfor utgjør en direkte trussel mot samfunnet, befolkningen eller statens som sådan.[172] EU-domstolen har i saker om inngrep i grunnrettighetene slått fast at hensynet til den nasjonale sikkerheten veier tyngre enn andre hensyn, slik som bekjempelse av selv alvorlig kriminalitet. Begrunnelsen for det er at trusler mot den nasjonale sikkerheten er av en særlig alvorlig karakter som angår statens eksistens, og det kan derfor begrunne mer vidtgående inngrep i grunnrettighetene enn andre hensyn.[173]

Til begrepet «vesentlige sikkerhetsinteresser» i artikkel 346, har EU-domstolen sagt at det tilkommer medlemsstatene å treffe nødvendige tiltak for å opprettholde den indre og ytre sikkerheten.[174] I forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver generaladvokaten at begrepet omfatter både den offentlige sikkerhet og den nasjonale sikkerhet. EU-domstolen nøyer seg med å vise til at begrepet sikkerhet «som indgår i disse bestemmelser, bl.a. [omfatter] beskyttelsen af den nationale sikkerhed.»[175] Når det står «blant annet», tilsier det at begrepet vesentlige sikkerhetsinteresser omfatter mer enn nasjonal sikkerhet, og det bekreftes også av EU-domstolens drøftelse av de ulike hensyn som var påberopt i den saken.[176] For eksempel omfattes også hensyn om opprettholdelse av den offentlige orden og sikkerheten, herunder kriminalitetsbekjempelse, men her kan det være vanskeligere å begrunne unntak enn i saker der den nasjonale sikkerheten står på spill.

Dommen i saken mot Polen er et eksempel på at hensynet til den nasjonale sikkerheten kan begrunne mer inngripende tiltak enn andre sikkerhetsinteresser. I den saken hadde Polen tildelt kontrakt om produksjon av en del offentlige dokumenter til et statlig selskap uten å følge anskaffelsesreglene. For de fleste dokumentene, også de som var tett forbundet med hensynet til den offentlige orden, mente EU-domstolen at det ikke var godtgjort at det var nødvendig å gjøre unntak fra anskaffelsesreglene. Det gjaldt derimot ikke for produksjon av identitetspapirer til soldater, ansatte i de hemmelige tjenestene og lignende. Disse dokumentene hadde nemlig en snever og direkte forbindelse med målet om å beskytte den nasjonale sikkerheten, og den direkte tildeling til det statlige selskapet var da rettferdiggjort.[177]

EU-domstolen har slått fast at hensynet til den offentlige orden og sikkerhet bare kan «påberåbes, når der foreligger en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn».[178] I sak C-423/98 *Albore* skrev EU-domstolen at nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling bare kunne begrunnes om det ble godtgjort at medlemsstatens militære interesser ellers ville bli «udsat for virkelige, konkrete og alvorlige risici, som ikke ville kunne imødegås ved hjælp af mindre restriktive procedurer».[179] I saker om nasjonal sikkerhet har EU-domstolen sagt at det må foreligge «tilstrækkeligt konkrete omstændigheder» som gjør det mulig å anta at medlemsstaten står overfor «en alvorlig trussel mod den nationale sikkerhed» som er «reel og aktuel eller forudsigelig.»[180] Tilsvarende gjelder for vesentlige sikkerhetsinteresser etter artikkel 346 TEUV.[181]

---

[172] Forente saker C-511/18, C-512/18 og C-520/18 *La Quadrature du Net mfl.* avsnitt 135.

[173] Forente saker C-511/18, C-512/18 og C-520/18 *La Quadrature du Net mfl.* avsnitt 136.

[174] Sak C-38/06 *Kommisjonen mot Portugal* avsnitt 62 med videre henvisninger.

[175] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 78.

[176] Se avsnitt 85 flg. om forsyningssikkerhet og avsnitt 91 om informasjonssikkerhet.

[177] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 107 flg.

[178] Sak C-106/22 *Xella* avsnitt 66.

[179] Sak C-423/98 *Albore* avsnitt 22. Se også forslag til avgjørelse i sak C-284/05 mv. avsnitt 127.

[180] Forente saker C-511/18, C-512/18 og C-520/18 *La Quadrature du Net mfl.* avsnitt 137.

[181] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen*.

At risikoen må ha en viss aktualitet utelukker ikke at også potensielle trusler kan utgjøre vesentlige sikkerhetsinteresser som kan begrunne unntak. EU-domstolen har bekreftet at hensynet til den nasjonale sikkerheten omfatter forebyggelse av aktiviteter som alvorlig kan destabiliser landet.[182] Om det som nå er artikkel 347 skriver generaladvokat Cosmas i *Albore* at bestemmelsen ikke nødvendigvis forutsetter at krisen har inntruffet, for den omfatter også «beføjelsen til forebyggende at fastlægge de nødvendige foranstaltninger, som vil tillade dem at kunne klare forholdene under krig, international uro eller statens opløsning».[183] I forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* sier generaladvokat Emiliou seg enig med Cosmas' analyse i *Albore*. Han skriver at truslene «ikke behøver at være aktuel eller definitiv», for også «potentielle risici» omfattes så lenge de ikke er av spekulativ eller hypotetisk karakter.[184]

Det er et bredt spekter av trusler som kan begrunne unntak etter artikkel 346, men truslene må ha tilstrekkelig alvorlige konsekvenser til at det berører medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser. EU-domstolen slo tidlig fast at trusler mot grunnleggende offentlige institusjoners og tjenesters funksjonsmåte eller befolkningens overlevelse kan påvirke den offentlige sikkerhet. Det samme gjelder trusler mot den militære sikkerheten, og risikoen for alvorlige forstyrrelser av internasjonale relasjoner eller av nasjonenes fredelige sameksistens.[185] Kriminalitet kan også forstyrre den offentlige orden, men det «forudsætter, at der ud over den forstyrrelse af samfundsordenen, som enhver lovovertrædelse indebærer, foreligger en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn».[186]

I forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver generaladvokaten at Polens anførsler om forbrukerbeskyttelse og trafikksikkerhet ikke truet vesentlige sikkerhetsinteresser, og det gjaldt også de konkrete hensyn til folkehelsen som ble påberopt i den saken.[187] Derimot mente han at Polen kunne påberope hensyn om å beskytte seg mot trusler oppstått på grunn av «cyberkrigsførelse, terrorisme, organiseret kriminalitet, menneskehandel og smugling af migranter», og det kunne også påberope hensyn om å sikre offentlighetens tillit til valgresultater og «forsyningen af dokumenter, der er nødvendige for den offentlige forvaltnings korrekte funktionsmåde».[188] Han gir så følgende eksempler på tilstrekkelig alvorlige trusler mot statens vesentlige sikkerhetsinteresser:

«[interne] (organiseret kriminalitet, oprør osv.) eller eksterne (efterretning eller kontraefterretning, cyberkrigsførelse osv.) i forhold til staten. Sådanne trusler kan være specifikke for den pågældende stat (såsom paramilitære eller væbnede nationalistiske grupper) eller være af global karakter (såsom en dødelig pandemi), menneskeskabte (atomulykker, miljøkatastrofer, terrorhandlinger osv.) eller naturligt forekommende (jordskælv, tsunamier, oversvømmelser osv.).» [189]

---

[182] Forente saker C-511/18, C-512/18 og C-520/18 *La Quadrature du Net mfl.* avsnitt 135.

[183] Forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 31.

[184] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 55.

[185] Sak 72/83 *Campus Oil* avsnitt 34 og 35, sak C-70/94, *Werner* avsnitt 27, sak C-423/98, *Albore* avsnitt 22, sak C-398/98 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 29, sak C-145/09 avsnitt 44.

[186] Sak C-503/03 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 46, som EU-domstolen refererte til i tollsakene, se f.eks. sak C-372/05 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 69. Sml. også HR-2022-533-A avsnitt 43 flg. med videre henvisninger.

[187] Forslag til avgjørelse sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 75 til 76.

[188] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 78.

[189] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 49, mens i avsnitt 75 står det at forbrukerbeskyttelse og veisikkerhet vanskelig kan utgjøre vesentlige sikkerhetsinteresser. EU-domstolen har skrevet at terrorvirksomhet er eksempel på trusler mot den nasjonale sikkerheten, jf. f.eks. Forente saker C-511/18, C-512/18 og C-520/18 *La Quadrature du Net mfl.* avsnitt 135.

EU-domstolen nøyde seg med å konstatere at Polen i den saken hadde identifisert sine vesentlige sikkerhetsinteresser,[190] men for de fleste typer dokumenter var det ikke godtgjort at unntak var nødvendig. Det illustrerer at medlemsstatene har stor frihet til å definere sine sikkerhetsinteresser, og at slaget som regel står om det er proporsjonalt å gjøre unntak fra anskaffelsesreglene. Samtidig må begrepet vesentlige sikkerhetsinteresser avgrenses mot ulovlige hensyn som for eksempel rene økonomiske hensyn eller formål om å beskytte nasjonal industri fra konkurranse (se også punkt 8.5.2 nedenfor).

C. Proporsjonalitetsvurderingen

EU-domstolen har gjentatte ganger slått fast at proporsjonalitetsprinsippets krav må være oppfylt for at unntak etter artikkel 346 TEUV kan rettferdiggjøres. Det er medlemsstaten som i den enkelte sak må godtgjøre at det er proporsjonalt å gjøre unntak fra EU-retten. I alminnelighet kreves det ikke at medlemsstaten godtgjør empirisk at proporsjonalitetsprinsippet er oppfylt, [191] men den må kunne fremlegge passende dokumentasjon for at tiltaket er proporsjonalt.[192] Det betyr som nevnt ikke at medlemsstaten er forpliktet til å dele opplysninger i strid med sine vesentlige sikkerhetsinteresser, men den må kunne gi en konkret begrunnelse som står seg etter logikkens krav.

Etter proporsjonalitetsprinsippet må tiltak være *egnet* til å beskytte statens vesentlige sikkerhetsinteresser. Så lenge medlemsstaten reelt forfølger mål om å beskytte sine vesentlige sikkerhetsinteresser vil dette kravet som regel være oppfylt.[193] I forlengelsen av egnethet kreves det i alminnelighet at de hensyn som medlemsstaten påberoper forfølges på en systematisk og sammenhengende måte. Medlemsstaten kan ikke fremme, tolerere eller aksepterer tiltak som går på tvers av målene som forfølges. Dette kravet til *konsistens* blir noen ganger omtalt som hyklertesten, for det skal særlig avsløre om medlemsstaten i realiteten påberoper vikarierende motiver for ulovlige hensyn.[194]

Anvendelsen av konsistenstesten kan være noe utfordrende i anskaffelsessaker når unntak må vurderes konkret i det enkelte tilfellet.[195] At det ikke er gjort unntak i én anskaffelse, kan ikke uten videre bety at det vil være inkonsistent å påberope unntaket i en annen anskaffelse.[196] Konsistenstesten bør derfor først og fremst anvendes innen rammene av den enkelte anskaffelse. Det kan illustreres av forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike*. I den saken var en direkte tildeling blant annet begrunnet med frykten for at sikkerhetsrelevante opplysninger ville ende opp hos utenlandske myndigheter om kontrakt ble gitt et selskap underlagt utenlandsk kontroll. Generaladvokaten skrev at myndighetene ikke hadde truffet noen tiltak for å hindre at den nasjonale leverandøren kom under

---

[190] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 83. Se også sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 80, sammenholdt avsnitt 51 i forslag til avgjørelse i samme sak.

[191] Se f.eks. sak C-464/15 *Admiral Casinos* avsnitt 29, C-3/17 *Sporting Odds* avsnitt 62 til 64.

[192] Se f.eks. sak C-414/97 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 22 og 24, sak C-284/05 *Kommisjonen mot Finland* avsnitt 47, sak C-474/12 *Schiebel Aircraft* avsnitt 34, forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 48, sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 78 til 79.

[193] Se f.eks. sak C-474/12 *Schiebel Aircraft* avsnitt 38 der EU-domstolen kort påpeker at egnethetskravet var oppfylt. For en noe lengre drøftelse som ender i samme konklusjon se forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 83 til 85.

[194] Se forslag til avgjørelse i sak C-316/07 mfl. *Stoss* avsnitt 50.

[195] Dette var for så vidt et spørsmål i sak E-4/22 *Stend*i, som gjaldt anvendelsen av unntaket om utøvelse av offentlige myndighet i EØS artikkel 32, og hvor foreleggende domstol stilte spørsmål som berørte konsistenskravet, men EFTA-domstolen løste spørsmålet uten at den trengte ta stilling til dette, jf. avsnitt 48 flg.

[196] Sml. sak E-2/24 *Bygg og Industri Norge* avsnitt 107 med videre henvisninger

utenlandsk kontroll. Hun mente at det da ikke forelå noen sikkerhetspolitisk begrunnelse for Østerrikes kategoriske avvisning av andre virksomheter enn den nasjonale leverandøren.[197]

Etter proporsjonalitetsprinsippet må tiltaket også være *nødvendig* for å oppnå påberopte hensyn. Det ligger i dette at beskyttelsesnivået ikke må kunne nås med tiltak som er like effektive for å nå påberopte hensyn, men som er mindre inngripende enn det medlemsstaten har valgt. Medlemsstatene har «en skønsmargen til at beslutte, hvilke foranstaltninger der anses for nødvendige for beskyttelsen af deres væsentlige sikkerhedsinteresser».[198] Samtidig må skjønnet utøves innen rammene av EU-retten, og unntak kan ikke påberopes i større utstrekning enn det som er nødvendig. I en anskaffelsesrettslig kontekst innebærer det at oppdragsgiver må godtgjøre at «de formål, som den forfølger, ikke kunne være blevet opfyldt inden for rammerne af en udbudsprocedure» under sekundærretten.[199]

Praksis fra EU-domstolen viser at slaget som oftest står om det er nødvendig å gjøre unntak fra anskaffelsesreglene, og noe av formålet med vedtakelsen av direktiv 2009/81/EF var å redusere behovet for å påberope unntak fordi det skal ivareta de særlige behov som gjør seg gjeldende på forsvars- og sikkerhetsområdet.[200] I forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver generaladvokaten at medlemsstatene skal vurdere nøye om det finnes mindre inngripende midler, men at den er ikke forpliktet til å «udpege hvert enkelt alternativ, som hypotetisk set kan udtænkes, og redegøre for, hvorfor de alle bør forkastes»[201] Han tilføyer også at medlemsstatene ikke kan pålegges å vedta tiltak når «gennemførligheden eller effektiviteten af sådanne foranstaltninger er uvis eller vil resultere i en utålelig (organisatorisk eller finansiel) byrde for den pågældende medlemsstat». Det er i samsvar med EU-domstolens praksis under reglene om fri bevegelighet.[202]

Et eget spørsmål er om tiltak etter 346 og 347 TEUV også må være forholdsmessig i snever forstand (stricto sensu). Det er noe omdiskutert hvor langt det i alminnelighet er et krav om proporsjonalitet i snever forstand, men det gjelder i alle fall når det er tale om inngrep i menneskerettigheter.[203] Det virker imidlertid lite aktuelt med en så inngående prøving av tiltak etter artikkel 346 eller 347 TEUV så lenge det ikke er snakk om å gjøre inngrep i menneskerettigheter. [204] Som vi har sett er den nasjonale sikkerheten medlemsstatenes eneansvar, og det tilkommer medlemsstatene å fastsette beskyttelsesnivået og identifisere trusler mot dette. I forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* synes generaladvokaten å mene at forholdsmessighet i snever forstand ikke skal benyttes når det er tale om beskyttelse av nasjonale interesser av militær art.[205] Tilsvarende synes lagt til grunn av

---

[197] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 70 til 72. I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* anførte Kommisjonen at tildeling av kontrakt til den offentlige kontrollerte nasjonale leverandøren ikke utgjorde noen sikkerhet mot lekkasjer fordi denne kunne bruke underleverandører. EU-domstolen fant at Kommisjonen ikke hadde godtgjort at polsk lovgivning tillot bruk av underleverandører for fremstillingen av identitetspapirer til militært personell mv. Dersom polsk lovgivning tillot bruk av underleverandører kunne det vært eksempel på en inkonsistens, og som også kunne vist at myndighetene i realiteten forfulgte et lavere beskyttelsesnivå enn det anførte.

[198] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 78.

[199] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 83, sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 79, sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 53. Se også generaladvokaten i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 24. EU-domstolen har sagt det samme for anvendelsen av direktivets unntaksregler, se f.eks. sak C-324/93 *Evans* avsnitt 23, som nå følger uttrykkelig av artikkel 15 nr. 3.

[200] Direktiv 2009/81/EF fortalen punkt 4.

[201] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 65.

[202] Se f.eks. sak C-400/08 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 75 og sak C-209/18 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 82.

[203] Se HR-2024-1107-A avsnitt 119.

[204] Sak C-185/23 *Protectus* kan illustrere at menneskerettigheter kan være aktuelt ved håndheving av EU-retten.

[205] Forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 51 til 53, som også viser tilbake til avsnitt 16 flg.

generaladvokaten i forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen,*[206] og det er ikke eksempler på at EU-domstolen har anvendt forholdsmessighet i snever forstand ved tiltak etter 346 TEUV.

Hvis vilkårene etter art 346 eller 347 TEUV er oppfylt vil det kunne begrunne «non-application of the Directive or of certain provisions of the Directive.»[207] Det kan her stilles spørsmål om proporsjonalitetsprinsippet innebærer at oppdragsgiver bare kan gjøre delvis unntak fra direktivet hvis det er tilstrekkelig for å beskytte sikkerhetsinteressene som påberopes. I saker som C-296/15 *Medisanus* skriver EU-domstolen om traktatens unntak fra varereglene at nødvendighetskravet innebærer at «formålet må ikke kunne opfyldes ved anvendelse af forbud eller begrænsninger, der er mindre vidtrækkende eller i mindre grad påvirker samhandelen inden for Unionen».[208] Det tilsier at dersom det er tilstrekkelig for ivaretakelsen av statens vesentlige sikkerhetsinteresser at det bare gjøres unntak fra enkeltbestemmelser i direktivet, kan ikke anskaffelsen i sin helhet unntas direktivet.

Rettspraksis om artikkel 346 underbygger at omfanget av unntaket ikke kan være større enn nødvendig. I tollsakene anførte medlemsstatene at fortroligheten av militære opplysninger kunne begrunne unntak fra felles tollregler etter det som nå er 346 TEUV. EU-domstolen mente at det ikke var godtgjort at det var nødvendig med unntak, og den viste blant annet til at dersom det var nødvendig kunne medlemsstaten etter 346 TEUV unnta enkelte dokumenter eller opplysninger fra rapporteringsplikten til Kommisjonen.[209] Behov for hemmelighold kunne imidlertid ikke begrunne en total fravikelse av plikten til å betale toll. Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* trekker i samme retning. Begge steder blir det vist til at en konkurranse med krav om at produksjonen skjer på nasjonalt territorium kan være et mindre inngripende tiltak enn en direkte tildeling.

8.3.3 EØS artikkel 123

A. Oversikt

EØS-avtalen art. 123 er ikke identisk med art. 346 TEUV, men «ligger nær opp til artikkel 21 i EFTA-landenes frihandelsavtaler med EF».[210] Sistnevnte artikkel minner i tur om artikkel 18 i EFTA-konvensjonen.[211] Forskjellene mellom art. 123 EØS og art. 346 og 347 TEUV kan illustreres i følgende tabell:

Artikkel 123:	**Artikkel 346 TEUV:**
«Bestemmelsene i denne avtale skal ikke hindre en avtalepart i å treffe tiltak	«1. Traktaternes bestemmelser er ikke til hinder for følgende regler:
a) som den anser nødvendig for å hindre spredning av opplysninger som er i strid med dens vesentlige sikkerhetsinteresser	a) ingen medlemsstat er forpligtet til at meddele oplysninger, hvis udbredelse efter dens opfattelse ville stride mod dens væsentlige sikkerhedsinteresser

[206] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 60 til 62.

[207] Kommisjonens meddelelse *Security of Supply* avsnitt 55.

[208] Sak C-296/15 *Medisanus* avsnitt 95.

[209] Sak C-284/05 *Kommisjonen mot Finland* avsnitt 48.

[210] Ot.prp.nr. 100 (1991-1992) s. 103, NOU 2023: 26 s. 373, Meld. St. 9 (2015-16) s. 29.

[211] Konvensjonen om opprettelse av det europeiske frihandels forbund av 1. april 1960.

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	b) hver medlemsstat kan træffe de foranstaltninger, som den anser for nødvendige til beskyttelse af sine væsentlige sikkerhedsinteresser, og som vedrører fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel; disse foranstaltninger må ikke forringe konkurrencevilkårene inden for det indre marked for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål.
	2. Rådet fastlægger med enstemmighed på forslag af Kommissionen ændringer til den liste, det har fastlagt den 15. april 1958, over de varer, hvorpå bestemmelserne i stk. 1, litra b), finder anvendelse.»
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»	**Artikkel 347 TEUV:** «Medlemsstaterne rådfører sig med hinanden med henblik på i fællesskab at træffe de bestemmelser, der er nødvendige for at undgå, at det indre markeds funktion påvirkes af de foranstaltninger, som en medlemsstat kan føle sig foranlediget til at træffe i tilfælde af alvorlige indre uroligheder, der forstyrrer den offentlige orden, i tilfælde af krig eller alvorlig international spænding, der udgør en krigstrussel, eller for at opfylde de forpligtelser, som den har indgået med henblik på bevarelse af freden og den internationale sikkerhed.»

De nærmere forskjellene mellom artikkel 123 EØS og artikkel 346 TEUV vil bli behandlet nærmere under de enkelte alternativene nedenfor. Her skal det kort påpekes at sikkerhetsunntaket er rimelig likt formulert i de to bestemmelsene. Det er noe større forskjeller i formuleringen av våpenunntaket, for EØS-avtalen viser ikke til 1958-listen, men i motsetning til 346 viser den til andre varer, forskning, utvikling og produksjon som er uunnværlig for forskningsformål. Artikkel 123 bokstav b nevner ikke vesentlige sikkerhetsinteresse slik artikkel 346 nr. 1 bokstav b gjør, men begge bestemmelsene forbyr konkurransevridning i det sivile markedet. Det er også større forskjeller i formuleringen av kriseunntaket, der artikkel 347 er formulert som en prosedyreregel som forutsetter at medlemsstatene kan treffe tiltak, mens artikkel 123 EØS er formulert som en unntaksregel begrunnet i statens sikkerhetsinteresser. Samtidig er situasjonene som beskrives i bokstav c og 347 identiske.

EØS-avtalen er basert på et prinsipp om homogenitet med EU-retten, men samtidig har den visse særtrekk som må respekteres. Det gjør at den EØS-rettslige metoden normalt skjer i to trinn. Først må det tas stilling til den EU-rettslige løsningen, og deretter må det vurderes om den løsningen er

overførbar til EØS-retten. Siden artikkel 123 EØS er utformet noe annerledes enn artikkel 346 og 347 TEUV, oppstår spørsmålet om bestemmelsene også skal tolkes ulikt.[212]

Det er få kilder som kaster lys over hvorfor avtalepartene utformet ulike bestemmelser. I et omforent møtereferat står det bare at partene var enige om at «de ikke ville gjøre urettmessig bruk av bestemmelsene i artikkel 123 for å hindre spredning av opplysninger på konkurranseområde».[213] For øvrig er det ikke forarbeider som forklarer hvorfor bestemmelsene er ulikt utformet, og det foreligger heller ikke rettspraksis som avgjør dette. Hvor langt den EU-rettslige løsningen er overførbar til EØS-retten må derfor løses på grunnlag av annen rettspraksis som behandler forholdet mellom EU-retten og EØS-retten.

B. Er EU-retten overførbar til EØS-retten?

I flere av EUs avtaler med andre tredjeland finnes det bestemmelser som ligner EØS-avtalen artikkel 123.[214] Også i GPA er det gjort unntak for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, og EU mener slike anskaffelser faller helt utenfor den avtalen.[215] Det er ikke funnet saker fra EU-domstolen om unntaksregler som ligner på 123 EØS, men det er langvarig rettspraksis for at EUs internasjonale avtaler tolkes på grunnlag av den aktuelle traktats «ånd, system og ordlyd».[216] EU-domstolen har flere ganger funnet at EUs traktater med tredjeland ikke skal tolkes likt med likelydende bestemmelser i EU-retten.[217] Selv om ordlyden i internasjonale avtaler skulle være lik den i EU-traktatene, kan ulikt formål og mindre grad av integrasjon føre til forskjellig tolkning.[218]

Når det kommer til EØS-avtalen har imidlertid EU-domstolen fastslått flere ganger at avtalen søker å utvide det indre marked til EFTA-statene i EØS, og der flere bestemmelser har «til formål at sikre en så ensartet fortolkning som mulig af aftalen inden for hele EØS».[219] Av den grunn skal «de bestemmelser i EØS-aftalen, der i det væsentlige er identiske med bestemmelserne i traktaten, fortolkes ensartet inden for medlemsstaterne».[220] Det betyr for eksempel at reglene om fri bevegelighet skal tolkes likt som tilsvarende bestemmelser i traktatene.[221]

EU-domstolen har også funnet at EFTA-landene i EØS har «privilegerede forbindelser med Unionen, som går ud over rammerne for et økonomisk og kommercielt samarbejde».[222] Det skyldes at disse

---

[212] Ormbergs kommentarer til artikkel 123 i EEA Commentary(2018) s. 930.

[213] Ad artikkel 123 i omforent møtereferat om en avtale mellom Det europeiske økonomiske fellesskap, Det europeiske kull- og stålfellesskap og deres medlemsstater og EFTA-statene om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, og St.prp. nr. 100 (1991-1992) s. 103.

[214] Se f.eks. forslag til EUs assosieringsavtale med Andorra og San Marino, jf. COM (2024) 189 final artikkel 102. Se også handels- og samarbeidsavtalen mellom EU og Storbritannia artikkel 415.

[215] Avsnitt 18 i fortalen til direktiv 2009/81/EU.

[216] Forente saker 21-24/72 *International Fruit Company* avsnitt 20, se forslag til avgjørelse i sak C-202/24 Alchaster avsnitt 56 med videre henvisninger.

[217] Sak 270/80 *Polydor* avsnitt 13 flg.

[218] Uttalelse i 1/91 avsnitt 14, sak C-202/24 *Alchaster* avsnitt 61 flg. og forslag til avgjørelse i samme sak avsnitt 45.

[219] Uttalelse i 1/92 s. 2821, se også sak C-431/11 *Storbritannia mot Rådet* avsnitt 50.

[220] Sak C-521/07 *Kommisjonen mot Nederland*, sak C-540/07 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 65, sak C-48/11 *Veronsaajien oikeudenvalvontayksikkö* avsnitt 15, sak C-72/09 *Établissements Rimbaud* avsnitt 20.

[221] Sak C-452/01 *Ospelt og Schlössle Weissenberg* avsnitt 28 flg., forslag til avgjørelse i sak C-142/24 *Familiestiftung* avsnitt 36 flg.

[222] Sak C-897/19 PPU *I.N* avsnitt 44.

landene inngår i «et europæisk område uden grænser» og som har «særlige forbindelser» med EU,[223] og det underbygges med henvisninger til EØS-avtalen, og deltakelse i det europeiske asylsystem, Schengen-avtalen og om ordningen med arrestordre.[224] EU-domstolen har brukt dette som argument for at bestemmelser i avtaler inngått utenom EØS-avtalen, men som «i høj grad ligner» tilsvarende bestemmelser i EU-retten, skal tolkes likt som i EU.[225] Det er uavklart hvordan EU-domstolen vil tolke EØS-rettslige bestemmelser som ikke i det vesentligste er identiske eller i høy grad ligner bestemmelser i EU-retten.

EFTA-domstolen har slått fast at det er en presumsjon for at bestemmelser i EØS-avtalen som er lik EU-retten skal fortolkes på samme måte.[226] Det må foreligge tvingende grunner for å fravike målet om homogenitet.[227] Et eksempel på slike grunner kan være at «forskjeller i virkeområde og formål under særlige omstendigheter» kan lede til tolkningsforskjeller mellom EØS-retten og EU-retten.[228] Dette gjelder særlig tilsiktede forskjeller i anvendelsesområde, der regler for landbruk, fiskeri og handelsavtaler med tredjeland er eksempler på områder der EFTA-domstolen har sagt at det er ulikheter mellom Efta-pilaren og EU-pilaren.[229]

EFTA-domstolens praksis viser imidlertid at den strekker seg langt for å sikre homogenitet. Som svar på den økende forskjellen mellom EØS-avtalen og EU-retten har den søkt en tolkning som gir resultatlikhet.[230] Dette illustreres også av forente saker E-1/24 og E-7/24 *TC and AA*, der EFTA-domstolen synes å legge stor vekt på EUs pakt om grunnleggende rettigheter, selv om den ikke er en del av EØS-avtalen.[231] EFTA-domstolen har også tilsluttet seg EU-domstolens uttalelser om at det er et spesielt forhold mellom EU og EFTA-landene i EØS-avtalen, og at andre internasjonale avtaler enn EØS-avtalen kan kaste lys over dette forholdet. [232] Det er også eksempler på at EØS-retten tolkes likt som EU-retten innen rammene av sekundærlovgivningen, selv om bestemmelser i EØS-avtalens hoveddel og EUs traktater er ulikt utformet. Illustrerende her er sak E-8/19 *Scanteam,* der EFTA-domstolen fant at anskaffelsesdirektivet har samme geografiske virkeområde som EU-retten, og det var da ««ingen grunn til å undersøke EØS-avtalen artikkel 126».[233]

Også Høyesterett har lagt til grunn at homogenitetsprinsippet står sentralt ved tolkningen av EØS-avtalen, men den har samtidig understreket at suverenitetshensyn utgjør en skranke for statens plikter.[234] Det siste sikter antakelig til EØS-avtalens virkninger i norsk rett, ved at tolkningsresultatet må ha tilstrekkelig forankring i EØS-avtalen for at den skal kunne legges til grunn av en nasjonal domstol. Det innebærer blant annet at uten tilstrekkelig klare holdepunkter i avtalen kan det ikke skje en «vesentlige utvidelse av statens plikter».[235]

---

[223] Sak C-202/24 *Alchaster* avsnitt 63 flg.
[224] Sak C-202/24 *Alchaster* avsnitt 67 til 69, sak C-897/19 PPU *I.N* avsnitt 44.
[225] Sak C-202/24 *Alchaster* avsnitt 68
[226] Forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oreal* avsnitt 27.
[227] Forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oreal* avsnitt 31
[228] Forente saker E-9/07 og E-10/07 *L'Oreal* avsnitt 27.
[229] Sak E-1/16 *Synnøve Finden*, sak E-2/97 *Maglite.*
[230] Se særlig sak E-28/15 *Jabbi,* se også forente saker E-1/24 og E-7/24 *TC og AA* avsnitt 51.
[231] Forente saker E-124 og E-7/24 *TC og AA* avsnitt 54 til 58.
[232] Sak E-15/24 *A og B* avsnitt 68, forente saker E-124 og E-7/24 *TC og AA* avsnitt 49.
[233] Sak E-8/19 *Scanteam* avsnitt 73.
[234] HR-2025-490-S *Innreisesaken* avsnitt 55 til 57, 66 og 107.
[235] HR-2025-490-S *Innreisesaken* avsnitt 107.

Utgangspunktet må etter dette være at EØS-avtalen 123 skal tolkes likt som EU-retten med mindre det foreligger tvingende grunner. Der bestemmelsene i de to pilarene i det vesentligste er identiske, eller i høy grad ligner hverandre, skal de tolkes likt. Dersom EØS-avtalen 123 kan tolkes på ulike måter, bør det velges den tolkningen som ligner mest på EU-retten. Det gjelder særlig for offentlige anskaffelser ettersom innkjøpsdirektivene er inntatt i EØS-avtalen, og der det bør tilstrebes en lik fortolkning innen rammene av direktivet.

Også det særlige forholdet mellom EFTA-landene i EØS og EU tilsier at 123 EØS tolkes så likt som mulig med TEUV artikkel 346 og 347. Som det fremgår ovenfor i kapittel 7 ovenfor er det et ustrakt samarbeid mellom Norge og EU på forsvars- og sikkerhetsområdet som bidrar til å kaste lys over dette særlige forholdet. Samtidig vil det som fremstår som eventuelle tilsiktede forskjeller i EØS-retten utgjøre en tvingende grunn for en tolkning som avviker fra EU-retten. Tilnærmingen som beskrives her vil innebære at tolkningen har tilstrekkelig klare holdepunkter i EØS-avtalen til at den kan legges til grunn i norsk rett

C. EØS 123 er ikke et automatisk unntak

På grunnlag av ovennevnte prinsipper for tolkningen skal noen generelle utgangspunkter for anvendelsen av 123 EØS behandles her, før de ulike unntakene behandles nærmere i punkt 8.4 til 8.6 nedenfor.

Artikkel 123 EØS inngår i kapittel IX om alminnelige bestemmelser og sluttbestemmelser. På samme måte som artikkel 346 og 347 TEUV fremstår den som en generell unntaksbestemmelse, og som derfor har et videre anvendelsesområde enn unntaksreglene som bare gjelder for de enkelte friheter.[236]

Anskaffelsesdirektivene som er inntatt i EØS-avtalen inneholder som nevnt nærmere unntak for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Ved innlemmelsen av direktiv 2009/81/EF ble det ikke laget noen tilpasningstekst for henvisningen til artikkel 346 TEUV, men det ble gjort ved innlemmelsen av anskaffelsesdirektivene fra 2014 der det i EØS-komiteens beslutning står at artikkel 346 TEUV skal forstås som artikkel 123 EØS.[237] At det ikke ble laget noen tilpasningstekst ved innlemmelsen av direktiv 2009/81/EF har neppe betydning for tolkningen. Med mindre noe annet uttrykkelig fremgår, må direktivenes unntaksregler forstås i en EØS-rettslig kontekst og dermed tolkes i lys av 123 EØS. Det tilsvarer også EU-domstolens tilnærming, for vi skal se at den har tolket direktivunntakene i lys av 346.

EFTA-domstolen har i en rekke saker uttalt at regler som gjør unntak fra grunnleggende frihetet må tolkes strengt.[238] Rekkevidden av unntaksregler skal ikke kunne fastsettes ensidig av den enkelte EØS-stat uten domstolskontroll.[239] Det samsvarer med EU-domstolens praksis om artikkel 346 TEUV, hvilket tilsier at det ikke foreligger tvingende grunner for en avvikende tilnærming når det gjelder 123 EØS. Det betyr at artikkel 123 EØS ikke er et automatisk unntak, men må påberopes i det enkelte tilfellet, og hvor det tilligger nasjonale myndigheter å bevise at vilkårene for unntak er oppfylt.

Det er fast rettspraksis at når nasjonale myndigheter vedtar tiltak som fraviker et prinsipp nedfelt i EØS-retten, må disse i hvert enkelt tilfelle vise at tiltaket forfølger legitime hensyn og er egnet og

---

[236] Slik virker bestemmelsen også forstått av norske myndigheter, jf. veileder til FOSA punkt 7.2.1.

[237] EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 og nr. 129/2013.

[238] Se f.eks. sak E-5/96 *Nille* avsnitt 33, sak E-13/11 *Granville* avsnitt 49, sak E-2/11 *STX* avsnitt 99, E-4/22 *Stendi* avsnitt 52.

[239] Sak E-15/11 *Wall* avsnitt 83.

nødvendig for å oppnå påberopte hensyn.[240] Rettferdiggjøringen må ledsages av passende dokumentasjon eller en analyse av tiltakets forholdsmessighet og konkret dokumentasjon som underbygger dens argumenter. I tråd med EU-domstolens tolkning av 346 TEUV vil disse kravene til rettferdiggjøringen gjelde tilsvarende der artikkel 123 påberopes som grunnlag for å fravike EØS-rettslige forpliktelser.

Artikkel 123 EØS bokstav a og c viser til avtalepartens vesentlige sikkerhetsinteresser. Formuleringene er identiske eller ligner i høy grad på begrepet vesentlige sikkerhetsinteresser i artikkel 346, og det må derfor tolkes på samme måte som i EU-retten. I anskaffelsesrettslig kontekst underbygges det av direktivenes unntaksregler som viser til medlemsstatenes vesentlige sikkerhetsinteresser.[241] Det fremgår av fortalen til direktiv 2009/81/EF at den nasjonale sikkerheten er statenes eneansvar på forsvars- og sikkerhetsområde, og EU-domstolen har fastslått at det tilkommer medlemsstaten å fastsette sine sikkerhetsinteresser. Tilsvarende har EFTA-domstolen i for eksempel sak E-15/12 *Wall* uttalt at EØS-statene «essentially retain the freedom to determine the requirements of public policy and public security in accordance with their national needs».[242] Det tilligger dermed den enkelte EØS-stat å fastsette sine vesentlige sikkerhetsinteresser og bestemme beskyttelsesnivået.[243]

Begrepet vesentlige sikkerhetsinteresser omfatter blant annet statens nasjonale sikkerhet, men også hensynet til den offentlige orden og sikkerhet som beskytter statens indre og ytre sikkerhet.[244] EFTA-domstolen har presisert at hensynet til den offentlige orden bare kan påberopes om det foreligger en reell, aktuell og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnsinteresser.[245] Tilsvarende forutsetter begrepet vesentlige sikkerhetsinteresser i artikkel 123 EØS at det foreligger en reell og tilstrekkelig alvorlig trussel mot statens sikkerhetsinteresser.[246]

Det er ikke nok at fravikelser fra EØS-retten forfølger legitime formål, for ifølge fast rettspraksis må nasjonale myndigheter bevise at tiltaket er egnet og nødvendig for å oppnå påberopte formål. Også i fortalen til direktiv 2009/81/EF står det at unntak fra direktivet må være egnet og nødvendig for å forfølge legitime formål.[247] Dette innebærer at nasjonale myndigheter må bevise at sikkerhetsinteressene som står på spill ikke kan ivaretas innen rammene av en anskaffelsesprosedyre, og der vi skal se at de særlige tilpasningene til forsvars- og sikkerhetsområde som er gjort i direktiv 2009/81/EF reduserer behovet for å påberope 123 EØS.

---

[240] E-2/24 *Bygg & Industri Norge* avsnitt 95 til 98, sak E-2/11 *STX* avsnitt 99.

[241] Artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU, direktiv 2014/25/EU artikkel 24, direktiv 2014/23/EU artikkel 10, artikkel 13 a i direktiv 2009/81/EF og avsnitt 16 i fortalen til det direktivet.

[242] Sak E-15/12 *Wall* avsnitt 83.

[243] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 75.

[244] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 78, forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 45 flg., forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 46 flg.

[245] Sak E-15/12 *Wall* avsnitt 85.

[246] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 45 flg.

[247] Avsnitt 16 og 17 til fortalen i direktiv 2009/81/EF.

8.3.4 Gjennomføring

Artikkel 123 EØS fremgår av EØS-avtalens hoveddel som er gjennomført i norsk rett ved EØS-loven § 1. I samtykkeproposisjonen står det med henvisning til sluttakten at partene er enige om ikke å gjøre urimelig bruk av bestemmelsen, men den er ellers ikke kommentert i forarbeidene.[248]

I lov om offentlige anskaffelser står det i § 2 (3) at den loven ikke gjelder for anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123. Det følger også av forskrift om offentlige anskaffelser § 2-2 (1) a, der det står at verken loven eller forskriften gjelder for anskaffelser som oppdragsgiveren kan unnta etter EØS-avtalen artikkel 123. Det samme fremgår av forsyningsforskriften § 2-2 (1) a og konsesjonskontraktforskriften § 2-8 bokstav a. I FOSA § 1-3 (2) bokstav a heter det at «forskriften» ikke gjelder for kontrakter som kan unntas i henhold til EØS-avtalen artikkel 123. Den viser ikke til anskaffelsesloven, men det følger allerede av LOA § 2 (3) at den loven ikke gjelder om oppdragsgiver kan unnta anskaffelsen etter artikkel 123 EØS.

De anskaffelsesrettslige unntakene viser gjennomgående til anskaffelser som «kan» unntas etter 123 EØS. Strengt tatt er det bare anskaffelser over EØS-terskelverdi, eller anskaffelser som har klar grensekryssende interesse, som «kan» unntas etter 123 EØS. EØS-avtalens unntaksregler gir hjemmel til å fravike EØS-rette, men ikke til å fravike nasjonale regler, og derfor er ikke artikkel 123 direkte anvendelig for nasjonale anskaffelser. Meningen med unntakene i lov og forskrifter om offentlige anskaffelser synes imidlertid å være at dersom vilkårene for unntak etter 123 EØS ville vært oppfylt om EØS-regelen hadde kommet til anvendelse, så kan det gjøres unntak også fra regler som regulerer nasjonale anskaffelser.

Høyesterett har omtalt artikkel 123 EØS i Rt. 2005 s. 1638 *New Pac Safety.* Saken gjaldt anskaffelse av ponchoer til forsvaret, og hvor artikkel 123 EØS var påberopt som unntak fra anskaffelsesloven. Presumtivt var det våpenunntaket som var påberopt, for førstvoterende skriver at bestemmelsene ga «avtalepartene adgang til å gjøre unntak for våpen, ammunisjon og krigsmateriell». Høyesterett skriver ikke noe om forholdet mellom 123 EØS og 346 TEUV, men det står i dommen at «unntaket måtte påberopes i det enkelte tilfellet». Dermed legges det til grunn at det ikke er et automatisk unntak.[249] I saken var det ingen uenighet om at unntaket kom til anvendelse, og Høyesterett gir derfor ingen utlegging av vilkårene som må være oppfylt, men det står at formålet med unntaket «blant annet er å sikre Forsvaret handlefrihet og fleksibilitet på et sensitivt område av stor nasjonal betydning».[250]

I St.meld. nr. 38 (2006-2007) heter det at tolkningen av artikkel 123 i stor grad vil bygge de vurderinger som EU-domstolen gjør av någjeldende artikkel 346 TEUV.[251] I Meld. St. 9 (2015-2016) står det at artikkel 123 og 346 har mange likhetstrekk, men uten at de er identiske, og at det «er regjeringens vurdering at artikkel 123 har et videre anvendelsesområde enn artikkel 346».[252] Samtidig uttrykkes det at anvendelsen av unntaket forutsetter at «det ut fra en proporsjonalitetsvurdering er nødvendig, helt eller delvis, å fravike bestemmelsene som følger av LOA, FOA eller FOSA». I NOU 2016:19 baserer utvalget seg på EU-rettslige kilder ved drøftelsen av artikkel 123 EØS,[253] men i Prop.

---

[248] St.prp. nr. 100 (1991-1992) s. 103.

[249] Rt. 2005 s. 1638 *New Pac Safety* avsnitt 28.

[250] Rt. 2005 s. 1638 *New Pac Safety* avsnitt 30. Se lignende formulering i sak T-26/01 avsnitt 58 om at formålet til traktatens våpenunntak er «at opretholde medlemsstaternes handlefrihed på visse områder, der vedrører forsvar og national sikkerhed».

[251] St.meld. nr. 38 (2006-2007) s. 15.

[252] Meld. St. 9 (2015-2016) s. 29.

[253] NOU 2016:19 kapittel 12.4.1.

153 L (2016-2017) skriver Utenriksdepartementet i et høringssvar at artikkel 123 EØS ikke tilsvarer 346 TEUV, og at det vil kunne ha betydning for tolkningen av bestemmelsen og dens rekkevidde. [254]

I veilederen til FOSA står det at 123 EØS og 346 TEUV kan ha et noe ulikt anvendelsesområde, men at kjerneområdet er det samme. Ifølge denne skal det gjøres en konkret proporsjonalitetsvurdering i det enkelte tilfellet, og det står at artikkel 123 EØS kun kommer til anvendelse når det ikke er mulig å ivareta relevante forsvars- og sikkerhetshensyn gjennom anskaffelsesregelverket.[255] I ARF står det at forsvarssektoren må kunne dokumentere at vilkårene for unntak er oppfylt i det enkelte tilfellet, og at unntak må være proporsjonalt.[256]

I Kofa-sak 2014/86 *I.M Skaugen* behandler Kofa forholdet mellom 123 EØS og 346 TEUV. Med henvisning til Forsvarsdepartements tolkningsuttalelse 19. september 2005 heter det at praksis fra EU-domstolen om artikkel 346 ikke nødvendigvis har direkte overføringsverdi ved tolkningen av artikkel 123. Samtidig legges det til grunn at unntaket skal tolkes restriktivt, og at oppdragsgiver i den enkelte sak må bevise at vilkårene for unntak er oppfylt.[257] Med henvisning til sak C-474/12 *Schiebel Aircraft* heter det at oppdragsgiver må sannsynliggjøre i det konkrete tilfellet at det var nødvendig å unnta innkjøpet fra anskaffelsesregelverket.[258] Tilnærmingen er den samme i sak 2017/34.[259]

Det virker etter dette å være rimelig konsensus om at det kan være noen forskjeller i anvendelsesområdet til 123 EØS og 346 TEUV, men uten at det blir drøftet nærmere hva som ligger i dette. Antakelig er det først og fremst våpenunntaket det vises til, men muligens også kriseunntaket. Samtidig legges det gjennomgående til grunn at artikkel 123 EØS må påberopes i det enkelte tilfellet, og at det påligger myndighetene å bevise at det er proporsjonalt å unnta innkjøpet fra anskaffelsesreglene. Det synes også å være enighet om at omfanget av unntaket skal begrenses til det som er nødvendig, ved at det kan være tilstrekkelig med delvis unntak fra anskaffelsesregelverket. Denne tilnærmingen gjør at utfallet av vurderingene under 123 EØS som regel blir likt som artikkel 346 TEUV, og dermed oppnås resultatlikhet.

8.4 Sikkerhetsunntaket

8.4.1 Anvendelse av EU-retten på sikkerhetsområdet

I TEUV artikkel 346 nr. 1 bokstav a står det at medlemsstatene ikke er forpliktet til å meddele opplysninger i strid med egne vesentlige sikkerhetsinteresser. Etter TEU artikkel 4 nr. 2 er den nasjonale sikkerheten medlemsstatens eneansvar. EU-domstolen har i flere saker slått fast at det tilkommer «medlemsstaterne at fastsætte deres væsentlige sikkerhedsinteresser».[260]Samtidig er ikke EU-retten uanvendelig bare fordi det treffes tiltak for å beskytte medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser.[261] Det følger også av at sikkerhetsanskaffelser i utgangspunktet omfattes av

[254] Prop. 153 L (2016-2017) s. 150.
[255] Veilederen til FOSA s. 28 til 29.
[256] ARF 1-4, 32-1.
[257] Kofa-2014-86 *I.M Skaugen* avsnitt 23, 26, 29.
[258] Kofa-2014-86 *I.M Skaugen* avsnitt 31 og 32.
[259] Kofa-2017-34 avsnitt 24 flg.
[260] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 75. Se også punkt 16 in fine i fortalen til direktiv 2009/81/EF.
[261] Sak C-185/23 *Protectus* avsnitt 62.

innkjøpsdirektivene,[262] men der artikkel 346 nr. 1 bokstav a på nærmere vilkår muliggjør unntak fra dette.

8.4.2 TEUV artikkel 346 a

A. Anvendelsesområde

Etter artikkel 346 nr. 1 bokstav a er ingen medlemsstat «forpligtet til at meddele oplysninger, hvis udbredelse efter dens opfattelse ville stride mod dens væsentlige sikkerhedsinteresser». Bestemmelsen forutsetter at medlemsstaten er underlaget en EU-rettslig informasjonsplikt, men som den ikke kan overholde uten å bryte egne sikkerhetsinteresser.[263] Kunngjøringsplikten etter anskaffelsesdirektivene, eller plikten til gjennomsiktighet etter reglene om fri bevegelighet, er eksempler på EU-rettslige opplysningsplikter.[264] Direktivene unntar en del kontrakter, herunder når vesentlige sikkerhetsinteresser krever det,[265] og om direktivenes vilkår for unntak er oppfylt er det ikke nødvendig å påberope artikkel 346 TEUV. EU-domstolen tolker imidlertid direktivenes sikkerhetsunntak i lys av traktatens unntak.

Våpenunntaket i art. 346 gjelder bare militære varer, og det innebærer at blant annet varer med dobbel anvendelse («dual use») faller utenfor den bestemmelsen.[266] Sikkerhetsunntaket har på sin side en generell ordlyd, som omfatter både sivile og militære anskaffelser, og da også produkter til blandet bruk.[267] Det skriver også generaladvokaten i tollsakene,[268] og i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* bekrefter EU-domstolen at bestemmelsen kan «finde anvendelse på området for ikke-militære offentlige kontrakter, såsom de i den foreliggende sag omhandlede kontrakter om trykning».[269] Kontrakter som faller utenfor våpenunntaket fordi det er ikke er tilstrekkelig militært, kan derfor vurderes etter bokstav a.[270]

B. Vesentlige sikkerhetsinteresser

Artikkel 346 nr. 1 bokstav a kan påberopes når det er nødvendig på grunn av medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser. Hva som ligger i begrepet vesentlige sikkerhetsinteresser, er forklart nærmere i punkt 8.3.2 ovenfor.

---

[262] Sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 42, sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 76.

[263] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 42.

[264] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 42.

[265] Artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU, artikkel 12 og 13 i direktiv 2009/81/EF.

[266] Slike varer kan likevel tenkes unntatt etter de særskilte unntak som gjelder for de forskjellige frihetene, og som muliggjør unntak når hensynet til den offentlige orden og sikkerhet gjør det nødvendig, jf. punkt 8.2 ovenfor, SEC (2007) 1598 final punkt 3.2.2, sak C-83/94 *Leifer* avsnitt 35. I sak C-337/05 *Italia mot Kommisjonen* var det anført at Italia ikke hadde rettferdiggjort unntak etter dagjeldende artikkel 30 TEUV, jf. forslag til avgjørelse avsnitt 53, men det ble ikke drøftet av EU-domstolen som avskrev artikkel 346 nr. 1 bokstav b fordi helikoptrene ikke var til militært bruk.

[267] SEC (2007) 1598 final punkt 3.2.2.

[268] Forslag til avgjørelse i sak 284/05 mv. avsnitt 106. I sak C-38/06 *Kommisjonen mot Portugal* viser EU-domstolen til begge alternativer i en sak om militært materiell, jf. avsnitt 64.

[269] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 72. Selv om unntaket er anvendelig i både militær og sivil sektor, er det nok av særlig betydning for ikke-militære anskaffelser for her vil ikke 346 nr. 1 bokstav b kunne påberopes, se 8.5.2 nedenfor.

[270] Eller andre unntaksregler under de enkelte friheter, jf. punkt 8.2 ovenfor.

Et særlig spørsmål er om sikkerhetsunntaket bare verner *informasjonssikkerheten*. Formuleringen om at medlemsstaten ikke er forpliktet til å «meddele opplysninger» i strid med egne sikkerhetsinteresser kunne tilsi at det bare er behov for hemmelighold som kan begrunne unntak. [271] Det har vært stilt spørsmål ved om EU-domstolens praksis tilsier at det i en anskaffelsesrettslig kontekst også er andre hensyn enn informasjonssikkerhet som kan begrunne unntak så lenge det er snakk om vesentlige sikkerhetsinteresser. Artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU oppstiller fire unntak, hvorav ett av de fire viser til artikkel 346 nr. 1 bokstav a. [272] Direktiv 2009/81/ artikkel 13 bokstav a gir også et unntak med en ordlyd tilsvarende artikkel 346 nr. 1 bokstav a. I Kommisjonens veileder står det at direktivet med dette «explicitly establishes a link between non-disclosure of information and non-application of the Directive».[273]

I sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* påberopte Østerrike direktivets unntak om vesentlige sikkerhetsinteresser, men for kontrakter over terskelverdi ble ikke artikkel 346 nr. 1 bokstav a påberopt, og det ble heller ikke anført behov for hemmelighold.[274] Generaladvokat Kokott uttalte likevel at det var «hensigtsmæssigt at inddrage artikel 346, stk. 1, litra a), TEUF» ved vurderingen av direktivets unntaksbestemmelser da «alle de nævnte direktivbestemmelser i sidste ende kan føres tilbage til denne bestemmelse og er tæt knyttet til denne».[275] Hun skriver at sikkerhetsunntaket «beskytter helt generelt medlemsstaternes væsentlige sikkerhedsinteresser» og at dersom en medlemsstat nekter å offentliggjøre en kontrakt «fraviger den således sin EU-retlige oplysningspligt, der gælder på dette område, som omhandlet i artikel 346, stk. 1, litra a)».[276] EU-domstolen har samme tilnærming.[277] Den drøfter for eksempel forsyningssikkerhet som et relevant sikkerhetshensyn.

I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* hadde Polen tildelt et statlig selskap kontrakt om produksjon av en del offentlige dokumenter uten at anskaffelsesregelverket var fulgt. Generaladvokaten skriver at artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU er et uttrykk for artikkel 346 nr. 1 bokstav a. Derfor var det etter hans syn «ikke nogen grund til at foretage en særskilt og uafhængig vurdering i henhold til artikel 346, stk. 1, litra a)».[278] I dommen tilføyer EU-domstolen flere steder at direktivets unntaksregler skal sammenholdes med artikkel 346,[279] og igjen blir andre hensyn enn informasjonssikkerhet drøftet som legitime, for eksempel forsyningssikkerhet.[280]

I arbeidsgruppen har det vært noe ulikt syn på hvorvidt ovenstående praksis kan tolkes slik at artikkel 346 nr. 1 bokstav a hjemler unntak ut fra forsyningssikkerhet eller om unntak for forsyningssikkerhet i anskaffelser som ikke er omfattet av artikkel 346 nr. 1 bokstav b må hjemles i traktens unntak fra de

---

[271] Sml. punkt 16 i fortalen til direktiv 2009/81/EF, men der behov for fortrolighet fremstår som et eksempel på vesentlige sikkerhetsinteresser. Veilederen til FOSA punkt 7.2.3 fokuserer på informasjonssikkerhet.

[272] Se tilsvarende artikkel 24 i direktiv 2014/25/EU og direktiv 2014/23/EU artikkel 10.

[273] Kommisjonens guidance Note Defence- and security-specific exclusions avsnitt 8.

[274] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 41 og 44. sak C-187/16 Kommisjonen mot Østerrike avsnitt 56. I traktatbruddsakene mot Italias helikopterkjøp ble TEUV artikkel 346 nr. 1 bokstav b anført som grunnlag for å unnta militært materiell, mens direktivets regel om hemmelige kontrakter ble påberopt for ivaretakelse av informasjonssikkerhet. Det står ikke noe i dommen om at artikkel 346 nr. 1 bokstav a ble anført Direktiv 93/36 artikkel 2 nr. 1, se sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* og C-157/06 *Kommisjonen mot Italia.*

[275] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 41. I forlengelsen av dette viser hun også til artikkel 13 bokstav a i direktiv 2009/81/EF.

[276] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 42.

[277] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 72 og 96, se også avsnitt 78.

[278] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 40.

[279] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 72, 74, 77 og 117.

[280] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 85 flg.

fire friheter eller direktivets unntaksbestemmelser. Arbeidsgruppen er likevel enige om at det kun har teoretisk interesse da det uavhengig av hvilket standpunkt man tar, er enighet om at forsyningssikkerhet kan begrunne unntak også for anskaffelser som ikke er omfattet av artikkel 346 nr. 1 bokstav b. Hvis man mener at unntak for forsyningssikkerhet ikke kan hjemles direkte i artikkel 346 nr. 1 bokstav a, må omtalen nedenfor på noen punkter leses som en omtale av unntakene i traktaten fra de fire frihetene og direktivene, og ikke fra artikkel 346 nr. 1 bokstav a.

For at unntak kan rettferdiggjøres må medlemsstaten reelt forfølge vesentlige sikkerhetsinteresser, [281] og det betyr at påberopte hensyn ikke kan tjene som vikarierende motiver for illegitime hensyn.[282] Selv om vesentlige sikkerhetsinteresser kan omfatte en rekke ulike hensyn, er det særlig informasjonssikkerhet og forsyningssikkerhet som er aktuelle hensyn i offentlige anskaffelser.[283] I fortsettelsen skal kravet til proporsjonalitet særlig vurderes i lys av disse hensynene.

C. Proporsjonalitetsvurderingen

Som beskrevet i punkt 8.3.2 må medlemsstaten som påberoper unntak sannsynliggjøre at proporsjonalitetsprinsippets krav er oppfylt. Det innebærer at unntak fra anskaffelsesdirektivene må være et egnet og nødvendig middel til å forfølge vesentlige sikkerhetsinteresser. Rettspraksis viser at slaget som regel står om det er nødvendig å gjøre unntak, og hvor det springende punkt er om oppdragsgivers sikkerhetsinteresser kan ivaretas innen rammene av direktivet.

Kontrakter som berører vesentlige sikkerhetsinteresser er sensitive, og det fordrer blant annet at kontraktsparten er egnet og pålitelig.[284] I både sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* ble direkte tildelinger begrunnet med at det forelå et særlig tilknytningsforhold mellom offentlige myndigheter og leverandøren. I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* ble det anført at gjennomføring av en konkurranse etter anskaffelsesregelverket ville «øge antallet af enheder, der kan få adgang til oplysninger om Republikken Polens sikkerhed, hvilket øger risikoen for lækage af disse følsomme oplysninger».[285] EU-domstolen har i begge disse sakene vist at direktivene gir stort handlingsrom til å ivareta vesentlige sikkerhetsinteresser.[286] De muliggjør begrensede prosedyrer når sikkerhetsinteresser er i spill slik at sensitive opplysninger kan forbeholdes prekvalifiserte leverandører. Oppdragsgiver kan også stille strenge krav etter artikkel 346 nr. 1 bokstav a til at tilbyderne er egnede, pålitelige og troverdige. [287]

Handlingsrommet som EU-domstolen påpeker i sakene mot Polen og Østerrike gjelder desto mer for direktiv 2009/81/EF. I forarbeidene står det for eksempel at det var behov for tilpasninger i reglene for kvalitativ utvelgelse. Et resultat av det er artikkel 39 nr. 2 bokstav e, som gir mulighet til å ekskludere enhver leverandør hvis det ikke kan utelukkes at det består en sikkerhetsrisiko for medlemsstaten, for

---

[281] Sak C-186/01 *Dory* avsnitt 34, sak C-285/98 *Kreil* avsnitt 25, sak C-273/97 *Sirdar* avsnitt 28 og forslag til avgjørelse i samme sak avsnitt 26, sak C-83/94 *Leifer* avsnitt 29.

[282] Se f.eks. forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 58. Se også KOM (2006) 779 s. 7.

[283] Også hensynet til internasjonale forpliktelser og fred vil kunne utgjøre vesentlige sikkerhetsinteresser, jf. sak C-83/94 *Leifer* avsnitt 28 og sak C-70/94 *Werner* avsnitt 27, men det behandles nærmere under våpenunntaket.

[284] Avsnitt 8 i fortalen til direktiv 2009/81/EF.

[285] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 64.

[286] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 68, sak C-187/16 *Kommisjonen ot Østerrike* avsnitt 91, Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 94 til 96.

[287] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 65.

eksempel på grunn av leverandørens eierstruktur.[288] Det kan også stilles strenge kvalifikasjonskrav, slik som at leverandøren har sikkerhetsklarering og er pålitelig.[289] EU-domstolen har i sakene mot Polen og Østerrike også vist til at både tilbyderne og valgte leverandør kan pålegges strenge krav til å bevare taushet om sensitive opplysninger de blir gjort kjent med under konkurransen. Det er også mulig etter direktiv 2009/81EF, som i artikkel 7 foreskriver at tilbyderne kan pålegges å beskytte klassifiserte opplysninger som oppdragsgiver «meddeler under under hele udbuds- og tildelingsproceduren».[290]

EU-domstolen har videre understreket at det også kan stilles strenge sikkerhetskrav for kontraktgjennomføringen. Det kan omfatte en sanksjonert taushetsplikt, og der oppdragsgiver kan avvise tilbydere som ikke er i stand til å tilby tilstrekkelige sikkerhetsgarantier i forkant. [291] I direktiv 2009/81/EF er det i artikkel 22 og 23 gitt særlige regler som synliggjør oppdragsgivers mulighet til å ivareta informasjons- og forsyningssikkerhet. Dette vil påvirke muligheten til å gjøre unntak fra traktatene eller benytte direktivets unntaksmuligheter. EU-domstolen har også bekreftet at oppdragsgiver kan føre en streng kontroll med leverandørens overholdelse av kontrakten. [292] I saken mot *Østerrike* skriver den for eksempel at oppdragsgiver kan kreve at leverandøren skal akseptere besøk eller inspeksjoner i sine lokaler selv om disse er plassert i en annen medlemsstat.[293]

Selv om direktivet gir et betydelig handlingsrom til å ivareta medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser står det i fortalen at unntak stadig kan være aktuelt for kontrakter som «nødvendiggør så ekstremt strenge forsyningssikkerhedskrav, eller er så fortrolige og/eller så vigtige for den nationale suverænitet, at selv de specifikke bestemmelser herom i dette direktiv ikke er tilstrækkelige til at beskytte medlemsstaternes væsentlige sikkerhedsinteresser». I det følgende behandles hensynet til informasjonssikkerhet og forsyningssikkerhet separat, men i praksis vil begge hensyn kunne gjøre seg gjeldende i samme anskaffelse.[294]

I. Informasjonssikkerhet

Behov for informasjonssikkerhet utgjør ofte en særlig utfordring for sikkerhetsanskaffelser.[295] EU-retten regulerer ikke gradering av opplysninger for det bestemmes av nasjonal rett.[296] Selv om det er medlemsstatene som bestemmer beskyttelsesnivået, er det eksempler på at EU-domstolen har prøvd om anvendelse av EU-retten virkelig er en risiko for informasjonssikkerheten. I tollsakene mente for

---

[288] Se fortalen punkt 65 og omtalen av bestemmelsen i 12.33 nedenfor.

[289] Kommisjonenes meddelelse om Security of Information punkt 11. Artikkel 42 nr. 1 bokstav j og nr. 4 og Kommisjonens meddelelse om Security on Information punkt 13, forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 67 og 68.

[290] Se også Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 3.

[291] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 99.

[292] Ibid. avsnitt 105.

[293] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 86.

[294] Sml. sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen*.

[295] Se også Østerrikes anførsler i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike*

[296] F.eks. Sak C-420/22 og C-528/22 *NW og PQ* avsnitt 103, sak C-185/23 *Protectus* avsnitt 44, artikkel 22 nr. 2 i direktiv 2009/81/EF, Kommisjonens meddelelse om informasjonssikkerhet avsnitt 1. Det innebærer at reglene om beskyttelse av EUs klassifiserte opplysninger bygger på beskyttelsesnivået som er etablert i medlemsstatene, se f.eks Rådets beslutning 2013/488 og sak C-185/23 *Protectus* avsnitt 50 flg., forslag til avgjørelse i samme sak avsnitt 74 flg.

eksempel domstolen at opplysningene som medlemsstatene var pliktige til å meddele Kommisjonen, ikke var så nøyaktige at det kunne skade statenes sikkerhetsinteresser.

I kravet til nødvendighet ligger at medlemsstatens sikkerhetsutfordringer ikke kan ivaretas innen rammene av EU-retten. For eksempel tilføyde EU-domstolen i tollsakene at de aktuelle tjenestefolkene hos Kommisjonen var underlagt taushetsplikt, og dessuten at artikkel 346 tillot at statene lot være å dele sensitive enkeltdokumenter eller enkeltopplysninger om det var nødvendig for å beskytte statens sikkerhetsinteresser. I en anskaffelsesrettslig kontekst vil det springende punkt være om direktivet muliggjør en tilstrekkelig beskyttelse av informasjonen som er sensitiv. EU-domstolen har i flere saker påpekt at innkjøpsdirektivene gir stort handlingsrom til å ivareta informasjonssikkerheten.[297] Direktiv 2009/81/EF har flere særlige tilpasninger til forsvars- og sikkerhetsområdet, som skal muliggjøre at det stilles strenge krav til informasjonssikkerhet. [298] Det skal redusere behovet for å gjøre unntak fra anskaffelsesregelverket på grunnlag av TEUV artikkel 346.[299] Blant annet kan oppdragsgiver kreve at «sikkerhedsgodkendelse af alle medarbejdere, der deltager i udførelsen af kontrakten».[300]

For sikkerhetsanskaffelser kan særlig plikten til *kunngjøring* og *begrunnelser* være en utfordring. Kunngjøringsplikten sikrer likebehandling av leverandørene, men det kan også utfordre informasjonssikkerheten.[301] Ifølge direktiv 2009/81/EF artikkel 30 nr. 2 skal kontrakter kunngjøres, og artikkel 32 bestemmer at kunngjøringen skal inneholde informasjonen angitt i bilag IV.[302] Etter artikkel 30 nr. 3 kan imidlertid offentliggjøring av visse opplysninger unnlates hvis det vil være i strid med blant annet forsvars- eller sikkerhetsinteresser å kunngjøre informasjonen, og i fortalen punkt 56 står det at nasjonale regler om forsvar- og sikkerhet er særlig relevant.[303] I forarbeidene er det også beskrevet at oppdragsgiver kan forbeholde graderte opplysninger til valgte leverandør, [304] men det understrekes samtidig at slike tiltak «shall never prevent tenderers to draft adequate tenders».[305] Etter artikkel 35 skal oppdragsgiver gi nærmere begrunnelser for sine beslutninger, men i tredje ledd er det gjort unntak der det er nødvendig av hensyn til forsvars- og sikkerhetsinteresser.[306]

Muligheten til å unnta opplysninger fra kunngjøring og meddelelser er ikke nødvendigvis nok til å ivareta oppdragsgivers vesentlige sikkerhetsinteresser. Det vil ikke være mulig å overholde kunngjøringsplikten for kontrakter som er «så følsomme, at selve deres eksistens skal holdes hemmelig». Illustrerende her er kontrakter forbundet med etterretningsvirksomhet, der det er gjort

---

[297] Forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto* avsnitt 64 og fotnote 44, forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 67, sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 99

[298] Se f.eks. forslag til avgjørelse i sak C-615/10 avsnitt 64, der generaladvokaten i fotnote 44 viser til direktiv 2009/81/EF artikkel 7, 20 og 22.

[299] I sak C-416/05 *Kommisjonen mot Danmark* hevdet Danmark at den inntil vedtakelse av forordning nr. 150/2003 var det ingen EU-regler som muliggjorde ivaretakelse av vesentlige sikkerhetsinteresser, og at Danmark derfor ikke hadde annet valg enn å gjøre unntak fra felles tollregler, jf. avsnitt 39. Se også sak 72/83 *Campus Oil* avsnitt 27 om at traktatens unntaksregler ikke kan påberopes om EU-retten ivaretar medlemsstatens bekymringer.

[300] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 67 og 68

[301] Kommisjonens Staff Working Document SEC (2007)1598 final punkt 3.3.2 diskuterer utfordringer for informasjonssikkerheten at kontrakten kunngjøres, se også 3.4.1, 3.5.1.

[302] Se også Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 13, Kommisjonens Staff Working Document SEC (2007)1598 final punkt 6.2.3.2, Trybus s. 362 til 365.

[303] Se også Trybus s. 362 til 365. Dette ville også være tillatt under de øvrige direktivene, se 12.24 nedenfor

[304] Sml. Kommisjonens Staff Working Document SEC (2007)1598 final punkt 6.2.3.2.

[305] Kommisjonens Staff Working Document SEC (2007)1598 final punkt 6.2.3.2.

[306] Se også Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 20.

unntak i artikkel 13 bokstav b.[307] Også i andre tilfeller kan kontraktens eksistens være hemmelig, og hvor unntak kan gjøres etter artikkel 13 bokstav a. I fortalen punkt 27 er det forklart at det kan være aktuelt med unntak for innkjøp «beregnet til grænsekontrol eller bekæmpelse af terrorisme eller organiseret kriminalitet» eller tilsvarende sensitive aktiviteter.

Andre deler av EU-retten kan kaste lys over når det foreligger «en ekstremt høj grad af fortrolighed».[308] I for eksempel storkammersak C-185/23 *Protectus* behandles spørsmål om når det kan gjøres unntak fra plikten til å begrunne forvaltningsvedtak. EU-domstolen skriver at det kan være aktuelt hvis meddelelse av opplysninger utgjør en direkte og særlig trussel mot statens sikkerhet, eller hvis det kan bringe personers liv, helse eller frihet i fare, eller hvis det kan «afsløre de særlige efterforskningsmetoder, der anvendes af de nationale sikkerhedsmyndigheder» og dermed kan forstyrre gjennomførelsen av oppgavene til disse myndigheterne.[309] Tilsvarende må det kunne gjøres unntak fra direktiv 2009/81/EF om for eksempel kunngjøring av kontrakten vil være en direkte trussel for den nasjonale sikkerheten, eller hvis det kan hindre politiets bekjempelse av slikt som organisert kriminalitet fordi etterforskningsmetoder blir avslørt.

Selv om kontraktens eksistens ikke er hemmelig, kan det like fullt være sterkt behov for å verne ulike former for klassifiserte opplysninger. Det er mange eksempler på at medlemsstatene har anført informasjonssikkerhet som begrunnelse for unntak fra anskaffelsesregelverket, men ofte mener EU-domstolen at sikkerheten er godt nok ivaretatt ved at leverandøren ilegges en sanksjonert taushetsplikt.[310] Det bør forstås i lys av at når oppdragsgivers først har utkontraktert offentlige oppgaver, kan det være vanskelig å begrunne at informasjonssikkerheten er dårligere ivaretatt hvis oppgaven tildeles noen andre enn oppdragsgivers foretrukne leverandør.[311] I for eksempel sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* skrev EU-domstolen at det ikke var godtgjort at fortrolige opplysninger «er dårligere sikret, hvis denne produktion overlades til andre selskaber i Italien eller i andre medlemsstater.»[312] Konklusjonen var den samme i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike*,[313] og tilsvarende gjaldt brorparten av dokumentene i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen*.

EU-domstolen viser ofte til at fortrolighet kan sikres ved en taushetsplikt uten at det er nødvendig å tilsidesette anskaffelsesdirektivet. Det kan innvendes mot dette at en slik tilnærming kan virke noe naivt da verken fremmede etterretningstjenester eller terrororganisasjoner nødvendigvis bryr seg om slike forpliktelser om de først lykkes å infiltrere leverandøren eller lignende. I forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* er generaladvokaten inne på dette når han skriver at en sanksjonert taushetsplikt ikke har preventive virkninger for kriminelle grupper eller terrororganisasjoner.[314] I den saken fant EU-domstolen at dokumenter som avslørte identiteten til militært personell, grensevakter mv. kunne unntas anskaffelsesdirektivet. EU-domstolen viser til at disse dokumentene har en «direkte og snever forbindelse» til formålet om å beskytte den nasjonale sikkerheten. Informasjonslekkasjer kunne få uopprettelige konsekvenser for medlemsstatens nasjonale

---

[307] Se kommentarer til artikkel 13 i kapittel x, avsnitt 27 i fortalen til direktiv 2009/81/EF og Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 28.

[308] Se avsnitt 27 i fortalen til direktiv 2009/81/EF.

[309] Se også sak C-300/11 *ZZ* avsnitt 66.

[310] Se allerede sak 3/88 *Kommisjonen mot Italia.*

[311] Sak C-3/88 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 11, 15 og 24, forslag til avgjørelse i sak C-349/97 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 255, forslag til avgjørelse i sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 62 og fotnote 33.

[312] Sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 51.

[313] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 88.

[314] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 98.

sikkerhet om opplysningene ble kjent for tredjeland, kriminelle grupper eller terrororganisasjoner.[315] Derfor hadde disse dokumentene «et særligt højt niveau af følsomhed, der kæver en styrket beskyttelse mod navnlig lækager og forfalskninger» og som kunne «begrunde yderligere krav om fortrolighed».[316]

Saken mot Polen tilsier at dersom informasjonslekkasjer kan ha irreversible skader for den nasjonale sikkerheten, vil ikke taushetsplikt nødvendigvis være nok til å avhjelpe risikoen for informasjonslekkasjer. Med irreversible skader menes gjerne skadevirkninger som ikke tilfredsstillende kan kompenseres ved etterfølgende økonomisk ansvar eller annet etterfølgende ansvar. EU-domstolen drøfter ikke hvorfor opplysningene var bedre beskyttet ved direkte tildelingen til den polske leverandøren. Gitt partenes anførsler i saken og forslaget til avgjørelse er det imidlertid nærliggende at det statlige eierskapet ga myndighetene styrket kontroll over leverandøren. Som påpekt av generaladvokaten i den saken har det sammenheng med at eierskapet gir særlige muligheter til å utøve *forhåndskontroll,* og det kan være mer effektivt for å forebygge en del typer risiko enn etterhåndskontroll kombinert med ileggelse av eventuelle sanksjoner.[317]

Om offentlig eierskap faktisk gir bedre beskyttelse enn om kontrakt tildeles i henhold til direktivet må vurderes konkret. Det vil som regel være tilfellet for selskaper som fullt ut er offentlig eid, mens generaladvokaten i saken mot Polen synes å mene at kontrollen kan være mindre med børsnoterte selskaper. Det avgjørende bør nok være den reelle kontrollen som det offentlige kan føre med leverandøren, og derfor bør direkte tildelinger også kunne være aktuelt for selskaper som det offentlige kontrollerer uten at det nødvendigvis må være fullt ut eid av det offentlige.

Dersom oppdragsgiver ikke eier leverandøren, kan det være vanskeligere å begrunne at informasjonen er bedre beskyttet ved oppdragsgivers direkte tildeling enn om anskaffelsesregelverket hadde vært fulgt. At medlemsstaten bevarer jurisdiksjon fordi kontrakten tildeles en leverandør hjemmehørende på oppdragsgivers territorium kan vanskelig begrunne en direkte anskaffelse. I forslag til avgjørelse i både sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver generaladvokaten at et mindre inngripende tiltak i så fall kan være at oppdragsgiver krever at oppgavene skal utføres i oppdragsgivers stat. Et slik krav er i prinsippet forbudt etter direktivets likebehandlingsregel,[318] men EU-domstolens praksis tilsier at unntak fra kravet til likebehandling kan være tillatt om innenlandsk driftssted «udgør en ufravigelig forudsætning for at opnå det tilstræbte formål». [319]

EU-domstolens avgjørelse i saken mot Østerrike bekrefter imidlertid at det skal mye til før et krav om produksjon på oppdragsgivers stat er unnværlig for medlemstatens sikkerhetsinteresser. I den saken mente EU-domstolen at oppdragsgivers kontrollbehov kunne ivaretas ved at leverandøren godtok inspeksjoner i sine lokaler selv om de lå i en annen stat.[320] Men i saken mot Polen påpeker generaladvokaten at krav om produksjon på oppdragsgivers territorium kan sikre en mer effektiv kontroll ved at den kan skje med bistand fra offentlige myndigheter. Det kan være aktuelt for anskaffelser som gjelder tilvirkning av dokumenter som har «et særligt højt niveau af følsomhed».[321]

---

[315] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 109.

[316] Ibid. avsnitt 107 til 108.

[317] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 83 til 84 og 98.

[318] Direktiv 2009/81/EF artikkel 4, artikkel 42. nr. 1 bokstav h og Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 38.

[319] Sak 205/84 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 52, se også sak C-807/23 *Plavec* avsnitt 42 til 46.

[320] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 86.

[321] Sml. sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 108.

Selv om det unntaksvis kan stilles krav om innenlandsk produksjon vil det være vanskeligere å begrunne at leverandøren allerede må være *etablert* i oppdragsgivers stat.[322] Det vil være mindre inngripende om det holdes en konkurranse som muliggjør deltakelse fra leverandører som ikke er etablert i oppdragsgivers stat, men som påtar seg å utføre oppgavene der om de vinner kontrakten.[323]

I noen tilfeller er ikke medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser godt nok ivaretatt bare ved at det stilles krav om produksjon i oppdragsgivers stat. I Kommisjonenes meddelelse åpnes det for at det kan stilles krav om at leverandøren må ha sikkerhetsklarering fra oppdragsgivers stat fordi ««the security clearances of other Member States are not considered to be sufficient safeguards for the protection of classified information».[324] For at en slik forskjellsbehandling kan begrunnes må medlemsstaten godtgjøre at den utsettes for «virkelige, konkrete og alvorlige risici» som ikke kan avhjelpes på en mindre inngripende måte enn ved diskriminerende krav. [325]

Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* bekrefter at medlemsstatene kan treffe særlige forhåndsregler om det er tale om informasjon som er direkte og snevert forbundet med den nasjonale sikkerheten. I den forbindelse kan det tenkes at krav om nasjonal sikkerhetsgodkjenning er et egnet og nødvendig tiltak fordi det gir full kontroll over klareringsprosessen, noe som ikke oppnås ved klarering fra myndigheter i andre land.[326] En slik styrket forhåndskontroll kan gi økt beskyttelse mot uopprettelige skader mot den nasjonale sikkerheten.

Selv om det kan stilles krav til nasjonal sikkerhetsgodkjenning, er det ikke gitt at hensynet til informasjonssikkerhet kan begrunne krav om at leverandøren eller dens personale er nasjonale statsborgere. Et mindre inngripende tiltak kan være at det holdes konkurranse som tillater deltakelse fra utenlandske leverandører som kan godtgjøre at de fyller vilkårene for nasjonal sikkerhetsgodkjenning. Oppdragsgiver må da vise at nasjonalitetsvilkår er nødvendig for ivaretakelse av dens vesentlige sikkerhetsinteresser. I sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* ble det anført at utenlandske leverandører kunne være forpliktet til å samarbeide med sikkerhetsmyndighetene til hjemstaten. EU-domstolen avskrev ikke dette hensynet, men mente at denne risikoen kunne avhjelpes ved utelukkelse av leverandører som «på grund af lovgivningen i sin medlemsstat ikke er i stand til at tilbyde tilstrækkelige garantier» for at de ikke var underlagt en slik plikt i hjemstaten.[327]

Når det kommer til særlig sensitive opplysninger, der lekkasjer kan ha store skadevirkninger, kan det tenkes at nasjonal sikkerhetsklarering av utenlandske borgere eller selskaper ikke gir god nok beskyttelse. For klarering av utlendinger uten fast tilknytning til oppdragsgivers stat vil sikkerhetsmyndighetene kunne være avhengig av en del bistand fra utenlandske sikkerhetsmyndigheter. Det kan være vanskelig å forene med eventuelle krav om å beholde streng nasjonal kontroll over klareringsprosessen. Krav til nasjonalitet kan også tenkes begrunnet i kombinasjon med krav om forsyningssikkerhet, som behandles like nedenfor.

---

[322] Sak C-234/03 *Conste* avsnitt 43.

[323] Sml. forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 63.

[324] Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 32.

[325] Sak C-423/98 *Albore* avsnitt 22.

[326] Direktiv 2009/81/EF forutsetter at oppdragsgiver kan gjøre en selvstendig vurdering av leverandørens egnethet selv om den har sikkerhetsklarering fra et land som oppdragsgivers stat har en sikkerhetsavtale med, jf. artikkel 42 nr. 1 bokstav j og fortalen avsnitt 68. Direktivet krever imidlertid at en slik kontroll er forenlig med prinsippene om ikke-forskjellsbehandling og likebehandling, og det tillater derfor ikke at leverandør og/eller personell har nasjonal sikkerhetsklarering, jf. artikkel 4 og fortalen avsnitt 68.

[327] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 93.

Selv om vesentlige sikkerhetsinteresser unntaksvis kan begrunne nasjonalitetskrav står det i Kommisjonenes meddelelse at det ikke nødvendigvis utelukker konkurranse «in particular since these restrictions often apply only to certain aspects of contract performance».[328] For å illustrere dette vises det til en kontrakt om svært sensitive deler som skal integreres i et større system plassert på en sensitiv lokasjon. Kommisjonen viser til at oppdragsgiver da kan gjennomføre en konkurranse etter direktivet, men på grunnlag av artikkel 346 nr. 1 innta et krav i kontrakten om at en nasjonal statsborger med nødvendig sikkerhetsklarering gjør det aktuelle arbeidet som krever slik klarering. Alternativt kan anskaffelsen deles slik at hoveddelen anskaffes under fullstendig overholdelse av direktivet.

II. Forsyningssikkerhet

I kriser kan pålitelig og rettidig levering av materiell og tjenester være essensielt for den nasjonale beredskapsevnen. Deler av arbeidsgruppen mener at forsyningssikkerhet ikke kan forankres i artikkel 346 nr. 1 bokstav a, men må for anskaffelser ikke omfattet av artikkel 346 nr. 1 bokstav b, forankres i enten traktatens unntak fra bestemmelsene om de fire friheter eller i direktivets unntak. Enkelte av arbeidsgruppens medlemmer mener dermed at omtale av forsyningssikkerhet ikke kan knyttes til artikkel 346 nr. 1 bokstav a og at nedenstående må leses i lys av dette.

I sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* har EU-domstolen slått fast at forsyningssikkerhet kan være en vesentlig sikkerhetsinteresse, hvor utvalget har et forskjellig syn på om EU-domstolen hjemler dette i artikkel 346 nr. 1 bokstav a eller i direktiv 2014/24/EU artikkel 15.[329] Unntak fra anskaffelsesregelverket forutsetter imidlertid at hensynet til forsyningssikkerhet ikke kan ivaretas innen rammene av en anskaffelse.

I både saken mot Østerrike og i saken mot Polen skriver EU-domstolen at anskaffelsesdirektivet gir stort behandlingsrom til å ivareta forsyningssikkerhet etter de klassiske direktivene. Dette gjelder desto mer for direktiv 2009/81/EF som skal gi økt mulighet for å ivareta forsyningssikkerheten i forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, noe som også illustreres av artikkel 23 om forsyningssikkerhet. For å sikre forsyningssikkerheten kan oppdragsgiver tildele kontrakt til flere leverandører eller inngå en parallell rammeavtale, [330] og den kan også tildele «a second source contract» som skal være alternativ til eksisterende leverandør.[331] I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver EU-domstolen at det kan stilles «særligt høje krav til tilslagsmodtagernes egnethed og pålidelighed».[332] I den forbindelse muliggjør artikkel 39 bokstav d og e utelukkelse av leverandører som ikke er tilstrekkelig pålitelige med hensyn til blant annet forsyningssikkerhet,[333] og forsyningssikkerheten kan også ivaretas ved at det stilles strenge kvalifikasjonskrav etter artikkel 42.[334] Det kan videre stilles strenge kontraktskrav om forsyningssikkerhet etter artikkel 20, og det er også egnet som tildelingskriterium.[335]

---

[328] Kommisjonens meddelelse Security on Information avsnitt 32.

[329] Med forsyningssikkerhet menes i alminnelighet «a guarantee of supply of goods and services sufficient for a Member State to discharge its defence and security commitments in accordance with its foreign and security policy requirements», jf. Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 1 med videre henvisninger.

[330] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 87. Se også Kommisjonens anførsler i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 51.

[331] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt12.

[332] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 92.

[333] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 20, som også viser til fortalen punkt 65 og 67.

[334] Se særlig bokstav c og h og avsnitt 44 i fortalen til direktivet, og Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 24.

[335] Sak C-448/01 *Wienstrom* avsnitt 70 og sak C-324/93 *Evans* avsnitt 44.

Selv om direktiv 2009/81/EF gir oppdragsgiver et stort handlingsrom til å ivareta krav til forsyningssikkerhet, står det i direktivets fortale at det kan finnes kontrakter «*s*om nødvendiggjør så ekstremt strenge forsyningssikkerhedskrav*»* eller som er «*s*å vigtige for den nationale suverænitet» at selv ikke direktivets spesifikke regler er tilstrekkelig til å beskytte medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser.[336] Et særlig spørsmål i den forbindelse er om hensynet til forsyningssikkerhet kan begrunne at kontrakt tildeles leverandører etablert på oppdragsgivers territorium. I krise og krig kan ulike grader av selvforsyning av essensielle varer og tjenester være avgjørende for nasjonens og befolkningens overlevelse. I en beredskapssammenheng kan mål om selvforsyning forsøkes nådd ved at for eksempel kontrakter tildeles lokale leverandører for å etablere, opprettholde eller styrke nasjonale produksjonslinjer.

Krav om nasjonalitet eller nasjonal etablering er i strid med direktivets krav til likebehandling og ikke-forskjellsbehandling,[337] og et slikt krav må derfor kunne begrunnes i traktatens unntaksregler. Den grunnleggende dommen om nasjonal selvforsyning er sak C-72/83 *Campus Oil*. Den gjaldt irske regler som påla enhver som innførte raffinerte oljeprodukter å kjøpe 35 % av det de trengte fra et raffineri eid av et statlig selskap. Kjøpsplikten skulle sikre forsyning av oljeprodukter ved å muliggjøre driften av Irlands eneste raffineri. EU-domstolen mente det utgjorde en importrestriksjon under varefriheten, men som etter omstendighetene kunne begrunnes i hensynet til den offentlige orden og sikkerhet. Dette fordi oljeprodukter ble ansett å være av grunnleggende betydning for statens eksistens, og der manglende forsyninger kan «på alvorlig måde bringe den offentlige sikkerhed i fare, som kan beskyttes med hjemmel i artikel 36*»*.[338]

EU-domstolen har i en rekke saker etter *Campus Oil* gjentatt at for virksomhet innenfor olje, telekommunikasjon og elektrisitet kan mål om «at garantere forsyningssikkerheden med disse produkter eller leveringen af disse tjenesteydelser på den pågældende medlemsstats område i en krisesituation*»* være et legitimt hensyn som kan begrunne restriksjoner på fri bevegelighet.[339] Dette kan imidlertid bare påberopes «i tilfælde af en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn».[340] Tilsvarende ble lagt til grunn i sak C-601/22 *Xella*, som gjaldt eierskapskontroll ved oppkjøp av selskaper med formål om å sikre lokal selvforsyning av byggematerialer. I den saken fant EU-domstolen at forsyning av basismaterialer til byggesektoren ikke utgjorde en grunnleggende samfunnsinteresse tilsvarende forsyning av energi og telekommunikasjon.[341]

Også i en anskaffelsesrettslig sammenheng er målet om selvforsyning av kritisk materiell anerkjent som legitimt.[342] I sak C-295/15 *Medisanus* skriver EU-domstolen nasjonal selvforsyning av

---

[336] Fortalen til direktiv 2009/81/EF punkt 16.

[337] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 38.

[338] Sak 72/83 *Campus Oil* avsnitt 34.

[339] Sak C-463/00 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 71, sak C-483/99 *Kommisjonen mot Frankrike* avsnitt 47, sak C-503/99 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 46, sak C-244/11 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 65, sak C-398/98 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 29, sak C-174/04 *Kommisjonen mot Italia*, sak C-648/18 *ANRE* avsnitt 36.

[340] Sak C-244/11 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 67.

[341] Sak C-106/22 *Xella* avsnitt 69. Den la også til at oppkjøpet i saken ikke utgjorde noen reell og tilstrekkelig alvorlig trussel for forsyningen av byggematerialer, blant annet fordi råmaterialene hadde en lav omsetningsverdi mens transportkostnadene var høye, jf. avsnitt 70 til 73.

[342] I sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* ble det anført at helikopterkjøp fra den nasjonale produsenten hadde «karakter af, hvad Italien kalder »selvproduktion af varer og ydelser« – benyttet af staten, og som udgjorde en grundlæggende del af produktionen for virksomheder med statslig deltagelse», jf. forslag til avgjørelse i sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia*

blodplasma var et lovlig hensyn ved at det beskyttet den offentlige sunnhet etter TEUV artikkel 36. Den fant imidlertid at kravene i anskaffelsen om at de aktuelle medisinske produktene måtte bestå av slovensk plasma var uproporsjonalt. Et slikt krav hadde ikke nevneverdig innvirkning på befolkningens vilje til å donere blod, og det var da ikke egnet og nødvendig for å sikre selvforsyning av blod.[343]

Saker som *Xella* tilsier at selvforsyning på nasjonalt territorium først og fremst kan påberopes for varer som er essensielle for den offentlige orden og sikkerhet i tilfelle krise og krig, slik som for energiforsyning og tilsvarende produkter. Det må videre godtgjøres at unntak fra anskaffelsesregelverket gjør det mulig for medlemsstaten å sikre en minimumsforsyning i tilfelle det skulle oppstå en virkelig og alvorlig trussel.[344] Det forutsetter at tiltaket reelt sikrer forsyning av kritiske varer mv. i tilfelle krise eller krig. For beredskapskontrakter kan riktignok krav om produksjon på nasjonalt territorium være unnværlig for formålet som forfølges, men det er ikke gitt at det kan begrunne direkte tildeling til en nasjonal leverandør. Et mindre inngripende tiltak kan også her være at det avholdes konkurranse der det stilles krav om at leverandøren påtar seg å forestå produksjonen på oppdragsgivers territorium. Det vil også sikre at leverandøren er underlagt medlemsstatens jurisdiksjon, herunder dens beredskapslovgivning, i tilfelle krise eller krig.[345]

Krav om at produksjonen skjer på oppdragsgivers territorium er ikke nødvendigvis tilstrekkelig til å sikre forsyningen av essensielle varer og tjenester i tilfelle krise eller krig. I forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* er generaladvokaten inne på at statsborgerskap har betydning i krise eller krig.[346] Det har sammenheng med at statsborgerskapet medfører visse plikter og lojalitetsbånd,[347] som gjør at nasjonale borgere ikke er fullt ut sammenliknbare med utenlandske statsborgere i tilfelle krise og krig.

Selv om krigs- og beredskapslovgivning kan gjelde for alle på territoriet, vil nasjonale statsborgere presumtivt ha særlige lojalitetsbånd til hjemlandet. [348] Det kan derfor forventes at nasjonale borgere i større grad bli værende for å forsvare eller beskytte landet, mens utlendinger vil ha insentiver til å reise hjem, eventuelt for å forsvare eget land om det også er krig der. Dersom det er en reell risiko for statens vesentlige sikkerhetsinteresser blir skadelidende om ikke nasjonale statsborgere besitter kompetansen eller informasjonen som er nødvendig for å ivareta disse interessene i tilfelle krise og krig, vil det tilsi at det kan stilles nasjonalitetskrav så langt det er nødvendig for å sikre vesentlige sikkerhetsinteresser. Det kan for eksempel gå ut på at et nødvendig antall ansatte hos leverandøren er nasjonale statsborgere.

---

avsnitt 35. Dette ble adressert under reglene om utvidet egenregi, men hvor EU-domstolen konkluderte med at vilkårene for det ikke var oppfylt.

[343] Sak C-296/15 *Medisanus* avsnitt 97.

[344] Sak C-503/99 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 48. Om forsyningssikkerhet og beredskap en norsk kontekst, se f.eks. NOU 2023:17 2.2.4 og Prop. 87 S (2023-2024) 8.1.3.

[345] Sak C-62/96 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 26, forslag til avgjørelse i sak C-62/96 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 21. Se også generaladvokatens analyse av denne dommen i avsnitt 57 i forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 57, sak C-114/97 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 47, sak C-64/08 *Engelmann* avsnitt 38.

[346] Sak C-423/98 *Albore* avsnitt 66.

[347] Se også Rt. 2015 s. 93 og HR-2025-260-A avsnitt 34 og sak C-186/01 *Dory* avsnitt 37.

[348] Se for så vidt forsvarsloven § 6, og forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 63 og C-181/23 *Kommisjonen mot Malta* avsnitt 96.

8.4.3 EØS artikkel 123 bokstav a

Det følger av artikkel 123 bokstav a at avtalen ikke skal hindre en avtalepart fra å treffe tiltak som den anser nødvendig for å hindre spredning av opplysninger som er i strid med dens vesentlige opplysninger. Bestemmelsen ligner i høy grad artikkel 346 nr. 1 bokstav a, og der også den generelle ordlyden til 123 bokstav a omfatter både sivil og militær sektor. Samtidig er det noen mindre forskjeller mellom bestemmelsenes når det kommer til begrepsbruk og oppbygning.

Artikkel 123 EØS viser til at partene kan treffe tiltak for å «hindre spredning av opplysninger», mens det i artikkel 346 TEUV står at ingen medlemsstat er «forpligtet til at meddele oplysninger.» Det kan diskuteres om EØS-avtalens henvisning til at partene kan treffe tiltak for å hindre spredning av opplysninger er noe videre enn formuleringen i 346 om at medlemsstaten ikke er forpliktet til å meddele opplysninger. Det kan også være to alternative måter å formulere den samme forutsetningen som ligger til grunn i begge tilfeller, nemlig at EU/EØS-retten ilegger en meddelelsesplikt. Hvis EØS-retten ikke pålegger en meddelelsesplikt, trengs det ingen unntaksbestemmelse for å hindre spredning av opplysninger.

I både artikkel 123 bokstav a og artikkel 346 bokstav a vises det til statens «vesentlige sikkerhetsinteresser», og der ordlyden i begge tilfeller tilsier at staten har et skjønn. I artikkel 123 bokstav a er det formulert som at staten kan treffe tiltak som den «anser» nødvendig for å hindre spredning i strid med sine sikkerhetsinteresser, men i den engelske språkversjon står det «which it considers», og det tilsvarer den engelske språkversjonens formulering av 346 bokstav a. I forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* mente generaladvokaten at den formuleringen tilsa at medlemsstatene har et skjønn når den fastsetter sine sikkerhetsinteresser,[349] og EU-domstolen var enig i det.[350] Det samme må legges til grunn til grunn for artikkel 123 bokstav a.

Ettersom begrepet «vesentlige sikkerhetsinteresser» er identisk i artikkel 123 og 346 TEUV må bestemmelsene tolkes likt på dette punkt. Hvilke interesser som gjør seg gjeldende, kan «vary from one EEA State to another and from one era to another».[351] Som nevnt ovenfor kan EU-domstolens praksis tilsi at sikkerhetsunntaket anvendt i parallell med direktivenes unntaksregler verner mer enn informasjonssikkerhet, og der også slikt som forsyningssikkerhet kan være en vesentlig sikkerhetsinteresse. EFTA-domstolen har i andre sammenhenger anerkjent slike hensyn som legitime.[352]

I artikkel 123 bokstav a står det at en avtalepart kan treffe tiltak som den anser «nødvendig» for å hindre spredning av opplysninger i strid med dens vesentlige sikkerhetsinteresser. Bokstav a i artikkel 346 bruker ikke ordet nødvendig, men det gjør bokstav b hvor det står at hver medlemsstat kan treffe tiltak som «den anser nødvendig» til beskyttelse av sine vesentlige sikkerhetsinteresser. Selv om bokstav a i 346 ikke bruker ordet nødvendig, skrev EU-domstolen i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* at medlemsstaten som påberoper dette unntaket må bevise at «at det er nødvendigt at anvende disse for at beskytte sine væsentlige sikkerhedsinteresser».[353] Det henvises til sak C-474/12 *Schiebel Aircraft* som gjaldt bokstav b, og som EU-domstolen mener gjelder «analogt» for bokstav a.

---

[349] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 47.

[350] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 75, se også sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 76.

[351] Sak E-15/12 *Wall* avsnitt 83.

[352] Jf. f.eks. E-2/06 *Hjemfall* avsnitt 79 som viser til sak 72/83 *Campus Oil,* sak E-13/24 *Førdefjord* avsnitt 46, E-14/24 *Elmatica* avsnitt 31, E-11/23 *Låssenteret* 46, E-10/23 *X.*

[353] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 78.

I *Schiebel Aircraft* skriver EU-domstolen at selv om det i bokstav b står at medlemsstatene kan treffe tiltak som «kan anse for nødvendige» til beskyttelse av sine vesentlige sikkerhetsinteresser, må staten stadig godtgjøre at unntak fra EU-retten er egnet og nødvendig for å nå målene som forfølges.[354] Det vises her til sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi,* der det var påberopt unntak fra anskaffelsesreglene etter våpenunntaket. I den saken gjentok EU-domstolen at medlemsstaten må bevise at behovet for å beskytte statens vesentlige sikkerhetsinteresser ikke kan ivaretas innen rammene av en anskaffelsesprosedyre.[355] EU-domstolen har skrevet at det samme gjelder under artikkel 346 bokstav a.[356]

Det er som sagt fast rettspraksis fra EFTA-domstolen at der et tiltak fraviker et prinsipp i EØS-retten må nasjonale myndigheter bevise at tiltaket er egnet og nødvendig for å oppnå påberopte formål.[357] Dermed må det legges til grunn at det også etter EØS-avtalen artikkel 123 bokstav a er et krav om at det er forholdsmessig å gjøre unntak fra EØS-rettens krav. I en anskaffelsesrettslig kontekst betyr det at oppdragsgiver må sannsynliggjøre at statens vesentlige sikkerhetsinteresser ikke kan ivaretas innen rammene av en anskaffelsesprosedyre.

I artikkel 123 bokstav a står det at avtalen ikke hindrer en avtalepart fra «å treffe tiltak» for å hindre spredning av opplysninger. Artikkel 346 nr. 1 bokstav a har ikke en tilsvarende formulering, for den foreskriver at medlemsstaten ikke er «forpliktet til å meddele opplysninger». I 346 bokstav b er det derimot vist til at staten kan «træffe de foranstaltninger» som den anser nødvendig. I en anskaffelsesrettslig kontekst tolkes unntaket i parallell med direktivenes unntaksregler, og der rettsvirkningen i alle tilfeller blir helt eller delvis unntak fra direktivet. Det samme må gjelde for artikkel 123 EØS.

Etter dette ligner artikkel 123 bokstav a i høy grad på artikkel 346 bokstav a, og som beskrevet i punkt 8.3.3 ovenfor må bestemmelsene derfor tolkes på samme måte. Det betyr at oppdragsgiver som påberoper unntak må godtgjøre at det forfølger vesentlige sikkerhetsinteresser, og at unntak fra anskaffelsesregelverket er egnet og nødvendig for å oppnå de påberopte interessene. I det siste ligger særlig at oppdragsgiver må godtgjøre at sikkerhetsinteressene ikke kan ivaretas innen rammene av anskaffelsesdirektivene, og som for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er direktiv 2009/81/EF. Hva som ligger i dette, er nærmere behandlet i punkt 8.3.2 og 8.4.2 ovenfor.

8.4.4 Gjennomføring

Som det fremgår av punkt 8.3.4 ovenfor er artikkel 123 EØS gjennomført i norsk rett ved EØS-loven § 1, og i både lov og forskrifter om offentlige anskaffelser er det gjort unntak for anskaffelser som kan unntas etter artikkel 123 EØS. Det finnes ikke nasjonal rettspraksis om bestemmelsen, men Kofa har i to saker slått kort fast at unntaket klart ikke kom til anvendelse.[358]

Sikkerhetsunntaket kan tenkes særlig aktuelt for sikkerhetsgraderte anskaffelser, men uten at det er begrenset til slike anskaffelser. Som beskrevet i punkt 5.2.3 menes det med sikkerhetsgraderte anskaffelser innkjøp som innebærer at leverandøren kan få tilgang til eller tilvirker sikkerhetsgradert

---

[354] Sak C-474/12 *Schiebel Aircraft* avsnitt 34 og 37.

[355] Sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 45.

[356] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 79, sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 82.

[357] E-2/24 *Bygg & Industri Norge* avsnitt 95 flg., jf. også avsnitt 16 og 17 i fortalen til direktiv 2009/81/EF.

[358] Kofa-2020-403 avsnitt 48, Kofa-2020-404 avsnitt 52.

informasjon.[359] I sikkerhetsloven kapittel 9 er det gitt nærmere regler om sikkerhetsavtale med leverandør, leverandørklarering samt varlings- og vurderingsplikter, og som behandles nærmere i punkt 5.2.3 ovenfor og punkt 9.2.4 nedenfor. I veilederen til FOSA står det at kravene til å beskytte gradert informasjon i de fleste tilfeller kan ivaretas av FOSA § 8-9.[360]

Som det fremgår ovenfor kan rettspraksis tilsi at også andre hensyn enn informasjonssikkerhet omfattes av begrepet vesentlige sikkerhetsinteresser i artikkel 123 bokstav a. Imidlertid viser dommer som sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* at forsyningssikkerheten kan som regel kan ivaretas innen rammene av anskaffelsesdirektivene, og der artikkel 23 i direktiv 2009/81/EF viser dette for forsvar- og sikkerhetsanskaffelser.

8.5 Våpenunntaket

8.5.1 Anvendelsen av EU-retten i militære saker

I motsetning til artikkel 346 nr. 1 bokstav a er bokstav b begrenset til militær sektor. Det er et sensitivt område, som går i kjernen av medlemsstatenes suverenitet. Som nevnt følger det av TEU artikkel 4 nr. 2 at medlemsstatene har eneansvar for den nasjonale sikkerheten, og EU skal respektere medlemslandenes territorielle integritet og beskyttelsen av den nasjonale sikkerhet.[361] Det er anerkjent at militæret har en helt særlig betydning for medlemsstatenes sikkerhet, og at væpnede styrker utgjør en vesentlig del av staters forsvarspolitikk.[362] Men EU-domstolen har like fullt fastslått at EU-retten ikke blir uanvendelig bare fordi et tiltak gjelder medlemsstatens militære interesser.[363]

For det *første* kan EU-retten komme til anvendelse i saker om militære styrker og militært personell. I sak C-273/97 *Sidar* skrev EU-domstolen at selv om det tilkommer medlemsstatene å treffe avgjørelser om oppbygningen av deres væpnende styrker, betyr ikke det at «sådanne afgørelser bør falde helt uden for fællesskabsrettens anvendelsesområde».[364] I den saken var en person nektet ansettelse som kokk i kampstyrken til den britiske marinen fordi hun var kvinne. Det var i utgangspunktet i strid med kravet til likebehandling mellom menn og kvinner, men den saken gjaldt spydspissen i Storbritannias væpnede styrker, der selv kokkene måtte være beredt på kamp, og det ble konkludert med at EU-retten tillater at slike stillinger er forbeholdt menn.[365]

I sak C-186/01 *Dory* står det at EU-retten ikke regulerer statenes «valg for så vidt angår organiseringen af de væbnede styrker, idet formålet hermed er landets forsvar eller forsvaret af medlemsstaternes væsentlige interesser».[366] I den saken fant EU-domstolen at verneplikt var uttrykk for et nasjonalt valg som falt utenfor EU-retten.[367] I sak C-742/19 *B.K* skriver EU-domstolen at EU-retten regulerer arbeidstid også for militært ansatte, men den understreket at EU-retten ikke kan tolkes

---

[359] Sikkerhetsloven § 9-1.
[360] Veileder til FOSA punkt 7.2.3.
[361] Jf. også sak C-742/19 *B.K*. avsnitt 36.
[362] Forslag til avgjørelse i sak C-742/19 *B.K*. avsnitt 28.
[363] Sak C-742/19 *B.K*. avsnitt 40.
[364] Sak C-273/97 *Sidar* avsnitt 15.
[365] Sak C-273/97 *Sirdar* avsnitt 30 til 32*, og* forslag til avgjørelse avsnitt 7 der det står at kokkene var i kamp under Falklandskrigen. Se for øvrig en annen konklusjon i sak C-285/98 *Kreil* som gjaldt et generelt forbud i Tyskland mot at kvinner deltok i andre enheter i militæret enn sanitet eller korps, og som var for generelt til at det sto seg.
[366] Sak C-186/01 *Dory* avsnitt 35, se også sak C-742/19 *B.K* avsnitt 38.
[367] Ibid. avsnitt 39.

på en måte som hindrer «de væbnede styrker i at udføre deres opgaver, og at de følgelig bringer de centrale statslige funktioner i fare, som består i opretholdelsen af statens territoriale integritet og beskyttelse af den nationale sikkerhed».[368]

For det *andre* kan EU-retten komme til anvendelse i saker om militære områder. Sak C-423/98 *Albore* gjaldt italienske regler om at utlendingers kjøp av eiendom i områder som var ansett å være av militær betydning måtte ha tillatelse. Generaladvokaten skrev at EU-retten ikke skal stå i veien for den nasjonale friheten til å bestemme over egne militære anliggender,[369] men i den saken hadde ikke italienske myndigheter gitt noen adekvat begrunnelse for forskjellsbehandlingen av utlendinger. EU-domstolen skrev at «den blotte henvisning til nødvendigheden af at forsvare det nationale territorium» ikke var tilstrekkelig til å begrunne slik forskjellsbehandling.[370]

I sak C-252/01 *Kommisjonen mot Belgia* hadde belgiske myndigheter gjort direkte tildelinger av kontrakt om overvåkning av den belgiske kyst ved teledeteksjon fra luften. Kontrakt ble tildelt leverandører som hadde et bestemt militært sikkerhetssertifikat, og her skrev EU-domstolen at siden det var uomstridt at belgiske myndigheter hadde ansvar for å beskytte egne militære baser og NATO-baser, tilkom det nasjonale myndigheter å «fastsætte de nødvendige sikkerhedsforanstaltninger til beskyttelse af sådanne anlæg».[371]

For det *tredje* kan EU-retten komme til anvendelse på saker som gjelder militært materiell. I sak C-414/97 *Kommisjonen mot Spania* fant EU-domstolen at det var traktatbrudd å unnta importerte våpen fra reglene om felles merverdiavgift, men uten at anvendelsen av EU-retten på forsvarsmateriell ble uttrykkelig drøftet. I tollsakene skriver derimot EU-domstolen med henvisning til blant annet C-273/97 *Sidar* at selv om det tilkommer medlemsstatene å treffe nødvendige tiltak for å opprettholde indre og ytre sikkerhet «betyder dette dog ikke, at sådanne foranstaltninger falder helt uden for fællesskabsrettens anvendelsesområde».[372]

Praksis fra EU-domstolen viser at medlemsstatene har et betydelig skjønn til å avgjøre hva som er nødvendig for å beskytte militære interesser. Samtidig skal det mye til for at kategoriske regler med bredt nedslagsfelt er rettferdiggjort,[373] og det samme gjelder nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling.[374] For forsvarsanskaffelser har det i lang tid fremgått av anskaffelsesdirektivene at disse i prinsippet gjelder for forsvarskontrakter,[375] og det ble etter hvert regulert nærmere i direktiv 2009/81/EF. At anskaffelsesreglene gjelder for innkjøp av militære varer og tjenester må ses i sammenheng med at medlemsstatene i denne forbindelse opptrer som markedsaktører. Siden det går i kjernen av det indre marked kan det begrunne en noe strengere prøvelsesintensitet ved vurderingen om unntak er rettferdiggjort.[376]

---

[368] Sak C-742/19 *B.K avsnitt 43,* se også avsnitt 44 til 45.

[369] Forslag til avgjørelse i sak *C-423/98 Albore* avsnitt 17 og 19.

[370] Sak C-423/98 *Albore.*

[371] Sak *C-252/01 Kommisjonen mot Belgia* avsnitt *30.*

[372] Sak *C-284/05 Kommisjonen mot Finland* avsnitt *45.* Se også sak C-474/12 *Schiebel Aircraft* avsnitt *29.*

[373] Sak C-423/98 *Albore* og sak C-258/98 *Kreil.*

[374] Sak C-423/98 *Albore* og sak C-474/12 *Schiebel Aircraft.*

[375] Direktiv 92/50 artikkel 4 nr. 1, direktiv 2004/18/EF artikkel 10.

[376] Sml. sak C-186/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen*. men det er også anført at medlemsstatenes skjønn er større ved våpen anskaffelser enn sivile sikkerhetsanskaffelser, jf. Arrowsmith (2018) s. 182

8.5.2 TEUV artikkel 346 b

A. Anvendelsesområde

Etter artikkel 346 TEUV nr. 1 bokstav b er traktaten ikke til hinder for at en medlemsstat treffer tiltak som den anser «nødvendige til beskyttelse af sine væsentlige sikkerhedsinteresser, og som vedrører fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel». Slike tiltak kan gjelde offentlige anskaffelser, og der det kan gjøres helt eller delvis unntak fra regelverkets plikter om vilkårene for unntak er oppfylt.[377] Tiltak som treffes må imidlertid «ikke forringe konkurrencevilkårene inden for det indre marked for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål.» Det følger av rettspraksis av unntaket skal tolkes strengt.[378]

I. Må tiltaket angå materiell oppført på 1958-listen?

Etter artikkel 346 nr. 2 kan Rådet ved enstemmighet på forslag fra Kommisjonen endre listen fra 1958 «over de varer, hvorpå bestemmelserne i stk. 1, litra b), finder anvendelse.» I Roma-traktaten sto det i dagjeldende artikkel 223 nr. 2 at Rådet i løpet av det første året traktaten var i kraft ved enstemmighet skulle bestemme listen over hvilke produkter som omfattes av våpenunntaket i bokstav b. Det ble gjort 15. april 1958,[379] og artikkel 346 nr. 2 foreskriver at denne listen beskriver varene «hvorpå bestemmelserne i stk. 1, litra b), finder anvendelse». Lenge var det ingen offentlige versjoner av 1958-listen, men ikke-offentlige versjoner ble sirkulert.[380] Nøkkelelementene i listen ble publisert av EU som svar på spørsmål fra parlamentet i 2001,[381] og i 2008 gjorde Rådet listen offentlig selv om det ikke ble gjort i Den Europeiske Unions Tidende.[382]

Listen fra 1958 har ikke blitt endret, men den er nokså generisk, og som regel lar det seg gjøre å subsumere moderne militært materiell under noen av listens punkter.[383] Det er likevel ulike oppfatninger av om listen fortsatt er dekkende for militært materiell,[384] og særlig ved forskning og utvikling av helt nye typer produkter kan det tenkes tilfeller der 1958-listen ikke har en dekkende kategori. I fortalen til direktiv 2009/81/EF står det at medlemsstatene kan henholde seg alene til 1958-listen ved gjennomføringen av direktivet.[385] Til EUs lovgivning om eksportkontroll er det laget en liste

---

[377] Sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi,* Arrowsmith (2018) s. 175.

[378] Sak C-414/97 *Kommisjonen mot Spania* 21, sak C-284/05 *Kommisjonen mot Finland* avsnitt 46, sak C-294/05 *Kommisjonen mot Sverige* avsnitt 44, sak C-372/05 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 69, sak C-387/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 46), sak C-409/05 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 51, sak C-461/05 *Kommisjonen mot Danmark* avsnitt 52, i sagen Kommissionen mod Italien, sak C-239/06 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 47, sak C-38/06 *Kommisjonen mot Portugal* avsnitt 63, sak C-615/15 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 35, C-246/1*2 Ellinka Nafpigeia* avsnitt 17.

[379] Rådets beslutning 255/58 av 15. april 1958.

[380] Trybus (2014) s. 88 flg.

[381] Kommisjonens svar på skriftlig forespørsel (E-1324/2001) formulert av parlamentariker Bart Staes 3. mai 2001, se også forslag til avgjørelse i sak C-284/05 mfl. fotnote 70, forslag til avgjørelse i sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* fotnote 29 og avsnitt 60.

[382] Dokument 14538/4/08 av 26. november 2008, som også EU-domstolen viser til i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 5.

[383] I fortalen til direktiv 2009/81/EU står det i punkt 10 at listen er «generisk og skal tolkes i vid forstand og i lys av endringer innenfor teknologi, innkjøpspolitikk og militære krav som fører til utvikling av nye typer utstyr, for eksempel på grunnlag av unionens felles liste over militært utstyr». Se også Kommisjonens meddelelse om det som nå er 346 TEUV i KOM (2006) 779 s. 5. Illustrerende er også subsumeringen gjort av generaladvokaten i forslag til avgjørelse i sak forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 43 og fotnote 25, og den av domstolen i samme sak, jf. dommens avsnitt 43.

[384] Arrowsmith (2018) s. 169 med videre henvisninger.

[385] Fortalen punkt 10 til direktiv 2009/81/EF.

kalt «EU Common Military List», som er kunngjort i Den Europeiske Unions Tidende. Denne listen likner 1958-listen, men den er mer oppdatert og detaljert, og direktiv 2009/81/EF viser også til denne listen for gjennomføring av direktivet.[386]

Hvorvidt artikkel 346 nr. 1 bokstav b kun omfatter produkter oppført på listen har vært omdiskutert. Allerede i forslag til avgjørelse i sak C-367/89 *Richardt* anførte generaladvokaten at våpenunntaket bare omfatter produkter omfattet av listen,[387] men EU-domstolen sa ikke noe om det i dommen. Derimot uttalte Retten i sak T-26/01 *Fiocchi Munizioni mot Kommisjonen* at unntaket «ikke har til formål at skulle anvendes på virksomhed vedrørende andre produkter end de militære produkter, der er opført på Rådets liste af 15. april 1958».[388] I traktatbruddsakene om felles tollregler anførte Kommisjonen i flere av sakene at våpenunntaket bare kommer til anvendelse for tiltak med tilknytning til materiell oppført på listen,[389] og det samme står i Kommisjonens tolkningsmeddelelse fra 2006. I sak C-38/06 *Kommisjonen mot Portugal* var portugisiske myndigheter enig i at bokstav b bare gjelder for tiltak knyttet til materiell på 1958-listen, men til gjengjeld ble det hevdet at det ikke var andre skranker for anvendelsen av unntaket ut over forbud mot misbruk.[390] Generaladvokaten skrev i forslag til avgjørelse i sak 284/05 mv. at 1958-listen tilsa at våpenunntaket er begrenset til militært materiell,[391] noe domstolen var enig i, men uten å nevne 1958-listen.[392]

Først i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* bekreftet EU-domstolen at våpenunntaket bare gjelder tiltak som knytter seg til våpen oppført på 1958-listen. Den skriver her at produkttypene oppført på lista «er i princippet omfattet af den i samme artikels stk. 1, litra b), fastsatte mulighed for fravigelse», og at nasjonal domstol måtte undersøke om produktene i den underliggende saken var oppført på lista.[393] Det er i samsvar med Kokotts forslag til avgjørelse, der det står at det materielle anvendelsesområdet for artikkel 346 nr. 1 bokstav b er «er udtømmende fastsat ved 1958-listen».[394] Følgelig må anskaffelsen gjelde en vare som «en overhovedet kan henføres under en af de kategorier af genstande, der er opført i 1958-listen».[395]

II. Må oppdragsgivers tiltenkte bruk være militær?

På 1958-listen er det flere varer som like godt kan brukes av sivile myndigheter. For eksempel kan «portable and automatic firearms» også brukes av politiet.[396] Et spørsmål er da om anvendelsen av våpenunntaket forutsetter at oppdragsgivers tiltenkte brukt, også kalt det subjektive bruksformålet, [397] må være militært for at unntaket får anvendelse.

---

[386] Fortalen avsnitt 10 til Direktiv 2009/81/EF.

[387] Forslag til avgjørelse i sak C-367/89 *Richhardt* avsnitt 30.

[388] Sak T-26/01 *Fiocchi* avsnitt 61.

[389] Sak C-372/05 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 39, sak C-284/05 *Kommisjonen mot Finland* avsnitt 27 sak C-461/05 *Kommisjonen mot Danmark* avsnitt 30

[390] Sak C-38/06 *Kommisjonen mot Portugal* avsnitt 48.

[391] Forslag til avgjørelse i sak C-284/05 mfl. avsnitt 107 til 109. Se tilsvarende i forslag til avgjørelse i sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 58 til 60.

[392] Sak C-294/05 *Kommisjonen mot Sverige* avsnitt 53, C-387/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 55, sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 47, sak C-157/06 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 26.

[393] Sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 36-37 og avsnitt 41 og 43.

[394] Forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 41 til 43, der generaladvokaten sier seg enig med Retten i sak T-26/01 *Fiocchi munizioni mot Kommisjonen*.

[395] Forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 42.

[396] Punkt 1 i 1958-listen.

[397] Se om begrepsbruken i forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 48.

Det står i artikkel 346 nr. 1 bokstav b at tiltak ikke kan forringe konkurransevilkårene for varer «som ikke er bestemt spesielt til militære formål». I forslag til avgjørelse i sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* skriver generaladvokat Mazák at denne formuleringen i seg selv utelukker varer med dobbelt formål. I den saken hadde italienske myndigheter kjøpt helikoptre til både militære og sivile myndigheter uten å følge anskaffelsesregelverket, og det ble anført at helikoptrene skulle anvendes til både militære og sivile formål.[398] Generaladvokaten mente det ikke var nok at varene var på 1958-lista, for de måtte være ment «specielt til militære formål».[399] Dermed falt kjøp av helikoptre til militære korps utenfor unntaket når den tiltenkte bruken var sivil, og han mente at det måtte gjelde desto mer når sivile myndigheter kjøpte helikoptre som «alene hypotetisk vil blive anvendt» også til militære formål.[400]EU-domstolen var enig med generaladvokaten. Med henvisning til vilkåret «bestemet specielt til militære formål» skrev den at ved innkjøp av utstyr «hvis anvendelse til militære formål er usikker» må anskaffelsesreglene følges. Det samme gjelder innkjøp «til militære korps med henblikk på civil anvendelse». Siden helikopterkjøpene hadde et sikkert sivilt formål og kun et eventuelt militært formål, kom ikke våpenunntaket til anvendelse.[401]

Konklusjonen ble den samme i sak C-157/06 *Kommisjonen mot Italia*, som gjaldt direkte kjøp av lettvekts helikoptre til politiet og brannvesenet.[402] Det er ikke nok at innkjøper er en militær enhet, noe som illustreres av at også det italienske forsvarsdepartementets kjøp av helikoptre falt utenfor våpenunntaket fordi den tiltenkte bruken var sivil. I forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* er generaladvokat Kokott inne på det samme når hun skriver at det ikke kan være nok at kjøpet gjøres av de væpnende styrker for da «ville enhver blyant blive til en militær vare, blot fordi den er indkøbt» til militæret.[403] Hun skriver at det heller ikke er nok at utstyret er egnet til militære formål om oppdragsgivers tiltenkte bruk er sivil.[404] I *Insinööritoimisto InsTiimi* gjentok EU-domstolen at våpenunntaket ikke gjelder der oppdragsgivers påtenkte anvendelse «har et klart civilt formål og eventuelt et militært formål».[405]

At oppdragsgiver bruk må være bestemt spesielt til militære formål innebærer blant annet at sivile myndigheters kjøp av militært materiell faller utenfor våpenunntaket. Dermed vil for eksempel politiets innkjøp av våpen og ammunisjon ikke omfattes av våpenunntaket selv om utstyret likeså godt kunne vært brukt militært. Det kan oppstå vanskelige avgrensningsspørsmål om hvor mye av den tiltenkte bruken som må være militær for at unntaket skal gjelde. I tollsakene skrev generaladvokaten at varer til blandet bruk ikke kan unntas med mindre «der godtgøres en eksklusiv militær brug».[406] EU-domstolen nøyde seg med å påpeke i både sak C-294/05 *Kommisjonen mot Sverige* og sak C-

---

[398] Det ble anført at helikoptrene skulle anvendes til både militære og sivile formål, og at den militære anvendelsen krevde «foranstaltninger på ordreafgivelses- og indkøbsstadiet, især af fortrolighedshensyn, mens Kommisjonen mente våpenunntaket var uanvendelig fordi det var tale om innkjøp hovedsakelig for sivilt bruk, og at den militære bruken var «en potentiel og usikker mulighed», jf. avsnitt 50 til 53 og fotnote 23.

[399] Forslag til avgjørelse i sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 59 til 60 og fotnote 31.

[400] Forslag til avgjørelse i sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 60.

[401] Sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 46 til 48.

[402] Sak C-157/06 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 25 til 28.

[403] Forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 46.

[404] Sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 47-48, forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 47, Arrowsmith (2018) s. 172.

[405] Sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 38 til 39.

[406] Forslag til avgjørelse i sak C-284/05 mv. avsnitt 110. Med blandet bruk siktes det her antakelig til produktets egenskaper gitt at det vises til eksklusiv militær bruk. EU-domstolens avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* viser at produktet må være utviklet og designet spesielt for militære formål, se nedenfor.

387/05 *Kommisjonen mot Italia* at dens betraktninger om uanvendeligheten av våpenunntaket «gælder så meget desto mere indførsel af materiel til både civilt og militært brug». Av helikoptersakene og den om de finske dreieskivene følger det at våpenunntaket er uanvendelig der den subjektive bruken har et klart sivilt formål, men bare et eventuelt militært formål. Ut over dette har ikke EU-domstolen konkretisert hvor mye av bruken som må være militær for at unntaket skal komme til anvendelse.

EU-domstolens formulering om at bruke må være bestemt spesielt til militære formål synes å utelukke en hovedformålslære. Utgangspunktet er at bruken først og fremst må være militær, men det kan diskuteres om våpenunntaket er uanvendelig om den tiltenkte bruken bare har et eventuelt sivilt formål. Et eksempel kan være at militære helikoptre eller skip er en del av beredskapen ved sivile redningsaksjoner, naturkatastrofer mv. Det er vanskelig å se at en slik bruk utelukker anvendelsen av våpenunntaket, også fordi det er anerkjent at forsvaret skal bidra til å beskytte samfunnet ved ekstraordinære krisesituasjoner.[407] Derimot er det usikkert i hvilken utstrekning sivil bruk ut over slike krisesituasjoner ekskluderer våpenunntaket, for eksempel hvis forsvaret på regelmessig basis også bistår sivile rettshåndhevere i mer alminnelige sivile gjøremål.

Dersom det kjøpes et større kvantum militært materiell som skal fordeles mellom sivile og militære myndigheter kan det også oppstå spørsmål om anvendelsen av våpenunntaket. Kjøpet for sivile myndigheter vil falle utenfor 346 bokstav b, men det kan være omfattet av unntaket i 346 bokstav a. Hvis ikke må spørsmålet antakelig løses basert på direktivets regler om blandende anskaffelser.[408]

III. Må materiellet være av militær art?

De fleste produktene på 1958-listen er militære produkter. Samtidig er en del av kategoriene i listen såpass vide at de kan omfatte produkter med sivil anvendelse. Det kan for eksempel gjelde «opførte køretøjer, luftfartøjer og eksplosivstoffer, ammunition og afstandsmålere».[409] Hvis forsvaret kjøper inn sivile varer som skal brukes militært, oppstår spørsmålet om materiellet også fra produsentens side må være ment spesielt til militære formål. Dette omtales også som det objektive bruksformålet.

Som nevnt står det i artikkel 346 nr. 1 bokstav b at anvendelan av unntaket ikke skal forringe konkurransevilkårene for varer «som ikke er bestemt spesielt til militære formål». Videre står det flere steder i 1958-listen at produktet må være militært utstyr eller må være av militær karakter.[410] I sak T-26/01 *Fiocchi* skrev Retten at våpenunntaket bare gjelder for militære produkter.[411] I forslag til avgjørelse i sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* skrev generaladvokaten at våpenunntaket bare gjelder «handel med utstyr, der er konstruert, udviklet og produceret specielt til militære formål».[412] I den saken oppstilte ikke EU-domstolen et uttrykkelig skille mellom det subjektive og objektive bruksformålet.[413] I forslag til avgjørelse i tollsakene skrev generaladvokat Colomer at våpenunntaket var uanvendelig «med hensyn til erhvervelser af materiel, hvis design, produktion eller udvikling ikke

---

[407] Se forslag til avgjørelse i sak C-742/19 *B.K* avsnitt 29 og 88.

[408] Artikkel 3 i direktiv 2009/81/EF.

[409] Forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 50.

[410] For eksempel nr. 5 og 11, se forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 45 og fotnote 27

[411] Sak T-26/01 *Focchi* avsnitt 61 og 63.

[412] Forslag til avgjørelse i ak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 60. Se avsnitt 10 til fortalen til direktiv 2009/81/EF.

[413] I forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* fotnote 30 skriver generaladvokaten at domstolen uttalte seg om det subjektive bruksformålet.

opfylder egentlige militære formål».[414] EU-domstolen trakk heller ikke her et uttrykkelig skille mellom det objektive og subjektive bruksformålet.

I sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* kom spørsmålet om våpenunntaket bare gjelder varer produsert for militære formål på spissen. I den saken hadde det finske forsvaret kjøpt dreieskiveutstyr («tiltable turntable») uten å følge anskaffelsesdirektivet. Utstyret skulle brukes til simulering av militære scenarioer ved øvelser, og det var dermed på det rene at oppdragsgivers bruksformål var militært.[415] En leverandør av slike produkter anførte at utstyret var utviklet for sivil sektor, og at det derfor ikke var grunnlag for unntak. Generaladvokaten mente at våpenunntaket bare gjelder for produkter som etter «sin udformning og sine egenskaber (altså objektivt)» er bestemt spesifikt til militære formål.[416] EU-domstolen var enig i det, og skrev at våpenunntaket bare gjelder for produkter som «er designet, udviklet eller væsentligt ændret specielt til» militære formål.[417]

EU-domstolen skriver i saken om de finske dreieskivene at produkter som opprinnelig var ment til sivilt bruk kan omfattes av våpenunntaket hvis det er gjort «væsentlige ændringer» for å tilapsse det til militær bruk. Hva som er tilstrekkelig omarbeiding i den forbindelse må vurderes konkret,[418] men det er ikke gitt at det for eksempel er nok at sivile produkter males i kamuflasjefarger.[419] Det må være det objektive bruksformålet ved overdragelsen som er avgjørende for om våpenunntaket kommer til anvendelse. Hvis forsvaret for eksempel kjøper sivile droner som den selv skal bygge om til militær bruk, vil ikke kravet til objektivt bruksformål være oppfylt. Dersom forsvaret derimot kjøper droner som opprinnelig var til sivilt bruk, men som leverandøren tilpasser eller påtar seg å tilpasse militært bruk til overleveringen, vil kravet til det objektive bruksformålet kunne være oppfylt.

IV. Tiltak kan ikke forstyrre konkurransevilkåret på det sivile markedet

Det står i artikkel 346 nr. 1 bokstav b at tiltak som treffes ikke «må ikke forringe konkurrencevilkårene inden for det indre marked for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål». Et spørsmål i den forbindelse er om det ved anskaffelser av materiell som er oppført på 1958-listen, og som objektivt og subjekt er til militært bruk, også må gjøres en vurdering av om tiltaket forringer konkurransevilkårene på det sivile markedet.

Ordlyden til våpenunntaket tilsier at det må gjøres en vurdering av om det sivile markedet forringes. Det kan også underbygges av kontekstuelle argumenter, for i artikkel 348 TEUV står det at dersom tiltak etter artikkel 346 eller 347 fører til at konkurransevilkårene innenfor det indre marked forstyrres, skal Kommisjonen sammen med den aktuelle medlemsstaten undersøke hvordan tiltakene kan tilpasses traktatens bestemmelser. I anskaffelsesrettslige saker har imidlertid EU-domstolen nøyd seg med å påpeke at materiell må være oppført på 1958-listen, og at både det objektive og subjektive bruksformålet må være er bestemt spesielt til militære formål. Den har ikke uttalt seg om det i tillegg

---

[414] Forslag til avgjørelse i sak C-284/05 mv. avsnitt 109.

[415] Forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 5, 19 og 52.

[416] Forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 48.

[417] Sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 40.

[418] Se f.eks. generaladvokatens illustrasjon i den aktuelle saken i avsnitt 55 i forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi.*

[419] Arrowsmith (2018) s. 173.

skal gjøres en vurdering av om det sivile markedet forstyrres.[420] I Kommisjonens meddelelser står det derimot at forbudet mot konkurransevridning er til hinder for sivile gjenkjøp.[421]

I saker som statsstøtte er det både Kommisjonspraksis og rettspraksis som sier at våpenunntaket ikke kan benyttes til å subsidiere produksjon av varer til sivilt bruk.[422] I sak C-246/12 *Ellinka Nafpigeia* skriver EU-domstolen at artikkel 356 nr. 1 bokstav etablerer et strengt skille mellom produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell, og annen økonomisk virksomhet.[423] Tiltak kan ikke påvirke konkurransen negativt for produkter uten spesifikt militært formål, og våpenunntaket kunne derfor ikke rettferdiggjøre støtte til varer for sivile formål, selv om slik produksjon var en nødvendig betingelse for fortsatt produksjon av militære produkter.[424]

Gitt avgrensningen av våpenunntaket til materiell med spesifikt militært formål vil det ofte utelukke at konkurransen på det sivile markedet forrykkes, men det kan oppstå mer tvilsomme spørsmål ved kjøp av svært sammensatte produkter, som for eksempel fly eller skip. Arrowsmith og Heuninckx illustrerer problemstillingen med at det kjøpes et militærfly med sivil motor og som påvirker det sivile markedet hvis motorleverandøren kan tilby lavere priser på grunn av for eksempel stordriftsfordeler. Forfatterne mener at i et slikt tilfelle vil våpenunntaket neppe få anvendelse.[425] Siden EU-domstolen ikke har uttalt seg om konkurransevridning i en anskaffelsesrettslig kontekst forblir spørsmålet usikkert, og løsninger foreslått i litteraturen kan føre til vanskelige grensedragninger i praksis. Det kan imidlertid være gode grunner for at hvis oppdragsgiver for eksempel krever bruk av bestemte sivile produkter i en kontrakt, kan det utelukke anvendelsen av våpenunntaket om sivile produsenter ellers ville oppnådd en konkurransefordel. Det ligger i dette at dersom oppdragsgiver har krevd en bestemt sivil motor ved anskaffelse av militærfly, må motoren i så fall kjøpes i tråd med direktivene, med mindre det finnes andre grunner for unntak fra disse reglene.

V. Oppsummering

Rettspraksis viser at artikkel 346 nr. 1 bokstav b TEUV gjelder tiltak om materiell oppført på 1958-listen, og der både den objektive og subjektive bruken må være bestemt spesielt til militære formål. I en anskaffelsesrettslig kontekst er det antatt at unntaket også er anvendelig for tjenester tilknyttet slikt materiell,[426] og dessuten forsknings- og utviklingskontrakter om det samme.[427]

Det strenge skillet mellom militære og sivile produkter gjør at materiell til blandet bruk (dual use) faller utenfor våpenunntaket. Denne grensedragningen kan som sagt være vanskelig, og i den gjeldende sikkerhetssituasjonen gir det heller ikke alltid mening å skille strengt mellom militære og ikke-militære produkter. [428] I en anskaffelsesrettslig kontekst vil imidlertid skillet mellom sivile og militære produkter ha mindre betydning all den tid oppdragsgiver kan påberope andre traktatfestede

---

[420] Også generaladvokaters forslag til avgjørelser har vært sentrert rundt at våpenunntaket ikke gjelder varer med dobbelt formål.
[421] KOM (2006) 779 s. 8 og Kommisjonens meddelelse Offsets avsnitt 25.
[422] T-26/01 *Fiocch*i avsnitt 61 og 63, Arrowsmith (2018) s. 173-175 med videre henvisning til Kommisjonens praksis.
[423] Sak C-246/12 *Ellinka Nafpigeia* avsnitt 19.
[424] Sak C-246/12 *Ellinka Nafpigeia* avsnitt 20 til 22.
[425] Arrowsmith (2018) s. 173-175.
[426] Sml. også sak C-474/12 *Schiebel Aircraft,* der 346 TEUV ble vurdert som unntak fra etableringsfriheten og arbeidstakerfriheten.
[427] Arrowsmith (2018) s. 175-176.
[428] Kommisjonens tolkningsuttalelse i KOM/2006/0779 punkt 3. Se også SEC (2007) 1598 final punkt 3.1.1, italias anførsler i sak C-157/06 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 16, og Arrowsmith (2018) s. 171-172.

unntaksregler. Artikkel 2 i direktiv 2009/81/EF bekrefter at andre unntaksregler i traktaten fortsatt gjelder,[429] og det står også i Kommisjonens meddelelser. [430]

Det innebærer for det første at oppdragsgiver kan påberope unntaksreglene som gjelder under de enkelte friheter i traktaten.[431] I sak 83/94 *Leifer* fant for eksempel EU-domstolen at utførsel av varer med dobbelt formål kan påvirke medlemsstatens sikkerhet, og dermed berettige unntak etter traktaten hvis det er nødvendig.[432] For det andre kan artikkel 346 nr. 1 bokstav a være anvendelig i kombinasjon med direktivenes unntaksregler.[433] I forslag til avgjørelse i tollsakene skriver Colomer at sikkerhetsunntaket «omfatter, ud over specifikt militært materiel, materiel til blandet brug, idet det er offentliggørelsen, der er skadelig, uanset hvad genstanden for transaktionen er.»[434] Det bekreftes også av EU-domstolen i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike.*[435] Selv om avgrensningen av våpenunntaket får mindre betydning i en anskaffelsesrettslig kontekst, kan det bevare sin betydning innen andre rettsområder, for våpenunntaket gjelder generelt og er ikke som bokstav a begrenset til de tilfeller EU-retten ilegger en opplysningsplikt.

B. Vesentlige sikkerhetsinteresser

I likhet med artikkel 346 nr. 1 bokstav a, følger det av bokstav b at medlemsstaten kan treffe tiltak «som den anser for nødvendige til beskyttelse af sine væsentlige sikkerhedsinteresser».[436] Som nevnt har EU-domstolen slått fast at medlemsstatene må «bevise nødvendigheden af at bringe undtagelsen fastsat i denne artikel i anvendelse for at beskytte sine væsentlige sikkerhedsinteresser.»[437] I sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* viser EU-domstolen til praksis om bokstav b, og det tilsier at praksis om hva som utgjør vesentlige sikkerhetsinteresser under bokstav a også er relevant under våpenunntaket. Dette begrepet er forklart i punkt 8.3.2 ovenfor. Ettersom våpenunntaket er avgrenset til militært materiell er det gjerne forsvarsinteresser som begrunner unntak etter bestemmelsen, og det vil være fokus i det følgende.

EU-domstolen slo tidlig fast at trusler mot den militære sikkerheten kan påvirke den offentlige sikkerhet.[438] I forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* skriver generaladvokaten at forsvar er direkte forbundet med den nasjonale suverenitet og «hører med til statens inderste kerneområde». Den primære oppgaven til medlemslandenes væpnende styrker er å sikre statens territorielle integritet og beskytte befolkningen og institusjoner mot væpnede angrep. Væpnede styrker kan også være en forutsetning for at medlemsstatene kan utøve suverenitet på det internasjonale plan, og at den kan påta seg ansvar for kollektiv sikkerhet innenfor internasjonale organisasjoner som medlemsstaten deltar i, slik som NATO eller solidaritetsforpliktelser innen EUs felles sikkerhets- og forsvarspolitikk.[439] I

---

[429] Avsnitt 16 i fortalen til direktiv 2009/81/EF.

[430] Kommisjonens meddelelse Field of Application avsnitt 3,

[431] Jf. direktiv 2009/81/EF artikkel 2 og sak C-296/15 *Medisanus* avsnitt 72 flg., forslag til avgjørelse i samme sak avsnitt 93 til 94.

[432] Sak C-83/94 *Leifer* avsnitt 26 til 30.

[433] Artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU og artikkel 13 bokstav a i direktiv 2009/81/EF, se 8.4.2 ovenfor.

[434] Forslag til avgjørelse i sak C-284/05 mfl. avsnitt 106.

[435] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 72.

[436] Se også forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi*. avsnitt 25.

[437] Sak C-284/05 *Kommisjonen mot Finland,* sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi*.

[438] sak 72/83 *Campus Oil* avsnitt 34 og 35, sak C-70/94, *Werner* avsnitt 27, sak C-423/98, *Albore* avsnitt 22, C-398/98 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 29, sak C-145/09 avsnitt 44.

[439] Jf. TEU artikkel 42 og Forslag til avgjørelse i sak C-742/19 *B.K*. avsnitt 29.

tillegg til å garantere for den ytre sikkerhet spiller militæret også en viktig rolle for den indre sikkerhet, for eksempel ved å bistå sivile myndigheter ved naturkatastrofer, terror og lignende trusler mot den nasjonale sikkerheten.[440]

Forsvarsmateriell er av avgjørende betydning for å sikre medlemsstatenes sikkerhet, og innkjøp av slikt materiell er derfor sensitivt.[441] I *Albore* skriver generaladvokaten at det gjør seg gjeldende særlige hensyn for medlemsstatenes forsvarsinteresser som gjør at «grænserne for medlemsstaternes skøns- og handlingsret særdeles vide».[442] I sak C-252/01 *Kommisjonen mot Belgia* heter det at det tilkommer nasjonale myndigheter å fastsette nødvendige sikkerhetstiltak for å beskytte militære anlegg. I sak T-26/01 *Fiocchi* skrev Retten med henvisningen til formuleringen «som den anser nødvendig» for å beskytte sine vesentlige sikkerhetsinteresser at «medlemsstaterne i medfør af artiklen [har] en særlig vid skønsbeføjelse ved vurderingen af de behov, der gør sig gjældende ved en sådan beskyttelse».[443] I forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* sier generaladvokaten seg enig i dette, men hun understreket at medlemsstaten må bevise at vilkårene for unntak er oppfylt i det enkelte tilfelle. I både sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver EU-domstolen at det tilkommer statene å fastsette egne sikkerhetsinteresser, og at statene har en skjønnsmargin til å beslutte hvilke tiltak som er nødvendige for å beskytte disse interessene.[444]

Hva som utgjør den enkelte medlemsstats vesentlige sikkerhetsinteresser vil variere etter slikt som geografi og historie.[445] Det er rikelig med eksempler på at medlemsstatene har påberopt særlige historiske og geopolitiske forhold for å rettferdiggjøre unntak fra EU-rettens krav.[446] I sak C-742/19 *B.K* bekrefter EU-domstolen at det i EU-retten skal tas «behørigt hensyn til de særlige forhold, som hver enkelt medlemsstat tillægger de væbnede styrkers funktioner», og det står at slike særlige forhold kan følge av det internasjonale ansvaret som medlemsstaten har påtatt seg, konflikter de står overfor «eller af den geopolitiske kontekst, som denne medlemsstat udvikler sig i.»[447]

Kommisjonen påpeker imidlertid at det det ikke er nok med «generelle henvisninger til geografiske og politiske forhold, historien samt alliancemæssige forpligtelser».[448] Det må gis en tilstrekkelig konkret begrunnelse som forklarer hvorfor anvendelsen av innkjøpsreglene vil være i strid med medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser.[449] Kommisjonen skriver også at medlemsstatens

---

[440] Forslag til avgjørelse i sak C-742/19 *B.K.* avsnitt 29 og 88.

[441] Direktiv 2009/81/EF fortalen avsnitt 8.

[442] Forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 54

[443] T-26/01 *Fiocchi* avsnitt 58.

[444] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 75 og 78, sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 76 og 82.

[445] KOM/2006/0779 punkt 4, forslag til avgjørelse i sak C-120/94 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 54, forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 35.

[446] I sak C-62/96 *Kommisjonen mot Hellas* anførte medlemsstaten at dens særlige historiske og geopolitiske gjorde det nødvendig å skaffe flytende materiell i tilfelle krig, jf. avsnitt 14, og i sak C-409/05 *Kommisjonen mot Hellas* var det ikke bestridt at Hellas var i en særlig geopolitisk situasjon, jf. avsnitt 30. I sak C-294/05 *Kommisjonen mot Sverige* viste svenske myndigheter til at den daværende nøytraliteten gjorde at det nasjonale forsvaret inntok en strategisk rolle i landets sikkerhetspolitikk. Svenskene anførte at de også på grunn av sitt areal var avhengig av internasjonalt samarbeid for å oppfylle nasjonale mål på sikkerhets- og forsvarsområdet, jf. avsnitt 37. Tilsvarende anførte Polen i sak C-601/21 at dens geopolitiske plassering og medlemskap i NATO var del av statens sikkerhet og troverdighet på forsvarsområdet, jf. avsnitt 46.

[447] *Sak C-742/19* B.K *avsnitt 44. Om medlemsstatens individuelle forhold ved forsyning av medisinsk materiell se forslag til avgjørelse i sak C-296/15* Medisanus *avsnitt 136 og dom i samme sak avsnitt 100.*

[448] *KOM (2006) 779 s. 8. Se også forslag til avgjørelse i sak C-284/05 mv. avsnitt 172.*

[449] *Se 8.3.2 ovenfor*

sikkerhetsinteresser bør vurderes i et europeisk perspektiv.[450] Europeisk integrasjon basert på gjensidig tillit har ført til en stadig større konvergens mellom medlemsstatens interesser, og der utviklingen av EUs felles utenriks og sikkerhetspolitikk viser at det «i stigende grad også er tilfældet på sikkerheds- og forsvarsområdet».[451] Vedtakelsen av direktiv 2009/81/EF og 2009/43/EF er et skritt i retning av et integrert og indre forsvarsmarked.

For at unntak kan rettferdiggjøres under våpenunntaket må medlemsstaten reelt forfølge sine vesentlige sikkerhetsinteresser. [452] Medlemsstatene kan ikke bruke militære formål som vikarierende motiv for ulovlige hensyn,[453] slik som rene økonomiske hensyn, eller ønske om å beskytte nasjonal industri fra konkurranse.[454] I det følgende skal noen typiske sikkerhetshensyn for forsvarsområde gjennomgås, uten at gjennomgangen er ment å være uttømmende.

For det første kan *informasjonssikkerhet* være en vesentlig sikkerhetsinteresse. I sak C-461/05 hevdet Kommisjonen at Danmarks anførsler om militær taushetsplikt utgjorde en sammenblanding av våpenunntaket i bokstav b og sikkerhetsunntaket i bokstav a.[455] I sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* skriver imidlertid generaladvokaten at unntak fra anskaffelsesreglene kan begrunnes i at en medlemsstat ikke uten videre vil «afsløre sikkerhedsrelevante oplysninger for udenlandske eller udenlandsk kontrollerede virksomheder».[456] Det bekreftes av EU-domstolen i C-474/12 *Schiebel Aircraft,* hvor det står at «målet om at forhindre videregivelse af strategiske oplysninger» kan utgjøre en vesentlig sikkerhetsinteresse etter våpenunntaket.[457] Informasjonssikkerhet inngår dermed både i sikkerhetsunntaket og våpenunntaket.

For det andre kan *forsyningssikkerhet* være en vesentlig sikkerhetsinteresse. Det bekreftes av saker som C-474/12 *Schiebel Aircraft,* hvor det står at «målet om at sikre forsyningssikkerhed for forsvarsmateriel» kan være en vesentlig sikkerhetsinteresse.[458] Det er i den forbindelse også anerkjent som en vesentlig sikkerhetsinteresse at medlemsstaten ikke vil gjøre seg avhengig av tredjestater eller virksomheter fra tredjestater når det kommer til militært utstyr.[459] Det må etter omstendighetene også kunne gjelde avhengighet av andre EU-stater, for artikkel 346 TEUV gjør det mulig for enhver medlemsstat å stoppe for eksempel eksport av militært materiell i krise eller krig, og det kan i prinsippet true kjøperstatens forsyningssikkerhet.[460]

For det tredje kan hensynet til *internasjonale forpliktelser* være en vesentlig sikkerhetsinteresse, noe som også illustreres av artikkel 347 TEUV. I sak C-83/94 *Leifer* skriver EU-domstolen at «risikoen for en alvorlig forstyrrelse af de internationale relationer eller af nationernes fredelige sameksistens kan påvirke en medlemsstats sikkerhed».[461] I sak C-414/97 *Kommisjonen mot Spania* ble det anført at momsfritak for våpen skulle sikre væpnende styrkers effektivitet i nasjonalt forsvar og innen rammene

---

[450] *For et lignende perspektiv for medisinsk materiell, og hvordan nasjonal selvforsyning kan være et virkemiddel, se sak C-296/15* Medisanus *avsnitt 89 tili 92 og 97.*

[451] *KOM (2006) 779 s. 7. Arrowsmith (2018) s. 165.*

[452] *Sak C-474/12* Sciebel Aircraft *avsnitt 34 til 35, se også sak C-273/97* Sidar *avsnitt 28.*

[453] *Forslag til avgjørelse i sak C-423/98 Albore* avsnitt 58. Se også KOM (2006) 779 s. 7.

[454] Se for eksempel Kommisjonens meddelelse Security of Supply s. 20.

[455] Sak C-461/05 *Kommisjonen mot Danmark* avsnitt 34.

[456] Sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 66.

[457] *Sak C-474/12 Schiebel Aircraft avsnitt 37.*

[458] *Sak C-474/12 Schiebel Aircraft avsnitt 37.*

[459] Forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 66.

[460] Sml. sak 72/83 *Campus Oil* avsnitt 39 flg.

[461] Sak C-83/94 *Leifer* avsnitt 28, se også sak C-70/94 *Werner* avsnitt 27.

av NATO.[462] EU-domstolen skrev her at Spania ikke hadde godtgjort at opphevelse av momsfritak ville bringe dets vesentlige sikkerhetsinteresser i fare,[463] mens i sak C-252/01 *Kommisjonen mot Belgia* fant EU-domstolen at det tilkom Belgia å beskytte NATO-anlegg i landet.[464]

Et eget spørsmål er om hensynet til den *økonomiske bærekraften* til det nasjonale forsvaret kan være en vesentlig sikkerhetsinteresse. Det klare utgangspunktet er at inngrep i fri bevegelighet ikke kan begrunnes med rene økonomiske hensyn.[465] Samtidig er det en kjensgjerning at militært utstyr er kostbart, og sviktende økonomi kan i prinsippet gå ut over forsvarsevnen om staten ikke har råd til å kjøpe nødvendige våpen.[466] Det er flere eksempler på at medlemsstatene har anført behov for tilstrekkelige finansielle midler til nasjonalt forsvar som begrunnelse for unntak etter artikkel 346.[467] Selv om anførsler om dette ikke har ført frem i sakene om artikkel 346 TEUV, har EU-domstolen i andre sammenhenger sagt at økonomiske hensyn som forfølger formål av allmenn interesse kan utgjøre et tvingende allment hensyn som kan begrunne inngrep i fri bevegelighet.[468] Poenget er at økonomiske hensyn ikke kan være et mål i seg selv, men at økonomisk bærekraft kan være et middel for å nå andre hensyn som nasjonale ordninger skal realisere. Det skal en del til før hensyn til økonomisk bærekraft av nasjonale ordninger utgjør et tvingende allment hensyn,[469] og det virker lite aktuelt i en anskaffelsesrettslig kontekst. Reglene skal jo muliggjøre at oppdragsgiver får mest mulig verdi for pengene, og hensyn om økonomisk bærekraft virker heller ikke å ha vært anført i anskaffelsessakene for EU-domstolen.[470]

C. Proporsjonalitetsvurderingen

Det er ikke nok at unntaket etter artikkel 346 forfølger vesentlige sikkerhetsinteresser, for det må også godtgjøres av tiltaket er proporsjonalt. Det betyr at unntak fra anskaffelsesreglene må være egnet og nødvendig for å forfølge medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser. Som det fremgår i punkt 8.3.2 ovenfor vil kravet til egnethet gjerne være oppfylt der tiltaket reelt forfølger vesentlige sikkerhetsinteresser, og slaget står som regel om det er nødvendig å gjøre unntak. Medlemsstatene har et skjønn når den avgjør hva som er nødvendig for å forfølge sine sikkerhetsinteresser, men den må kunne bevise at interessene ikke kan ivaretas innen rammene av en anskaffelsesprosedyre.

---

[462] Sak C-414/97 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 17. I sak C-284/05 *Kommisjonen mot Finland* anførte Finland at det var nødvendig av hensynet til forsyningssikkerheten av høyteknologisk våpen at den overholdt avtaler om taushet inngått med selgende stater. EU-domstolen fant heller ikke her at medlemsstaten hadde godgjort at vesentlige sikkerhetsinteresser ble skadelidende om det ble betalt toll på våpenimport. Se også Polens anførsler i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 46.

[463] Sak C-414/97 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 24.

[464] Sak C-252/01 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 30.

[465] Se f.eks. sak 72/83 *Campus Oil* avsnitt 35, men det omfatter ikke gunstige økonomiske sidevirkninger av en lovlig restriksjon, jf. *Campus Oil* avsnitt 36, og f.eks. C-3/17 *Sporting Odds* avsnitt 28.

[466] Se også Danmarks anførsler i sak C-461/05 *Kommisjonen mot Danmark* avsnitt 40 og 45.

[467] Forslag til avgjørelse i sak C-414/97 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 6, sak C-414/97 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 22, Sak C-38/06 *Kommisjonen mot Portugal* avsnitt 41, forslag til avgjørelse i sak C-284/05 mv. avsnitt 144 og fotnote 96, samt avsnitt 148, sak C-372/05 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 73.

[468] Sak C-106/22 *Xella* avsnitt 66 til 67 med videre henvisninger. Se også sak C-296/15 *Medisanus* avsnitt 101 med videre henvisninger. Et lignende resonnement kan ses allerede i sak 72/83 *Campus Oil* avsnitt 35.

[469] Se f.eks. sak C-296/15 *Medisanus* avsnitt 102, forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 75.

[470] Se likevel Italias anførsler om helikopterflåtens ensartethet, men det er hensyntatt i sekundærretten, se f.eks. direktiv 2009/81/EF artikkel 28 nr. 4. Se også generaladvokatens uttalelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* om at medlemsstat ikke kan pålegges alternative tiltak om det ville resultere i utålelig finansiell byrde for medlemsstaten, jf. forslag til avgjørelse avsnitt 65.

Som det fremgår av punkt 8.3.2 og 8.4.2 ovenfor gir direktiv 2009/81/EF medlemsstatene et stort handlingsrom til å ivareta sine sikkerhetsinteresser. EU-retten bestemmer ikke *hva* oppdragsgiver skal kjøpe,[471] og medlemsstatene står følgelig fritt til å bestemme hvilket materiell den trenger for å sikre sine vesentlige sikkerhetsinteresser. Direktivene stiller derimot nærmere krav til *hvordan* innkjøpet skal gjøres, og i forarbeidene til direktiv 2009/81/EF står det at direktivet skal ta særlig hensyn til de særlige utfordringer som gjelder for forsvarskontrakter. Forsvarskontrakter er spesielt sensitive, og er kjennetegnet av avansert teknologi, med krav om svært lang levetid og krevende finansielle rammer.[472] Det styrker behovet for fleksibilitet, og mulighet til ivaretakelse av vesentlige sikkerhetsinteresser, og da særlig forsyningssikkerhet og informasjonssikkerhet.

Direktiv 2009/81/EF sikrer oppdragsgiver betydelig fleksibilitet ved at den står fritt til å velge konkurranse med forhandling, som er en veldig fleksibel prosedyre.[473] Behov som å sikre interoperabilitet med eksisterende nasjonalt materiell eller med NATO-standarder kan ivaretas ved utforming av kravspesifikasjoner.[474] Dersom kontrakten av tekniske grunner eller for beskyttelse av enerettigheter bare kan tildeles én leverandør, kan kontrakt inngås direkte uten forutgående kunngjøring.[475] Direktivet tillater også på nærmere vilkår supplerende kjøp fra opprinnelig leverandør uten forutgående kunngjøring.[476] Det er dessuten gjort unntak for en del forskning- og utviklingskontrakter, og som begrenser behovet for å påberope artikkel 346 TEUV for denne typen anskaffelser. Behovet for hurtige leveranser ivaretas ved at minimumsfristene kan forkortes vesentlig i hastetilfeller, og i nødsituasjoner kan det gjøres anskaffelser uten forutgående kunngjøring.[477]

Selv om direktivet gir et betydelig handlingsrom til å ivareta medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser, er det i fortalen anerkjent at det fortsatt kan være behov for unntak i helt spesielle tilfeller.[478] I det følgende skal hensynet til informasjonssikkerhet, forsyningssikkerhet og oppfyllelse av internasjonale forpliktelser drøftes nærmere. Selv om disse behandles separat her, vil samtlige hensyn gjøre seg gjeldende simultant i det enkelte innkjøp.

I. Informasjonssikkerhet

Informasjonssikkerhet for militære opplysninger kan som nevnt være en vesentlig sikkerhetsinteresse. Det er i punkt 8.4.2 ovenfor gitt en nærmere gjennomgang av informasjonssikkerhet under sikkerhetsunntaket, og som gjelder tilsvarende for våpenunntaket. I det følgende gis det kun noen suppleringer til den fremstillingen, og da fra et mer militært perspektiv.

Forsvarskontrakter inneholder ofte klassifiserte opplysninger.[479] Det tilkommer medlemsstatene å bestemme klassifisering av opplysninger,[480] og treffe nødvendige sikkerhetstiltak for å beskytte sensitive opplysninger.[481] I tollsakene skriver EU-domstolen at det som nå er artikkel 346 TEUV kan anvendes for å «begrænse de tilsendte oplysninger til oplysninger i visse dele af et dokument eller

---

[471] SEC (2007) 1598 final punkt 3.2.2.
[472] SEC (2007) 1598 final punkt 3.3.1.
[473] Om betydningen av prosedyren se sak C-601/21 Kommisjonen mot Polen avsnitt 97.
[474] SEC (2007) 1598 punkt 3.4.2, KOM (2003) 113 punkt 3.1.1, artikkel 18 avsnitt 38 i fortalen til direktiv 2009/81/EF.
[475] Direktiv 2009/81/EF artikkel 28 bokstav e, avsnitt 52 i fortalen til direktivet, og se omtale til artikkel 28 i 12.22 nedenfor.
[476] Artikkel 28 nr. 3 og 4.
[477] Artikkel 33 nr. 7 og 28 nr. 1 bokstav c og d og nr. 5.
[478] Avsnitt 16 i fortalen til direktiv 2009/81/EF.
[479] Avsnitt 20 i direktiv 2009/81/EF.
[480] Artikkel 22 i direktiv 2009/81/EF og sak C-185/23 *Protectus* avsnitt 44.
[481] Sak C-252/01 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 30.

nægte at meddele et dokument i sin helhed».[482] I forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* påpeker generaladvokaten at myndighetene ikke kan begrunne unntak gjennom en generell og upresis henvisning til militære hemmeligheter.[483] I saker som C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* står det at fortrolighetsforpliktelser ikke er til hinder for anvendelsen av anskaffelsesdirektivet[484] og i forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* påpeker generaladvokaten at det innen rammene av en anskaffelsesprosedyre kan treffes nødvendige tiltak for å beskytte følsomme opplysninger.[485]

Som det fremgår av punkt 8.4.2 ovenfor har direktiv 2009/81/EF flere regler som gjør det mulig å beskytte sensitive opplysninger. Det kan gjøres unntak fra kunngjøringsplikten hvis kontraktens eksistens er hemmelig, og oppdragsgiver kan også unnta spesifikke opplysninger fra kunngjøringen eller meddelelser til tilbyderne.[486] Direktivet tilbyr bare begrensede prosedyrer, [487] og det kan stilles strenge krav som sikrer at prekvalifiserte leverandører er egnet til å håndtere sensitive opplysninger. [488] Leverandørene kan også ilegges taushetsplikt etter artikkel 7 for alle sensitive opplysninger de måtte bli kjent med gjennom prosedyren, og i artikkel 22 er det synliggjort en rekke tiltak som oppdragsgiver kan treffe å sikre at sensitiv informasjon er beskyttet i kontraktgjennomføringen.

Som nevnt har EU-domstolen i flere saker sagt at en sanksjonert taushetsplikt kan ivareta behovet for å sikre fortroligheten av opplysninger. Det gjelder også i militære saker. I tollsakene skrev EU-domstolen at hensynet til fortrolighet var sikret ved at nasjonale embetsmenn og embetsmenn i EU var «underlagt en tavshedspligt, der ved behandling af følsomme oplysninger kan beskytte medlemsstaternes væsentlige sikkerhedsinteresser».[489] Likeledes mente EU-domstolen i sak C-474/12 *Schiebel Aircraft* at et mindre inngripende tiltak ville være «en forvaltningsretlig tavshedspligt eller en strafferetlig sanktion for videregivelse af strategiske oplysninger». I både sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* har EU-domstolen uttalt at «fortrolighed kan sikres ved en tavshedspligt, uden at det er nødvendigt at tilsidesætte procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter.»[490] Dette kunne etter domstolens syn også bidra til å motvirke at valgte leverandør deler sensitive opplysninger med hjemstaten.[491]

Selv om direktivet gir et betydelig handlingsrom til å ivareta militære hemmeligheter, er det forutsatt i fortalen avsnitt 16 at noen kontrakter kan være så fortrolige at selv ikke direktivets regler gir tilstrekkelig beskyttelse for medlemsstatens sikkerhetsinteresser. I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* fremgår det at blant annet identitetspapirer til en del militært personell var så sensitivt at det kunne stilles særlig strenge beskyttelsestiltak. Det samme vil nok gjelde for en rekke andre former for militære opplysninger som er tilsvarende sensitivt som identitetspapirene i saken mot Polen, og hvor det i så fall kan kreves skjerpede sikkerhetstiltak.

I saken mot Polen forklarte som sagt ikke EU-domstolen hvorfor den direkte tildelingen i saken ga bedre beskyttelse enn om direktivets regler ble fult. Det er imidlertid nærliggende at det statlige

---

[482] Sak C-284/05 *Kommisjonen mot Finland* avsnitt 53.

[483] Forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 71.

[484] Sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 52. Se også sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 89.

[485] Forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 64 og fotnote 44.

[486] Artikkel 13 bokstav a og b og avsnitt 20 og 27 i fortalen til direktiv 2009/81/EF.

[487] Sml. sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 97.

[488] Artikkel 39 nr. 2 bokstav d og e, artikkel 42 nr. 1 bokstav j, forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 68.

[489] Sak C-284/05 *Kommisjonen mot Finland* avsnitt 51.

[490] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 90.

[491] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 92 til 93.

eierskapet ga særlige muligheter til å føre forhåndskontroll med leverandørens beslutninger, og at den direkte tildelingen derfor ga bedre beskyttelse enn om direktivets regler var fulgt. Det kan være mer utfordrende å begrunne en direkte tildeling til et selskap som det offentlige ikke eier eller ikke har dominerende innflytelse over. Behov for jurisdiksjon kan ivaretas ved at de stilles krav om produksjon på oppdragsgivers territorium hvis det er en ufravikelig forutsetning for å sikre vesentlige sikkerhetsinteresser. [492] Likevel kan det i særlige tilfeller kreves at leverandøren eller dens personell har sikkerhetsklarering fra myndighetene i oppdragsgivers stat.[493] I mer eksepsjonelle tilfeller kan det også kreves at leverandøren har et gitt antall nasjonale statsborgere om det for eksempel er nødvendig for å sikre tilgang på opplysningene i tilfelle krise og krig.[494]

II. Forsyningssikkerhet

Et sentralt hensyn i forsvarsanskaffelser er forsyningssikkerhet av materiell som er nødvendig i krise eller krig. For eksempel har forsvarsmateriell gjerne lang levetid, og det gjør det nødvendig med forsyninger til drift og vedlikehold over mange år. Forsyningssikkerhet kan være en vesentlig sikkerhetsinteresse, men det må godtgjøres at slike hensyn ikke kan ivaretas innen rammene av direktivet. I både sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* forklarer EU-domstolen at anskaffelsesdirektivet gir et stort handlingsrom til å ivareta forsyningssikkerheten. Forsyningssikkerhet kunne ikke begrunne direkte tildelinger i de sakene.

Direktiv 2009/81/EF skal særlig ivareta oppdragsgivers behov for forsyningssikkerhet, og på dette punkt gis oppdragsgiver et stort handlingsrom. Det kan blant annet stilles strenge krav til leverandørenes egnethet til å sikre forsyningen av materiell,[495] og forsyningssikkerhet kan også brukes som tildelingskriterium.[496] Det er uttrykkelig nevnt som eksempel på kontraktkrav i artikkel 20, og i artikkel 23 er det inntatt en særlig bestemmelse om forsyningssikkerhet. Oppdragsgiver kan blant annet kreve en inngående dokumentasjon på at leverandører er i stand til å oppfylle kontraktens forpliktelser «med hensyn til eksport, overførsel og transit af varer», og opplyse om eventuelle begrensninger som følge av «eksportkontrol eller sikkerhedsordninger».[497]

Direktivets likebehandlingsprinsipp innebærer at oppdragsgiver «may not use the mere fact that suppliers from other Member States need transfer licenses as an argument to exclude them from the award procedure».[498] Unntak fra dette må derfor kunne begrunnes i artikkel 346 TEUV sammenholdt med direktivets unntaksregler. I direktivets fortale åpnes det for at noen kontrakter «nødvendiggjør så ekstremt strenge forsyningssikkerhedskrav» eller er «så viktige for den nationale suverænitet», at selv ikke direktivets spesifikke regler er tilstrekkelig til å beskytte medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser.[499]

---

[492] Sak 205/84 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 52, se også sak C-807/23 *Plavec* avsnitt 42 til 46.

[493] 8.4.2 ovenfor.

[494] Punkt 8.4.2 ovenfor.

[495] Jf. artikkel 39 nr. 2 bokstav d, artikkel 42, der bokstav c og h, avsnitt 44 til fortalen. Se også sak C-474/12 *Schiebel Aircraft* der EU-domstolen skriver at «sikre pålideligheden hos de personer» som får tillatelse vil å drive med våpenhandel kunne være en vesentlig sikkerhetsinteresse, jf. avsnitt 37.

[496] Artikkel 47 og sak C-448/01 *Wienstrom* og sak C-324/93 E*vans*.

[497] Direktiv 2009/81/EF artikkel 20 bokstav a og b.

[498] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 9.

[499] Fortalen til direktiv 2009/81/EF punkt 16.

I forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* skriver generaladvokaten at en medlemsstat legitimt kan sikre seg «at den ikke bringer sig i et afhængighedsforhold til tredjestater eller virksomheder fra tredjestater med hensyn til følsomt udstyr».[500] Et vanskeligere spørsmål er i hvilken utstrekning EU-retten tillater at en medlemsstat heller ikke gjør seg avhengig av andre medlemsstater, eller leverandører fra slike stater. Kommisjonen har som sagt påpekt at forsyningssikkerhet bør forstås i et europeisk perspektiv, og der direktiv 2009/81/EF skal bidra til styrkingen av et europeisk forsvarsmarked.[501] Det må ses i sammenheng med vedtakelsen av direktiv 2009/43/EF, som er behandlet i punkt 5.2.6 ovenfor, og som har til formål å lette de administrative byrdene for grensekryssende handel med forsvarsmateriell i det indre marked. Imidlertid innføres det ikke med dette «a licence-free zone» i EØS.[502]

I *Campus Oil* skrev EU-domstolen at selv om det var flere EU-regler og internasjonale regler som bidro til å sikre forsyning av olje, var det fortsatt en «reel fare i tilfælde af krise».[503] Begrunnelsen for det var blant annet andre staters mulighet for å stille eksporttillatelser i bero, og en stat som var fullstendig avhengig av oljeimport har da ikke «ubetinget sikkerhed for, at leveringer, der svarer til statens minimumsbehov, opretholdes under alle forhold».[504] Det kunne da ikke utelukkes at medlemsstaten kunne treffe passende tiltak etter någjeldende artikkel 36 TEUV. Tilsvarende gjelder for forsvarsmateriell, for EU er som nevnt ikke en lisensfri sone. I krise eller krig kan utenlandske leverandører for eksempel bli pålagt av hjemstaten til å forsyne den med materiell slik at eksport nektes, og det gjelder også leverandører i andre medlemsstater da hjemstaten kan påberope artikkel 346 eller 347 TEUV for å nekte utførsel av materiell.[505]

I meddelelsen om forsyningssikkerhet skriver Kommisjonen at medlemsstatene kan anse det som en vesentlig sikkerhetsinteresse «to have in certain strategic sectors key industrial capabilities on their own territory in certain strategic sectors, and not to depend on non-national suppliers».[506] Det synes å være i samsvar med EU-domstolens praksis om at selvforsyning av essensielle produkter for samfunnet kan være et lovlig formål hvis noe annet vil utgjøre en reell og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn.[507] Forsvarsevnen er utvilsomt et grunnleggende samfunnshensyn, og forsyning av våpen, ammunisjon og krigsmateriell vil i krise eller krig kunne være minst like viktig for samfunnet som forsyning av energi og telekommunikasjon.[508] EU-domstolens avgjørelse i sak C-246/12 *Ellinka Nafpigeia* synes å bekrefte at våpenunntaket i prinsippet kan brukes til å sikre nasjonal industrielle forsvarskapasiteter om bestemmelsens vilkår er oppfylt.[509]

Hvorvidt tildeling av kontrakter til nasjonal industri er rettferdiggjort må vurderes konkret. Kommisjonen skriver at medlemsstaten må «be able to define precisely the industrial capability which is to be maintained, and to illustrate why maintaining this specific industrial capability represents in

---

[500] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 70, se også C-615/10 10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 66.

[501] KOM/2007/0764 som det vises til i avsnitt 3 i fortalen til direktiv 2009/81/EF.

[502] Direktiv 2009/43/EC fortalen avsnitt 5 til 6 og Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 3.

[503] Sak 72/83 *Campus Oil* avsnitt 28 til 30.

[504] Sak 72/83 *Campus Oil* avsnitt 31.

[505] Fortalen til direktiv 2009/43/EF fortalen avsnitt 5, Arrowmsith (2018) s. 161.

[506] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 4.

[507] Jf. f.eks. sak C-296/15 *Medisanus* og sak C-601/21 *Xella.*

[508] Samtidig vil det nok finnes materiell som kan subsumeres under den svært generiske 1958-listen som ikke utgjør en grunnleggende samfunnsrisiko slik tilfellet var for byggematerialene i sak C-106/22 *Xella.*

[509] Arrowmsith (2018) s. 162.

itself an essential security interest».[510] Som sagt i punkt 8.3.2 ovenfor kreves det ikke at medlemsstaten må utlegge sin forsvarspolitikk i detalj, men staten «must be able to make a plausible case as to why a specific industrial capability is essential for their security interests».[511] Perspektivet er imidlertid videre enn den enkelte anskaffelse for kravet til forsyningssikkerhet vil her «concern not only the subject-matter of the contract, but the industrial capability which is necessary to execute the contract».[512]

Som regel vil tildeling av kontrakt til nasjonal industri være et *egnet* tiltak for å beskytte nasjonale sikkerhetsinteresser ved å etablere, opprettholde eller styrke nasjonal produksjon eller kompetanse om forsvarsmateriell. Selv om medlemsstater sjeldent nekter eksport til annen medlemsstat,[513] vil nasjonal forsyning av militært materiell og tilhørende kompetanse gi en særlig grad av forsyningssikkerhet, for i krise eller krig kan forsyningslinjer over landegrensene bli stengt eller vanskeliggjort.[514] Men medlemsstatene må reelt forfølge formålet som påberopes. Dersom den anførte begrunnelsen for tildelinger til nasjonal industri er at medlemsstaten skal være selvforsynt av essensielt materiell ved krise eller krig, kan det være vanskelig å se at et slikt mål blir oppfylt om produksjonen i all hovedsak skjer utenlands. Risikoen for brudd i forsyningslinjene på grunn av andre staters jurisdiksjon gjør seg jo like mye gjeldende for den nasjonale leverandøren.

Tildeling av kontrakt til nasjonal industri blir imidlertid ikke uten videre uegnet for selvforsyning om det for eksempel brukes utenlandske underleverandører i produksjonen. I *Campus Oil* skriver EU-domstolen at selv om staten er avhengig av å importere råmaterialer, vil forekomsten av bearbeidede oljeprodukter på statsterritoriet gi bedre forsyningssikkerhet i tilfelle krise. Statens risiko er da mindre enn den som «løbes af en stat, der ikke råder over nogen egen raffinaderikapacitet, og som ikke har nogen anden mulighed for at dække sine behov end ved køb på det frie marked».[515] På samme måte kan produksjon av våpen, ammunisjon og krigsmateriell på territoriet gi ytterligere garantier mot risikoen for at forsyningene avbrytes, enn om staten ikke råder over noen produksjon og derfor er helt avhengig av utenlandske selskaper.[516]

Tildeling av kontrakt til nasjonal industri må også være *nødvendig* for å sikre statens vesentlige sikkerhetsinteresser. Sak C-347/88 *Kommisjonen mot Hellas* gjaldt en tilsvarende kjøpsforpliktelse som i *Campus Oil*, men EU-domstolen fant her at kjøpsplikten ikke var nødvendig for statens sikkerhet. I *Campus Oil* hadde irske myndigheter anført at oljeselskapene som forsynte Irland med olje ikke var interessert i å kjøpe raffinerte produkter fra det irske raffineriet da de heller ville bruke egne produksjonsanlegg.[517] Hellas hadde på sine side ikke godtgjort at driften av de nasjonale raffineriene var avhengig av kjøpsforpliktelsen, og landet ble da felt for traktatbrudd.[518] For forsvarsanskaffelser fra nasjonal industri kan det spørres om en tilsvarende innvending kan gjøres gjeldende om nasjonale våpenprodusenter hovedsakelig livnærer seg av eksport. Det kan sette produsentene i stand til å opprettholde produksjonen av våpen uten direkte tildelinger fra hjemstaten. Det må imidlertid avgjøres

---

[510] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 55.

[511] Ibid. avsnitt 55.

[512] Ibid. avsnitt 53.

[513] Ibid. avsnitt 3 og 53.

[514] Fortalen til direktiv 2009/43/EF fortalen avsnitt 5, Arrowsmith (2018) s. 161.

[515] Sak C-72/83 Campus Oil avsnitt 39 til 40.

[516] Sak C-72/83 *Campus Oil* avsnitt 40. Se også sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 114 om at direktivet ikke tilbød høyere beskyttelsesnivå for det krever at leverandøren får bruke underleverandører.

[517] Sak C-72/83 *Campus Oil* avsnitt 43 til 46.

[518] Sak C-347/88 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 47 til 49.

konkret om tildelinger til nasjonale aktører er nødvendig for å opprettholde eller styrke nasjonale industribaser. For eksempel kan hjemstatens kjøp av forsvarsprodukter i praksis være en forutsetning for at produktene også lar seg selge til utenlandske kunder.

Noen typer materiell eller tjenester kan dessuten være så strategisk viktige i tilfelle krise eller krig at avhengighet av en annen medlemsstats tillatelser er ansett som en uakseptabel risiko fordi manglende forsyninger kan true statens eksistens, og «derfor på alvorlig måde bringe den offentlige sikkerhed i fare».[519] Ved denne vurderingen skal det tas behørig hensyn til den enkelte medlemstats geopolitiske kontekst. [520] En nasjon med en betydelig kystlinje vil for eksempel kunne være avhengig av et sterkt sjøforsvar,[521] og der staten i tilfelle krig kan være avhengig av et sterkt nasjonalt kompetansemiljø for produksjon, drift og vedlikehold av krigsskip. En indikasjon på hva som er sentralt for sikkerhetsinteressene til den enkelte medlemsstat kan for eksempel være «the importance given to this industrial capability in the Member State's Defence White Paper and /or Defence Industrial Strategy».[522] Et typisk eksempel kan være kompetanse og materiell som er nødvendig for drift og vedlikehold av militært materiell, for i krise eller krig må det kunne utføres på medlemsstatens territorium.[523]

Selv om oppdragsgiver kan kreve at produksjonen skjer på nasjonalt territorium er ikke det uten videre tilstrekkelig for å begrunne en direkte tildeling. I forslag til avgjørelse i både C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver generaladvokaten at et mindre inngripende tiltak enn direkte anskaffelser kan være kontraktkrav om oppfyllelse på nasjonalt territorium. Produksjon på nasjonalt territorium muliggjør også at leverandøren er underlagt statens jurisdiksjon, herunder beredskapslovgivningen, i tilfelle krise og krig.[524] At det kun gjøres et begrenset unntak fra direktivets krav vil muliggjøre at leverandører fra andre EØS-land kan delta i konkurransen om kontrakten mot at de er villige til å etablere seg i oppdragsgivers stat om kontrakten tildeles dem. I så fall vil kravet om selvforsyning kunne nås med mindre inngripende midler enn direkte tildeling.[525]

Hvis kontrakt tildeles nasjonale leverandører som oppdragsgiver *eier*, vil det kunne muliggjøre en mer effektiv kontroll med leverandøren enn om kontrakt tildeles etter direktivet til leverandører som staten ikke eier.[526] Hvis vilkårene for egenregi er oppfylt, eller det offentlige har helt særegne kontrollbeføyelser over leverandøren som kan sammenliknes med egenregi,[527] gjelder uansett ikke anskaffelsesreglene. Ved våpenanskaffelser vil omsetningsvilkåret ofte ikke være oppfylt, og da gjelder i prinsippet direktivet. [528] Som påpekt av generaladvokat Emiliou er det imidlertid neppe

---

[519] Sak 72/83 *Campus Oil* avsnitt 34, Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 53 flg.

[520] Sak C-742/19 *B.K* avsnitt 44.

[521] Se for eksempel Hellas anførsler i sak C-62/96 om at dens særlige historiske og geopolitiske gjorde det nødvendig å skaffe flytende materiell i tilfelle krig, jf. avsnitt 14.

[522] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 55.

[523] Sml. f.eks. sak C-807/23 *Plavec* 45 og punkt 8.4.2 ovenfor.

[524] Sak C-62/96 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 26, forslag til avgjørelse i sak C-62/96 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 21. Se også generaladvokatens analyse av denne dommen i avsnitt 57 i forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 57, sak C-114/97 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 47. Se tilsvarende i for eksempel sak C-64/08 *Engelmann* avsnitt 38.

[525] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 53.

[526] Se punkt 8.4.2 ovenfor.

[527] Sak C-295/05 *Asemfo* sammenholdt med sak C-220/06 *Correos*, se også forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 61 til 63.

[528] I sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* fant EU-domstolen at vilkårene for egenregi ikke var oppfylt. Heller ikke i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* eller sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* var vilkårene for egenregi oppfylt, selv om det

diskutabelt at «den grad af indgriben, som den offentlige forvaltning kan udøve over for et offentligt ejet selskab, er større end den, der kan udøves over for et privatejet selskab, uagtet de klausuler og garantier, der måtte være indeholdt i kontrakten.»[529]

EU-domstolens avgjørelse i saken mot Polen viser at for særlig sensitive kontrakter med høyt beskyttelsesnivå, kan direkte tildelinger til statens egne selskaper gi bedre beskyttelse enn det direktivet kan tilby. Det har sammenheng med at når staten kan kontrollere leverandørens beslutninger, kan den utøve ulike former for *forhåndskontroll* som kan forebygge at statens sikkerhetsinteresser blir skadelidende. Det gir bedre beskyttelse enn kontraktfestede forpliktelser fordi det i større grad er basert på *etterfølgende* kontroll og kompensasjon. Det gir ikke nødvendigvis en tilstrekkelig garanti for å sikre staten mot irreversible skader på dens nasjonale sikkerhetsinteresse.[530] Selv om EU-domstolens konklusjon i saken mot Polen er begrunnet i informasjonssikkerhet, vil det samme måtte gjelde der staten forfølger hensyn til forsyningssikkerhet.[531] Kontrakter om militært materiell som er avgjørende for statens forsvarsevne vil være direkte og snevert forbundet med den nasjonale sikkerheten, og det vil kunne kreve like strenge beskyttelsestiltak som kontraktene om identitetspapirer i saken mot Polen.

Dersom kontrakter tildeles nasjonale aktører som staten *ikke* kontrollerer gjennom eierskap, kan det være mer utfordrende å begrunne at det er nødvendig av hensyn til statens sikkerhetsinteresser å fravike direktivets krav. Så lenge det er unnværlig for kontraktens formål kan oppdragsgiver kreve at produksjonen skjer på nasjonalt territorium, og som nevnt er den da også sikret jurisdiksjon over eventuelle utenlandske leverandører som påtar seg å starte produksjon i oppdragsgivers stat.[532] Hvis kontrakt likevel skal forbeholdes etablerte nasjonale leverandører tilsier rettspraksis at staten må godtgjøre at dens militære interesser utsettes for «virkelige, konkrete og alvorlige risici, som ikke ville kunne imødegås ved hjælp af mindre restriktive procedurer».[533] Etter omstendighetene må det da kunne godtgjøres at det ikke er tilstrekkelig at det i en direktivanskaffelse stilles krav om at produksjonen skjer på oppdragsgivers territorium.

I en del tilfeller kan det antakelig være rimelig urealistisk at utenlandske leverandører etablerer produksjonslinjer i oppdragsgivers stat fordi etableringsbarrierene er for store. I så fall vil ikke en direktivanskaffelse med krav om etablering av produksjon på oppdragsgivers territorium være et realistisk alternativ. I forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver generaladvokaten at det ikke kan forventes at staten må «udpege hvert enkelt alternativ, som hypotetisk set kan udtænkes». Han mener nødvendighetskrav ikke pålegger statene å «vedtage alternative foranstaltninger, når gennemførligheden eller effektiviteten af sådanne foranstaltninger er uvis eller vil resultere i en utålelig (organisatorisk eller finansiel) byrde for den pågældende medlemsstat».[534] Det tilsier at hvis det er urealistisk at utenlandske produsenter etablerer seg i

---

var nokså tette bånd mellom offentlige myndigheter og leverandøren som var tildelt oppgaven med trykking av offentlige dokumenter.

[529] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 98.

[530] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 83 til 84 og 98. Sml. også sak C-316/07 mv. *Stoss* mfl. avsnitt 81 til 82.

[531] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 83 til 84.

[532] Sak C-62/96 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 26, forslag til avgjørelse i sak C-62/96 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 21. Se også generaladvokatens analyse av denne dommen i avsnitt 57 i forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 57, sak C-114/97 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 47. Se tilsvarende i for eksempel sak C-64/08 *Engelmann* avsnitt 38.

[533] Sak C-423/98 *Albore* avsnitt 22, se også sak 474/12 *Schiebel Aircraft* avsnitt 38.

[534] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt *65.*

oppdragsgiver stat vil en direktivanskaffelse med et slikt krav heller ikke være et reelt alternativ tiltak som må tas i betraktning.

Hvis det er aktuelt at utenlandske leverandører kan være villig til å etablere produksjon på oppdragsgivers territorium kan det likevel tenkes at kontraktstildelinger til nasjonal industri kan rettferdiggjøres. Som nevnt har statsborgerskap fortsatt har betydning i krise og krig på grunn av de særlige lojalitetsbånd og borgerlige plikter som påhviler statsborgerne. Utlendinger vil som nevnt kunne ha insentiver til å reise til hjemlandet ved krise eller krig, og de kan ha svakere lojalitet til vertslandet enn statsborgerne. Dette kan begrunne krav om at en nødvendig andel av leverandørens ansatte er statsborgere av oppdragsgivers stat, men det kan ikke uten videre forklare at kontrakten må forbeholdes leverandører som allerede er etablerte i medlemsstaten.

Selv om utenlandske selskaper vil kunne oppfylle krav om etablering av produksjonslinjer i oppdragsgivers stat, og eventuelle krav til at en gitt andel av de ansatte må være nasjonale statsborgere, kan det likevel tenkes at tildelinger til allerede etablerte aktører gir en økt forsyningssikkerhet. Det kan være aktuelt der nyetableringer er forbundet med former for risiko som er uakseptabelt for medlemsstatens forsyningssikkerhet, for eksempel på grunn av ulike vanskeligheter med etablering av fullgode produksjonslinjer. Det kan også tenkes at leverandørens eksisterende tilknytning til medlemsstaten gir en særlig sikkerhet for at leverandøren er en troverdig partner for staten i tilfelle krig, fordi den på tilsvarende måte som nasjonale statsborgere har særlige insentiver til lojalt bistå hjemstaten i tilfelle krig. EU-domstolens praksis tilsier imidlertid at det skal mye til før leverandørens særlige troverdighet kan begrunne en direkte tildeling.[535]

Særlige spørsmål oppstår ved industrisamarbeid. De fleste medlemsstater har en praksis med å kreve gjenkjøp (offsets) ved kjøp av forsvarsmateriell, men hvor det er betydelige forskjeller mellom medlemsstatene både med hensyn til omfanget av gjenkjøpsforpliktelser og reguleringen av det,[536] og i punkt 4.6.5 ovenfor er det gitt en overordnet beskrivelse av norsk praksis.

Gjenkjøp kan kategoriseres på ulike måter, men en del skiller mellom militære og sivile gjenkjøp, og mellom indirekte og direkte gjenkjøp.[537] Det er ikke omtalt i direktivet, men det er i strid med direktivets likebehandlingsprinsipp å kreve gjenkjøp.[538] Det kan skje gjenkjøp mellom stater, men Kommisjonen mener at artikkel 13 bokstav f i direktivet ikke kan begrunne slike avtaler. Den mener at ethvert tilfelle av gjenkjøp må kunne begrunnes i vesentlige sikkerhetsinteresser og være proporsjonalt etter 346 nr. 1 bokstav b.[539]

Siden gjenkjøp er diskriminerende må det godtgjøres at uten slike krav utsettes statens sikkerhetsinteresser for «virkelige, konkrete og alvorlige risici» som ikke kan avhjelpes på mindre inngripende måte.[540] Gjenkjøp kan dels være begrunnet i behov for selvforsyning, typisk at leverandøren skal anskaffe tjenester for drift og vedlikehold fra underleverandører hjemmehørende på oppdragsgivers territorium. Dels kan gjenkjøp tjene mål om forsyningssikkerhet ved å skape gjensidig avhengighet med en annen stat, slik at den sikres prioritet i tilfelle krig. Det kan skje ved at oppdragsgiver sørger for at leverandørens stat er avhengig av produkter fra oppdragsgivers stat, for da reduseres muligheten for at leverandørens stat stanser eksport av våpen i tilfelle krig. Hvorvidt staten

---

[535] Sml. sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen.*

[536] Kommisjonens meddelelse Offsets avsnitt 1.

[537] Om gjenkjøp, se Trybus (2014) kapittel 9, Anicetti, Defence Offsets and the global arms trade (2024).

[538] Sak C-21/88 *Du Pont de Nemours*, Kommisjonens meddelelse Offsets 2.

[539] Kommisjonens meddelelse Offsets avsnitt 4.

[540] Sak C-423/98 *Albore*.

utettes for virkelige, konkrete og alvorlige risiki uten slike gjenkjøpsforpliktelser må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

III. Oppfyllelse av internasjonale forpliktelser

Internasjonale forpliktelser kan være særlig aktuelt for forsvarskontrakter. Både NATO-forpliktelser og FN-forpliktelser er nærliggende eksempler, og i kapittel 7.3 og 7.4 ovenfor er det gitt en overordnet beskrivelse av noen av Norges forpliktelser på området.

EU-domstolen slo tidlig fast risikoen for en alvorlig forstyrrelse av de internasjonale relasjoner eller av nasjonenes fredelige sameksistens kan påvirke den offentlige sikkerhet.[541] I sak C-83/94 *Leifer* skrev EU-domstolen at medlemsstatens sikkerhet i stadig mindre grad kan vurderes isolert «for så vidt som denne er tæt forbundet med sikkerheden i det internationale samfund i sin helhed og dets enkelte bestanddele».[542] Beskyttelse av statens internasjonale forbindelser kan derfor være en vesentlig sikkerhetsinteresse, og der EU-retten skal ta behørig hensyn til «det særlige internationale ansvar, som denne medlemsstat har påtaget sig».[543]

I flere av sakene om artikkel 346 TEUV har medlemsstatene anført at unntak har vært nødvendig for å oppfylle internasjonale forpliktelser. For eksempel anførte Finland i sak C-284/05 at den var avhengig av å overholde taushetserklæringer i kontrakter med tredjeland for å sikre seg forsyninger av høyteknologisk forsvarsmateriell.[544] Det kan illustrere at formål om informasjonssikkerhet og forsyningssikkerhet ofte har en forbindelse til internasjonale forpliktelser, og den nærmere begrunnelsen av tiltak forankret i slike hensyn er behandlet ovenfor.

Selv om det oppfyllelse av internasjonale forpliktelser kan være en vesentlig sikkerhetsinteresse, følger det av EU-domstolens praksis at medlemsstatene må rettferdiggjøre at det begrunner unntak fra EU-rettens krav. Unntak etter artikkel 346 må reelt forfølge vesentlige sikkerhetsinteresser, og det kan innebære at medlemsstaten må godtgjøre at internasjonale forpliktelser faktisk er til hinder for at EU-retten følges.[545] I for eksempel sak C-284/05 *Kommisjonen mot Finland* synes EU-domstolen å mene at anvendelsen av EU-retten ikke ville føre til at Finland brøt sine forpliktelser om fortrolighet i avtaler inngått med eksporterende stater. I sak C-252/01 *Kommisjonen mot Belgia* nøyde EU-domstolen seg med å påpeke at det var ubestridt at Belgia hadde ansvar for å beskytte NATO-baser i landet, og at det da tilkom nasjonale myndigheter å fastsette nødvendige sikkerhetstiltak ved anskaffelsen av de aktuelle tjenestene.[546]

I direktiv 2009/81/EF er det flere regler som gir statene stort handlingsrom med hensyn til internasjonale forpliktelser på området. I artikkel 12 er det gjort unntak for angitte kontrakter inngått i henhold til internasjonale avtaler, og som blant annet omfatter avtaler om troppestasjoneringer og innkjøp til internasjonale organisasjoner. Artikkel 13 gjør unntak for blant annet forsknings- og utviklingsprosjekter inngått mellom flere medlemsstater, og det er også gjort unntak for kontrakter som en regjering tildeler en annen regjering.[547] Ved alvorlige internasjonale spenninger eller krig kan

---

[541] sak 72/83 *Campus Oil* avsnitt 34 og 35, sak C-70/94, *Werne*r avsnitt 27, sak C-423/98, *Albore* avsnitt 22, C-398/98 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 29, sak C-145/09 avsnitt 44.

[542] Sak C-83/94 *Leifer* avsnitt 27.

[543] Sak C-742/19 B.K avsnitt 44, sak C-185/23 *Protectus* avsnitt 81.

[544] Sak C-284/05 *Kommisjonen mot Finland* avsnitt 36. Se også sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 46.

[545] Sml. sak C-185/23 *Protectus* avsnitt 84 til 86.

[546] Sak C-252/01 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 30.

[547] Artikkel 13 bokstav c og f.

det være presserende behov for hurtige leveranser av forsvarsmateriell. Til det muliggjør direktivet unntak fra kunngjøringsplikten når det er nødvendig på grunn av en nødsituasjon som skyldes en krise, og det omfatter blant annet krig eller alvorlige forstyrrelser i en tredjestat.[548] For øvrig vises det til gjennomgangen ovenfor om informasjons- og forsyningssikkerhet om når det kan være nødvendig å gjøre unntak fra direktivenes krav på grunn av statens vesentlige sikkerhetsinteresser, og som også kan omfatte oppfyllelse av internasjonale forpliktelser.

8.5.3 EØS artikkel 123 bokstav b

Det fremgår av EØS artikkel 8 (3) bokstav a at våpen omfattes av avtalen.[549] Fra dette gjør artikkel 123 bokstav b et unntak når det står at avtalen ikke er til hinder for at avtalepartene treffer 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». Artikkel 123 bokstav b er ikke identisk med artikkel 346 nr. 1 bokstav b, men den har mange likhetstrekk.

Artikkel 123 EØS har ingen henvisning til Rådets liste fra 1958. Det virker naturlig gitt at den fastsettes med enstemmighet i Rådet hvor EFTA-landene ikke er med, og når det ikke henvises til denne i artikkel 123 kan fremstår det som en tilsiktet forskjell. Heller ikke anvendelsesområdet til direktiv 2009/81/EF er betinget av at våpen er oppført på 1958-lista. Det står i fortalen at medlemsstatene kan forholde seg til den ved avgrensningen av direktivet, men listen angir ikke uttømmende direktivets anvendelsesområde med hensyn til forsvarsanskaffelser.[550] Dermed kan listen heller ikke være bindende innen rammene av direktivet. Tvingende grunner tilsier da at det ikke er et vilkår at materiell er oppført på listen for at 1958-listen for at unntaket i artikkel 123 bokstav b skal gjelde.

Det fremgår av artikkel 123 bokstav b at bestemmelsen gjelder produksjon eller handel med «våpen ammunisjon, krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlig for forsvarsformål». Det kan diskuteres om ordene «uunnværlig for forsvarsmål» bare gjelder kategorien «andre varer», eller om det også gjelder for «våpen ammunisjon og forsvarsmateriell». I andre deler av 123 EØS synes inndelingen av ulike kategorier å være markert med et komma. Det gjelder i bokstav b når det i fortsettelsen vises til forskning og utvikling, og i bokstav c når det henvises til tre ulike situasjoner som kan begrunne unntak. Det er ingen komma etter krigsmateriell, og det tilsier at «uunnværlig for forsvarsmål» også peker tilbake på våpen, ammunisjon og krigsmateriell.

Ovennevnte tolkning samsvarer best med artikkel 346 nr. 1 bokstav b, for som påpekt av EU-domstolen i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* er det flere steder i1958-listen presisert at materiell må være militært eller av militær karakter.[551] Det er også best i samsvar med definisjonen av militært materiell i direktiv 2009/81/EF.[552] For artikkel 123 bokstav b har det særlig betydning for våpen og ammunisjon, som dermed må være uunnværlig for forsvarsformål for at unntaket kommer til

[548] Artikkel 28 nr. 1 bokstav c og artikkel 1 bokstav 10.

[549] Tolltariffen avsnitt XIX, 87.10 osv.

[550] Avsnitt 10 i fortalen til direktiv 2009/81/EF og Kommisjonens meddelelse Field of Application avsnitt 8, jf. punkt 9.2.3 nedenfor.

[551] Sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 42.

[552] Artikkel 2, avsnitt 10 i fortalen, sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 42.

anvendelse. Det har mindre å si for krigsmateriell fordi det synes iboende i det konseptet at materiellet er uunnværlig for forsvarsformål.

Artikkel 123 bokstav b har en ytterligere kategori som ikke fremgår av 346 TEUV, og det er forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål. Også her knytter uunnværlig for forsvarsformål seg til de tre alternativene som listes opp. Siden «produksjon» også står i første alternativ, skal begrepet produksjon i det andre alternativet presumtivt forstås i relasjon til forskning og utvikling. Det kan minne om distinksjonen mellom forskning og utvikling og serieproduksjon som følger av direktiv 2009/81/EF.[553] Artikkel 346 nr. 1 bokstav b har ingen tilsvarende henvisning til forskning, utvikling og produksjon, men det er lagt til grunn at det uansett omfattes av våpenunntaket i traktaten.[554]

Ifølge artikkel 123 bokstav b skal tiltak etter bestemmelsen ikke endre konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt direkte for militære formål. I den engelske språkversjonen står det «products not intended for specifically military purposes», og det er i det vesentligste identisk med formuleringen i artikkel 346 nr. 1 bokstav b. I den norske språkversjonen av artikkel123 bokstav b står det «ikke endre konkurransevilkårene». I den engelske språkversjonen står det «not impair», og det er i det vesentligste identisk med 346 bokstav b hvor det står «not adversely affect». Artikkel 123 bokstav b viser ikke til det indre marked slik 346 bokstav b gjør, men siden formålet med EØS-avtalen er å utvide det indre marked til EFTA-landene som er parter i avtalen, sier det seg selv at også artikkel 123 bokstav b mener det indre marked. Siste del av 123 bokstav b ligner følgelig på 346 nr. 1 bokstav b, og disse delene av bestemmelsen må derfor tolkes likt.

EU-domstolen har om sagt lagt til grunn at våpenunntaket bare kommer til anvendelse om oppdragsgivers tiltenkte bruk (subjektivt bruksformål») er militært. Den tolkningen er basert på forbudet i bokstav b mot konkurransevridning i markedet for varer som ikke er «bestemt specielt til militære formål».[555] Siden artikkel 123 bokstav b har en i det vesentligste identisk formulering på dette punkt, må den tolkes på samme måte. Det underbygges av formuleringen «uunnværlig for forsvarsformål», som tilsier at også våpen og ammunisjon må ha et militært bruksformål å være omfattet av våpenunntaket. Tilsvarende følger av definisjonen av militært materiell i direktiv 2009/81/EF, hvor det står at utstyret må være bestemt til bruk som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell.[556] Det betyr at unntak etter artikkel 123 bokstav b forutsetter at oppdragsgivers tiltenkte bruk må være bestemt spesielt til militære formål, og anskaffelser til blandet bruk faller derfor utenfor.

EU-domstolen har som nevnt også lagt til grunn at våpenunntaket bare gjelder om produktet er av militær art (objektivt bruksformål). Den tolkningen er dels basert på 1958-listen og EU-lovgivers forståelse av denne, og dels på grunnlag av formuleringen «bestemt spescielt til militære formål».[557] Som nevnt gjelder ikke 1958-listen for artikkel 123 bokstav b, men til gjengjeld står det at materiellet må være «uunnværlig for forsvarsmål», og det tilsier at det objektive bruksformålet må være militært. Dessuten viser også artikkel 123 bokstav b til varer bestemt spesielt til militære formål, som må tolkes på samme måte som i EU-retten. Tilsvarende følger det av definisjonen av militært materiell i direktiv 2009/81/EF at utstyret må være spesielt utformet eller tilpasset militære formål, og det sikter til det

[553] Artikkel 1 nr. 27, artikkel 28 nr. 2 bokstav b, se 10.4.5 og 12.22 nedenfor.
[554] Arrowsmith (2018) s. 175-176.
[555] Sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 39, sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 48 til 49
[556] Direktiv 2009/81/EF artikkel 1 nr. 6.
[557] Sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 40 til 42.

objektive bruksformålet. Følgelig er det også for anvendelsen av artikkel 123 bokstav b et krav om at det objektive bruksformålet er bestemt spesielt til militære formål.

Artikkel 123 bokstav b har ingen henvisning til statens vesentlige sikkerhetsinteresser, slik tilfellet er for artikkel 346 nr. 1 bokstav b. Det er imidlertid fast rettspraksis at når nasjonale myndigheter fraviker et prinsipp nedfelt i EØS-retten må den rettferdiggjøre dette i hensyn som EØS-retten anerkjenner som legitime.[558] Både bokstav a og c i artikkel 123 viser til statens sikkerhetsinteresser, mens bokstav b viser til «uunnværlig for forsvarsformål», som synes å være snevrere begrep enn vesentlige sikkerhetsinteresser. I likhet med artikkel 123 bokstav a og c er formålet med bokstav a at staten kan beskytte sine vesentlige sikkerhetsinteresser, og da særlig forsvaret som inngår i kjernen av statens sikkerhet.[559] Det tilsier at unntak etter bokstav b må kunne rettferdiggjøres i statens vesentlige sikkerhetsinteresser. Tilsvarende følger av direktiv 2009/81/EF,[560] hvilket underbygger at unntak fra anskaffelsesreglene må forfølge vesentlige sikkerhetshensyn.

Artikkel 123 bokstav b har ikke et vilkår om at unntak må være nødvendig slik tilfellet er for artikkel 346 nr. 1 bokstav b. Det er imidlertid fast rettspraksis at når nasjonale myndigheter fraviker et prinsipp nedfelt i EØS-retten må den godtgjøre at det er egnet og nødvendig for å oppnå påberopte hensyn.[561] Det tilsier at unntak fra EØS-retten på grunnlag av artikkel 123 bokstav b må være proporsjonalt, og tilsvarende gjelder for direktiv 2009/81/EF[562] og for de øvrige anskaffelsesdirektivene.[563] Det ligger i dette at avtaleparten må kunne godtgjøre at de vesentlige sikkerhetsinteressene som gjør seg gjeldende ikke kan ivaretas innen rammene av en anskaffelsesprosedyre.[564]

Sikkerhetsinteresser kan «vary from one EEA State to another and from one era to another»,[565] og der den enkelte stats geopolitiske forhold og allianser har betydning for statens sikkerhetsinteresser.[566] Det kan diskuteres om det har betydning for denne vurderingen at EUs felles utenriks- og sikkerhetspolitikk ikke er en del av EØS-avtalen. For eksempel gjelder ikke solidaritetsklausulen i artikkel 222 TEUV i EØS, men det må samtidig tilføyes at integrasjonen innad i EU er langt mindre på dette området enn for markedsreglene. Det kan likevel reises spørsmål ved om det mer begrensede samarbeidet i EØS-avtalen gjør at EFTA-statene i EØS bør ha noe større adgang til å fravike EØS-avtalen enn det EU-landene har til å fravike EU-retten.[567] I en forsvarskontekst synes dette bare å være aktuelt for Norge blant EFTA-landene.

Som det fremgår av punkt 7.2 ovenfor deltar Norge på en rekke programmer innen EUs forsvars- og sikkerhetspolitikk, dels gjennom protokoll 31 og dels utenom EØS-avtalen. Det kan illustrere at det foreligger et spesielt forhold med EU også innen forsvar og sikkerhet. Dessuten er Norge NATO-medlem, og også blant EU-land anses det som den prinsipale allianseforpliktelsen. EFTA-domstolen har som nevnt slått fast at også andre internasjonale avtaler enn EØS-avtalen er relevant for å slå fast dette spesielle forholdet.[568] Det spesielle forholdet brukt som argument for å tolke EØS-retten likt som

---

[558] E-2/24 *Bygg & Industri Norge* avsnitt 94.
[559] Forslag til avgjørelse i sak C-742/19 *B.K* avsnitt 35.
[560] Direktiv 2009/81/EF artikkel 13 a, fortalen avsnitt 16, 20, 67.
[561] E-2/24 *Bygg & Industri Norge* avsnitt 95.
[562] Jf. f.eks. avsnitt 15 og 68 i fortalen til direktiv 2009/81/EF.
[563] Se særlig direktiv 2014/24/EU artikkel 15 og 18.
[564] Sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 45.
[565] Sak E-15/12 *Wall* avsnitt 83 og punkt 8.4.3 ovenfor.
[566] Se f.eks. KOM/2006/0779 punkt 4.
[567] På grunnlag av prinsippet om resiprositet kan det samme da bli gjort gjeldende av EU-land mot EFTA-land i EØS
[568] Sak E-15/24 *A og B* avsnitt 70.

EU-retten, der selv rettslige instrumenter EFTA-landene ikke er tilsluttet har blitt tillat betydning.[569] Det tilsier at det er utfordrende å anføre at det skal være større rom for Norge til å gjøre unntak, med mindre det i det enkelte tilfellet kan påvises at det har en reell betydning for Norges vesentlige sikkerhetsinteresser at EØS-avtalen er mer begrenset enn EU-medlemskap.

8.5.4 Gjennomføring

Som det fremgår av punkt 8.3.3 ovenfor er artikkel 123 EØS gjennomført i norsk rett ved EØS-loven § 1, og i både lov og forskrifter om offentlige anskaffelser er det gjort unntak for anskaffelser som kan unntas etter artikkel 123 EØS.

Våpenunntaket var som nevnt tema i Rt. 2005 s. 1638 *New Pac Safety,* der Høyesterett bekrefter at det ikke er tale om et automatisk unntak. Kofa synes i sak 2014/86 å legge til grunn at 1958-listen ikke gjelder, men at unntaket likevel bare gjelder militært materiell, og at det må være proporsjonalt å gjøre unntak fra anskaffelsesreglene.

I St.meld. nr. 38 (2006-2007) legges det til grunn at unntaket gjelder våpen, ammunisjon, krigsmateriell og «andre varer og tjenester som ansees som vesentlige for nasjonens sikkerhet».[570] I Meld. St. nr. 9 (2015-2016) står det om anskaffelser for forsvarssektoren at det kan gjøres unntak etter 123 EØS om «våre nasjonale sikkerhetsinteresser betinger det».[571]

I veilederen til FOSA står det at materiell på 1958-listen kan være omfattet av artikkel 123 bokstav b, men det synes ikke å bli lagt til grunn som et krav for unntakets anvendelse. Samtidig står det at materielle som har militærtekniske egenskaper og skal brukes til militære formål omfattes. Dermed synes også veilederen å legge til grunn at 123 bokstav b bare omfatter materiell hvis subjektive og objektive bruksformål er militært. Det kan tilsi at tolkningen av våpenunntaket presentert ovenfor er i samsvar med hvordan bestemmelsen har blitt forstått i praksis.

8.6 Kriseunntaket

8.6.1 Anvendelse av EU-retten ved kriser

Artikkel 347 TEUV er en beskyttelsesklausul,[572] som gjelder for alvorlige kriser og «ekstreme omstændigheder».[573] Selv når medlemsstatene treffer ekstraordinære og midlertidige tiltak for å beskytte den offentlige orden og sikkerhet mot usedvanlige omstendigheter vil EU-retten kunne komme til anvendelse. EU-domstolen har gjentatte ganger slått fast at EU-retten ikke blir uanvendelig bare fordi medlemsstaten treffer tiltak for å opprettholde den offentlige orden og dens indre og ytre sikkerhet.[574] Det gjelder også når det inntreffer ulike kriser som statene må avhjelpe.[575]

---

[569] Forente saker E-1/24 og E-7/24 *TC og AA* avsnitt 54 flg.
[570] St.meld. nr. 38 (2006-2007) s. 20.
[571] Meld. St. nr. 9 (2015-2016) s. 35.
[572] Forslag til avgjørelse i sak 222/84 *Johnston* avsnitt 5, forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 20, forslag til avgjørelse i sak C-72/22 *M.A* avsnitt 111, forslag til avgjørelse i sak C-128/22 *Nordic Info* avsnitt 54.
[573] Forslag til avgjørelse i sak C-72/22 *M.A* avsnitt 107 og 113.
[574] F.eks. sak C-808/18 *Kommisjonen mot Ungarn* avsnitt 214.
[575] Se f.eks. sak C-128/22 *Nordic Info.*

8.6.2 TEUV artikkel 347

A. Anvendelsesområde

Etter artikkel 347 TEUV skal medlemsstatene rådføre seg med hverandre for å treffe nødvendige tiltak for å unngå at det indre marked forstyrres om en stat har truffet beskyttelsestiltak. Det gjelder når medlemsstaten treffer tiltak ved i) alvorlige indre uroligheter, ii) krig eller alvorlig internasjonal spenning som utgjør en krigstrussel eller, iii) for å oppfylle forpliktelser den har påtatt seg for bevarelsen av freden og den internasjonale sikkerhet.

Artikkel 347 er utformet som en prosedyreregel, men den forutsetter at medlemsstatene kan gjøre unntak fra EU-rettslige plikter i de tilfeller som er beskrevet i bestemmelsen. [576] Det følger også av artikkel 348 nr. 1 der det står at «såfremt foranstaltninger» som er truffet etter 347 påvirker konkurransevilkårene skal Kommisjonen gjøre nærmere undersøkelser.

Allerede i sak 15/69 *Württembergische Milchverwertung* skriver generaladvokat Gand at artikkel 347 TEUV tillater medlemsstatene å fravike traktatens regler i tilfelle av en alvorlig krise.[577] Det forutsettes også av EU-domstolen i 13/68 *Salgoil* der någjeldende artikkel 347 nevnes sammen med artikkel 346 og 36 TEUV og hvor det presiseres at disse ikke kan tolkes utvidende.[578] Det gjentas i sak 222/84 *Johnston*, der EU-domstolen uttrykkelig omtaler någjeldende 347 TEUV som en unntaksbestemmelse ved trusler mot den offentlige orden.[579] I forslag til avgjørelse i C-367/89 *Richardt* skriver generaladvokat Jacobs at selv om det ikke fremgår klart av ordlyden er formålet med bestemmelsen å tillate at medlemsstatene treffer tiltak som ellers ville vært ulovlige etter EU-retten.[580] Det er gjentatt i flere forslag til avgjørelser.[581]

På samme måte som artikkel 346 er artikkel 347 plassert i traktatens avsluttende bestemmelser, og den kan i prinsippet begrunne unntak fra enhver EU-rettslig forpliktelse som påhviler medlemsstatene.[582] EU-domstolen har sagt at artikkel 347 skal tolkes strengt,[583] og at den gjelder «rene undtagelsestilfælde» som bare kan anvendes i «helt exceptionelle situationer».[584] For øvrig har ikke EU-domstolen uttalt seg nærmere om innholdet i artikkel 347, men den er behandlet av en rekke generaladvokater.[585]

I forslag til avgjørelse i *Johnston* skriver generaladvokat Darmon at artikkel 347 TEUV er en siste utvei (ultima ratio) som bare gjelder om hensynet til beskyttelsen av den offentlige orden ikke er konkret ivaretatt av en annen EU-rettslig bestemmelse.[586] I den dommen skrev EU-domstolen at artikkel 347 dekker rene unntakstilfeller, og i forslag til avgjørelse i sak C-120/94 *Kommisjonen mot Hellas* tar generaladvokat Jacobs denne formuleringen til inntekt for at bestemmelsen er subsidiær til

---

[576] Forslag til avgjørelse i sak C-120/94 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 35.
[577] Sak 15/69 *Württembergische Milchverwertung* s. 98.
[578] Sak 13/68 *Salgoil* s. 559.
[579] Sak 222/84 *Johnston* avsnitt 26.
[580] Sak C-367/89 *Richardt* avsnitt 32.
[581] Forslag til avgjørelse i sak C-128/22 *Nordic Info* avsnitt 53, forslag til avgjørelse i C-72/22 *M.A* avsnitt 108.
[582] Forslag til avgjørelse i sak C-72/22 *M.A* avsnitt 112, forslag til avgjørelse i sak 222/84 *Johnston* avsnitt 5, forslag til avgjørelse i sak C-120/94 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 46. Det må også her tas forbehold om at det finnes visse ufravikelige grunnrettigheter, jf. forslag til avgjørelse i sak C-72/22 *M.A* fotnote 71 og avsnitt 138 og 139.
[583] Sak C-808/18 *Kommisjonen mot Ungarn* avsnitt 215.
[584] Sak 222/84 *Johnston* avsnitt 27, sak C-273/97 *Sidar* avsnitt 19.
[585] Forslag til avgjørelse i sak C-72/22 *M.A* avsnitt 111, forslag til avgjørelse i sak C-128/22 *Nordic Info* avsnitt 53.
[586] Sak 222/84 *Johnston* avsnitt 5.

andre unntaksregler i traktaten som verner den offentlige orden.[587] I forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* er generaladvokat Cosmas noe kritisk til denne tilnærmingen, men i forslag til avgjørelse i sak C-128/22 *Nordic Info* gjentar generaladvokat Emiliou at det ikke er nødvendig å anvende artikkel 347 TEUV om statens tiltak ikke kan begrunnes i «de almindelige EU-regler og deres almindelige undtagelser».[588]

Det kan problematiseres om artikkel 347 TEUV også er subsidiær til artikkel 346. I forslag til avgjørelse i sak C-273/97 *Sidar* viser generaladvokat La Pergola til juridisk litteratur som hevder at artikkel 346 TEUV gjelder generelle tiltak som en stat kan treffe under normale omstendigheter for å garantere sin sikkerhet, mens 347 TEUV gjelder særlige tiltak som er nødvendig der det allerede har utviklet seg en krisesituasjon.[589] En slik tilnærming tilsier at bestemmelsene regulerer ulike situasjoner, og ikke at artikkel 347 er subsidiær til artikkel 346. I anskaffelsesrettslig kontekst er det imidlertid antatt at artikkel 347 TEUV har liten betydning. Det har også sammenheng med at direktivene foreskriver unntak som gjøre det mulig for statene å ivareta deres vesentlige sikkerhetsinteresser, og som EU-domstolen har tolket i lys av artikkel 346 TEUV. Disse unntaksreglene vil presumtivt ivareta medlemsstatens behov for å beskytte egne sikkerhetsinteresser, uten at det er nødvendig å påberope artikkel 347.

B. Vesentlige sikkerhetsinteresser

I motsetning til artikkel 346 nr. 1 bokstav a og b viser ikke artikkel 347 til medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser. Likevel fremstår det som selvinnlysende at bestemmelsens formål er å beskytte statens vesentlige sikkerhetsinteresser, og det er også lagt til grunn i flere forslag til avgjørelser.

I forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* skriver generaladvokaten at bestemmelsen er en slags sikkerhetsventil som skal beskytte noen grunnleggende interesser hos medlemsstatene.[590] I forslag til avgjørelse i sak C-285/98 *Kreil* skriver generaladvokaten at bestemmelsen gjelder ekstraordinære tiltak som er nødvendig for å garantere den interne eller eksterne sikkerheten til medlemsstaten, eller selve landets eksistens.[591] Det tilkommer som sagt medlemsstatene å fastsette sine sikkerhetsinteresser,[592] men for at artikkel 347 skal kunne anvendes må staten godtgjøre at det foreligger en situasjon som beskrevet i den bestemmelsen.[593]

Det *første* unntakssituasjonen i artikkel 347 er «alvorlige indre uroligheder, der forstyrrer den offentlige orden». Siden bestemmelsen sidestiller alvorlige indre uroligheter med krig eller fare for krig, kan det tilsi at de indre urolighetene må ha et tilsvarende alvor som krig eller fare for krig før unntak er aktuelt. I forslag til avgjørelse i sak C-120/94 *Kommisjonen mot Hellas* skriver Jacobs at denne delen av unntaket retter seg mot situasjoner «på kanten af et fuldstændigt sammenbrud af den nationale sikkerhed», og som derfor er langt mer alvorlige enn situasjonene som omfattes av begrepet den offentlige orden under reglene om fri bevegelighet.[594] I forslag til avgjørelse i sak C-72/22 *M.A* skriver generaladvokat Emiliou at bestemmelsen bare gjelder i egentlige krisesituasjoner, som er på

[587] Forslag til avgjørelse i sak C-120/94 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 45 til 46.
[588] Forslag til avgjørelse i sak C-128/22 *Nordic Info* avsnitt 54.
[589] Forslag til avgjørelse i sak C-273/97 *Sidar* fotnote 33.
[590] Forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 23.
[591] Forslag til avgjørelse i sak C-285/98 *Kreil* avsnitt 10. Se også forslag til avgjørelse i sak C-273/97 *Sidar* avsnitt 24.
[592] Forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 17.
[593] Forslag til avgjørelse i sak C-62/96 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 21.
[594] Forslag til avgjørelse i sak C-120/94 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 47.

kanten av et fullstendig sammenbrudd av den nasjonale sikkerhet, og som derfor er en fare for selve statens eksistens.[595] At medlemsstaten hadde erklært unntakstilstand var ikke i seg selv avgjørende, for statene kan ikke ensidig fastsette virkningene av EU-retten.

Den *andre* unntakssituasjonen i artikkel 347 er «*krig eller alvorlig international spænding, der udgør en krigstrussel».* Det står ikke i bestemmelsene at det må være krig eller krigstrusler mot staten som treffer tiltak, men det synes å ha vært forutsetningen for de drøftelsene som er gjort i forslag til avgjørelser. Mens begrepet krig har et rimelig avklart innhold, kan det være vanskeligere å avgjøre når det foreligger en krigstrussel. Historien har vist at krig etter sin karakter er uforutsigbart, der veien fra sabelrasling til krigsutbrudd kan skje raskt og uventet.[596] I saken mot Hellas skriver Jacobs at det gjør domstolskontrollen krevende, fordi det ikke finnes egnede kriterier som domstolen kan bruke. Derfor mente han at så lenge det er statens reelle oppfatning at det er en fare for krig, kan det vanskelig overprøves av en domstol.[597] I forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* sier Cosmas seg enig i dette.[598]

Et annet spørsmål er om den krigstrusselen som staten mener foreligger må være overhengende for at artikkel 347 TEUV kan anvendes. I forslag til avgjørelse i sak C-273/97 *Sidar* skriver generaladvokat La Pergola at bestemmelser gir mulighet til å treffe midlertidige tiltak i alvorlige krisesituasjoner, og at den ikke kan anvendes til permanente tiltak i mer normale tider eller i fredsperioder.[599] Det kan innvendes her at sondringen mellom fredstid og krigstid er mindre relevant enn før på grunn av utviklingen av slikt som internasjonal terrorisme, lokale og regionale konflikter langs grensen til EU, cyberkrig og hybride trusler mot medlemsstatens sikkerhet.[600]

I forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* blir det rettet en viss kritikk mot La Pergolas tolkning i *Sidar,* og Cosmas åpner for at det også kan treffes forebyggende tiltak, men som han mener må være midlertidige og ekstraordinære. Som eksempel nevner han at det burde være tillatt for et land som Italia å opprettholde midlertidige restriksjoner inntil det var sikker på at den ustabile situasjonen som rådet på Balkan var gjenopprettet.[601] I sak C-62/96 *Kommisjonen mot Hellas* ble det anført at nasjonalitetskrav for registrering i skipsregister var et beredskapstiltak i tilfelle krig, og der generaladvokaten Tesauro kort avviste at artikkel 347 kom til anvendelse for det var ikke godtgjort at det forelå en situasjon som nevnt i den bestemmelsen.

Den tredje unntakssituasjonen i artikkel 347 er tiltak «for at opfylde de forpligtelser, som den har indgået med henblik på bevarelse af freden og den internationale sikkerhed». Etter ordlyden er ikke dette alternativet nødvendigvis betinget av en pågående krise og det kan da stilles spørsmål ved om unntaket i prinsippet er anvendelig for enhver fredsbevarende operasjon. Hvis dette alternativet leses i lys av de to andre unntakssituasjonene i bestemmelsen kan det tilsi at det må foreligge en krise i form av en krig eller risiko for krig i et tredjeland, eller andre alvorlige internasjonale spenninger. Det vil i så fall være en avgrensning mot den andre unntakssituasjonen beskrevet ovenfor gitt at det alternativet skal begrenses til krig eller krigsfare i medlemsstaten som treffer tiltak.

---

[595] Forslag til avgjørelse i sak C-72/22 *M.A* avsnitt 113. Se også fotnote 64 i forslag til avgjørelse i sak C-128/22 *Nordic Info.*

[596] Forslag til avgjørelse i sak C-120/94 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 52 flg.

[597] Forslag til avgjørelse i sak C-120/94 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 50 til 51 og 57 til 60.

[598] Forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 29.

[599] Forslag til avgjørelse i sak C-273/97 *Sidar* avsnitt 22.

[600] Forslag til avgjørelse i sak C-742/19 *B.K* avsnitt 29.

[601] Forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 30 til 35.

Forslag til avgjørelser underbygger at det tredje alternativet er begrenset til kriser, for artikkel 347 blir gjennomgående omtalt som et unntak for kriser og «ekstreme omstændigheder», uten at det blir tatt forbehold for alternativet om internasjonale forpliktelser.[602] Sammenholdt med EU-domstolens uttalelse om at bestemmelsen bare gjelder i helt eksepsjonelle tilfeller, tilsier det at også bruken av denne delen av artikkel 347 forutsetter en alvorlig krise i et tredjeland eller i det internasjonale samfunnet.[603]

At EU-retten ikke skal være til hinder for at medlemsstaten oppfyller internasjonale forpliktelser for å opprettholde freden kan være et uttrykk for at medlemsstatens sikkerhet er tett forbundet med sikkerheten i det internasjonale samfunnet.[604]Alternativet ble kort omtalt i forslag til avgjørelse i sak C-367/89 *Richardt.* Generaladvokaten formulerte her vurderingstemaet til om Luxemburg var «tvunget» til å innføre restriksjoner på eksport til tredjeland for å oppfylle forpliktelsene denne hadde påtatt seg for å sikre fred og internasjonal sikkerhet, men uten at han fant grunn til å konkludere på det spørsmålet.[605] Problemstillingen han formulerte kan minne om det EU-domstolen skriver i for eksempel sak C-185/23 *Protectus* om at hensynet til internasjonale forbindelser «rent faktisk» må være til hinder for at staten kan overholde plikten til å begrunne forvaltningsvedtak.[606] Om tilsvarende skal overføres til en anskaffelsesrettslig kontekst synes spørsmålet å bli om staten tvinges til å bryte sine internasjonale forplikter til sikring av freden om anskaffelsesreglene følges.

C. Proporsjonalitetsvurderingen

Proporsjonalitetsprinsippet gjelder generelt i EU-retten, og det er i flere forslag til avgjørelser sagt at tiltak etter artikkel 347 TEUV må være proporsjonalt.

I forslag til avgjørelse i sak C-367/89 *Richardt,* skriver Jacobs at proporsjonalitetsprinsippet må være oppfylt, og at tiltak derfor ikke kan gå lenger enn nødvendig.[607] Det skriver han også i forslag til avgjørelse i sak C-120/94 *Kommisjonen mot Hellas*, men på grunnlag av oppbygningen av artikkel 347 og 348 TEUV konkluderte han her at vurderingstemaet er tiltakets påvirkning på det indre markeds funksjon og om det fordreier konkurransen. I den saken fant han at Hellas embargo mot det som nå er Nord-Makedonia ikke var uproporsjonalt fordi det var uomstridt at tiltaket i liten grad påvirket samhandelen og konkurransen i det indre marked.[608] I forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* skriver også Cosmas at artikkel 347 er underlagt proporsjonalitetsprinsippet, men han stiller spørsmål ved om det domstolskontrollen vil være særlig intensiv hvis det først foreligger en situasjon som beskrevet i artikkel 3467 TEUV.[609]

De sakene som er behandlet i forslag til avgjørelser er av en nokså annen karakter enn anskaffelsessaker. I den utstrekning artikkel 347 skulle blitt påberopt i en anskaffelsessak er det nærliggende at det også da må bevises at sikkerhetsinteressene som staten vil beskytte i en krisesituasjon ikke kan ivaretas innen rammene av direktivet.

---

[602] Se f.eks. forslag til avgjørelse i sak C-273/97 *Sidar* avsnitt 24, forslag til avgjørelse i sak C-285/98 *Kreil* fotnote 10

[603] Sml. artikkel 28 nr. 1 bokstav c sammenholdt med artikkel 1 nr. 10 i direktiv 2009/81/EF.

[604] Sak C-83/94 *Leifer* avsnitt 27.

[605] Forslag til avgjørelse i sak C-367/89 *Richardt* avsnitt 32 til 33.

[606] Sak C-185/23 *Protectus* avsnitt 84.

[607] Forslag til avgjørelse i sak C-367/89 Richardt avsnitt 33.

[608] Forslag til avgjørelse i sak C-120/94 *Kommisjonen mot Hellas* avsnitt 72.

[609] Forslag til avgjørelse i sak C-423/98 *Albore* avsnitt 33.

Direktiv 2009/81/EF har flere bestemmelser som skal avhjelpe statens sikkerhetsinteresser i tilfelle en krise. I fortalen står det at sikkerhetsanskaffelser kan omfatte krisestyringsoppgaver, og at medlemsstatens væpnede styrker vil kunne intervenere i utlandet ved fredsbevarende situasjoner.[610] Hva som utgjør en krise i direktivets forstand er definert i artikkel 1 nr. 10, og ifølge artikkel 23 kan medlemsstatene stille krav om at leverandøren påtar seg å sikre oppdragsgiver behov for forsyningssikkerhet i tilfelle en krise.[611] Etter artikkel 28 nr. 1 bokstav c kan det også på nærmere vilkår gjøres unntak fra kunngjøringsplikten hvis en krise fører til en nødsituasjon. Dersom oppdragsgivers sikkerhetsinteresser ikke kan ivaretas innen rammene av direktivet i tilfellet av en alvorlig krise, virker det mest nærliggende å anvende artikkel 13 bokstav a i kombinasjon med artikkel 346 TEUV.

8.6.3 EØS artikkel 123 bokstav c

I likhet med EU-retten, vil også EØS-retten kunne komme til anvendelse der EØS-statene treffer tiltak for å avhjelpe kriser.[612] Ifølge EØS-avtalen artikkel 123 bokstav c er avtalen ikke til hinder for at en avtalepart treffer tiltak som den anser vesentlig for sin sikkerhet i tilfelle i) alvorlig indre uro som truer den offentlige orden; ii) i krigstid eller ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare for krig, eller; iii) for å oppfylle forpliktelser den har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet.

Artikkel 123 bokstav c er som nevnt noe annerledes utformet enn artikkel 347 TEUV ved at den er utformet som en unntaksregel. Som vi har sett er imidlertid også artikkel 347 forstått som en unntaksregel som gjelder i helt eksepsjonelle situasjoner. Artikkel 123 bokstav c inngår i sluttbestemmelsene i EØS-avtalen, og siden det er en unntaksregel skal den tolkes restriktiv. I likhet med artikkel 347 fremstår 123 bokstav c som en generell beskyttelsesklausul, og den bør derfor forstås som en subsidiær bestemmelse til andre unntak i EØS-retten. Siden anskaffelsesdirektivene har unntaksregler som ivaretar statenes vesentlige sikkerhetsinteresser er det mest nærliggende å anvende disse reglene, som skal tolkes i lys av artikkel 123 bokstav a og b.

I motsetning til artikkel 347 foreskriver ikke artikkel 123 bokstav c at statene må rådføre seg med hverandre om det treffes tiltak som nevnt. En lignende bestemmelser følger imidlertid av artikkel 113 nr. 1 EØS, der det står at en part som overveier å treffe beskyttelsestiltak etter artikkel 112 skal meddele dette til de andre avtaleparter gjennom EØS-komiteen, men heller ikke denne er identisk med artikkel 347 TEUV. Når det ikke gjelder en tilsvarende konsultasjonsplikt etter artikkel 123 bokstav c, kan det vanskelig innfortolkes en slik plikt. Det foreligger derfor en tvingende grunn til en avvikende tolkning på dette punkt.

Ifølge 123 bokstav c kan det treffes tiltak som avtaleparten «anser vesentlig for sin sikkerhet». I artikkel 347 står det til sammenlikning tiltak som en medlemsstat «kan føle sig foranlediget til at træffe» i nevnte situasjoner. Dermed kan artikkel 123 EØS tilsynelatende fremstå noe strengere, men i realiteten ligner bestemmelsene hverandre i høy grad for også artikkel 347 skal ivareta medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser. Situasjonene som kan begrunne unntak etter artikkel 123 bokstav c er i praksis identisk med artikkel 347 TEUV. Derfor må denne delen av artikkel 123 nr. 1 bokstav c tolkes likt som i EU-retten. Det synes også forutsatt av generaladvokaten i forslag til avgjørelse i sak C-

[610] Avsnitt 11 og 54 i fortalen til direktiv 2009/81/EF.
[611] Artikkel 23 nr. 2 bokstav e og e.
[612] Sak E-5/23 *LDL*.

128/22 *Nordic Info*, for i presentasjonen av TEUV artikkel 347 skriver han «jf. analogt EØS-aftalen, artikkel 123, litra c)».[613]

Proporsjonalitetsprinsippet er også et generelt EØS-rettslig prinsipp. Det er fast rettspraksis fra EFTA-domstolen at der et tiltak fraviker et prinsipp i EØS-retten må nasjonale myndigheter bevise at tiltaket er egnet og nødvendig for å oppnå påberopte formål. I den grad det er nødvendig å påberope artikkel 123 bokstav c fremfor andre unntaksbestemmelser, vil det også i denne sammenheng bety at oppdragsgiver må sannsynliggjøre at statens vesentlige sikkerhetsinteresser ikke kan ivaretas innen rammene av en anskaffelsesprosedyre.

8.6.4 Gjennomføring

Som det fremgår av punkt 8.3.4 ovenfor er artikkel 123 EØS gjennomført i norsk rett ved EØS-loven § 1, og i både lov og forskrifter om offentlige anskaffelser er det gjort unntak for anskaffelser som kan unntas etter artikkel 123 EØS.

Det foreligger ikke rettspraksis om artikkel 123 bokstav c. I veilederen til FOSA heter det at TEUV artikkel 346 ikke har en tilsvarende unntaksadgang som artikkel 123 bokstav c, men at 123 bokstav c har mange likhetstrekk med artikkel 347. Det står at siden det ikke finnes norsk rettspraksis, må det det tas utgangspunkt i EU-domstolens praksis, og hvor det legges til grunn at unntaket bare kan anvendes i klart avgrensede tilfeller og må være proporsjonalt.

9 Anvendelsen av direktiv 2009/81/EF

9.1 Innledning

I kapittel 9 behandles anvendelsesområdet til direktiv 2009/81/EF. Reglene om pliktsubjekter behandles i 9.2.1, mens rettighetshavere behandles i 9.2.2. Direktivet gjelder for innkjøp i forsvars- og sikkerhetssektoren, og hvordan dette er avgrenset behandles i 9.2.3 om forsvarsanskaffelser og 9.2.4 om sikkerhetsanskaffelser. Direktiv 2009/81/EF har enn så lenge ikke regler om vesentlige endringer av inngåtte kontrakter, men det følger av rettspraksis at vesentlig endring i en innkjøpsavtale kan utgjøre en ny avtale, og det behandles i 9.2.5. I 9.2.6 behandles blandede anskaffelser som har betydning for valg av regelsett, før terskelverdiene og beregningen av disse behandles i 9.2.7 og 9.2.8.

Direktiv 2009/81/EF har flere unntak som begrenser anvendelsen av direktivet. I artikkel 2 er det tatt forbehold om at direktivet ikke gjelder om oppdragsgiver kan påberope traktatfestede unntaksregler, og det behandles i 9.3.1. I artikkel 11 er det inntatt et omgåelsesforbud som behandles i 9.3.2. I artikkel 12 er det gjort unntak for en del anskaffelser gjort etter internasjonale avtaler eller for internasjonale organisasjoner, og det behandles i 9.3.3. I artikkel 13 er det gitt flere sentrale unntaksregler, og der noen er særlig tilpasset forsvar- og sikkerhetsanskaffelser, hvilket behandles i 9.3.4. Direktiv 2009/81/EF har i motsetning til direktivene fra 2014 ikke regler om utvidet egenregi eler offentligrettslig samarbeid, men i 9.3.5 vil vilkårene som er utpenslet i rettspraksis behandles nærmere.

[613] Forslag til avgjørelse i sak C-128/22 *Nordic Info* avsnitt 53 og fotnote 62.

9.2 Regler om anvendelse

9.2.1 Artikkel 1 – Pliktsubjekter

I. Direktivet

Ifølge artikkel 1 nr. 17 I direktiv 2009/81/EF skal oppdragsgiver/offentlige oppdragsgivere forstås som «oppdragsgivere som omhandlet i artikkel 2 i direktiv 2004/17/EF og offentlige oppdragsgivere som omhandlet i artikkel 1 nr. 9 i direktiv 2004/18/EF».

Ifølge artikkel 1 nr. 9 i direktiv 2004/18/EF skal *offentlige oppdragsgivere* forstås som staten, regionale eller lokale myndigheter, offentligrettslige organer og sammenslutninger av en eller flere av slike myndigheter eller offentligrettslige organer. Det tilsvarer definisjon i direktiv 2014/24/EU artikkel 2 nr. 1 til nr. 4, og som er forklart i NOU 2023:26 kapittel 24.4.1.

Ifølge artikkel 2 i direktiv 2004/17/EF skal oppdragsgiver forstås som offentlige oppdragsgivere slik forklart rett ovenfor, men i tillegg omfattes offentlige foretak og andre rettssubjekter som driver forsyningsvirksomhet på grunnlag av særlige eller eksklusive rettigheter. Det samme følger langt på vei av direktiv 2014/25/EU artikkel 4, og som er forklart i NOU 2024:9 kapittel 38.2.3.

I direktiv 2014/25/EU artikkel 4 nr. 3 står det at rettigheter som er tildelt på grunnlag av objektive kriterier og etter en tilstrekkelig gjennomsiktig prosedyre, ikke skal regnes som særlige eller eksklusive rettigheter i bestemmelsen om pliktsubjekter. Det sto ikke i artikkel 2 til direktiv 2004/17/EF, men det er lagt til grunn at det samme gjaldt der.[614] Ifølge Kommisjonens meddelelse innebærer henvisningen til forsyningssektoren at direktiv2009/81/EF for eksempel gjelder for «port and airport operating companies and operators of networks for the distribution of gas, heat, electricity or water or public transportation networks.».[615] Forsyningssektoren ble inkludert nokså sent i lovgivningsprosessen, og det er i litteraturen diskutert om det fikk enkelte utilsiktede konsekvenser.[616]

II. Gjennomføring

Direktivets regler om pliktsubjekter er gjennomført i FOSA § 1-2. Offentlig myndighet er definert i § 4-1 bokstav q, mens offentligrettslig organ og offentlig foretak er definert i artikkel 4-1 bokstav r og p. I § 1-2 bokstav c henvises det til forsyningsforskriften for andre rettssubjekter som driver forsyningsvirksomhet på grunnlag av en særlige eller eksklusive rettigheter. Bestemmelsene er behandlet i veilederen til FOSA kapittel 5.

I både veileder om ivaretakelse av sikkerhet i offentlig anskaffelser og veileder om anskaffelser etter sikkerhetsloven er det understreket at sikkerhetsloven og anskaffelsesregelverket ikke er fullstendig overlappende. Ifølge sikkerhetsloven § 1-2 gjelder loven for statlige, fylkeskommunale og kommunale organer. Den gjelder ikke automatisk for offentligrettslige organer, offentlige foretak eller virksomheter med særlige eller spesielle rettigheter. Imidlertid kan det treffes vedtak etter § 1-3 om at sikkerhetsloven skal gjelde helt eller delvis for virksomheter som faller innenfor en eller flere av situasjonene nevnt i § 1-3. Videre følger det av § 1-2 (2) at loven gjelder for leverandører av varer og tjenester i forbindelse med sikkerhetsanskaffelser etter kapittel 9.[617]

---

[614] Avsnitt 25 i fortalen til direktiv 2004/17/EF og Arrowsmith (2018) s. 274-275.
[615] Kommisjonens meddelelse Field of Application avsnitt 5.
[616] Trybus (2014) s. 253-254.
[617] Veileder i anskaffelser etter sikkerhetsloven 2.1 og veileder om ivaretakelse av sikkerhet i offentlig anskaffelser 2.2.

Anskaffelsesutvalget foreslår å gjennomføre reglene om pliktsubjekter etter direktiv 2014/24/EU i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser § 1-2.

III. Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre direktiv 2009/81/EF artikkel 2 i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 1-3.

Arbeidsgruppen mener i utgangspunktet at det ikke er en god løsning ikke å innta definisjonen av offentligrettslig organ i selve lovteksten slik anskaffelsesutvalget foreslår i NOU 2023: 26 punkt 24.1.2. Anskaffelsesutvalget begrunner ikke dette valget ut over at det «det ikke er nødvendig at definisjonen og vurderingstemaet knyttet til hva som er å anse som et offentligrettslig organ omtales i lovteksten» og det er derfor muligens hensynet til en ikke for lang lovtekst som har vært førende for utvalget. Arbeidsgruppen kan ikke se at det er en forenkling at en svært viktig definisjon av hvem som omfattes av regelverket, tas ut av selve lovteksten. Arbeidsgruppen har likevel falt ned på at det er hensiktsmessig med en lik tilnærming i lovene til hvordan reglene om pliktsubjekter utformes sett ut fra at det er fornuftig med likelydende bestemmelser der bestemmelsene skal forstås likt. Departementet oppfordres likevel til å gjøre en nærmere vurdering av om det anskaffelsesutvalget foreslår er et hensiktsmessig grep.

9.2.2 Artikkel 5 – Rettighetshavere

I. Direktivet

Det står i artikkel 5 nr. 1 i direktiv 2009/81/EF at ansøkere eller tilbudsgivere som er opprettet i henhold til lovgivningen i den medlemsstat de er etablert, har rett til å levere den pågjeldende ytelse. Bestemmelsen viser at virksomheter som er opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-stat er rettighetshavere etter direktivet. Artikkel 5 tilsvarer artikkel 4 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 19 i direktiv 2014/24/EU, og er behandlet av anskaffelsesutvalget i punkt 24.13.

I artikkel 5 til direktiv 2004/18/EF er det krav om likebehandling av leverandører fra land tilsluttet GPA. Det er videreført i artikkel 25 til direktiv 2014/24/EU, der det står at det samme også gjelder for andre avtaler som unionen er bundet av. I sak C-652/22 *Kolin* fant EU-domstolen at leverandører fra tredjeland som ikke har avtale med EU, ikke er rettighetshavere etter direktivet. I avsnitt 18 av fortalen til direktiv 2009/81/EF legger EU-lovgiver til grunn at GPA ikke gjelder for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, og det er ingen bestemmelse om likebehandling etter traktater unionen er bundet av. Følgelig er det bare virksomheter opprettet i EØS som er rettighetshavere under direktiv 2009/81/EF

Artikkel 5 har overskriften økonomiske operatører, og det er definert i artikkel 1 nr. 14, mens begrepene ansøker og tilbudsgiver er definert i nr. 15 og 16. I artikkel 2 nr. 10 i direktiv 2014/24/EU er økonomisk aktør definert til enhver fysisk eller juridisk person og enhver offentlig enhet eller enhver fast eller midlertidig sammenslutning av slike, og som tilbyr varer eller tjenester på markedet. Det samsvarer med EU-domstolens praksis under tidligere direktiver,[618] og gjelder likt for direktiv 2009/81/EF som har en tilsvarende definisjon i artikkel 1 nr. 13, men da for begrepene entreprenør,

[618] Se C-305/08 *CoNISMa*, sak C-159/11 *Ordine degli Ingegneri* avsnitt 27, sak C-203/14 *Cosorci Santari del Maresme* avsnitt 35, sak C-219/19 *Parsec* avsnitt 20 flg., Arnesen mfl. (2022) kapittel 15.2.3.

leverandør og tjenesteyter, mens begrepet økonomisk operatør ifølge artikkel 1 nr. 14 kun brukes som en samlebetegnelse.

I artikkel 5 nr. 1 står det at en lovlig etablerte leverandører ikke skal avvises bare fordi det i henhold til lovgivningen i medlemsstaten der kontrakten tildeles, kreves at leverandøren må være enten en fysisk eller en juridisk person. Det er et uttrykk for at organisasjonsform er uten betydning for leverandørens status som rettighetshaver.[619]

Ifølge artikkel 5 nr. 2 (2) kan det for tjenestekontrakter, bygge- og anleggskontrakter samt varekontrakter som inkluderer montering/installasjon, kreves at leverandøren i søknaden om deltakelse eller i tilbudet oppgir navn og faglige kvalifikasjoner på personer som skal levere ytelsen. Dette fremstår som en presisering av hvordan juridiske personer skal dokumentere oppfyllelse av kvalifikasjonskrav satt etter artikkel 38 og 40 flg.,[620] og det behandles nærmere i kapittel 12 (12.32 flg.).

Ifølge artikkel 5 nr. 2 kan også grupper av markedsdeltakere delta i konkurranser, og det er enda et uttrykk for at organisasjonsform er uten betydning for statusen som rettighetshaver. Derfor kan det ikke kreves at slike grupper antar en bestemt juridisk form ved inngivelse av søknad eller tilbud, men det kan kreves etter kontraktstildeling hvis det er nødvendig for å gjennomføre kontrakten. I sak C-94/12 *Swm Costruzioni* påpeker EU-domstolen at den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 2004/18/EF tillater «at grupper af økonomiske aktører kan deltage i udbudsprocedurer for offentlige kontrakter, uden at der fastsættes begrænsninger med hensyn til kumulering af formåen».[621]

II. Gjennomføring

Det følger av lov om offentlige anskaffelser § 3 at rettighetshaverne etter loven er virksomheter opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-stat, eller virksomheter som har rettigheter etter GPA eller andre internasjonale avtaler som Norge er forpliktet av så lenge det følger av slike avtaler.

Artikkel 5 er gjennomført i FOSA § 8-7.

Anskaffelsesutvalget viser i NOU 2023:26 side 253 til at den tilsvarende bestemmelsen i anskaffelsesdirektivet artikkel 19 gjennomføres i ny lov. Imidlertid foreslo utvalget at artikkel 19 deles opp slik at artikkel 19 nr. 1 gjennomføres i ny § 9-2 og artikkel 19 nr. 2 og nr. 3 i ny § 9-3. I stedet for termen "markedsdeltaker", som brukes i den norske versjonen av direktivet, foreslår utvalget å beholde termen "leverandør", i tråd med innarbeidet terminologi, jf. også gjeldende anskaffelsesforskrift §§ 16-8 og 16-11.

Utvalget viste også til betydningen av at mindre leverandører sammen kan delta i konkurransen om større kontrakter enn de hver for seg har kapasitet til. Imidlertid fremheves det at bestemmelsen har en side til konkurranseretten, ved at leverandører som går sammen om å delta i konkurranser må påse at det skjer i tråd med konkurranseregelverket.[622] Utvalget åpner videre for at lovteksten eksplisitt stadfester at det også er tillatt med midlertidige sammenslutninger av leverandører. Dette anses som en klargjøring av innholdet i bestemmelsen og bringer lovteksten nærmere direktivet.

---

[619] Sak C-219/19 *Parsec* avsnitt 27.
[620] Sml. sak C-642/20 *Caruter* avsnitt 39.
[621] Sak C-94/12 *Swm Costruzioni* avsnitt 31.
[622] NOU 2023:26 kapittel 24.13.2.

Utvalget viste også til at det er foretatt en vurdering av om det bør reguleres i loven hvilke tilfeller det er adgang til å gjøre endringer i identiteten til en leverandør underveis i konkurransen, slik det er gjort i Danmark.[623] Det ble vist til at når oppdragsgiver gjennomfører en konkurranse der det brukes utvelgelseskriterier kan det være tvil om det er i samsvar med likebehandlingsprinsippet å akseptere deltager i konkurransen dersom det underveis skjer endringer hos leverandøren (se om problemstillingen i 12.32.1 II nedenfor). Utvalget så det derfor som hensiktsmessig med en tilsvarende regulering i norsk lov, for å klargjøre både på oppdragsgiversiden og leverandørsiden, hvilke endringer som kan gjøres i en leverandørs identitet i tilbudsfasen.

III. Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å innføre bestemmelser om hvem som har rettigheter etter loven i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 1-5. Arbeidsgruppen har her foreslått å innføre en bestemmelse som har samme ordlyd som Nærings- og fiskeridepartementets lovforslag i Prop. 147 L (2024-2025).

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 5 i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. I likhet med anskaffelsesutvalget, anser gruppen det som nødvendig å gjøre enkelte språklige endringer. Det vises til NOU 2023:26 kapittel 24.13.

Gruppen foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 5 i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser §§ 10-2 og 10-3 i kapittel 10 om generelle regler.

For en omtale av rettighetshavere etter GPA vises det til punkt 7.5 ovenfor.

9.2.3 Artikkel 2 – Forsvarsanskaffelser

I. Direktivet

Etter direktiv 2009/81/EF artikkel 2 a gjelder direktivet for kontrakter om levering av våpen, og etter bokstav c gjelder det samme for kontrakter som er direkte knyttet til våpen, mens etter bokstav d omfatter direktivet bygge- og anleggskontrakter og tjenester for særlige militære formål. Dette er forsvarsspesifikke definisjoner, og de øvrige direktivene gjelder ikke om direktiv 2009/81/EF kommer til anvendelse, jf. for eksempel direktiv 2014/24/EU artikkel 15.

Det står i artikkel 2 at direktivet gjelder «kontrakter». Det begrepet er definert i artikkel 1 nr. 2, og som samsvarer med begrepet brukt under direktiv 2004/18/EF og 2004/17/EF. Kontraktsbegrepet er videreført i direktivene fra 2014, og det vises her til NOU 2023:26 kapittel 24.1. og 24.2. I det følgende skal kategoriene av forsvarskontrakter i artikkel 2 bokstav a, c og d behandles nærmere i punkt a til c nedenfor.

a. Varekontrakter om militært materiell

Det følger av artikkel 2 bokstav a at direktivet gjelder for «levering av militært utstyr, herunder alle deler, komponenter og/eller delmontasjer til slikt utstyr».

[623] NOU 2023:26 kapittel 24.13.2. Om endringer av leverandører underveis i konkurransen, se også omtalen av artikkel 38 i 12.32 nedenfor.

Artikkel 2 bokstav a gjelder varekontrakter. Hva som menes med det er definert i artikkel 1 nr. 4, hvor det står at kontrakter om anskaffelse av varer som inkluderer monterings- aller installasjonsarbeid skal anses som en varekontrakt. Grensen mellom hva som er en vare og hva som er en tjeneste ble endret ved direktiv 2014/24/EU ved at definisjonen av tjenester ikke lenger er negativt avgrenset mot definisjonen av varer, slik det er i direktiv 2004/18/EF og direktiv 2009/81/EF. Brukerne av regelverket må dermed være klar over at det kan være forskjeller på om en anskaffelse skal karakteriseres som en vare eller tjeneste i en forsvars- og sikkerhetsanskaffelse enn ved en anskaffelse etter øvrige anskaffelsesregelverk.

Hva som er militært utstyr er definert i artikkel 1 nr. 6 til «utstyr som er særlig utformet eller tilpasset for militære formål og ment til bruk som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell». I fortalens punkt 10 står det at begrepet militært utstyr burde forstås som «produkttypene som omfattes av listen over våpen, ammunisjon og krigsmateriell som ble vedtatt i Rådets beslutning 255/58 av 15. april 1958(1)». Imidlertid kan det være tale om militært materiell i direktivets forstand selv om det det ikke står oppført på 1958-listen. Fortalens punkt 10 indikerer dette når det står at militært materiell skal forståes «in particular as the product types included in the list» fordi «particular» er noe annet «exclusively», og begrepet produkttyper er videre enn begrepet produkter.[624] Medlemsstatene kan også forholde seg til andre lister, som Common Military List of the EU, som er en moderne tolkning av 1958-listen. Dette viser at direktivet har et videre anvendelsesområde enn artikkel 346 nr. 1 bokstav b (8.5.2 ovenfor).

Selv om direktivet også kan gjelde våpen som ikke står på 1958-listen, kan medlemsstatene «ved innarbeiding av dette direktiv velge utelukkende å holde seg til denne listen». Det står i fortalen at denne listen er «generisk og skal tolkes i vid forstand og i lys av endringer innenfor teknologi, innkjøpspolitikk og militære krav som fører til utvikling av nye typer utstyr, for eksempel på grunnlag av unionens felles liste over militært utstyr».[625] 1958-listen er ikke del av EØS-avtalen, og den inngår ikke som en del av avgrensningen av artikkel 123 bokstav b. En oppdragsgiver i en EFTA-stat kan imidlertid være trygg på at den står overfor våpen etter direktiv 2009/18/EF dersom det aktuelle materiellet er oppført på 1958-listen.[626]

Det fremgår av definisjonen av militært materiell at det bare omfatter utstyr som er spesielt utformet eller tilpasset militære formål. Det ligger i dette at det *objektive* bruksformålet må være militært ved at materiellet fra produsentens side er bestemt spesielt for militære formål (se også 8.5.2 A III ovenfor).[627] I fortalens punkt 10 er det presisert at for direktivets formål bør «militært utstyr» også omfatte produkter som, selv om de i utgangspunktet er utformet for sivilt bruk, senere blir tilpasset til militære formål for bruk som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell». Kommisjonen skriver i tolkningsuttalelsen at direktivet med dette har et videre anvendelsesområde enn artikkel 346 TEUV, men i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* fant EU-domstolen at det samme gjelder for 346 nr. 1 bokstav b, og i den dommen vises det til direktiv 2009/81/EF.[628] I meddelelsen fra Kommisjonen står det at eksempler på omarbeidelse til militært formål kan være «a "militarised" version of a helicopter which was initially developed for the civil market», men det understrekes at helikopteret i så fall vil måtte ha «distinguishable military technical features (weapon systems, avionics, etc.) enabling it to

[624] Kommisjonens Guidance Note Field of application avsnitt 8 om at listen ikke er uttømmende punkt 8.
[625] Fortalens punkt 10 og Kommisjonens Guidance Note Field of application avsnitt 8 om at listen ikke er uttømmende.
[626] Sml. sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 36.
[627] Sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 44.
[628] Ibid. 42 til 44.

carry out missions that are clearly military (e.g. armed reconnaissance, fire support, air-to-air combat)».[629]

Videre står det i artikkel 1 nr. 6 at utstyret må være bestemt til bruk som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell. Med dette menes at det *subjektive* bruksformålet må være bestemt til militært bruk, og dermed er det ikke nok at produsenten har ment at produktet skal være til militært bruk (se også 8.5.2 II ovenfor).

At oppdragsgivers subjektive bruksformål må være militært samsvarer med EU-domstolens praksis under artikkel 346 nr. 1 bokstav b (8.5.2 A II ovenfor). I sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* uttalte EU-domstolen med henvisning til vilkåret «bestemt specielt til militære formål» at ved innkjøp av utstyr «hvis anvendelse til militære formål er usikker» må anskaffelsesreglene følges. Det samme gjelder innkjøp «til militære korps med henblikk på civil anvendelse». Siden helikopterkjøpene i den saken hadde et sikkert sivilt formål og kun et eventuelt militært formål, kom ikke våpenunntaket til anvendelse.[630] Konklusjonen ble den samme i sak C-157/06 *Kommisjonen mot Italia*, som gjaldt direkte kjøp av lettvektshelikoptre til politiet og brannvesenet.[631] I sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* gjentok EU-domstolen med henvisning til kriteriet «bestemt specielt til militære formål» at våpenunntaket ikke gjelder der oppdragsgivers påtenkte anvendelse «har et klart civilt formål og eventuelt et militært formål».[632]

Til forskjell fra artikkel 346 nr. 1 bokstav b, og vilkåret om objektivt bruksformål i artikkel 1 nr. 6, står det ikke i direktiv 2009/81/EF at bruken må være bestemt «spesielt» til militære formål. Det kan diskuteres om det åpner for en noe videre sivil anvendelse enn det EU-domstolen har åpent for under artikkel 346 nr. 1 bokstav b. Gitt at artikkel 2 definerer militært og materiell, og formuleringen om at utstyret skal være bestemt til bruk som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell, er det vanskelig å se at det skal være særlige forskjeller her. Det betyr at varer med dobbel anvendelse også faller utenfor direktivets definisjon av militært materiell, men slikt materiell kan fortsatt utgjøre følsomt utstyr om vilkårene i artikkel 2 bokstav b er oppfylt (9.2.4 nedenfor).

Det følger av bokstav a at bestemmelsen også gjelder deler, komponenter eller delmonteringer av slikt utstyr. Det står ikke at også deler eller komponenter må være av militær art for å være omfattet, for det er nok at det er til militært utstyr. Siden deler, komponenter og delmonteringer må være til militært utstyr slik definert i artikkel 1 nr. 6, vil det subjektive formålet nødvendigvis måtte være militært. På den annen side synes ikke direktivet å utelukke deler mv. som objektivt sett kan ha et sivilt formål, så lenge det skal brukes i produkter som både objektivt og subjektivt har militært bruksformål.

b. Kontrakter direkte tilknyttet forsvarsmateriell

Etter artikkel 2 bokstav c gjelder direktivet for bygge- og anleggsarbeider, levering av varer og tjenester som er direkte knyttet til utstyret i bokstav for alle elementer i dets livssyklus. I Kommisjonens meddelelse står det at denne bestemmelsen «highlights the comprehensive nature of the Directive's scope».[633]

---

[629] Kommisjonens meddelelse Field of Application avsnitt 8.
[630] Sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 46 til 48.
[631] Ibid. avsnitt 25 til 28.
[632] Sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 38 til 3.
[633] Kommisjonens meddelelse Field of Application avsnitt 9.

Hva som utgjør en bygge- og anleggskontrakt er definert i artikkel 1 nr. 3, mens artikkel 1 nr. 4 definerer varekontrakter, og artikkel 1 nr. 5 definerer en tjenesteytelseskontrakt. Disse definisjonene tilsvarer definisjonene i direktiv 2004/18/EF og 2004/17/EF, som er videreført i direktivene fra 2014. Det vises her til NOU 2023:26 kapittel 24.1 og 24.2.

Alternativet i bokstav c krever ikke at de aktuelle arbeidene, varene eller tjenestene er bestemt spesielt til militære formål, men disse må være «direkte knyttet til» slikt utstyr som omfattes av bokstav a. Dette vilkåret innebærer at det må være en nær forbindelse med det militæret utstyret omfattet av bokstav a. Forbindelsen må være så nær at bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenester i bokstav c ikke har en meningsfull bruk uten det militære utstyret som det er ment for.

I Kommisjonens meddelelse er det som eksempel på *varekontrakt* direkte knyttet til våpen nevnt spesialverktøy eller maskiner som er nødvendig for vedlikehold eller produksjon av militært utstyr. Det kan også omfatte tilleggsutstyr til militært utstyr, for eksempel drakter eller hjelmer til piloter til militære fly. Eksempel på *tjenester* for militært utstyr kan være vedlikehold av militære fly og båter, mens eksempler på *bygge- og anleggsarbeider* kan være bygging av testfasiliteter for militært utstyr.[634]

Det står i artikkel 2 bokstav c at bestemmelsen gjelder for kontrakter om alle elementer i livssyklusen til materiell beskrevet i bokstav a. Begrepet «livssyklus» er definert i artikkel 1 nr. 26, der det står at dette omfatter alle mulige suksessive faser for et produkt, slik som «forskning og utvikling, industriell utvikling, framstilling, reparasjon, modernisering, vedlikehold, logistikk, opplæring, prøving, tilbaketrekking og avhending». I fortalen punkt 12 er det forklart at direktivet bør hensynta oppdragsgivers behov gjennom hele produktets livssyklus slik forklart i artikkel 1, og hvor det presiseres at disse trinnene for eksempel omfatter «undersøkelser, evaluering, lagring, transport, integrering, service, demontering, destruksjon og alle andre tjenester som følger etter den opprinnelige utformingen.» Det står også at enkelte kontrakter kan omfatte «levering av deler, komponenter og/eller delmontasjer som skal inkorporeres i eller festes til produkter, og/eller levering av særskilt verktøy, prøvingsutstyr eller brukerstøtte.»

c. Kontrakter til spesifikke militære formål

Etter artikkel 2 bokstav d gjelder direktivet også for bygge- og anleggsarbeider og tjenesteytelser som er spesifikt til militære formål. Dette alternativet krever ikke en direkte link til materiell omfattet av bokstav a, og det omfatter derfor «stand alone» tjenester eller bygge- og anleggsarbeider så lenge de har et spesifikt militært formål.

I Kommisjonens meddelelse knyttes det avgjørende elementet i bokstav d til «the purpose assigned to the works or services by the contracting authority/entity at the beginning of the award procedure».[635] Det er her det subjektive bruksformålet som beskrives. Det følger også av Kommisjonens henvisning til sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia*, som det er antatt viser til oppdragsgivers subjektive formål.[636] Hvis oppdragsgivers tiltenkte bruk ikke er bestemt spesielt til militære formål, må tildelingen skje etter øvrige direktiver om noen av disse kommer til anvendelse. I Kommisjonens meddelelse er det som eksempler på kontrakter bestemt spesifikt til militære formål nevnt tjenester om

[634] Ibid.

[635] Kommisjonens meddelelse Field of Application avsnitt 12.

[636] Forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 48 og fotnote 30.

transport av tropper, eller bygge- og anleggsarbeider for «the construction of a runway or air raid- and fall-out shelters».[637]

II. Gjennomføring

Direktiv 2009/81/EF er gjennomført i FOSA § 1-3 (1), der bokstav a gjelder forsvarsmateriell, bokstav c gjelder kontrakter som har direkte sammenheng med forsvarsmateriell, og bokstav d gjelder bygge- og anleggskontrakter og tjenester til spesifikke forsvarsformål. I § 4-1 bokstav f er forsvarsmateriell definert til «materiell som er spesielt utformet eller tilpasset militære formål og militær bruk, som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell».

I Kofa-sak 2019-931 synes nemda å legge til grunn at forsvarsmateriell forutsetter at både det objektive og subjektive bruksformålet er militært.[638] Det legges uttrykkelig til grunn i sak 2022-1688,[639] og der det i tråd med fortalen til direktiv 2009/81/EF heter at det er relevant å se hen til 1958-listen eller EUs eksportliste. Kofa baserer seg på veilederen til FOSA kapittel 6.2, som virker basert på blant annet Kommisjonens meddelelse om direktivets anvendelsesområde.

Det bemerkes i veilederen til FOSA at vilkåret om subjektivt bruksformål ikke kan utledes direkte av ordlyden i FOSA, men at det følger av direktivteksten.[640] Det legges også til grunn at FOSA § 1-3 (1) bokstav a har høy grad av overlapp med artikkel123 EØS bokstav b. Kontrakter som har direkte sammenheng med forsvarsmateriell er behandlet i veilederen kapittel 6.4, mens bygge- og anleggsarbeider og tjenester til spesifikke forsvarsformål er behandlet i kapittel 6.5.

III. Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre direktiv 2009/81/EF artikkel 2 i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 1-2. Det foreslås en direktivnær gjennomføring.

9.2.4 Artikkel 2 – Sikkerhetsanskaffelser

I. Direktivet

Det fremgår av artikkel 2 bokstav b at direktivet gjelder levering av følsomt utstyr, herunder deler, komponenter og/eller delmontering av slikt utstyr.

I likhet med artikkel 2 bokstav a, gjelder også bokstav b varekontrakter slik definert i artikkel 1 nr. 4. I artikkel 1 nr. 7 er følsomt materiell definert til materiell som i) er til sikkerhetsformål og som ii) involverer, krever og/eller omfatter følsomme opplysninger. Definisjonen oppstiller to kumulative vilkår. Det foreligger ikke rettspraksis som drøfter disse vilkårene. I sak C-669/20 *Veridos* nøyer både generaladvokaten og EU-domstolen seg med å vise til at oppdragsgiver hadde anvendt direktiv 2009/81/EF for en kontrakt om utstedelse av identitetspapirer, uten at vilkårene i artikkel 2 bokstav b problematiseres nærmere.

Det første vilkåret er at materiellet er til *sikkerhetsformål*. Ordlyden krever ikke at materiellet etter sin art må være til sikkerhetsformål. Det er alene oppdragsgivers tiltenkte bruk (subjektivt bruksformål)

---

[637] Kommisjonens meddelelse Field of Application avsnitt 11.
[638] Kofa-2019-391 avsnitt 28 til 32.
[639] Kofa-2022-1688 avsnitt 43 flg.
[640] Fotnote 32 i veilederen til FOSA og s. 16 om tiltenkt bruk.

som virker å være avgjørende for begrepet sikkerhetsformål.[641] Det underbygges av kontekstuelle argumenter, fordi i motsetning til artikkel 1 nr. 6 står det ikke i artikkel 1 nr. 7 at utstyret må være spesielt utformet eller tilpasset militære formål. Det tilsier at det er oppdragsgivers subjektive bruksformål som er vurderingstemaet, og ikke det objektive bruksformålet.[642] Dette innebærer at også hyllevarer som er tilgjengelig for forbrukermarkedet kan være omfattet av direktivet om det skal brukes til sikkerhetsformål. Dette kan typisk være hvis slike varer anskaffes til spesialoperatører i politiet, og anskaffelsen kan si noe om for eksempel spesialoperatørenes operative kapabilitet.

Direktivet definerer ikke begrepet *sikkerhet*, men en kontekstuell tolkning tilsier at det er knyttet til den offentlige sikkerhet og den nasjonale sikkerhet.[643] Fortalens avsnitt 1 viser til at nasjonal sikkerhet er medlemsstatens eneansvar, og definisjonen av klassifiserte opplysninger henviser likeledes til «hensyn til nasjonal sikkerhet». I avsnitt 11 i fortalen er det forklart at innenfor området for ikke-militær sikkerhet bør direktivet gjelde for innkjøp som ligner forsvarskjøp eller som er tilsvarende sensitive. Det står at det er særlig aktuelt for områder der militære og ikke-militære myndigheter samarbeider om de samme oppdragene, eller hvis kjøpets formål er å beskytte medlemsstatene eller unionen mot alvorlige trusler fra ikke-militære og/eller ikke-statlige aktører. Det underbygger at innkjøpet må ha en tilknytning til *sikkerhetsaktivitet*, og der grensevern, politiaktiviteter og krisehåndteringsoppdrag nevnes som eksempler på slike aktiviteter. En tilnærming kan være at anskaffelser som er nødvendig eller sedvanlig for sikkerhetsvirksomhet, normalt vil være til sikkerhetsformål.[644] I sak C-669/20 *Veridos* skulle det inngås kontrakt om utstedelse av identitetsbevis til bulgarske statsborgere, og som oppdragsgiver mente var direkte knyttet til den nasjonale sikkerheten. Som nevnt anvendte EU-domstolen direktiv 2009/81/EF, men uten at den drøftet vilkåret om at kontrakten må være til sikkerhetsformål, for domstolen nøyde seg med henviste til oppdragsgivers vurdering slik forklart i foreleggelsen.

Direktivets inkludering av sikkerhetskontrakter bør ses i sammenheng med at «begrebet sikkerhed [er] blevet stadig mere komplekst med nye trusler, der udvisker den traditionelle skillelinje mellem militært og ikke-militært og ydre og indre sikkerhedsforhold».[645] Det tradisjonelle skillet mellom indre sikkerhet (ordensmakten) og ytre sikkerhet (forsvar og væpnede styrker) utviskes av slikt som internasjonal terrorisme, lokale og regionale konflikter langs grensen til EU, cyberkrig og hybride trusler mot medlemsstatens sikkerhet (se også 8.5.2 ovenfor).[646] Det er understreket i direktivets fortale at direktivet derfor gjelder både for militær og ikke-militær sikkerhet.[647] I Kommisjonens meddelelse står det at sikkerhet er et generisk og bredt konsept, som dekker «a broad range of very different areas, missions and actors». Konseptet skal dekke «all grey zones between defence and security».[648]

---

[641] Kommisjonens meddelelse Field of Application avsnitt 13.
[642] Trybus (2014) s. 264, Arrowsmith (2018) s. 191.
[643] På samme måte som artikkel 346 nr. 1 bokstav a, se f.eks. C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 78, forslag til avgjørelse i samme sak avsnitt 45 flg. og punkt 8.3.2 og 8.4.2 ovenfor.
[644] Sml. Sak C-521/18 *Pegaso* avsnitt 43.
[645] Kommisjonens tolkningsuttalelse i KOM/2006/0779 punkt 3. Se også SEC (2007) 1598 final, punkt 3.1.1, Italias anførsler i sak C-157/06 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 16, og Arrowsmith (2018) s. 171.
[646] Se forslag til avgjørelse i sak C-742/19 *B.K* avsnitt 29. Hybride trusler har vært påpekt lenge før saken mellom Kommisjonen og Østerrike, se f.eks. fortalen til direktiv 2009/81/EF punkt 7.
[647] Avsnitt 7, 9 og 11 til direktivets fortale.
[648] Trybus (2014) s. 264.

Eksemplifiseringen av aktuelle innkjøpere i direktivets fortale illustrerer at det gjerne er sikkerhetsmyndigheter som står for sikkerhetsanskaffelser. I Kommisjonens meddelelse understrekes det likevel at direktivet «concerns a large number of contracting authorities in different areas (police, customs services, civil protection, etc.), which may belong to the national, regional or even local level». Det illustreres også av at pliktsubjekter under forsyningssektoren er inkludert i direktivets anvendelsesområde, og disse er sjeldent sikkerhetsmyndigheter. Det er forklart i Kommisjonens meddelelse at sikkerhetsanskaffelser kan være aktuelt for «operators of critical infrastructures in sectors such as transport or energy, who often need protection against the threats mentioned in recital 11».[649] Anskaffelser som skal sikre kritisk infrastruktur mot sabotasje kan derfor et eksempel på sikkerhetsanskaffelser som gjøres av andre enn sikkerhetsmyndighetene.

At sikkerhetsanskaffelser er særlig aktuelt for sikkerhetsmyndigheter betyr ikke at alle anskaffelser som gjøres av slike myndigheter er til sikkerhetsformål. Her kan det trekkes en parallell til generaladvokatens forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi*, der hun for definisjonen av militært materiell skriver at det ikke er nok at det er forsvaret som står for innkjøpet, for da ville «enhver blyant blive til en militær vare, blot fordi den er indkøbt til militæret».[650] På samme måte må utstyr for å være en sikkerhetsanskaffelse «be procured for a (military or non-military) *security* use».[651]

Det andre vilkåret i artikkel 1 nr. 7 er at utstyret må omfatte, kreve og/eller inneholde *klassifiserte opplysninger* («classified information»). Et tilsvarende vilkår gjelder ikke for forsvarsanskaffelser, og forsvarets kjøp som faller utenfor definisjonen av forsvarsmateriell mv. må derfor være til sikkerhetsformål *og* involvere klassifiserte opplysninger for at direktivet skal gjelde. Sivile sikkerhetsmyndigheters innkjøp til sikkerhetsformål må derfor omfatte, kreve eller inneholde klassifiserte opplysninger for at direktiv 2009/81/EF kommer til anvendelse.

Begrepet klassifiserte opplysninger er definert i artikkel 1 nr. 8. Her står det at begrepet omfatter «alle opplysninger eller alt materiell, uansett form, art eller overføringsmetode, som er gitt en viss sikkerhetsgradering eller et visst vernenivå, og som av hensyn til nasjonal sikkerhet og i samsvar med gjeldende lover eller forskrifter i den berørte medlemsstaten krever vern mot urettmessig tilegnelse, ødeleggelse, fjerning, offentliggjøring, tap, tilgang av ikke-autoriserte personer eller all annen type risiko.»

Ordlyden i artikkel 1 nr. 8 omfatter «any information or material/ alle opplysninger eller alt materiell», uansett form, art eller overføringsmetode. Det kan derfor omfatte både dokumenter og objekter. Et eksempel på det siste fra tiden før direktiv 2009/81/EF er sak C-252/01 *Kommisjonen mot Belgia,* som gjaldt påstand om traktatbrudd fordi belgiske myndigheter ikke hadde fulgt anskaffelsesregelverket for tildeling av kontrakt om overvåkning av den belgiske kyst ved teledeteksjon fra luften. Det var stilt krav om at leverandøren hadde et militært sikkerhetssertifikat fordi den ville få oversikt over fortrolige militære objekter. Belgia anførte at kontrakten dermed var underlagt særlige sikkerhetsprosedyrer som gjorde at den falt utenfor anskaffelsesdirektivet,[652] og EU-domstolen var enig i det.

Ordlyden i artikkel 1 nr. 8 viser at informasjonen må være «tildelt» et klareringsnivå eller et beskyttelsesnivå på grunnlag av «lov eller administrativt fastsatte bestemmelser». Ordlyden tilsier at

---

[649] Kommisjonens meddelelse Field of Application avsnitt 12.

[650] Forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 46.

[651] Kommisjonens meddelelse Field of Application avsnitt 13.

[652] Direktiv 92/50 artikkel 4 nr. 2, sml. artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU .

de konkrete opplysningene må være tildelt en gradering, slik at det ikke holder med generelle regler om for eksempel taushetsplikt eller fortrolighet. Tildeling av gradering må skje på grunnlag av lov eller administrative bestemmelser, noe som betyr at «in the absence of such a regulatory basis, the contracting authority/entity may not decide on its own initiative to declare certain information as classified or protected».[653] Kravet til beskyttelses av opplysninger må være fastsatt av hensyn til statens sikkerhetsinteresser. Det omfatter både militær og ikke-militær sikkerhet, men det må avgrenses mot beskyttelse av informasjon av andre grunner som «protection of privacy, data protection or economic interests». Dermed vil for eksempel alminnelig taushetsplikt falle utenfor direktivets definisjon av klassifiserte opplysninger.

EU-retten regulerer ikke klassifisering av opplysninger da det bestemmes av nasjonal rett.[654] I sak C-252/01 *Kommisjonen mot Belgia* skrev generaladvokaten at når belgiske myndigheter mente at oppfyllelsen av tjenesten fordret særlige sikkerhetstiltak, «og der ikke foreligger nogen åbenbar tvivl herom, bør dette anses for tilstrækkeligt til, at Domstolen finder direktivets artikel 4, stk. 2, anvendeligt.» EU-domstolen synes å være enig med generaladvokaten, for den skriver at det var ubestridt at Belgia hadde ansvar for beskyttelse av egne militære anlegg og anlegg «som internationale organisationer, f.eks. NATO, har opstillet på belgisk område».[655] Av den grunn mente domstolen det tilkommer nasjonale myndigheter å «fastsætte de nødvendige sikkerhedsforanstaltninger til beskyttelse af sådanne anlæg». Med henvisning til denne dommen skrev EU-domstolen i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* at det tilkommer nasjonale myndigheter å treffe de sikkerhetstiltak som er nødvendige for å beskytte medlemsstatens sikkerhet ved trykking av offentlige dokumenter.[656] Det er et utrykk for at det er medlemsstatene som bestemmer beskyttelsesnivået for den nasjonale sikkerheten.

Det er stilt spørsmål ved om laveste graderingsnivå blant medlemsstatene omfattes av direktivets definisjon av klassifiserte opplysninger.[657] Det er vanskelig å se at dette faller utenfor ordlyden «any information» som er tildelt «a certain level of security classification or protection». Derfor må det antas at også nivået som tilsvarer begrenset i sikkerhetsloven § 5-3 bokstav d omfattes av direktivets definisjon av klassifiserte opplysninger.[658] Det er innvendt at dette «could lead some contracting authorities to over-classify information in order to apply» direktiv 2009/81/EF fremfor direktiv 2014/24/EU.[659] Det kan nok stilles spørsmålstegn ved om det er særlig grunn til å frykte en slik overgradering av opplysninger gitt at klassifisering av opplysninger gjerne innebærer at en del krav til informasjonssikkerhet kommer i spill, og som gjennomgående begrenser oppdragsgivers fleksibilitet på flere måter. Uansett er det en generell regel at oppdragsgiver ikke kan gjemme seg bak kunstige arrangementer for å omgå EØS-rettens krav, og det må derfor antas at beskyttelsen av opplysninger

---

[653] Kommisjonens meddelelse Field of Application avsnitt 13.

[654] F.eks. sak C-420/22 og sak C-528/22 *NW og PQ* avsnitt 103, sak C-185/23 *Protectus* avsnitt 44, artikkel 22 nr. 2 i direktiv 2009/81/EF, Kommisjonens meddelelse om informasjonssikkerhet avsnitt 1. Det innebærer at reglene om beskyttelse av EUs klassifiserte opplysninger bygger på beskyttelsesnivået som er etablert i medlemsstatene, se f.eks Rådets beslutning 2013/488 og sak C-185/23 Protectus avsnitt 50 flg., forslag til avgjørelse i samme sak avsnitt 74 flg.

[655] Sak C-252/01 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 30.

[656] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 75.

[657] Arrowsmith (2018) s. 191.

[658] Slik også Trybus (2014) s. 246.

[659] Arrowsmith (2018) s. 191.

etter regler om klassifisering i nasjonal rett, reelt må beskytte statens sikkerhetsinteresser for at det omfattes av direktiv 2009/81/EF.[660]

Det følger av artikkel 2 bokstav c at direktivet også gjelder varekontrakter, tjenestekontrakter eller bygge- og anleggskontrakter som er *direkte knyttet til* utstyr dekket av bokstav b. Hva som ligger i dette begrepet er forklart i 9.2.3 ovenfor under definisjonen av militære kontrakter, og det som er skrevet der gjelder tilsvarende for følsomt utstyr etter bokstav a sammenholdt med bokstav c.

Videre står det i artikkel 2 bokstav d at også følsomme *bygge- og anleggsarbeider* er omfattet. Det er i artikkel 1 nr. 7 definert til bygge- og anleggsarbeider for sikkerhetsformål og som omfatter, krever og/eller inneholder klassifiserte opplysninger. Bokstav d omfatter også følsomme *tjenester*, og det er i artikkel 1 nr. 6 definert til tjenester til sikkerhetsformål som omfatter, krever og/eller inneholder klassifiserte opplysninger. Hva som ligger i vilkårene til sikkerhetsformål og klassifiserte opplysninger, er beskrevet ovenfor.

Hvis kontrakter inneholder klassifiserte opplysninger etter nasjonal rett, men som ikke skal brukes til sikkerhetsformål, vil anskaffelsen eventuelt reguleres av de andre direktivene. I artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU er det gjort unntak av hensyn til statens sikkerhetsinteresser. I sakene C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* behandles de ulike alternativene samlet og sammenholdes med artikkel 346 nr. 1 bokstav a TEUV.

For det første er det i direktiv 2014/24/EU artikkel 15 nr. 3 gjort unntak for kontrakter som er erklært hemmelig, og der Arrowsmith skriver at begrepet knytter seg til graderingsnivået hemmelig.[661] Det følger imidlertid ikke av ordlyden i artikkel 15 som bare viser til at kontrakten må være erklært hemmelig, men uten at den krever et bestemt klassifiseringssnivå.[662] Heller ikke forslag til avgjørelser eller dommer i sakene C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* sier at det gjelder et bestemt graderingsnivå.[663] Poenget med unntaket synes å være at kontrakter hvis eksistens er erklært hemmelig kan unntas direktivet, men uten at det er påkrevd med et bestemt klassifiseringsnivå. Klassifiseringsnivået tildelt etter nasjonal rett kan derimot ha betydning for proporsjonalitetsvurderingen.

For det andre er det i artikkel 15 nr. 3 gjort unntak for kontrakter der utførelsen skal ledsages av særlige sikkerhetstiltak i overenstemmelse med lover eller administrative bestemmelser i medlemsstaten så lenge medlemsstatens vesentlige sikkerhetsinteresser ikke kan ivaretas på mindre inngripende måte. Et tilsvarende vilkår ble ansett oppfylt i sak C-252/01 *Kommisjonen mot Belgia,* der det var krevd at leverandøren hadde et militært sikkerhetssertifikat. Verken i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* eller sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* ble det stilt spørsmål ved at kontraktene var underlagt sikkerhetstiltak, men det ble gjort en inngående vurdering av om det var forholdsmessig å gjøre unntak.

For det tredje er det i artikkel 15 nr. 2 gjort unntak hvis beskyttelsen av vesentlige sikkerhetsinteresser krever det. For det fjerde er det unntak med henvisning til artikkel 346 nr. 1 bokstav a.

---

[660] Sak C-573/07 *Sea* avsnitt 48 og 71, sak C-480/06 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 48, forslag til avgjørelse i sak C-51/15 *Remondis* avsnitt 47, artikkel 3 nr. 3 i direktiv 2009/81/EF.

[661] Arrowsmith (2014) s. 486.

[662] Sammenlign ordlyden artikkel 1 nr. 8 i direktiv 2009/81/EF.

[663] I sak C-187/16 Kommisjonen mot Østerrike var ikke hemmelighold anført, jf. forslag til avgjørelse 41, men det var anført i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Østerrike*, se forslag til avgjørelse avsnitt 41.

II. Gjennomføring

Artikkel 2 i direktiv 2009/81/EF er gjennomført i FOSA § 1-3, der bokstav b viser til gradert materiell, mens bokstav c gjelder kontrakter som har direkte sammenheng med gradert materiell, og bokstav e gjelder graderte bygge- og anleggsarbeider eller graderte tjenester. Begrepet gradert materiell kan være noe villedende for det er ikke nok at det er gradert, det må også være til sikkerhetsformål.

Begrepene graderte bygge- og anleggsarbeider, tjenester og varer er definert i § 4-1 bokstav g, h og i. Her står det at kontraktene må være til sikkerhetsformål og inneholde eller kreve behandling av gradert informasjon. Begrepet gradert informasjon er definert i § 4-1 bokstav j til «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». Også informasjon som ikke regnes som gradert i sikkerhetslovens forstand, men som er tildelt et beskyttelsesnivå etter andre lover, vil kunne omfattes av artikkel 2 og FOSA § 1-3.

Ifølge sikkerhetsloven § 9-1 innebærer en sikkerhetsgradert anskaffelse at «leverandøren av varen eller tjenesten kan få tilgang til eller tilvirker sikkerhetsgradert informasjon, jf. § 5-3, eller få tilgang til et skjermingsverdig objekt eller infrastruktur, jf. § 7-1.» Slike anskaffelser vil oppfylle vilkåret i FOSA § 4-1 bokstav j om gradert informasjon, og hvis anskaffelsen også er til sikkerhetsformål vil både FOSA og sikkerhetsloven gjelde.[664]

I veilederen til FOSA er gradert materiell behandlet i kapittel 6.3. Til vilkåret om at innkjøpet må være «til sikkerhetsformål» legges det til grunn at oppdragsgivers intensjon på anskaffelsestidspunktet er avgjørende, uten at materiellet må være utformet eller tilpasset sikkerhetsformål. I veilederen om ivaretakelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser står det at «de fleste anskaffelser som fordrer særlige sikkerhetstiltak faller innenfor FOSAs anvendelsesområde».[665] Det virker noe upresist, for det er ikke nok at anskaffelsen fordrer særlige sikkerhetstiltak, den må også være til sikkerhetsformål.

Til vilkåret om gradert informasjon står det i veilederen at anskaffelser som graderes etter sikkerhetsloven faller inn under dette vilkåret. Det åpnes også for at gradert informasjon under beskyttelsesinstruksen kan omfattes, men at departementet ikke er kjent med andre lover eller instrukser som oppfyller kravet til gradering. Som beskrevet ovenfor faller imidlertid alminnelig taushetsplikt utenfor definisjonen i direktivet artikkel 1 nr. 8, og dermed vil for eksempel taushetsplikt etter politiloven § 24 falle utenfor begrepet gradert informasjon i FOSA. Samtidig vil også informasjon som ikke er gradert i sikkerhetslovens forstand kunne falle innenfor gradert informasjon i FOSAs forstand, jf. rett nedenfor under arbeidsgruppens vurdering.

En sikkerhetsgradert anskaffelse som ikke er til sikkerhetsformål, faller utenfor FOSA. Som et eksempel kan en tenke seg at sikkerhetsmyndighetene kjøper møbler eller kontorutstyr som ikke er nødvendig eller sedvanlig for sikkerhetsaktiviteten, men hvor det likevel er behov for hemmelighold, for eksempel fordi størrelsen på innkjøpet avslører forhold ved sikkerhetsaktivitetene til den aktuelle virksomheten. Selv om FOSA da ikke gjelder, vil det være en sikkerhetsgradert anskaffelse om den inneholder informasjon underlagt beskyttelsestiltak av hensyn til nasjonal sikkerhet. I så fall vil de øvrige direktivene kunne gjelde, men hvor det er nærliggende å vurdere unntak etter for eksempel

[664] De nærmere kravene er behandlet i veilederen til anskaffelser etter sikkerhetsloven.

[665] Veileder om ivaretakelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser s. 26.

FOA § 2-2, som gjennomfører artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU. I veilederen til ivaretakelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser står det at unntaket om hemmelighold refererer til graderingsnivået hemmelig eller strengt hemmelig,[666] men som beskrevet ovenfor er det vanskelig å se at direktivets ordlyd krever det.

III. Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å innføre direktiv 2009/81/EF artikkel 2 i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 1-2.

Arbeidsgruppen legger til grunn at også annen informasjon enn den som regnes som gradert etter alminnelig språkbruk, vil kunne være omfattet av artikkel 2 bokstav b, jf. definisjonen av «classified information» i artikkel 1 nr. 8. Arbeidsgruppen legger til grunn at informasjon beskyttet i medhold av lov om eksportkontroll, lov om forsvarsviktig teknologi og lov om informasjon (skjermingsverdige objekter og bunnforhold mv) i alle fall vil være omfattet. Se nærmere om disse lovene ovenfor under 5.2.6 flg.

9.2.5 Ny kontrakt ved vesentlige endringer

I. Direktivet

I sak C-454/06 *Pressetext* fant EU-domstolen at det utgjør en ny kontrakt under anskaffelsesdirektivet om det blir gjort vesentlige endringer i en inngått kontrakt.[667] Det er fastholdt i en rekke senere saker, og gjelder også for kontrakter som omfattes av reglene om fri bevegelighet.[668] Siden vesentlige endringer gjør at det foreligger en ny tildeling, må direktivets prosedyreregler følges med mindre det foreligger unntak fra direktivets anvendelse eller fra kunngjøringsplikten.

Direktivene fra 2014 kodifiserte rettspraksis om forbudet mot vesentlige endringer. Artikkel 72 nr. 5 i direktiv 2014/24/EU slår fast at en ny anskaffelsesprosedyre er påkrevd om det gjøres endringer som ikke er tillatt i artikkel 72 nr. 1 og 2. Bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.38. Direktiv 2009/81/EF inneholder ikke et uttrykkelig forbud mot vesentlige endringer, men det var også situasjonen for direktiv 92/50 som ble behandlet i *Pressetext*, og der EU-domstolen slo fast at forbudet mot vesentlige endringer følger av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.[669] Disse prinsippene gjelder også for direktiv 2009/81/EF, og tilsvarende forbud vil derfor gjelde etter dette direktivet.[670] I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er det foreslått innført tilsvarende regler for kontraktsendringer som i 2014-direktivene.

I *Pressetext* heter det at en endring vil være vesentlig om det gjør avtalen avgjørende forskjellig fra den opprinnelige «og derfor viser, at det var parternes vilje at genforhandle aftalens grundlæggende elementer».[671] Det er gjentatt i avsnitt 107 i fortalen til direktiv 2014/24/EU, og EU-domstolen har i noen saker tatt denne formuleringen til inntekt for at en vesentlig endring «principielt forudsætter, at

---

[666] Veileder om ivaretakelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser s. 25 og sikkerhetsloven § 5-3 bokstav a og b.
[667] Arnesen mfl. (2022) kapittel 15.6.
[668] Sak C-91/08 *Wall*, sak C-454/06 *Pressetext* avsnitt 33.
[669] Sak C-454/06 *Pressetext* avsnitt 30 og 33.
[670] Artikkel 4, se f.eks. sak C-549/14 *Finn Frogne* om direktiv 2004/18/EF.
[671] Sak C-454/06 *Pressetext* avsnitt 34.

der er enighed herom».[672] Det kunne kanskje tilsi at forbudet mot vesentlige endringer bare gjelder endringer som er avtalt mellom partene, og ikke endringer foreskrevet i lov eller av domstolene. I forente saker C-728/22 til C-730/22 *Anib* slås det imidlertid fast at forbudet også gjelder ensidige endringer fastsatt av lovgiver. Det står her at direktivene er «til hinder for enhver ændring af betingelserne for gennemførelse af en koncession, uanset om den foretages ensidigt eller ved konsensus, der gennemføres uden nye tildelingsprocedurer».[673]

I artikkel 72 nr. 4 i direktiv 2014/24/EU er det gitt nærmere presiseringer om hva som utgjør en vesentlig endring. Denne delen av bestemmelsen er basert på EU-domstolens praksis, og må antas å gjelde tilsvarende for direktiv 2009/81/EF.

For det første vil en endring være vesentlig om det innføres betingelser som ville gitt mulighet for andre tilbydere til å delta i konkurransen, eller som ville gjort det mulig å anta et annet tilbud enn det som opprinnelig ble valgt. Det følger av artikkel 72 nr. 4 bokstav a i direktiv 2014/24/EU, som kodifiserer avsnitt 35 i *Pressetext*. Et eksempel på slik endring er sak C-549/14 *Finn Frogne*, der en vesentlig reduksjon av kontraktens omfang kunne påvirke deltakelsen i den opprinnelige konkurransen. Ettersom direktiv 2009/81/EF bare tilbyr begrensede prosedyrer, vil endringer i kontrakten sjeldnere påvirke deltakelsen i konkurransen, slik at spørsmålet som regel heller blir om endringer kan ha påvirket valg av tilbud.

For det andre vil en endring være vesentlig om det endrer kontraktens økonomiske balanse i leverandørens favør på en måte som ikke var foreskrevet i opprinnelig avtale. Det følger av artikkel 72 nr. 4 bokstav b, som kodifiserer *Pressetext* avsnitt 37. Et eksempel på en slik endring kan være sak C-526/17 *Kommisjonen mot Italia*, der en forlengelse av en konsesjon med 18 år ble ansett vesentlig, blant annet fordi konsesjonærens vederlag økte vesentlig.[674] Tilsvarende følger av sak C-160/08 *Kommisjonen mot Tyskland*, der en geografisk utvidelse av en kontrakt om ambulansetransport førte til at kontraktens verdi økte med om lag 15 %. I forente saker C-721/19 og C-722/19 *Sisal* ble det derimot ikke ansett som en vesentlig endring at betalingsbetingelsene («payment arrangements») ble endret når kontraktbeløpet forble det samme.[675]

For det tredje vil en endring være vesentlig om den fører til en betydelig utvidelse av kontraktens anvendelsesområde. Det følger av direktiv 2014/24/EU artikkel 72 nr. 4 bokstav c, som kodifiserer *Pressetext* avsnitt 36. I den dommen begrunnet EU-domstolen forbudet mot vesentlige endringer i avtalens omfang blant annet med at dagjeldende direktiv hadde regler for tillatte tilleggskjøp, og som er videreført i artikkel 28 nr. 3 og nr. 4 i direktiv 2009/81/EF. Et eksempel på at en utvidelse av avtaleomfanget ble ansett vesentlig er sak C-160/08 *Kommisjonen mot Tyskland,* der EU-domstolen fant at en 25 % geografisk utvidelse av en ambulansekontrakt var vesentlig. I forente saker C-458/17 og C-67/15 *Promoimpresa* ble 6-årige forlengelser av konsesjonskontrakter ansett vesentlige.

For det fjerde vil bytte av kontraktspart kunne være en vesentlig endring. I artikkel 72 nr. 4 bokstav d står det at bytte av kontraktspart er forbudt med mindre det er tillatt etter nr. 1 bokstav d. Det kodifiserer *Pressetext*, der det står at endring av kontraktspart i prinsippet er en vesentlig endring, men at det ikke gjelder om det er materiell kontinuitet mellom tidligere og ny leverandør.[676] Dette kommer

---

[672] Forente saker C-441/22 og C-443/22 *Obsjtjina Razgrad* avsnitt 63, og sak C-23/20 *Simonsen & Weel avsnitt* 70.
[673] Forente saker C-728/22 til C-730/22 *Anib* avsnitt 76.
[674] Sak C-526/17 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 75.
[675] Se også sak C-683/22 *Morandi-broen* avsnitt 72.
[676] Sak C-454/06 *Pressetext* avsnitt40 og 45, og sml. f.eks. sak C-697/17 *Telecom Italia* avsnitt 36.

til uttrykk i artikkel 72 nr. 1 bokstav d i direktiv 2014/24/EU, hvor det også gjøres noen presiseringer av når endring av kontraktspart ikke er vesentlig.[677]

I artikkel 72 nr. 1 og nr. 2 til direktiv 2014/24/EU er det gitt regler for når endringer i en inngått kontrakt er tillatt. EU-domstolen har slått fast at dette er en uttømmende regulering for når kontrakter kan endres uten å avholde en ny konkurranse.[678] Direktiv 2009/81/EF har ingen tilsvarende regulering, og det kan da diskuteres om det inntil nye regler blir vedtatt er mindre rom for å gjøre endringer i en inngått kontrakten etter direktiv 2009/81/EF enn etter 2014-direktivene. EU-domstolens tilnærming synes å være at dersom det først foreligger en vesentlig endring, vil det være en ny kontrakt, og hvor de enkelte direktiver uttømmende regulerer unntak fra kunngjøringsplikten.[679] Samtidig er reglene om tillatte endringer i direktiv 2014/24/EU artikkel 72 nr. 1 og 2 dels basert på tidligere direktivers unntak fra kunngjøringsplikten, og dels på EU-domstolens praksis om hva som ikke er en vesentlig endring. Derfor vil tilsvarende endringer et stykke på vei kunne være tillatt også under direktiv 2009/81/EF.

Ifølge artikkel 72 nr. 1 bokstav a er det tillatt å gjøre endringer i en inngått kontrakt når det er muliggjort av kontrakten selv i form av klare og tydelige endringsklausuler. Det gjenspeiler *Pressetext*, der det står at endring av kontraktspart var en vesentlig endring «medmindre der var truffet bestemmelse herom i de oprindelige kontraktbestemmelser».[680] I forente saker C-721/19 og C-722/19 *Sisal* fant EU-domstolen at en forlengelse av kontrakt var foreskrevet i den opprinnelige kontrakten.[681]

Det må legges til grunn at endringer på grunnlag av endringsklausuler foreskrevet i den opprinnelige kontrakten også er tillatt etter direktiv 2009/81/EF. I sak C-549/14 *Finn Frogne* understreker EU-domstolen at oppdragsgiver har betydelig fleksibilitet til å fastsette mulighet for endringer i kontrakten som kunngjøres fordi det gjør «at alle erhvervsdrivende, der er interesseret i at deltage i udbuddet, har kendskab hertil fra starten og således er ligestillet, når de udformer deres tilbud».[682]

Ifølge direktiv 2014/24/EU artikkel 72 nr. 1 bokstav b er det tillatt med supplerende leveranser selv om det ikke er foreskrevet i den opprinnelige avtalen.[683] Det forutsetter at bytte av leverandør ikke er mulig av økonomiske eller tekniske årsaker, og at det vil forårsake betydelige problemer eller en vesentlig økning av oppdragsgivers kostnader. Den enkelte endring må ikke overstige 50 % av kontraktsverdien. Denne bestemmelsen er langt på vei hentet fra artikkel 31 nr. 4 og 5 i direktiv 2004/18/EF,[684] som er videreført i direktiv 2014/24/EU artikkel 32 nr. 3 bokstav b og 5.

Ifølge direktiv 2009/81/EF artikkel 28 nr. 3 bokstav a og nr. 4 bokstav a kan det gjøres tilleggskjøp på nærmere angitte vilkår. I sak C-549/14 *Finn Frogne* skriver EU-domstolen om den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 2004/18/EF at det kan gjøres endringer i kontrakten uten ny kunngjøring om vilkårene i direktivets regler om tilleggsleveranser er oppfylt. Artikkel 28 nr. 3 og 4 i direktiv 2009/81/EF har store likhetstrekk med artikkel 72 nr. 1 bokstav b i direktiv 2014/24/EU, men en

---

[677] Sak C-461/20 *Advania Sverige,* sak C-452/23 *Fastnet* avsnitt 54 flg.
[678] Forente saker C-728/22 til C-730/22 *Anib* avsnitt 73.
[679] Sak C-549/14 *Finn Frogne* avsnitt 35.
[680] Sak C-454/06 *Pressetext* avsnitt 40, se også sak C-91/08 *Wall* avsnitt 39.
[681] Forente saker C-721/19 og C-722/19 *Sisal* avsnitt 40.
[682] Sak C-549/14 *Finn Frogne* avsnitt 37.
[683] Sak C-452/23 *Fastnet* avsnitt 79 flg.
[684] Arrowsmith (2014) s. 601.

forskjell er at den ikke krever at endringene skyldes uforutsette forhold, slik tilfellet er for artikkel 28 nr. 4 bokstav a i direktiv 2009/81/EF.

Ifølge direktiv 2014/24/EU artikkel 72. nr. 1 bokstav c kan det gjøres endringer når det er nødvendig på grunn av eksterne omstendigheter som ikke kunne forutses av en normalt påpasselig oppdragsgiver.[685] Det forutsetter imidlertid at endringen ikke endrer kontraktens overordnede karakter, og at prisstigingen for den enkelte endring ikke overstiger 50 % av opprinnelig kontraktssum. Direktiv 2009/81/EF har en kasuistisk tilnærming til uforutsette omstendigheter, uten at det er foreskrevet et generelt unntak fra kunngjøringsplikten ved uforutsette omstendigheter. Etter artikkel 28 nr. 1 bokstav c og d er det unntak fra kunngjøringsplikten hvis krise eller utforutsette omstendigheter gjør at direktivets frister ikke kan overholdes, og ifølge artikkel 28 nr. 3 bokstav a og 28. nr. 4 bokstav a kan det på nærmere vilkår gjøres tilleggskjøp ved blant annet uforutsette omstendigheter.

Selv om direktiv 2009/81/EF i likhet med tidligere direktiver ikke inneholder en generell regel om når det er tillatt å endre kontrakten på grunn av utforutsette omstendigheter, argumenterer Arrowsmith for at det uansett bør være mulig å gjøre kontraktsendringer om det er nødvendiggjort av uforutsette omstendigheter, og hun begrunner det med proporsjonalitetsprinsippet.[686] En annen tilnærming kan være at force majeure er et generelt prinsipp i EU-retten som kan påberopes selv om det ikke følger av uttrykkelige bestemmelser i sekundærretten.[687] Artikkel 72 nr. 1 bokstav c minner om force majeure, og det kan hevdes at oppdragsgiver også under direktiv 2009/81/EF har en endringsadgang om det først foreligger force majeure. Ifølge fast rettspraksis betegner force majeure «de usædvanlige og uforudsigelige omstændigheder, som den, der påberåber sig dem, ikke har nogen indflydelse på, og som han ikke har mulighed for at afværge, heller ikke selv om han udviser den størst mulige påpasselighed».[688]

Ifølge artikkel 72 nr. 1 bokstav d kan det på nærmere vilkår gjøres endringer av kontraktspart. Det er tillatt hvis kontrakten selv foreskriver den muligheten, hvilket også er lagt til grunn i *Pressetext* og *Wall*, og det gjelder tilsvarende under direktiv 2009/81/EF. Det kan etter artikkel 72 nr. 1 bokstav d også gjøres endringer ved virksomhetsoverdragelseeller insolvens, [689] så lenge kvalifikasjonskravene fortsatt er oppfylt og det ikke fører til andre vesentlige endringer eller en omgåelse av direktivet. Bestemmelsen synes å presisere og klargjøre *Pressetext* om at det ikke er tale om en reell endring av kontraktspart hvis leverandørens materielle identitet forblir den samme. Tilsvarende bør gjelde for direktiv 2009/81/EF. Endelig tillater artikkel 72 nr. 1 bokstav d også at oppdragsgiver overtar leverandørens forpliktelser overfor underleverandører om det er foreskrevet i nasjonal rett.

Artikkel 72. nr. 2 har en *de minis-regel* ved at det kan gjøres endringer hvis verdien av disse er lavere enn terskelverdien, og ikke overstiger 10 eller 15 % av kontraktsverdien. Regelen skal sikre forutsigbarhet og fleksibilitet for oppdragsgiver, men bestemmelsen fremstår såpass positivrettslig at den vanskelig kan gjelde uten videre for direktiv 2009/81/EF. Samtidig vil endringer som er under terskelverdien, og som heller ikke overstiger 10 til 15 % av kontraktsverdien, ofte falle utenfor

---

[685] Forente saker C-441/22 og C-443/22 *Obsjtjina Razgrad* avsnitt 67 flg., forente saker C-728/22 – C-730/22 *Anib* avsnitt 102, sak C-683/22 *Morandi-broen* avsnitt 59. flg., sak C-452/23 *Fastnet* avsnitt 52 flg.

[686] Arrowsmith (2014) s. 590.

[687] Sml. f.eks. sak C-203/12 *Billerud* avsnitt 31.

[688] Sak C-99/12 *Eurofit* avsnitt 31.

[689] Nye aksjonærer påvirker ikke identiteten til leverandøren og er ikke en endring, jf. sak C-683/22 *Morandi-boren* avsnitt 68.

definisjonen av en vesentlig endring. Ikke-vesentlige endringer er også tillatt etter direktiv 2009/81/EF fordi det ikke strider mot prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet

I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* anførte Kommisjonen at direktivets muligheter for endringer av kontrakten bidro til at det ikke var nødvendig å påberope artikkel 346 nr. 1 bokstav a og artikkel 15 i direktiv 2014/25/EU.[690] Som det fremgår ovenfor gir også direktiv 2009/81/EF handlingsrom til å endre kontrakter, selv om det ikke er foreskrevet i kontrakten selv. Dersom direktivet ikke tillater endringer, men det vil være i strid med statens vesentlige sikkerhetsinteresser å gjennomføre en ny konkurranse, vil artikkel 346 TEUV/ EØS artikkel 123 sammenholdt med artikkel 13 bokstav a i direktiv 2009/81/EF kunne begrunne unntak fra kunngjøringsplikten. Behovet for å påberope disse unntaksreglene vil imidlertid reduseres ytterligere om Kommisjonens forslag til endringsdirektiv vedtas av EU-lovgiver og inntas i EØS-avtalen.

II. Gjennomføring

I FOSA er det ingen regler om vesentlige endringer.

Direktiv 2014/24/EU artikkel 72 er gjennomført i FOA kapittel 28, mens den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 2014/23/EU artikkel 43 er gjennomført i konsesjonskontraktforskriften kapittel 13, og artikkel 89 direktiv i direktiv 2014/25/EU er gjennomført i forsyningsforskriften kapittel 24.

I anskaffelsesutvalgets lovforslag er reglene om endringer av kontrakt inntatt i §§ 20-1 til 20-5.

III. Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen mener at det er hensiktsmessig at rettspraksis kodifiseres der rettspraksis avklarer forhold av betydning for gjennomføringen av forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Det bør derfor innføres regler i ny lov om hvilke endringer som kan gjøres i inngåtte kontrakter. Videre er det av forenklingshensyn hensiktsmessig at reglene om endringer i offentlige kontrakter harmoniseres så langt som mulig slik at forskjellene mellom hvilke endringer som kan gjøres, ikke avviker i større grad enn nødvendig.

Gjennomgangen ovenfor viser at reglene som foreslås av anskaffelsesutvalget i lov om offentlige anskaffelser §§ 20-1 til 20-5 i stor grad kun er en kodifisering av rettspraksis. Arbeidsgruppen foreslår derfor at det også i lov om forsvars- og sikkerhetsinteresser inntas bestemmelser som i stor grad tilsvarer disse.

Arbeidsgruppen har vurdert at det er handlingsrom i direktivet for å innføre en nasjonal bestemmelse om endringene som er nødvendig på grunn av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse selv om tilnærmingen i direktivet er mer kasuistisk. Arbeidsgruppen anser at en innføring av en regel om lovlige endringer ved uforutsette omstendigheter tilsvarende direktiv 2014/24/EU artikkel 72 nr. 1 bokstav c kun er en kodifisering av gjeldende rett. Det vises her til gjennomgangen ovenfor om dette.

---

[690] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 89.

Videre foreslår arbeidsgruppen å innføre regler om når det er lovlig med endring av kontraktspart tilsvarende reglene i direktiv 2014/24/EU artikkel 72 nr. 1 bokstav d. Arbeidsgruppen vurderer det dithen at disse reglene er en kodifisering av rettspraksis om at endringer av kontraktspart kan tillates når leverandørens materielle identitet er den samme.

Arbeidsgruppen har også vurdert om det er mulig å gjennomføre de minimis-regler i samsvar med direktiv 2024/24/EU artikkel 72 nr. 2. Siden disse fremstår som positivrettslige har imidlertid arbeidsgruppen landet på at det ikke bør innføres. Samtidig mener arbeidsgruppen at endringer som faller innenfor de minimis-rammene i artikkel 72 nr. 2 ofte ikke vil være vesentlige, men at det ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser må gjøres en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

Arbeidsgruppen foreslår å innføre regler om endringer i kontrakt i kapittel 23 i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

9.2.6 Artikkel 3 - Blandede anskaffelser

I. Direktivet

Artikkel 3 regulerer blandende kontrakter. Den er inspirert av artikkel 9 nr. 2 og 3 i direktiv 2004/17/EF.[691] Direktiv 2004/18/EF ble endret ved direktiv 2009/81/EF, og fikk i artikkel 10 en regel som regulerer avgrensningen mot direktiv 2009/81/EF. I artikkel 16 til direktiv 2014/24/EU er det gitt detaljerte regler for blandende kontrakter som inkluderer forsvar- og sikkerhet, og den bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.11.2.

Det overordnende utgangspunkt for valg av regelverk følger av artikkel 15 nr. 1 i direktiv 2014/24/EU og artikkel 24 i direktiv 2014/25 EU hvor det står at disse direktivene ikke gjelder for kontrakter som omfattes av direktiv 2009/81/EF. Det gjelder også kontrakter som faller utenfor direktiv 2009/81/EF på grunnlag av direktivets artikkel 8, 12 eller 13.

Det følger av artikkel 3 nr. 1 at hvis en kontrakt dels faller inn under direktiv 2009/81/EF og dels direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/25/EU, gjelder direktiv 2009/81/EF så lenge tildeling av en samlet kontrakt kan begrunnes objektivt. Det er forklart i fortalen avsnitt 24 at oppdragsgiver kan se seg nødt til å inngå en samlet kontrakt for innkjøp som dels faller inn under direktiv 2009/81/EF, og dels under noen av de andre direktivene. Det står at det kan være tilfellet om «innkjøpene av objektive grunner ikke kan skilles ut og tildeles i separate kontrakter.»

Ifølge artikkel 3 nr. 2 gjelder ikke direktivet om kontrakten dels faller inn under direktiv 2009/81/EF, men dels faller utenfor både direktiv 2009/81/EF, direktiv 2024/EU og direktiv 2014/25/EU, forutsatt at tildeling av en samlet kontrakt kan begrunnes objektivt. Det er forklart i Kommisjonens meddelelse at dette kan være aktuelt «if part of a large order of military equipment falls under Article 346 TFEU».

Etter artikkel 3 nr. 3 kan ikke beslutningen om å tildele en samlet kontrakt treffes med formål om å unngå at kontrakter skal omfattes av direktiv 2014/24/EU eller direktiv 2014/25/EU. Det er gjentatt i fortalen avsnitt 24, og er uttrykk for et alminnelig forbud mot kunstige arrangementer for å omgå EU-rettens regler om offentlige kontrakter.[692]

---

[691] Kommisjonens meddelelse Field of Application avsnitt 15.

[692] Sak C-573/07 *Sea* avsnitt 48 og 71, sak C-480/06 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 48, forslag til avgjørelse i sak C-51/15 *Remondis* avsnitt 47.

Prinsippet i artikkel 3 er at ved blandende kontrakter som objektivt sett burde tildeles som en samlet kontrakt, «the contracting authority/entity may apply the less strict procedure to the whole contract».[693] Et annet spørsmål er om oppdragsgiver for kontrakter som reguleres av direktiv 2009/81/EF kan velge å følge direktiv 2014/24/EU istedenfor direktiv 2009/81/EF. Det kan for eksempel skyldes at oppdragsgiver ønsker å gjennomføre en åpen anbudskonkurranse, for den prosedyren tilbys foreløpig ikke av direktiv 2009/81/EF.

Gitt at direktiv 2009/81/EF skal sikre større fleksibilitet enn det som gjaldt i direktiv 2004/18/EF kan det virke paradoksalt om oppdragsgiver ikke skal kunne velge å følge et presumtivt strengere regelverket. I sak C-408/16 *Compania Naţională* fant imidlertid EU-domstolen at det utgjorde en uregelmessighet etter reglene om EU-finansiering at en kontrakt var tildelt etter kriterier som var strengere enn det som følger av direktiv 2004/18/EF. Dette fordi en tildeling der det etter annet regelverk var «anvendt strengere kriterier end de i direktiv 2004/18 fastsatte, ikke anses for at være gennemført i fuldstændig overensstemmelse med EU-retten».[694]

Overføringsverdien av *Compania Naţională* til vårt anliggende her kan diskuteres, men tilsvarende betraktninger kan antakelig overføres til regelvalg ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Der direktiv 2014/24/EU inneholder regler som avviker vesentlig fra direktiv 2009/81/EF, for eksempel forkortede frister ved en åpen anbudskonkurranse, vil det være i strid med direktiv 2009/81/EF å anvende direktiv 2014/24/EU. Dette fremstår som en konsekvens av at direktiv 2009/81/EF ikke ble justert ved vedtakelsen av 2014-direktivene, men der Kommisjonens forslag til endringsdirektiv vil avhjelpe en del av disse utfordringene om det blir vedtatt.

II. Gjennomføring

Direktiv 2009/81/EF artikkel 3 er gjennomført i FOSA § 1-4.

III. Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen viser til at direktiv 2009/81/EF inneholder detaljerte regler om blandede anskaffelser, og utvalget foreslår å gjennomføre disse i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. I likhet med anskaffelsesutvalget, ser gruppen det som formålstjenlig å følge direktivets oppsett. Forslaget innebærer i hovedsak en videreføring av gjeldende rett. Norsk offisiell oversettelse av både anskaffelsesdirektivet og direktiv 2009/81/EF benytter begrepet «kombinerte innkjøp», men arbeidsgruppen finner, i likhet med anskaffelsesutvalget, at begrepet «blandede anskaffelser» er innarbeidet og bør videreføres.

Anskaffelsesutvalget har bevisst valgt å vise til direktivene for presis gjennomføring og overlater til departementet å endre dette. Arbeidsgruppen legger til grunn samme tilnærming. Det vises til den generelle fremstilling i kapittel 24.11 i NOU 2023:26.

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre direktiv 2009/81/EF artikkel 3 i ny lov om offentlige anskaffelser i kapittel 6, §§ 6-3 og 6-4.

---

[693] Kommisjonens meddelelse Field of Application avsnitt 15.

[694] Sak C-408/16 *Compania Naţională* avsnitt 59.

9.2.7 Artikkel 8 - Terskelverdier

I. Direktivet

Det står i direktiv 2009/81/EF artikkel 8 at direktivet gjelder for kontrakter hvis anslåtte verdi eksklusive merverdiavgift er lik eller overstiger direktivets terskelverdier. Anskaffelser under terskelverdi kan være omfattet av reglene om fri bevegelighet hvis kontrakten har klar grensekryssende interesse (8.2 ovenfor).[695]

Det står i fortalen avsnitt 25 at for mange terskelverdier kan komplisere samordningen av reglene om offentlige kontrakter, og direktiv 2009/81/EF følger terskelverdiene for forsyningsreglene som i dag er regulert av direktiv 2014/25/EU. Det er høyere terskelverdier i forsyningssektoren enn i klassisk sektor, og i fortalen avsnitt 25 til direktiv 2009/81/EF er det forklart at forsyningsdirektivets terskelverdier er mest hensiktsmessig gitt den gjennomsnittlige verdien av forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, som gjerne er høyere enn i klassisk sektor.

I fortalen avsnitt 25 står det videre at terskelverdiene bør revideres samtidig med endringer i terskelverdiene for forsyningssektoren. Det er fulgt opp i artikkel 68, der det står at terskelverdiene i artikkel 8 skal justeres hvis terskelverdiene i forsyningsdirektivet endres. Terskelverdiene er per i dag 443 000 EUR for vare- og tjenestekontrakter, og 5 538 000 EUR for bygge- og anleggskontrakter. Til forskjell fra artikkel 4 i direktiv 2014/24/EU skiller ikke artikkel 8 i direktiv 2009/81/EF mellom statlige og ikke-statlige oppdragsgivere. Det tilsvarer artikkel 15 i direktiv 2014/25/EU.

I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er terskelverdiene foreslått økt for direktiv 2009/81/EF. Det skal tilrettelegge for inngåelse av kritiske kontrakter innen forsvar- og sikkerhetssektoren, samt redusere administrative byrder for industrien i mindre anskaffelsesprosesser og redusere regulatorisk kompleksitet og kostnader.[696] Terskelverdiene foreslås også frikoblet fra reglene i forsyningssektoren ved at artikkel 68 i direktiv 2009/81/EF er foreslått slettet.

II. Gjennomføring

Direktiv 2009/81/EF artikkel 8 er gjennomført i FOSA § 2-2.

Anskaffelsesutvalget har foreslått at ny lov om offentlige anskaffelser skal inneholde bestemmelser om terskelverdier. Utvalget har drøftet om terskelverdiene skal reguleres i en egen forskrift. Fordelen med dette er at terskelverdiene kan endres lettere og raskere hvis de er i en forskrift. Terskelverdiene har imidlertid en nær sammenheng med anvendelsesområdet til ulike bestemmelser i loven. Flere særbestemmelser inneholder også en egen terskelverdi. Når hele direktivet gjennomføres i lov, blir det unaturlig å ta ut det mest sentrale elementet ved loven – som er terskelverdiene. Utvalget har derfor landet på at det vil gi best sammenheng, og økt tilgjengelighet i regelverket, dersom terskelverdiene fremgår av loven. Utvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 4 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 6-1 og 6-2. Utvalget foreslår videre at terskelverdiene fremgår av loven og at det foreslås en egen særbestemmelse som regulerer særlige terskelverdier for statlige oppdragsgivere innen forsvarssektoren.

---

[695] Avsnitt 15 i fortalen til direktiv 2009/81/EF.

[696] Forslag til endring av direktiv 2009/43 og 2009/81 (COM (2025) 823 final), preamble punkt 15.

III. Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppens flertall Dragsten, Karlstrøm, Sikkeland og Arve er enig med anskaffelsesutvalget om at loven bør inneholde en bestemmelse om terskelverdier. Arbeidsgruppen viser til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.4. Flertallet forslår å gjennomføre artikkel 8 i kapittel 7 om terskelverdier.

Mindretallet, arbeidsgruppemedlemmer Gulsvik og Mengshoel, mener at det er lite hensiktsmessig å regulere terskelverdier i loven, da de justeres annet hvert år avhengig av svingninger i valutakursene mot SDR og EUR.

9.2.8 Artikkel 9 - Beregning av terskelverdi

I. Direktivet

Direktiv 2009/81/EF artikkel 9 angir reglene for beregning av kontraktens eller rammeavtalens verdi. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 9 i direktiv 2004/18/EF, og det materielle innholdet er i all hovedsak videreført i direktiv 2014/24/EU artikkel 5, som er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023: 26 kapittel 24.5.

Ifølge artikkel 9 nr. 1 skal beregningen av anslått kontraktsverdi bygge på det samlede beløp som skal betales, eksklusive merverdiavgift, slik det er anslått av oppdragsgiver. I denne beregningen skal det tas hensyn til det anslåtte samlede beløp, herunder alle former for opsjoner og eventuelle fornyelser av kontrakten. Dersom oppdragsgiver opererer med premier eller betalinger til kandidater eller tilbydere, skal den ta hensyn til dette ved beregningen av kontraktens anslåtte verdi.

Artikkel 5 nr. 2 i direktiv 2014/24/EU har en egen bestemmelse for de tilfeller oppdragsgiver består av særskilte driftsenheter. I så fall skal det tas hensyn til den samlede anslåtte verdi for alle de enkelte driftsenheter. Det følger ikke uttrykkelig av direktiv 2009/81/EF, men ifølge avsnitt 20 i fortalen til direktiv 2014/24/EU er det kun en presisering av rettstilstanden, og presumtivt bør det samme da gjelde for direktiv 2009/81/EF.

Ifølge artikkel 9 nr. 2 skal den anslåtte verdien være gjeldende på tidspunktet kunngjøringen sendes i henhold til artikkel 32 nr. 2. Hvis det ikke skjer en kunngjøring, skal verdien på tidspunktet oppdragsgiver innleder prosedyren legges til grunn. Artikkel 9 nr. 3 bestemmer at kontrakter ikke kan deles opp i den hensikt å utelukke dem fra direktivets anvendelsesområde. Det er et utslag av et generelt omgåelsesforbud i EU-retten. I direktiv 2014/24/EU artikkel 5 nr. 3 står det at deling av kontrakten med den konsekvens at direktivet ikke kommer til anvendelse er tillatt om det foreligger en objektiv begrunnelse for det. Det fremstår som en presisering av rettstilstanden som også må gjelde etter direktiv 2009/81/EF.

Ifølge artikkel 9 nr. 4 skal det ved beregningen av verdien av bygge- og anleggskontrakter tas hensyn til både kostnaden av bygge- og anleggsarbeidene, og den samlede anslåtte verdien av de varer som er nødvendige for å gjennomføre bygge- og anleggsarbeidene og som oppdragsgiver stiller til rådighet for entreprenøren. Det er foretatt visse språklige justeringer i artikkel 5 nr. 7 i direktiv 2014/24/EF, men uten at det foreligger noen materielle forskjeller fra artikkel 9 nr. 4. i direktiv 2009/81/EF.

Det følger av artikkel 9 nr. 5 (1) bokstav a at ved deling av bygge- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter som inngås samtidig, skal den totale verdien av alle delkontraktene legges til grunn. Hvis den samlede verdien av delkontraktene er lik eller større enn terskelverdien fastsatt i artikkel 8, får direktivets anvendelse på tildelingen av hver delkontrakt. Oppdragsgiver trenger likevel ikke følge

direktivet for delkontrakter hvis verdi ekskl. mva. er under 80 000 EUR for tjenestekontrakter og 1 000 000 EUR for bygge- og anleggskontrakter, forutsatt at verdien av delkontrakten ikke overstiger 20 % av delkontraktenes samlede verdi.

Det følger av direktiv 2009/81/EF artikkel 9 nr. 5 bokstav b at dersom innkjøp av ensartede varer skjer ved separate delkontrakter som inngås samtidig, skal den samlede verdien av delkontraktene legges til grunn ved vurderingen av om terskelverdiene er oppfylt. Hvis den samlede verdien av delkontraktene er lik eller større enn terskelverdien fastsatt i artikkel 8, får direktiv anvendelse på tildelingen av hver delkontrakt. Oppdragsgiver trenger likevel ikke følge direktivet for delkontrakter hvis anslåtte verdi er mindre enn 80 000 EUR, forutsatt at verdien ikke overstiger 20 % av delkontraktenes samlede verdi.

Artikkel 9 nr. 6 har bestemmelser om beregning av verdien for varekontrakter om leasing, leie eller kjøp på avbetalinger. For tidsbegrensede kontrakter som ikke overstiger 12 måneder skal kontraktens samlede verdi benyttes som anslått kontraktsverdi. For tidsbegrensede kontrakter som overstiger 12 måneder skal også den samlede verdien legges til grunn. For tidsubegrensede kontrakter hvor det ikke er mulig å fastsette kontraktens varighet, skal den månedlige verdi multipliseres med 48.

Artikkel 9 nr. 7 gir beregningsregler for varekontrakter eller tjenestekontrakter som er av regelmessig art, eller som skal å fornyes innen en bestemt frist, og hvor det angis to fremgangsmåter. For det første står det i bokstav a at verdien kan beregnes ut fra den samlede faktiske verdien av de kontraktene av samme type som er tildelt i løpet av de tolv foregående månedene eller foregående regnskapsår. Om mulig kan det gjøres korreksjoner for å hensynta endringer i mengde eller verdi i løpet av de 12 måneder som løper etter tildeling av opprinnelig kontrakt. For det andre står det i bokstav b at verdien kan beregnes ut fra den samlede anslåtte verdien av de påfølgende kontraktene tildelt i løpet av tolv måneder fra den første leveransen eller i løpet av regnskapsåret dersom dette er lengre enn tolv måneder. Oppdragsgiver velger selv hvilke beregningsmåter som benyttes, men det kan ikke treffes valg der formålet er å unnta kontrakten fra direktivets virkeområde.

Ifølge artikkel 9 nr. 8 bokstav a skal det for beregningen av verdien av tjenestekontrakter tas hensyn til premier og andre former for vederlag som ytes under forsikringstjenester, og for prosjektering skal honorarer, provisjon og andre former for vederlag inngå i beregningen. I bokstav b er det regler om estimering av verdi for tjenestekontrakter hvor det ikke er fastsatt en samlet pris. For tidsbegrensede kontrakter som ikke løper i mer enn 48 måneder skal verdien tilsvare den samlede verdi i hele løpeperioden. For kontrakter som er tidsubegrensede eller som varer i mer enn 48 måneder, skal den månedlige verdi multipliseres med 48.

Det står i artikkel 9 nr. 9 at det ved rammeavtaler skal tas hensyn til den anslåtte maksimalverdien ekskl. mva. som forventes tildelt innenfor hele rammeavtalens varighet. EU-domstolen har for øvrig slått fast at ramme avtalens maksimale verdi er bindende.[697]

II. Gjennomføring

Direktiv 2009/81/EF artikkel 9 er gjennomført i FOSA § 2-3.

Anskaffelsesutvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 5 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 6-3 til 6-7.

---

[697] Sak C-20/23 *Simonsen & Weel* og kommentarer til artikkel 29 i 12.23 nedenfor.

III. Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår på samme måte som anskaffelsesutvalget å dele opp artikkel 9 i ulike separate bestemmelser i ny forsvars- og sikkerhetsanskaffelseslov kapittel 7 om terskelverdier.

Det foreslås å gjennomføre artikkel 9 nr. 1 til 3 i § 7-2, Utgangspunkter for beregning av anskaffelsens verdi.

Artikkel 9 nr. 4, 5 og 9 foreslås regulert i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 7-3.

Artikkel 9 nr. 6 foreslås regulert i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 7-5 Beregning av anskaffelsens verdi for visse tjenestekontrakter.

Artikkel 9 nr. 7 foreslås regulert i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 7-4 om Beregning av anskaffelses verdi ed kontrakter som inngås regelmessig eller fornyes.

Artikkel 9 nr. 8 foreslås gjennomført i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 7-6 om Unntaks som er omfattet av internasjonale regler.

Arbeidsgruppen viser for øvrig til den generelle fremstillingen i NOU 2023:26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 24.5 for samtlige bestemmelser.

9.3 Begrensninger i direktivets anvendelsesområde

9.3.1 Artikkel 2-forbeholdet

I. Direktivet

Det følger av artikkel 2 at direktivet gjelder med forbehold om bestemmelser angitt i traktaten, som i dag er artikkel 36 (varefriheten), artikkel 45 (arbeidstakere), artikkel 52 (etablering), artikkel 57 (tjenester) og artikkel 346 TEUV. I en EØS-kontekst må henvisningene forstås som artikkel 13, 33, 39, 28 og 123 EØS (se kapittel 8 ovenfor).

I fortalens punkt 16 står det at direktivet ikke er til hinder for at «der indføres eller anvendes foranstaltninger, som kunne vise sig at være nødvendige for at beskytte interesser, som anses for at være legitime i henhold til disse bestemmelser i traktaten». Det heter videre at det kan gjøres unntak fra direktivet hvis «det er begrundet i hensynet til den offentlige sikkerhed eller nødvendigt for at beskytte en medlemsstats væsentlige sikkerhedsinteresser».

I Kommisjonens meddelelse er det forklart at direktivet ikke kan endre primærretten, og anvendelsen av direktivet er derfor «also subject to the exceptions provided for by the Treaty on the Functioning of the European Union».[698] I meddelelsen fra 2006 står det tilsvarende at innkjøp til ikke-militære formål fortsatt vil kunne unntas etter direktivets unntaksregler om vilkårene for det er oppfylt.».[699] I sak C-296/15 *Medisanus* hadde oppdragsgiver i en direktivanskaffelse stilt krav om at etterspurte legemidler var laget med slovensk blodplasma. Et slikt nasjonalitetskrav utgjorde direkte diskriminering som er forbudt under direktivet, men EU-domstolen vurderte om et slikt krav kunne begrunnes under artikkel 36 TEUV.[700]

---

[698] Kommisjonens meddelelse Field of Application avsnitt 3.

[699] KOM (2006) s. 779 s. 6.

[700] Sak C-296/15 *Medisanus* avsnitt 72 flg., forslag til avgjørelse i samme sak avsnitt 93 til 94.

At oppdragsgiver kan påberope primærrettens unntaksregler innebærer for det første at unntak fra de enkelte friheter i EØS-avtalens hoveddel kan påberopes for direktivanskaffelser. Det er artikkel 13, 33, 39, 28, men også artikkel 32 om utøving av offentlig myndighet.[701] For det andre kan oppdragsgiver påberope artikkel 123 EØS, men der rettspraksis tilsier at dette unntaket skal anvendes i samspill med artikkel 13 bokstav a i direktiv 2009/81/EF (8.4.2 og 9.3.4). Direktivets unntaksregler i artikkel 12 og 13 begrenser for øvrig behovet for å påberope artikkel 123 EØS.

II. Gjennomføring

Forbeholdet i artikkel 2 er ikke gjentatt i FOSA, men § 1-3 (2) bokstav a viser til artikkel 123 EØS, mens bokstav m viser til artikkel 32 EØS. For øvrig er de spesifikke unntaksreglene i EØS-avtalens hoveddel uansett gjennomført ved EØS-loven § 1, og de kan derfor påberopes for anskaffelser omfattet av direktivet eller EØS-avtalens hoveddel, men ikke for nasjonale anskaffelser.

III. Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår at det av forenklingshensyn inntas en bestemmelse om at regelverket ikke gjelder for anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalens artikkel 13, 32, 33, 39, 28 og 123 EØS. Disse unntakene vil gjelde uavhengig av om de inntas i loven, men det vil være en viktig påminnelse om at unntaksbestemmelsene finnes. Forslaget er inntatt i § 8-2 bokstav a.

9.3.2 Artikkel 11 – Anvendelse av unntaksregler

I. Direktivet

Det følger av artikkel 11 at «ingen av de regler, framgangsmåter, programmer, avtaler, overenskomster eller kontrakter som er omhandlet i dette avsnitt, kan benyttes for å omgå bestemmelsene i dette direktiv.» Bestemmelsen er en påminnelse om at EU-domstolen i flere saker har slått fast at det ikke er tillatt med kunstige arrangementer «dannet med henblik på at omgå fællesskabsreglerne på dette område».[702]

EU-domstolen har også slått fast i mange saker at regler som tillater unntak fra anskaffelsesreglene skal tolkes restriktivt, og der rekkevidden begrenses til det som er nødvendig for å ivareta de hensyn som begrunner den enkelte unntaksregel.[703] Det samme er slått fast av EFTA-domstolen.[704] Direktivets unntaksregler er i utgangspunktet uttømmende, men de kan suppleres med traktatfestede unntak, og det samme gjelder spesifikke unntak i EØS-avtalens hoveddel, jf. også direktiv 2009/81/EF artikkel 2.

Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at anskaffelsen kan unntas direktivet, og den må derfor kunne sannsynliggjøre at vilkårene for unntak er oppfylt. Hvis vilkår for unntak ikke er oppfylt, kan det bety at oppdragsgiver har gjort seg skyldig i en ulovlig direkte anskaffelse. For å avhjelpe risikoen for ileggelse av sanksjoner eller at kontrakten blir kjent uten virkning, kan oppdragsgiver publisere en intensjonskunngjøring etter artikkel 60 nr. 4 og 64 (15.5 nedenfor).

---

[701] Sak C-160/08 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 73 flg., sak E-4/22 *Stendi* avsnitt 48 flg.

[702] Sak C-573/07 *Sea* avsnitt 48 og 71, sak C-480/06 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 48, forslag til avgjørelse i sak C-51/15 *Remondis* avsnitt 47.

[703] Se for eksempel sak C-553/15 *Undis Services* og avsnitt 17 til fortalen i direktiv 2009/81/EF.

[704] Se f.eks. sak E-4/22 *Stendi* avsnitt 52

II. Gjennomføring

Artikkel 11 er ikke gjennomført i FOSA, men det står i ARF § 30-2 at unntak i § 1-3 må påberopes i det enkelte tilfellet og begrunnes konkret, og der begrunnelsen skal inntas i protokollen.

Heller ikke i øvrige anskaffelsesforskrifter er det presisert et omgåelsesforbud, da departementet mente at det var såpass selvsagt at det ikke var nødvendig å ta med i lovteksten.[541] I forslag til ny lov om offentlige anskaffelser er det imidlertid foreslått lovfestet et omgåelsesforbud i § 1-9.[542]

III. Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 11 i direktiv 2009/81/EU i lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 1-11. Arbeidsgruppen er enig med anskaffelsesutvalget i at det er hensiktsmessig med en egen bestemmelse om omgåelsesforbudet selv om dette vil gjelde uavhengig av om det tas inn en bestemmelse om dette eller ikke. Det vises for øvrig til NOU 2023: 26 punkt 24.12.5.

9.3.3 Artikkel 12 – Kontrakter inngått i henhold til internasjonale regler

I. Direktivet

Artikkel 12 gjelder kontrakter inngått i henhold til internasjonale regler beskrevet i bokstav a til c. Bestemmelsen har en del likheter med artikkel 15 i direktiv 2004/18/EF, og som EU-domstolen har bekreftet skal tolkes snevert.[705] Unntaket er videreført i direktiv 2014/24/EU artikkel 9 og 17, men hvor det er gjort noen endringer i unntakets struktur og rekkevidde sammenlignet med direktivet fra 2004.[706] Artikkel 9 og 17 i direktiv 2014/24/EU er behandlet av anskaffelsesutvalget i kapittel 24.7.4 og 24.11.3.

Artikkel 12 er ikke begrenset til forsvarskontrakter, men det er antatt å være særlig relevant for forsvarssektoren fordi organisasjonene det vises til typisk er opprettet for forsvarsformål.[707] På forsvarsområdet er oppfyllelse av internasjonale forpliktelser særlig aktuelt, og i flere av sakene som gjelder unntak etter artikkel 346 TEUV har medlemsstatene påberopt hensyn til internasjonale forpliktelser.[708] I sak C-83/94 *Leifer* skriver EU-domstolen at «risikoen for en alvorlig forstyrrelse af de internationale relationer eller af nationernes fredelige sameksistens kan påvirke en medlemsstats sikkerhed»,[709] og i sak C-742/19 *B.K* skriver den at EU-retten skal ta tilbørlig hensyn til de væpnende styrkers funksjoner som blant annet «følger af det særlige internationale ansvar» som den enkelte medlemsstat har påtatt seg.[710] Et annet uttrykk for det samme er sak C-252/01 *Kommisjonen mot Belgia*, der det var ubestridt at Belgia hadde ansvar for å beskytte NATO-baser plassert i landet, og

[705] Sak C-408/16 *Compania Naţională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA* avsnitt 45.
[706] Se kommentarer til henholdsvis Stalzer og Heuninckx i Caranta og Sanchez-Graells i European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU.
[707] Kommisjonens meddelelse Defence and security specific exclusions 3.
[708] Se for eksempel sak C-414/97 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 17, sak C-284/05 *Kommisjonen mot Finland*, sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 46.
[709] Sak C-83/94 *Leifer* avsnitt 28, se også sak C-70/94 *Werner* avsnitt 27.
[710] Sak C-742/19 *B.K* avsnitt 44.

EU-domstolen skrev at det tilkom belgiske myndigheter å fastsette nødvendige sikkerhetstiltak.[711] Artikkel 12 kan ses som et uttrykk for at direktivet hensyntar medlemsstatenes internasjonale forpliktelser, ved at det skal motvirke konflikt med folkerettslige forpliktelser.[712]

Bokstav a til c har til felles at de viser til «særlige prosedyreregler» i henhold til en internasjonal avtale, overenskomst eller for en internasjonal organisasjon. Formålet med bestemmelsen er å unnta kontrakter som er omfattet av internasjonale regler som oppstiller nærmere prosedyreregler for tildeling av offentlige kontrakter. For at noen av unntakene i artikkel 12 skal komme til anvendelse må den aktuelle kontrakten derfor falle innenfor anvendelsesområdet til slike internasjonale regler som det vises til i bokstav a til c,[713] og hvor artikkel 12 kun gjelder der slike internasjonale regler foreskriver særlige prosedyreregler for kontraktstildeling. I direktiv 2014/24/EU artikkel 9 og 17 er det et krav om at internasjonale avtaler notifiseres Kommisjonen, og det samme fulgte av artikkel 15 nr. 1 bokstav a i direktiv 2004/18/EF. Tilsvarende gjelder ikke for artikkel 12.

Unntaksregler skal tolkes strengt, og det gjelder også vilkåret om særlige prosedyreregler.[714] Det tilsier at det må foreligge et distinkt regelsett som spesifikt gjelder tildeling av kontrakter, og som «provide a minimum of details setting out the principles and the different steps to be followed in awarding contracts».[715] Den internasjonale avtalen må selv foreskrive reglene, og det er antatt at det ikke er nok at det bare henvises til medlemsstatens nasjonale anskaffelsesregler.[716] Hvis den internasjonale avtalen ikke selv foreskriver spesifikke regler og prosedyrer for kontraktstildeling, gjelder heller ikke unntaket. Det ligger i dette at hvis det for eksempel inngås en Memorandum of Understanding (MoU) med en annen EØS-stat om deling av materiell som ennå ikke er anskaffet, vil artikkel 12 bokstav bare komme til anvendelse om det i den aktuelle MoU foreskrives spesifikke regler og prosedyrer som skal følges for anskaffelsene.[717]

Artikkel 12 stiller ikke nærmere krav til innholdet til de aktuelle prosedyrereglene. Samtidig påhviler det EØS-statene en lojalitetsforpliktelse etter artikkel 3 EØS/ artikkel 4 nr. 3 TEU. Det ligger blant annet i dette at avtalepartene skal «avholde seg fra alle tiltak som kan sette virkeliggjøringen av denne avtales mål i fare». EU-domstolen har slått fast at lojalitetsplikten er til hinder for at medlemsstatene påtar seg internasjonale forpliktelser som kan bringe virkeliggjørelsen av traktatens mål i fare. Derfor kan medlemsstaten ikke «påtage sig forpligtelser, der er egnede til at berøre disse regler eller ændre deres rækkevidde».[718] EFTA-domstolen har lagt til grunn at tilsvarende gjelder etter EØS-avtalen.[719] Av denne grunn bør reglene som foreskrives for kontraktstildeling under internasjonale avtaler særlig sikre prinsippet om ikke-diskriminering.[720]

---

[711] Sak C-252/01 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 30.
[712] Sml. Stalzer 9.03 med videre henvisninger.
[713] Sak C-408/16 *Compania Naţională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA* avsnitt 46 flg.
[714] Sak C-408/16 *Compania Naţională de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA* avsnitt 45.
[715] Kommisjonens meddelelse om defence and security specific exclusions avsnitt 3.
[716] Stalzer avsnitt 9.11.
[717] Kommisjonens meddelelse om defence and security specific exclusions avsnitt 3.
[718] Sak 22/70 *Kommisjonen mot Rådet* avsnitt 21 til 22. I artikkel 9 nr. 1 a og artikkel 17 nr. 1 a står det at traktaten må være overholdt. Det samme står ikke i artikkel 12, men må altså gjelde uansett.
[719] Sak E-5/22 *Maitz* avsnitt 48.
[720] Se Kommisjonens påminnelse om lojalitetsplikten i meddelelse om defence and security specific exclusions avsnitt 3. Om artikkel 9 i direktiv 2014/24/EU, se Stalzer avsnitt 9.11 med videre henvisninger.

Ifølge artikkel 12 *bokstav a* gjelder ikke direktivet for kontrakter som (i) er omfattet av særlige prosedyreregler (ii) i henhold til en internasjonal avtale eller overenskomst mellom (iii) en eller flere medlemsstater og en eller flere tredjeland. Bestemmelsen minner om artikkel 15 bokstav a i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 9 nr. bokstav a og artikkel 17 nr. 1 bokstav a i direktiv 2014/24/EU.

Det første vilkåret om at avtalen må være omfattet av særlige prosedyreregler er behandlet rett ovenfor. Det andre vilkåret er at kontrakten må være omfattet av en internasjonal avtale eller overenskomst, og på dette punkt er bestemmelsen svært generisk. I motsetning til artikkel 15 i direktiv 2004/18/EF har artikkel 12 bokstav a ingen begrensninger med hensyn til avtalens eller overenskomstens gjenstand, og den gjelder derfor «any defence- or security-related issue».[721] Til forskjell fra artikkel 15 i direktiv 2004/18/EF omfatter artikkel 12 bokstav a også «overenskomster».[722] Det skal synliggjøre at bestemmelsen ikke er begrenset til internasjonale traktater ratifisert av nasjonale myndigheter, men at den også omfatter MoUer inngått på departementsnivå.[723] Slike er ikke nødvendigvis rettslig bindende på samme måte som en traktat.[724]

Det tredje vilkåret er at avtalen eller overenskomsten er inngått med en eller flere medlemsstater «og» en eller flere tredjeland. Unntaket gjelder dermed både bilaterale og multilaterale avtaler så lenge minst én part er et tredjeland. Norge er et tredjeland for EU, men i en EØS-kontekst må tredjeland forstås som land som ikke er part i EØS-avtalen.[725] Artikkel 12 bokstav a bekrefter at flere medlemsstater kan være parter til den internasjonale avtalen, og diskusjonen under klassisk direktiv om det bare kan delta én medlemsstat er derfor ikke aktuell for direktiv 2009/81/EF.[726] Unntaket gjelder derimot ikke for avtaler mellom bare medlemsstater, men slike avtaler kan være omfattet av andre unntaksregler i direktiver. Videre innebærer henvisningen til stater at unntaket kun gjelder avtaler eller overenskomster mellom stater, mens avtaler inngått med andre former for offentligrettslige rettssubjekter eller private rettssubjekter faller utenfor.[727]

Ifølge artikkel 12 *bokstav b* gjelder ikke direktivet kontrakter som er (i) omfattet av særlige prosedyre i henhold til (ii) en internasjonale avtale eller overenskomst som er inngått i forbindelse med troppestasjonering og som (iii) gjelder virksomhet i en medlemsstat eller tredjeland. Bestemmelsen minner om artikkel 15 bokstav b i direktiv 2004/18/EF, og som er videreført i artikkel 17 nr. 1 bokstav b i direktiv 2014/24/EU.

Det første vilkåret om at kontrakten må være omfattet av særlige prosedyreregler er behandlet rett ovenfor. Til det andre vilkåret har internasjonale avtaler eller overenskomst samme betydning som i bokstav a, men bokstav b er begrenset til avtaler om troppestasjonering. Siden bokstav a er generisk vil det i mange tilfeller konsumere bokstav b. Imidlertid kan det tredje vilkåret gjøre at unntaket får en selvstendig betydning. Unntaket er nemlig ikke begrenset til avtaler mellom medlemsstater og tredjeland, det omfatter også avtaler mellom medlemsstater. Det står i fortalens avsnitt 26 at visse

---

[721] Kommisjonens meddelelse om defence and security specific exclusions avsnitt 3.
[722] Artikkel 9 nr. 1 bokstav a til direktiv 2014/24/EU er betydelig utvidet sammenlignet med artikkel 15 i direktiv 2004/18/EF ved at det vises til «et juridisk dokument», og ikke bare «internasjonale avtaler».
[723] Kommisjonens meddelelse om defence and security specific exclusions avsnitt 3.
[724] Arrowsmith (2014) avsnitt 6-154.
[725] Heller ikke parter til GPA vil anses som et tredjeland, men det er ikke aktuelt for direktiv 2009/81/EF, jf. artikkel 25 i direktiv 2014/24/EU og avsnitt 18 til fortalen i direktiv 2009/81/EF.
[726] Arrowsmith (2014) avsnitt 6-154.
[727] Kommisjonens meddelelse om defence and security specific exclusions avsnitt 3.

avtaler om «stasjonering av tropper fra en medlemsstat i en annen medlemsstat eller i en tredjestat, eller stasjonering av tropper fra en tredjestat i en medlemsstat, bør også utelukke bruken av framgangsmåter for tildeling i henhold til dette direktiv». Det bekrefter at unntaket ikke er begrenset til stasjonering av tropper i tredjeland, men også gjelder stasjonering i EØS etter avtaler mellom medlemsstater.[728]

Ifølge artikkel 12 *bokstav c* gjelder ikke direktivet for kontrakter som er (i) omfattet av særlige prosedyreregler for en internasjonal organisasjon (ii) som gjør innkjøp til egne formål, (iii) eller kontrakter som en medlemsstat tildeler i overenstemmelse med disse reglene. Bestemmelsen minner om artikkel 15 bokstav c i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 9 nr. 1 bokstav b og artikkel 17 nr. 1 bokstav c i direktiv 2014/24/EU.

Vilkåret om særlige prosedyreregler er behandlet rett ovenfor, men i bokstav c er dette vilkåret knyttet til en internasjonale organisasjon, og ikke til en internasjonal avtale eller overenskomst. Begrepet internasjonal organisasjon er ikke definert i direktivet,[729] men det omfatter normalt permanente institusjoner med rettslig handleevne, som er etablert på grunnlag av stater eller mellomstatlige institusjoner, og som har egne organisasjonsregler og strukturer. Innen forsvar er NATO et nærliggende eksempel.[730] Det er antatt at unntaket bare gjelder om oppdragsgiver er medlem av den aktuelle organisasjonen, og at det omfatter organisasjoner som bare består av EØS-land.[731]

Til det andre vilkåret i bokstav c, følger det av fortalen avsnitt 26 at direktivet ikke bør «få anvendelse på kontrakter som tildeles av internasjonale organisasjoner for deres egne formål». Slike kontrakter faller uansett utenfor direktivets anvendelsesområde,[732] men formuleringen i bokstav c skal synliggjøre at dersom internasjonale organisasjoner gjør innkjøp på vegne av sine medlemmer eller tredjeparter, faller ikke det utenfor direktivet om den innkjøpet gjøres på vegne av er pliktsubjekt etter direktivet. Kommisjonen skriver at det kan være tilfellet om den internasjonale organisasjonen kun opptrer som mellommann, eller foretar rene videresalg til en medlemsstat.[733] Det understrekes samme sted at artikkel 11 forbyr medlemsstatene å bruke kjøp gjennom internasjonale organisasjoner til å omgå direktivets regler.

Ifølge det tredje vilkåret i bokstav c, som er alternativt til det andre vilkåret, gjelder direktivet heller ikke hvis en medlemsstat tildeler kontrakter i overensstemmelse med særlige prosedyreregler for en internasjonal organisasjon. Det vil kunne være tilfellet om en medlemsstat gjør innkjøp på vegne av en internasjonal organisasjon, eller hvis den mottar finansiell støtte fra den aktuelle organisasjonen til å gjøre innkjøpet.[734]

II. Gjennomføring

Artikkel 12 er gjennomført i FOSA § 1-3 (3) bokstav a til c. I veilederen til FOSA er unntaket behandlet i kapittel 7.7. Det er her lagt til grunn at spesifikke prosedyreregler krever et minimum av detaljer og prinsipper for tildelingen, og at unntaket ikke gjelder om avtaler mangler spesifikke

---

[728] Ibid.
[729] Stalzer (2021) avsnitt 9.16 med videre henvisninger.
[730] Kommisjonens meddelelse om defence and security specific exclusions avsnitt 3.
[731] Stalzer (2021) avsnitt 9.17 og 9.18.
[732] Avsnitt 22 til fortalen i direktiv 2014/24/EU.
[733] Kommisjonens meddelelse om defence and security specific exclusions avsnitt 3.
[734] Ibid.

anskaffelsesregler. Som eksempel på unntakets anvendelse nevnes anskaffelser gjennomført av NATO Support and Procurement Agency (NSPA), der det kan gjøres unntak etter 1-3 (3) b om det aktuelle materiellet skal anvendes innen rammene av Norges NATO-medlemskap.

I ARF § 34-2 er det beskrevet at anskaffelser omfattet av artikkel123 EØS kan gjennomføres gjennom internasjonale samarbeidsavtaler og organisasjoner. Det metodisk riktige vil være først å vurdere om anskaffelsen kan unntas etter direktivets regler, og hvis ikke må det vurderes om vilkårene for unntaket etter 123 EØS er oppfylt.

Anskaffelsesutvalget har foreslått å gjennomføre de tilsvarende direktivbestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser § 7-3.

III. Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å innføre artikkel 12 i lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 8-1.

9.3.4 Artikkel 13 – Særlige unntaksregler

I. Direktivet

Artikkel 13 har overskriften «særlige unntak», og den inneholder unntak fra direktivets anvendelsesområde. Unntaksregler skal tolkes strengt, men samtidig skal de ikke «fortolkes således, at undtagelsen fratages sin virkning».[735] Den nærmere fastleggelsen av unntaket må som ellers bero på bestemmelsens ordlyd, kontekst og formål, og også bestemmelser i andre direktiver kan være relevante i en systembasert tolkning.[736]

Artikkel 13 har noen likhetstrekk med artikkel 16 i direktiv 2004/18/EF, men den inneholder også spesifikke unntaksregler for forsvars- og sikkerhetssektoren, som dels har paralleller til artikkel 14 i direktiv 2004/18. I direktiv 2014/24/EU er det i artikkel 10 gitt særlige regler for tjenestekontrakter, som dels viderefører artikkel 16 i direktiv 2004/18/EF, mens artikkel 15 viderefører artikkel 14 i direktiv 2004/18, men hvor det også gjøres noen presiseringer. Disse artiklene behandles av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.7.5 og 24.11. I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er det foreslått endringer i artikkel 13 bokstav c og d.

Artikkel 13 *bokstav a* gjør unntak for kontrakter der anvendelsen av bestemmelsene i direktivet ville pålegge EØS-staten å gi fra seg opplysninger i strid med statens vesentlige sikkerhetsinteresser. Bestemmelsen minner om artikkel 14 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU. I motsetning til artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU henviser ikke artikkel 13 bokstav a til artikkel 346 nr. 1 bokstav a. Bestemmelsen er like fullt basert på traktatens sikkerhetsunntak,[737] og der direktivet sikrer en eksplisitt «link between non-disclosure of information and non-application of the Directive».[738]

I forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* skriver generaladvokat Kokott at muligheten for å gjøre unntak etter TEUV artikkel 346 nr. 1 bokstav a er konkretisert i sekundærretten dels ved artikkel 13 bokstav a i direktiv 2009/81 og dels i artikkel 14 i direktiv 2004/18 og artikkel 4

[735] Sak C-19/13 *Fastweb* avsnitt 40 med videre henvisninger.
[736] Sml. sak C-583/11 *Inuit* avsnitt 50.
[737] Jf. direktiv 2009/81/EF artikkel 2.
[738] Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt 8.

nr. 2 i direktiv 92/50/.[739] Den saken gjaldt de to sistnevnte bestemmelsene, men siden disse er uttrykk for det samme rettslig prinsipp som i artikkel 346 nr. 1 bokstav a mente hun at det var «hensigtsmæssigt at vurdere alle disse undtagelser under ét, hvorved den omfattende retspraksis vedrørende artikel 346, stk. 1, TEUF – navnlig vedrørende bestemmelsens litra b) – også kan anvendes som rettesnor for fortolkningen af artikel 4, stk. 2, i direktiv 92/50 og af artikel 14, i direktiv 2004/18.»[740] EU-domstolen har en tilsvarende tilnærming fordi den viser til artikkel 346 nr. 1 bokstav a ved anvendelsen av direktivets unntaksregler.[741]

I forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver generaladvokat Emiliou at «artikel 346, stk. 1, litra a), TEUF i relation til situationen i nærværende sag tilsyneladende ikke fastsætter yderligere (eller selvstændige) undtagelser» enn artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU.[742] Med henvisning til Kokotts forslag til avgjørelse i saken mot Østerrike mente Emiliou at direktivets unntak av hensyn til vesentlige sikkerhetsinteresser er en anvendelse av traktatens sikkerhetsunntak «inden for det område, der er omfattet af direktiv 2014/24».[743] Han fant derfor ikke grunn til å foreta en særskilt vurdering av artikkel 346 nr. 1 bokstav a for det samme følger av direktivets unntak. EU-domstolen har samme tilnærming, og flere steder viser den til at artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU må sammenholdes med artikkel 346 nr. 1 bokstav a.[744]

På samme måte som artikkel 15 i direktiv 2014/24, må artikkel 13 bokstav a tolkes i lys av artikkel 346 nr. 1 bokstav a.[745] I en EØS-kontekst må den tolkes i lys av artikkel 123 bokstav a, som skal tolkes på samme måte som artikkel 346 nr. 1 bokstav a.[746] Et spørsmål i forlengelsen av dette er om formuleringen i artikkel 13 bokstav a om at unntaket gjelder der medlemsstaten «anser at formidling av» opplysninger vil være i strid med dens grunnleggende sikkerhetsinteresser, innebærer at unntaket er begrenset til ivaretakelse av informasjonssikkerhet. Rettspraksis om tilsvarende unntak i klassisk sektor kan tilsi at bestemmelsen ikke er begrenset til ivaretakelse av informasjonssikkerhet, men at den på samme måte som sikkerhetsunntaket i primærretten muliggjør unntak når det vil være i strid med statens vesentlige sikkerhetsinteresser å følge direktivets krav (se tilsvarende drøftelse for artikkel 346 nr. 1 bokstav a ovenfor i 8.4.2).

I forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* skriver Kokott at både sikkerhetsunntakene i direktiv 92/50 og 2004/18 og sikkerhetsunntaket i artikkel 346 nr. 1 bokstav a TEUV er uttrykk for samme prinsipp. Det er at «medlemsstaterne med henblik på beskyttelsen af væsentlige nationale sikkerhedsinteresser har lov til at fravige de forpligtelser, der egentlig påhviler dem i henhold til EU-retten».[747] Hun forklarer at hvis en medlemsstat «nægter at udbyde eller på anden måde offentliggøre en offentlig kontrakt, forholder den i sidste instans den interesserede offentlighed relevante oplysninger om en forestående indkøbsprocedure.» Dermed fraviker den en EU-

[739] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 Kommisjonen mot Østerrike avsnitt 43.
[740] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 45.
[741] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 72, 77, 78 og 96.
[742] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 40.
[743] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 40 og fotnote 7.
[744] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 72, 74, 77, 117.
[745] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 42 som viser til artikkel 13 bokstav a.
[746] Se 8.4.3 ovenfor.
[747] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike avsnitt* 45.

rettslig opplysningsplikt som gjelder på anskaffelsesområdet «som omhandlet i artikel 346, stk. 1, litra a), TEUF».[748]

Poenget synes å være at direktivet ikke skal måtte følges om det vil være i strid med statens vesentlige sikkerhetsinteresser, men uten at det nødvendigvis må være begrenset til informasjonssikkerhet. I saken mot Østerrike var det ikke anført behov for hemmelighold,[749] men det var ikke til hinder for at direktivets unntak og artikkel 346 nr. 1 bokstav a kunne komme til anvendelse. Kokott forklarer at det tilkommer medlemsstaten å fastsette sine vesentlige sikkerhetsinteresser, og i den saken mente hun at det var «ubestrideligt, at alle de andre anførte synspunkter – officielle dokumenters ægthed og beskyttelse mod forfalskning, beskyttelse af sikkerhedsforanstaltningerne vedrørende deres fremstilling og sikring af forsyningssikkerheden – i al fald kan berøre væsentlige nationale sikkerhedsinteresser.»[750] Det kan tilsi at andre hensyn enn informasjonssikkerhet kan begrunne unntak etter direktivenes sikkerhetsunntak. Tilsvarende følger av dommen i saken, der EU-domstolen la til grunn at Østerrike hadde identifisert egne sikkerhetsinteresser, og hvor for eksempel forsyningssikkerhet drøftes som et relevant hensyn for unntak.[751]

I forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver Emiliou at begrepet sikkerhet i artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU og artikkel 346 TEUV tilsvarer begreper som den offentlige sikkerhet og den nasjonale sikkerheten andre steder i traktaten. I så fall omfatter begrepet sikkerhet langt mer enn informasjonssikkerhet, og det illustreres også av Emilious uttalelse om at «en række forhold såsom eksempelvis folkesundhed, miljøbeskyttelse, privatlivets fred, offentlig finansiering osv. eventuelt også kan give anledning til problemer for den offentlige sikkerhed, hvis de er systematiske af natur eller i stor skala».[752] Han skrev videre at «sikring af forsyningskontinuiteten af de dokumenter, der er nødvendige for, at statens administration kan fungere korrekt, udgør en af statens væsentlige sikkerhedsinteresser».[753] EU-domstolens avgjørelse i den saken synes å bekrefte at langt mer enn informasjonssikkerhet er omfattet av artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU, som altså skal sammenholdes med artikkel 346 TEUV (8.4.2 ovenfor). I dommen slås det kort fast at Polen hadde identifisert sine vesentlige sikkerhetsinteresser, og der forsyningssikkerhet drøftes som et relevant hensyn for unntak etter disse bestemmelsene.[754]

Artikkel 13 bokstav a har betydelige likhetstrekk med artikkel 4 nr. 2 i direktiv 92/50, artikkel 14 i direktiv 2004/18 og artikkel 15 i direktiv 2014/24. Det virker nærliggende at bestemmelsen vil bli tolket på samme måte som i sakene mot Østerrike og Polen. Det underbygges også av at Kokott synes å sidestille artikkel 13 bokstav a i direktiv 2009/81 med unntaksreglene i klassisk sektor og artikkel 346 nr. 1 bokstav a.[755] Dermed bør artikkel 13 bokstav a forstås som et unntak fra direktivet når det er nødvendig av hensyn til statens vesentlige sikkerhetsinteresser. Begrepet vesentlige sikkerhetsinteresser må forstås på samme måte som artikkel 346 TEUV og artikkel 123 EØS, og

[748] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 42.
[749] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 41.
[750] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 51.
[751] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 80 og 87.
[752] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 57.
[753] Forslag til avgjørelse i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 73.
[754] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 83 og 85 flg.
[755] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 43.

omhandler mer enn informasjonssikkerhet.[756] Det bekreftes i avsnitt 1 til fortalen at «nasjonal sikkerhet er hver enkelt medlemsstats eneansvar, både på forsvars- og sikkerhetsområdet».

Det er imidlertid ikke nok at medlemsstatene gjør gjeldende vesentlige sikkerhetsinteresser for at unntaket skal gjelde. Oppdragsgiver må også sannsynliggjøre at det er nødvendig å gjøre unntak, og det ligger i dette at den må bevise «at behovet for at beskytte sådanne interesser ikke kunne være blevet opfyldt inden for rammerne af en udbudsprocedure» i henhold til direktivet.[757]

Direktiv 2009/81 er særlig tilpasset forsvars- og sikkerhetsområdet, og vedtakelsen av direktivet skal begrense behovet for å gjøre unntak etter artikkel 346, og direktivets tilpasninger begrenser også behovet for å gjøre unntak på grunn av vesentlige sikkerhetsinteresser etter artikkel 13 bokstav a. Samtidig følger det av avsnitt 27 til direktivets fortale at enkelte kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområde er så sensitive at det ikke vil være hensiktsmessig å anvende direktivet. Som eksempler nevnes «særlig følsomme innkjøp som krever en ekstremt høy grad av fortrolighet, for eksempel visse innkjøp beregnet på grensevern eller bekjempelse av terrorisme eller organisert kriminalitet, innkjøp knyttet til kryptering eller innkjøp for hemmelige aktiviteter eller andre like følsomme aktiviteter utført av politi- og sikkerhetsstyrker.» For øvrig vises det til gjennomgangen av artikkel 346 TEUV og artikkel 123 EØS i 8.4 ovenfor som vil gjelde tilsvarende for artikkel 13 bokstav a.

Ifølge artikkel 13 *bokstav b* gjelder ikke direktivet «kontrakter for etterretningsformål», eller «med henblik på efterretningsvirksomhed/ for the purposes of intelligence activities» som det står i henholdsvis dansk og engelsk språkversjon.[758] Det står i fortalen avsnitt 27 at noen kontrakter er så følsomme at det vil være uhensiktsmessig å anvende direktivet, og at det kan være «tilfellet for innkjøp foretatt av etterretningstjenestene eller innkjøp for alle typer etterretningsvirksomheter, herunder kontraspionasjevirksomhet, som definert av medlemsstatene.» Det forklarer at unntaket er basert på en presumsjon om at kontrakter til etterretningsformål per definisjon er for sensitive til at direktivet bør gjelde.

Samtidig er ikke alle kjøp i forbindelse med etterretningsvirksomhet så sensitive at det begrunner unntak fra direktivet. Ordlydens formulering om at unntaket gjelder *etterretningsaktiviteter* viser at det ikke er tale om et generelt unntak.[759] Det er bare forsvars- og sikkerhetsanskaffelser til bruk i egentlig etterretningsvirksomhet som omfattes, men uten at direktivet har noen definisjon av som utgjør slik virksomhet. Kommisjonen forklarer at det ikke finnes noen omforent definisjon av etterretningsvirksomhet, og at det varierer mellom statene. Den skriver at:

> «The definition of the scope of Article 13(b) takes this diversity into account and covers purchases for the purpose of all types of intelligence activities, no matter whether the service or the agency concerned is in charge of a specific intelligence function (military, security,

[756] Se kapittel 8.3.2 og 8.4.2 ovenfor.
[757] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 78 til 79, Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt 10.
[758] Unntaket er behandlet av Arrowmsith (2018) kapittel 15-103, Trybus (2014) kapittel 4.3.2.2, Steinicke (2018) kapittel 13.2.
[759] Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt 12.

criminal or external intelligence) or specialised in the collection of information from certain sources (e.g. imagery or signals intelligence)».[760]

Kontrakter som ikke er knyttet til etterretningsvirksomhet faller utenfor bokstav b, men andre tilsvarende sensitive kontrakter kan unntas etter artikkel 13 bokstav a, som er et uttrykk for sikkerhetsunntaket i henholdsvis TEUV og EØS. Det bekreftes i fortalens avsnitt 27, som eksemplifiserer en rekke andre sensitive områder enn etterretningsvirksomhet, og som kan unntas etter bokstav a.

Ifølge artikkel 13 *bokstav c* gjelder ikke direktivet for kontrakter tildelt innenfor rammene av «et samarbeidsprogram basert på forskning og utvikling og utført i fellesskap av minst to medlemsstater for utvikling av et nytt produkt og, der det er relevant, for de senere fasene i hele eller deler av dette produktets livssyklus.»[761]

Forsvars- og utviklingskontrakter spiller en stor rolle innen forsvarssektoren (se også 10.4 nedenfor),[762] men i grønnboken fra 2003 skrev Kommisjonen at «det europæiske samarbejde om forsvarsrelateret forskning er begrænset og svagt funderet».[763] I avsnitt 28 til fortalen i direktivet står det at samarbeidsprogrammer «er særlig viktige fordi de hjelper til med å utvikle ny teknologi og tar de store kostnadene ved forskning og utvikling av komplekse våpensystemer.»

Ifølge bokstav c gjelder unntaket for forskning og utviklingen av et *nytt* produkt, slik at hylleleveranser faller utenfor selv om det skal gjøres tilpasninger.[764] Det følger også av definisjonen av forskning og utvikling i artikkel 1 nr. 27.[765] Ifølge den definisjonen omfattes «alle aktiviteter som omfatter grunnforskning, anvendt forskning og eksperimentell utvikling». I avsnitt 13 i fortalen står det at grunnforskning består av eksperimentelt eller teoretisk arbeid som i hovedsak utføres med sikte på tilegnelse av ny kunnskap uten henblikk på direkte praktisk anvendelse. Det er forklart at anvendt forskning består av originalt arbeid som utføres med sikte på tilegnelse av ny kunnskap, men som i hovedsak er rettet mot et bestemt sluttprodukt eller mål. Med eksperimentell utvikling menes arbeid basert på eksisterende kunnskap med sikte på å starte framstilling av nye materialer, produkter, innretninger mv.

I Kommisjonens meddele om forskning og utvikling står det at med hensyn til «Technology Readiness Levels (TRL)» vil forskning og utvikling typisk omfatte «basic technology research (TRL 1), research to prove feasibility (TRL 2/3), technology development (TRL 3-5) and technology demonstration (TRL 5/6)».[766] I fortalen står det at blant annet produksjon faller utenfor begrepet forskning- og utvikling. Det kan likevel inngå i artikkel 13 bokstav c som også omfatter «de senere fasene i hele eller deler av dette produktets livssyklus», men det forutsetter at det først har vært en forsknings- og

[760] Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt 12, Kommisjonens meddelelse Research and Development avsnitt 4.
[761] Unntaket er behandlet av Arrowsmith (2018) kapittel 15-104, Trybus (2014) kapittel 4.3.2.3, Steinicke (2018) kapittel 13.3.
[762] Avsnitt 55 til fortalen til direktiv 2009/8/EF.
[763] KOM (2003) 113 avsnitt 2.4.
[764] Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt 15, Arrowsmith (2018) kapittel 15-105.
[765] Kommisjonens meddelelse Research and Development punkt 2.
[766] Ibid avsnitt 6.

utviklingsfase.[767] Dette skiller bokstav c fra artikkel 13 bokstav j og artikkel 28 nr. 2, som bare gjelder forsknings- og utviklingsfasen.

Det er et vilkår for anvendelsen av bokstav c at kontrakt tildeles «innenfor rammen av et samarbeidsprogram» utført i fellesskap av minst to medlemsstater (se også 7.2.7 ovenfor). Eventuelle innkjøp utenfor et slikt program er ikke omfattet av unntaket selv om medlemsstaten skulle være med i forsknings- og utviklingsløpet.[768] Samarbeidsprogrammet må bestå av minst to medlemsstater, men det er ingen avgrensing mot deltakelse fra tredjeland.[769] I en EØS-rettslig kontekst må medlemsstat forstås som en EØS-stat. I fortalen avsnitt 28 nevnes programmer av «internasjonale organisasjoner, som OCCAR (Organisation conjointe de coopération en matière d'armement) og NATO (via særskilte byråer), eller av unionens byråer, for eksempel Det europeiske forsvarsbyrå, som så tildeler kontrakter på vegne av medlemsstatene.» Det står at også andre samarbeidsprogrammer kan være omfattet der kontrakt tildeles «av oppdragsgivere/offentlige oppdragsgivere i en medlemsstat på vegne av en eller flere andre medlemsstater.»

Det står i bokstav c at samarbeidsprogrammet må være «utført i fellesskap» av minst to medlemsstater. Kommisjonen skriver at dette innebærer at det må være tale om et reelt samarbeid, der deltakelse «means more than just the purchase of the equipment, but includes in particular the proportional sharing of technical and financial risks and opportunities, participation in the management of and the decision-making on the programme.»[770] For å sikre kontroll med dette står det i bokstav c at ved inngåelsen av et slikt samarbeid skal Kommisjonen notifiseres om samarbeidet utelukkende er mellom medlemsstater. I en EØS-kontekst innebærer protokoll 1 at notifikasjon skal skje til ESA, og hvilken informasjon som skal inngå i notifikasjonen fremgår av bokstav c.[771]

I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er artikkel 13 bokstav c foreslått endret (2.6 og 7.2.7 ovenfor). Unntaket er foreslått utvidet til også omfatte en vesentlig oppgradering eller forbedringer av eksisterende produkter, og det er foreslått at FoU-programmer som reguleres og finansieres av EU skal regnes som et samarbeidsprogram mellom medlemsstater.

Ifølge artikkel 13 *bokstav d* gjelder ikke direktivet for «kontrakter tildelt i en tredjestat, herunder for sivile innkjøp, som gjennomføres når styrker er utstasjonert utenfor unionens territorium, og der operasjonelle behov krever at de inngås med markedsdeltakere i området der operasjonen gjennomføres». I Kommisjonens endringsforslag står det at samme skal gjelde ved trening i tredjeland.

Mens artikkel 12 bokstav b gjelder kontrakter om stasjonering av tropper på grunnlag av særlige saksbehandlingsregler i en internasjonal avtale eller overenskomst, er artikkel 13 bokstav d skreddersydd for krisehåndtering utenfor EU. Bestemmelsen er ment å gjelde der styrkene til en EØS-stat er midlertid utstasjonert utenfor EØS for spesifikke oppdrag, som både kan være militære og sivile.[772] Et nærliggende eksempel er fredsbevarende operasjoner og lignende i tredjeland.

---

[767] Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt 15.
[768] Ibid.
[769] Ibid. avsnitt 16. Hvis det ikke deltar minst to medlemsstater må eventuelle samarbeidsprogram med tredjeland vurderes etter artikkel 12 a, jf.
[770] Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt 16.
[771] Se også Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt 17.
[772] Avsnitt 29 til fortalen og Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt 19.

Det står i avsnitt 29 til fortalen at unntaket gjelder for oppdragsgivere «som er stasjonert i operasjonsområdet», altså utstasjonert personell.[773] Kontrakt kan på nærmere vilkår inngås med «markedsdeltakere i området der operasjonen gjennomføres». Med operasjonsområde menes både tredjelandet der operasjonen foregår, og «third countries in the surrounding geographic zone».[774] Det skal gjenspeile at det ved slike operasjoner kan være vanskelig å finne leverandører i landet som er rammet av krise eller konflikt, og hvor det kan være nødvendig å henvende seg til leverandører som holder til i et annet land i den aktuelle regionen. At leverandøren skal være «located in the the area of operations» er et geografisk kriterium, og som ikke inneholder noen avgrensning mot eierskap. Det kan derfor tildeles kontrakt til for eksempel datterselskapet av et selskap hjemmehørende i EØS, men hvis det i realiteten er morselskapet som skal utføre kontrakten kan artikkel 11 tilsi at unntaket ikke er anvendelig.[775]

I sak E-8/19 *Scanteam* ble artikkel 13 bokstav d tatt til inntekt for at anskaffelsesreglene kan komme til anvendelse i tredjeland om det ikke er gjort unntak i direktivene.[776] EFTA-domstolen uttalte at innkjøp som skjer utenfor EØS-territoriet er omfattet av EØS-avtalen om det har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS. Det vil være tilfellet om anskaffelsen har en direkte virkning på hvordan det indre marked fungerer. Et eksempel på det kan være om leverandøren er hjemmehørende i EØS, men i så fall er artikkel 13 bokstav d uansett ikke anvendelig. Det må antas at i en del tilfeller vil ikke tildeling av kontrakter til lokale leverandører i tredjestater ha en tilstrekkelig nær tilknytning til EØS at direktivet kommer til anvendelse. Likevel utgjør artikkel 13 bokstav d en klargjøring av at direktivet ikke må følges så lenge vilkårene for unntak er oppfylt.

Det er et vilkår for anvendelsen av bokstav d at det er operasjonelle behov som gjør det nødvendig å tildele kontrakt til en operatør hjemmehørende i operasjonsområdet. Begrepet operasjonelle behov er ikke nærmere definert, men vilkåret innebærer at det må være den aktuelle operasjonen som gjør det nødvendig å inngå kontrakt. Det kan for eksempel være tilfellet om «the award of contracts to EU suppliers would overstretch supply lines and imply disproportional transportation costs and delays, or when the involvement of EU suppliers would require additional security measures which weaken the military capabilities of the troops on the ground.»[777]

Hvis vilkårene for unntak er oppfylt, følger det av bokstav d at unntaket også omfatter *sivile innkjøp*. Dette begrepet er definert i artikkel 1 nr. 28 som «kontrakter som ikke er underlagt artikkel 2, som omfatter innkjøp av ikke-militære produkter, bygge- og anleggsarbeider eller tjenester for logistikkformål». Dette er innkjøp som uansett faller utenfor direktivet, men det er antatt at meningen med denne delen av bestemmelsen er at utstasjonerte tropper er fritatt også fra øvrige innkjøpsdirektiver, slik at troppene for eksempel kan kjøpe lokal mat uten å følge anskaffelsesreglene. Dette følger av for eksempel artikkel 15 i direktiv 2014/24/EU, der det står at direktivet ikke gjelder kontrakter unntatt etter blant annet artikkel 13 i direktiv 2009/81/EF.[778]

Ifølge artikkel 13 *bokstav e* gjelder ikke direktivet for «tjenestekontrakter for anskaffelse eller leie, uansett finansieringsordninger, av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om

[773] Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt 20.
[774] Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt 23.
[775] Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt 23.
[776] Sak E-8/19 *Scanteam* avsnitt 64.
[777] Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt avsnitt 22.
[778] Arrowsmith (2018) avsnitt 15-108 og Steinicke (2018) kapittel 13.4.

rettigheter til slik eiendom». Det står i fortalens avsnitt 31 at «i forbindelse med tjenesteyting er kontrakter om erverv eller leie av fast eiendom eller rettigheter til slik eiendom av en slik art at det ikke er hensiktsmessig å anvende innkjøpsregler på dem». Bestemmelsen tilsvarer artikkel 16 bokstav a i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 10 bokstav a i direktiv 2014/24/EU. Dette unntaket er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.7.5.1.

Ifølge artikkel 13 *bokstav f* gjelder ikke direktivet for kontrakter som en regjering tildeler en annen regjering og som er knyttet til varer og tjenester beskrevet i punktene i til iii. Dette er et forsvars- og sikkerhetsspesifikt unntak av stor praktisk betydning, og som også benevnes som «government to government» («G2G») fordi det gjelder handel mellom statenes offentlige myndigheter.[779] I avsnitt 30 til fortalen står det at på grunn av «forsvars- og sikkerhetssektorens spesifikke karakter bør en regjerings innkjøp av utstyr, bygge- og anleggsarbeider og tjenester fra en annen regjering ikke omfattes av dette direktivs virkeområde».

Begrepet offentlig myndighet er definert i artikkel 1 nr. 9 til statlig, regional eller lokal offentlig myndighet i en medlemsstat eller i en tredjestat. Det ligger i dette at kontrakten må sluttes av eller på vegne av offentlige myndigheter, mens kontrakter sluttet av for eksempel offentligrettslige organer eller offentlige foretak ikke omfattes av unntaket i bokstav f.[780]

Unntaket i bokstav f gjelder for (i) levering av militært utstyr eller følsomt utstyr, (ii) bygge- og anleggskontrakter eller tjenester direkte knyttet til slikt utstyr, eller (iii) bygge- og anleggskontrakter eller tjenestekontrakter som er til spesifikke militære formål eller følsomme bygge- og anleggsarbeider eller tjenestekontrakter. De ulike typene kontrakter sammenfaller med artikkel 2 (9.2.3 og 9.2.4 ovenfor). Unntaket gjelder bare avtalen mellom myndighetene, men ikke for relaterte kontrakter som partene slutter for å oppfylle avtalen.[781] Hvis for eksempel selgerstaten er en EØS-stat og skal oppfylle kontrakten med en annen stat ved å kjøpe varere eller tjenester fra en markedsaktør, må direktivene følges.[782]

I 2016 avga Kommisjonen en meddelelse om anvendelsen av artikkel 13 bokstav f.[783] Her står det at unntaket i perioden 2005 til 2013 utgjorde om lag 9 % av det EU-land brukte på forsvarskjøp, og at meddelelsen skal bidra til å sikre at unntaket tolkes strengt og ikke brukes til å omgå direktivets regler. Det gis anvisning på nokså strenge saksbehandlingsregler, og da særlig at medlemsstaten gjør en markedsanalyse i forkant for å avgjøre om G2G er den eneste eller beste løsningen for å møte oppdragsgivers behov. Det anbefales også at oppdragsgiver publiserer en intensjonskunngjøring før kontraktsinngåelse med annen stat.

Selv om det foreligger objektive grunner for å anvende unntaket etter artikkel 13 bokstav f, mener Kommisjonen at det ikke i seg selv kan begrunne gjenkjøpsforpliktelser i en avtale med en annen stat (4.6.5 og 8.5.2 ovenfor). Den skriver at selv om G2G er unntatt direktivet, må «possible offset

---

[779] Se Kommisjonens Guidance on the award of government-to-government contracts in the fields of defence and security (Article 13(f) of Directive 2009/81/EC, 2016/C 450/01, Arrowsmith (2018) avsnitt 15-109. Trybus mener slike kontrakter uansett faller utenfor markedsreglene og at unntaket sånn sett er overflødig.

[780] Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt 25.

[781] Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt 26.

[782] Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt 26.

[783] 2016/C 450/01.

requirements related to such sales would have to be justified separately as necessary for the protection of the essential interests of the purchasing Member State».[784]

Ifølge artikkel 13 *bokstav g* gjelder ikke direktivet for voldgifts- eller meglingstjenester. Det står i fortalens avsnitt 32 at «voldgifts- og meglingstjenester ytes vanligvis av organer eller personer som er utpekt eller utvalgt på en slik måte at de ikke kan omfattes av innkjøpsregler.» Unntaket tilsvarer artikkel 16 bokstav c i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 10 bokstav c i direktiv 2014/24/EF. Unntaket er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.7.5.3.

Ifølge artikkel 13 *bokstav h* gjelder ikke direktivet for finansielle tjenester, unntatt forsikringstjenester. Det står i avsnitt 33 til fortalen at «finansielle tjenester ytes også av personer eller organer under forhold som ikke er forenlige med anvendelsen av innkjøpsregler». Bestemmelsen tilsvarer artikkel 16 bokstav d i direktiv 2004/18, som har en noe mer omfattende utforming, og som ikke nevner forsikringstjenester, men det var ifølge vedlegg II A en prioritert tjeneste som dermed var omfattet av direktivet. Artikkel 10 bokstav e i direktiv 2014/24/EU viderefører unntaket for finansielle tjenester, og i bokstav f er lån tilføyd som et eget unntak, men som tidligere var omfattet av unntaket for finansielle tjenester.[785] Unntakene er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.7.5.5 og 24.7.5.6.

Ifølge artikkel 13 *bokstav i* gjelder ikke direktivet for arbeidsavtaler. Det tilsvarer artikkel 16 bokstav e i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 10 bokstav g i direktiv 2014/24/EU. Det unntaket er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.7.5.7.

Ifølge artikkel 13 *bokstav j* gjelder ikke direktivet for «forsknings- og utviklingstjenester».[786] Det tilsvarer artikkel 16 bokstav f i direktiv 2004/18/EF, men der direktiv 2014/24/EU artikkel 14 har en noe annen utforming. Her står det at direktivet bare finner anvendelse på FoU-tjenester med nærmere angitte CPV-koder, så lenge (a) utbyttet utelukkende tilhører oppdragsgiver til bruk i dens virksomhet og (b) tjenesten betales fullt ut av oppdragsgiver. Endringen i 2014-direktivet virker redaksjonell, og endrer ikke bestemmelsens materielle innhold.

Det følger av bokstav j at hvis utbyttet utelukkende tilkommer oppdragsgiver til bruk i sin egen virksomhet, og fullt ut finansieres av oppdragsgiver, vil direktivet likevel gjelde. Med utbytte menes blant annet «intellectual Property Rights and all rights to use and/or disclose foreground and (embedded) background information related to the findings of the research conducted under the contract in question». For FoU-tjenester som omfattes av direktivet er det imidlertid gjort unntak fra kunngjøringsplikt i artikkel 28 nr. 2 bokstav a, mens unntaket i artikkel 28 nr. 2 bokstav b gjelder varer.[787]

Det står i fortalen avsnitt 55 at «stimulering av forskning og utvikling er viktig for å styrke den europeiske forsvarsteknologiske og industrielle base». I fortalen avsnitt 34 vises det til målet i artikkel 163 TEUV om å fremme forskning og utvikling i EU, og der «fri adgang til tjenestekontrakter bidrar til å nå dette målet». Det heter at direktivet derfor ikke bør omfatte samfinansiering av forsknings- og utviklingsprogrammer. I Kommisjonens meddelelse er det forklart at meningen har vært å unnta

[784] Kommisjonens meddelelse Offsets avsnitt 23 til 24.
[785] Arrowsmith (2014) s. 420.
[786] Kommisjonens meddelelse Research and Development avsnitt 3.2.
[787] Kommisjonens meddelelse Research and Development avsnitt 9.

«service contracts awarded for cofinanced research and development activities where the contracting authority/entity and the contractor share costs and/or benefits».[788]

Bokstav j gjelder bare *tjenester.* I artikkel 37 EØS står det at tjenester menes ytelser som vanligvis ytes mot betaling og som ikke er varer, og i artikkel 1 nr. 5 står det at tjenester er «andre kontrakter enn bygge- og anleggskontrakter eller varekontrakter, om yting av tjenester». Hvis den største verdien er knyttet til en vare, for eksempel utvikling av en demonstrasjonsmodell, vil ikke artikkel 13 bokstav j gjelde, men det kan være unntak fra kunngjøringsplikt i artikkel 28 nr. 2 bokstav b. Ved beregningen av verdien av de ulike delene må oppdragsgiver følge artikkel 9 om verdianslag.

Forskning- og utvikling er definert i artikkel 1 nr. 27, som er forklart ovenfor i forbindelse med artikkel 13 bokstav c. Det står i fortalen avsnitt 13 at forskning og utvikling ikke omfatter «forproduksjonsfasens utforming og kvalifisering av prototyper, verktøy og industriteknikk, industridesign eller produksjon». Alle etterfølgende faser til forskning og utvikling vil omfattes av direktivet, med mindre det omfattes av artikkel 13 bokstav c.[789] Hvis FoU-tjenester skal følges opp med for eksempel industrialisering av produktet, må kontrakt tildeles etter de vanlige prosedyrene i direktivet, og det skal bidra til konkurranse om forskning- og utvikling til fordel for europeisk forsvarsindustri.[790] Det kan skje ved at oppdragsgiver utlyser en kombinert kontrakt fra begynnelsen av som både omfatter forskning og utvikling og alle etterfølgende faser.[791]

Artikkel 16 bokstav b i direktiv 2004/18/EF gjorde unntak for radio- og TV-selskaps innkjøp av programmateriale. Bestemmelsen er videreført med mindre endringer i artikkel 10 bokstav b i direktiv 2014/24/EU. Et tilsvarende unntak finnes ikke i direktiv 2009/81/EF, og det er ikke gitt noen nærmere forklaring for det, men det kan muligens skyldes at det virker lite aktuelt at anskaffelser av programmer til kringskasting vil kunne omfattes av direktivet etter artikkel 2.

Artikkel 14 i direktiv 2004/18/EF gjorde unntak for kontrakter på telekommunikasjonsområdet, og som er videreført i artikkel 8 i direktiv 2014/24/EU og artikkel 11 i direktiv 2014/23/EU, mens det ikke finnes et tilsvarende unntak i direktiv 2014/25/EU. Heller ikke direktiv 2009/81/EF har unntak for slike kontrakter, uten at det synes nærmere forklart, men det kan igjen ha sammenheng med at kontrakter omfattet av unntaket er mindre aktuelt for forsvars- og sikkerhetsområdet.

I direktiv 2014/24/EU artikkel 10 er det tilføyd noen unntak som ikke fulgte av 2004/18/EF. Det gjelder en del juridiske tjenester etter bokstav d, som ikke er unntatt direktiv 2009/81/EF, men som utgjør en uprioritert tjeneste i henhold til bilag II og som reguleres av artikkel 16 (se 12.9 nedenfor).

Artikkel 10 bokstav h i direktiv 2014/24/EU unntar en del sivilforsvarstjenester, beredskapstjenester og tjenester til skadeforebygging, særlig brann og redning, som tildeles ikke-kommersielle aktører.[792] Tilsvarende følger ikke av direktiv 2009/81/EF, og slike kontrakter vil derfor i prinsippet kunne være omfattet av direktiv 2009/81/EF, der for eksempel CPV-kode 75222000-8 er en prioritert tjeneste etter bilag I kategori 4, men for øvrig vil en del av kontraktene i artikkel 10 bokstav h kunne være en uprioritert tjeneste etter bilag II i direktiv 2009/81/EF, jf. artikkel 16 (se 12.9 nedenfor).[793]

---

[788] Kommisjonens meddelelse Research and Development avsnitt 9.

[789] Kommisjonens meddelelse Research and Development avsnitt 4 og 7.

[790] Avsnitt 55 i fortalen til direktiv 2009/81/EF, Kommisjonens meddelelse Research and Development avsnitt 2.

[791] Kommisjonens meddelelse Research and Development avsnitt 7 og punkt 3.3.

[792] Avsnitt 28 i fortalen til direktiv 2014/24/EU.

[793] Jf. kategori 26 andre tjenester, se også sak C-113/13 *Spezzino*, sak C-50/14 *CASTA,* sak C-456/17 *Falck.*

Ifølge artikkel 10 bokstav j i direktiv 2014/24/EU faller offentlig persontransport med jernbane eller metro utenfor direktivet, men det er bare en presisering av rettstilstanden for slike kontrakter reguleres av forordning 1370/2007 om kollektivtransport.[794] Etter artikkel 10 bokstav j faller politiske kampanjetjenester med angitte CPV-koder utenfor, men i en norsk kontekst synes dette unntaket å ha liten realitet, for som regel er ikke politiske partier pliktsubjekter under direktivet.[795]

II. Gjennomføring

Artikkel 13 er gjennomført i FOSA § 1-3 (2). I ARF § 30-2 er det forklart at unntaksreglene i FOSA § 1-3 må påberopes i hvert enkelt tilfelle og begrunnes konkret. Anskaffelsesmyndighetene skal dokumentere i protokollen at vilkårene for unntak er oppfylt.

Artikkel 13 *bokstav a* er ikke gjennomført direktivnært. I FOSA artikkel 1-3 (2) bokstav a står det at forskriften ikke gjelder for kontrakter som kan unntas etter EØS-avtalens artikkel 123. Det er i samsvar med lesingen av EU-domstolens praksis om sikkerhetsunntaket i klassisk sektor forklart ovenfor, som kan tilsi at direktivenes sikkerhetsunntak er uttrykk for artikkel 346 nr. 1 bokstav a på anskaffelsesrettens område. Det samme gjelder artikkel 13 bokstav a i direktiv 2009/81/EF, og som i en EØS-kontekst bør forstås som et uttrykk for artikkel 123 bokstav a.[796]

Artikkel 13 *bokstav b* er gjennomført i FOSA § 1-3 (2) bokstav j, som unntar kontrakter som «faller innunder etterretningsvirksomhet». I veilederen til FOSA legges det i punkt 7.6 til grunn at etterretningsvirksomhet kan gjøres både for sivile og militære formål, men at anskaffelsen må være til etterretningsformål. Hvis oppdragsgiver anskaffer helt alminnelige varer som ikke er til etterretningsformål, står det at forskriften gjelder.

Artikkel 13 *bokstav c* er gjennomført i FOSA § 1-3 (2) bokstav c, og hvor det i tråd med EØS-avtalen protokoll 1 vises til ESA når det gjelder kravet om notifikasjon. Unntaket er behandlet i veilederen til FOSA kapittel 7.3, og der det presiseres at fremstillingen «i stor grad bygger på fortolkningsnotatene til EU-kommisjon i mangel av øvrige rettskilder».

Artikkel 13 *bokstav d* er gjennomført i FOSA § 1-3 (2) bokstav i. Unntaket er nærmere beskrevet i veilederen punkt 7.5, og også den fremstillingen synes å være basert på Kommisjonens meddelelse.

Artikkel 13 *bokstav e* er gjennomført i FOSA § 1-3 (2) bokstav b. Bestemmelsen har ingen særskilt omtale i veilederen til FOSA.

Artikkel 13 *bokstav f* er gjennomført i FOSA § 1-3 (2) bokstav h hvor det står at forskriften ikke gjelder for kontrakter «som en stat tildeler en annen stat». Unntaket ble anvendt av Kofa i sak 2019-931, som gjaldt kjøp av droner fra FMS-programmet. Unntaket er beskrevet nærmere i veilederen kapittel 7.4, og hvor det står at «i fortalen til forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet uttrykkes det således at nasjonale sikkerhetshensyn kan begrunne at varer, tjenester og lignende anskaffes direkte fra en annen stat i stedet for at anskaffelsesregelverket anvendes. Dette må i så fall vurderes konkret.». Det er uklart om det her menes at unntak må kunne begrunnes i nasjonale sikkerhetshensyn, noe som hverken kreves av ordlyden eller av formuleringer i fortalen. I Kommisjonens veileder om forsvars- og sikkerhetsspesifikke unntak står det at slike kontrakter «can be awarded for a broad range of very

[794] Avsnitt 27 til fortalen i direktiv 2014/24/EU.
[795] Avsnitt 29 i fortalen til direktiv 2014/24/EU.
[796] Se kapittel 8.4.3 ovenfor.

different purchases», mens det i den spesifikke veiledere om G2G-unntaket står at «defence and security procurement is influenced by national security».[797]

Artikkel 13 *bokstav g* er gjennomført i FOSA § 1-3 (2) bokstav d. Artikkel 13 *bokstav h* er gjennomført i FOSA § 1-3 (2) bokstav e, og artikkel 13 *bokstav i* er gjennomført i FOSA § 1-3 (2) bokstav f. Artikkel 13 *bokstav j* er gjennomført i FOSA § 1-3 (2) bokstav g. Dette er ikke forsvars- og sikkerhetsspesifikke unntak, og ingen av dem er særskilt behandlet i veilederen til FOSA.

FOSA § 1-3 (2) *bokstav k* er angitte kontrakter om offentlige telenett unntatt. Tilsvarende følger av artikkel 14 i direktiv 2004/18/EF, og artikkel 8 i direktiv 2014/24/EU, men ikke av direktiv 2009/81/EF. FOSA § 1-3 (2) bokstav m har også unntak for offentlig myndighetsutøvelse etter artikkel 32 EØS, og det er et utslag av at spesifikke unntak i EØS-avtalens hoveddel kan påberopes også for direktivanskaffelser.[798]

En del av unntaksbestemmelsene i artikkel 13 er som nevnt særegne for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, og gjenfinnes derfor ikke i direktiv 2014/24/EU. Artikkel 13 bokstav e og g til j er derimot unntaksbestemmelser som har sin parallell i direktiv 2024/14/EU. Anskaffelsesutvalget har foreslått å gjennomføre disse bestemmelsene i lov om offentlige anskaffelser § 7-4 (Unntak for visse tjenestekontrakter) og § 9-4 (FoU-kontrakter).

III. Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 13 a til d og f i lov om forsvars- og sikkerhetsinteresser § 8-2 og artikkel 13 bokstav e, g, h og i foreslås innført i lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 8-3. Artikkel 13 bokstav c og j foreslås innført i et eget kapittel om FoU-kontrakter og i henholdsvis § 9-2 og § 9-3.

9.3.5 Utvidet egenregi, offentligrettslig samarbeid og kompetanseoverføring

I. Direktivet

Direktiv 2009/81/EF har ikke regler om utvidet egenregi, offentligrettslig samarbeid eller kompetanseoverføringer. I direktiv 2014/24/EU står det derimot i artikkel 1 nr. 6 at direktivet ikke gjelder for kompetanseoverføring, mens det i artikkel 12 er gjort unntak for utvidet egenregi og offentligrettslig samarbeid. Sistnevnte bestemmelse er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.8.

Utgangspunktet er at innkjøpsdirektivene ikke gjelder der oppdragiver yter varer og tjenester i *egenregi*. EU-domstolen har slått fast at «det står de offentlige myndigheder frit for at beslutte at benytte eller ikke benytte en kontrakt til udførelsen af de opgaver, som påhviler dem med hensyn til imødekommelse af almenhedens behov».[799] Det er først når det inngås en gjensidig bebyrdende kontrakt at regelverket kommer til anvendelse.

I sak C-107/98 *Teckal* etablerte EU-domstolen vilkårene for *utvidet* egenregi. Det ble slått fast at det ikke inngås en gjensidig bebyrdende kontrakt om innkjøpet skjer fra en leverandør som oppdragsgiver har underkastet «en kontrol, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og den

[797] Kommisjonens meddelelse defence and security specific exclusions avsnitt 25,2016/C 450/01 punkt 2.
[798] Sak E-4/22 *Stendi* avsnitt 48 flg.
[799] Sak C-51/15 *Remondis* avsnitt 39.

pågældende person udfører hovedparten af sin virksomhed sammen med den eller de lokale myndigheder, den ejes af».[800] I sak C-458/03 *Parking Brixen* ble det slått fast at vilkårene for utvidet egenregi gjelder tilsvarende for anskaffelser som reguleres av reglene om fri bevegelighet (8.2 ovenfor).[801] Vilkårene for utvidet egenregi har vært gjenstand for en nokså omfattende rettspraksis,[802] og som ble kodifisert i artikkel nr. 1 til 3 i direktiv 2014/24/EU. Direktivet omtaler reglene som et unntak fra direktivets anvendelsesområde, og det samme er lagt til grunn av EU-domstolen.[803] EU-domstolen har også slått fast at artikkel 12 har «kodificeret og præciseret Domstolens praksis».[804]

Vilkårene for utvidet egenregi vil ikke være anvendelige for private rettssubjekter som driver forsyningsvirksomhet på grunnlag av særlige eller eksklusive rettigheter ettersom det gjelder et forbud mot private eierandeler.[805] I direktiv 2004/17/EF artikkel 23 er det imidlertid regler om tildeling av kontrakt til tilknyttede selskaper, som er videreført i direktiv 2014/25/EU. Hvis vilkårene for tildeling av kontrakt til tilknyttet selskap er oppfylt, vil ikke direktivet gjelde. Det samme bør gjelde for oppdragsgivere etter forsyningsdirektivet som gjør sikkerhetsanskaffelser etter direktiv 2009/81/EF. I alle tilfeller er det nærliggende å trekke veksler på konseptet om samme økonomiske enhet der kontrakt overdras til et selskap som fullt ut eies av oppdragsgiver.[806] Selv om EU-domstolen i andre sammenhenger har avstått fra å anvende foretaksbegrepet innen rammene av direktivet,[807] er det gode grunner for at direktivet ikke gjelder om kontrakt tildeles et rettssubjekt som fullt ut er eid av oppdragsgiver fordi i realiteten inngås det ikke da «en aftale mellem to forskellige personer.»[808]

I sak C-480/06 *Kommisjonen mot Tyskland* («Hamburg») ble det slått fast at visse typer *samarbeid* mellom offentlige enheter faller utenfor dagjeldende direktiv.[809] I sak C-159/11 *Aziende* heter det at kontrakter faller utenfor innkjøpsdirektivet om de «udelukkende er indgået mellem offentlige enheder uden nogen privat parts deltagelse, for så vidt som ingen privat tjenesteyder opnår en favorabel situation i forhold til sine konkurrenter, og for så vidt som det oprettede samarbejde kun reguleres ud fra overvejelser og krav, der vedrører forfølgelsen af formål af almen interesse».[810] Offentlig samarbeid er regulert i artikkel 12 nr. 4 i direktiv 2014/24/EU, og EU-domstolen har lagt til grunn at den bestemmelsen viderefører EU-domstolens praksis.[811] Tilsvarende vilkår som dem oppstilt i direktiv 2014/24/EU artikkel 12 bør derfor kunne anvendes for forsvars- og sikkerhetskontrakter etter direktiv 2009/81/EF.

I sak C-51/15 *Remondis* slo EU-domstolen fast at *kompetanseoverføringer* mellom offentlige myndigheter falt utenfor direktiv 2004/18/EF fordi det ikke utgjør en gjensidig bebyrdende kontrakt. Det må imidlertid være en reell kompetanseoverføring, og det fordrer «at den offentlige myndighed, der får tillagt en kompetence, får beføjelse til at organisere udførelsen af de opgaver, der er omfattet af

---

[800] Sak C-107/98 *Teckal*.

[801] Se også sak C-196/08 *Acoset* avsnitt 52.

[802] Se f.eks. sak C-26/03 *Stadt Helle*, sak C-340/04 *Carbotermo*, sak C-573/07 *Sea* og sak C-324/07 *Coditel* og sak C-182/11 *Econord.*

[803] Sak C-796/18 *ISE* avsnitt 34.

[804] Forente saker *Sambre & Biesme* avsnitt 44, forente saker C-266/17 og C-267/17 *Rhein-Sieg-Kreis* avsnitt 77.

[805] Sak C-26/03 *Stadt Helle* avsnitt 52, artikkel 12 nr. 1 og 3 bokstav c.

[806] Sml. sak C-179/12 *The Dow Chemical Company* avsnitt 56.

[807] Sak C-416/21 *Landkreis Aichach-Friedberg* avsnitt 47 flg.

[808] Sml. sak C-107/98 *Teckal* avsnitt 49.

[809] Sak C-480/06 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 34.

[810] Sak C-159/11 *Aziende* avsnitt 35.

[811] Se f.eks. sak C-796/18 *ISE* avsnitt 65.

denne kompetence, såvel som til at fastlægge den lovgivningsmæssige ramme for disse opgaver, og at den råder over en finansiel autonomi, der gør det muligt at sikre finansieringen af de nævnte opgaver.».[812] I direktiv 2014/24/EU artikkel 1 nr. 6 står det at direktivet ikke gjelder for kompetanseoverføringer, og tilsvarende gjelder for direktiv 2009/81/EF ettersom også dette direktivet bare omfatter gjensidig bebyrdende kontrakter.

II. Nasjonal rett

FOSA har ikke regler om egenregi eller offentligrettslig samarbeid. I veilederen til FOSA står det i kapittel 7.8 at utvidet egenregi og offentligrettslig samarbeid også gjelder for denne forskriften. Artikkel 12 i direktiv 2014/24/EU er gjennomført i FOA kapittel 3, mens reglene i direktiv 2014/25/EU er gjennomført i forsyningsforskriften kapittel 3. I veilederen til FOSA står det at forskriftens unntak er en kodifisering av EU-domstolens praksis, men at det også er enkelte forskjeller mellom de kodifiserte bestemmelsene og EU-domstolens praksis. Det utdypes ikke nærmere hva som ligger i dette ut over henvisning til Arrowsmith, og nyere praksis fra EU-domstolen nevnt ovenfor adresseres ikke.

III. Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen har vurdert hvorvidt det skal foreslås inntatt regler om egenregi i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Det vises til gjennomgangen ovenfor hvor det fremgår at EU-domstolen har slått fast at artikkel 12 i direktiv 2014/24/EU har «kodificeret og præciseret Domstolens praksis».[813] Arbeidsgruppen mener derfor at vilkårene i artikkel 12 kan gjøres gjeldende også for kontrakter som faller innenfor virkeområdet til direktiv 2009/81/EF. Arbeidsgruppen har likevel falt ned på at det ikke er behov for å innføre regler om egenregi i ny lov. Dette da det virker å være lite praktisk med egenregi innenfor forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Reglene som følger av EU-domstolens praksis, vil uansett gjelde. Dersom departementet ved en nærmere gjennomgang avdekker at egenregi er praktisk innenfor forsvars og sikkerhetsanskaffelser, bør det etter arbeidsgruppen vurderes om reglene skal inntas i loven.

[812] Sak C-51/15 *Remondis* avsnitt 49.

[813] Forente saker *Sambre & Biesme* avsnitt 44, forente saker C-266/17 og C-267/17 *Rhein-Sieg-Kreis* avsnitt 77.

Del III Materielle regler

10 Samfunnshensyn

10.1 Innledning

I de senere årene har det vært fokus på å styrke ivaretakelsen av samfunnshensyn og særlig klima og miljø gjennom offentlige anskaffelser. Dette er en fornuftig tilnærming så lenge det er fokus på å innføre regler som faktisk har en effekt opp mot de samfunnshensynene som skal ivaretas. Ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser må det også gjøres en avveining mot det som er det primære formålet med disse anskaffelsene, nemlig å styrke forsvar og sikkerhet. Dette medfører at samfunnshensyn i større grad må vike enn ved andre anskaffelser. Samtidig er det viktig at man også innenfor forsvars- og sikkerhetsanskaffelser sørger for å ivareta samfunnshensyn så langt det ikke går på bekostning av det primære formålet med disse anskaffelsene. Særegenhetene ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser medfører dermed at det ikke er hensiktsmessig å ha like strenge krav til å ivareta samfunnshensyn som i det øvrige anskaffelseslovene. I Prop. 147 L (2024-2025) er det foreslått at forsvars- og sikkerhetsanskaffelser unntas fra reguleringen av samfunnshensyn i anskaffelsesloven. Dette er et nødvendig og riktig grep for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Arbeidsgruppen mener likevel at samfunnshensyn bør hensyntas ved disse anskaffelsene, men da med mer fleksible regler og kun så langt det er i samsvar med forsvars- og sikkerhetsinteresser.

10.2 Klima og miljø

10.2.1 Bakgrunn

Arbeidsgruppen er gjennom mandatet blitt bedt om å vurdere behovet for særskilt regulering på forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesområdet innenfor klima- og miljøhensyn og sosial bærekraft.

Hovedoppgaven for arbeidsgruppen har vært å vurdere egne bestemmelser og dessuten sørge for at klima- og miljøreglene på forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesområdet blir tydeligere, mer forståelige og brukervennlige. Hensynene i lovforslaget skal fremmes effektivt og til en lavest mulig kostnad for samfunnet, men hvor det samtidig tas høyde for de helt spesielle særegenheter som gjør seg gjeldende på forsvars- og sikkerhetsområdet.

Arbeidsgruppen viser til at klimaendringer er en av våre tids største utfordringer. Arbeidsgruppen har derfor hatt et særlig fokus i sitt arbeid med å foreslå hvordan klima og miljø best kan reguleres i en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Arbeidsgruppen viser til at temaet er grundig belyst i anskaffelsesutvalgets NOU 2023:26. Alvorligheten i situasjonen understrekes blant annet ved at FNs klimapanel er tydelig på at store utslippskutt må gjøres raskt og samtidig, og at dette tiåret er avgjørende for at utslippene når netto null i midten av dette århundret.[814]

I den nasjonale klima- og miljøpolitikken har Norge tydelige mål for å redusere klimagassutslippene og forurensningen, og for å ta vare på naturmangfoldet. Klimaloven stadfester Norges klimamål for 2030 og klimamålet for 2050. Det er et overordnet mål at forurensningen ikke skal skade helse og miljø, og det er vedtatt konkrete mål som omhandler kjemikalier, redusert vekst i avfall, økt materialgjenvinning av avfall, trygg luft og mindre støy. Norge skal i 2050 bli et lavutslippssamfunn,

[814] IPCC Sixth Assessment Report (AR6) (2021-2023), 2024.

og det innebærer blant annet å redusere utslippene med 90-95 prosent i forhold til 1990, inkludert effektene av Norges deltakelse i kvotesystemet.

Arbeidsgruppen viser til at anskaffelser i dag er en del av klima- og miljøpolitikken og innovasjonspolitikken i Norge, EU og de fleste OECD land. OECD peker på tre fordeler med å ta klima- og miljøhensyn ved offentlige anskaffelser. En fordel er å gi næringslivet insentiver til å utvikle ny grønn teknologi (innovasjon). En annen fordel er kostnadsbesparelser blant annet gjennom å ta hensyn til fulle livsløpskostnader. I tillegg kan klima- og miljømål oppnås gjennom at myndigheter bruker anskaffelser til å møte miljøutfordringer, som for eksempel å redusere utslipp av klimagasser og fremme en mer sirkulær økonomi

I norsk klima- og miljøpolitikk er utgangspunktet at forsvarssektoren skal bidra til å nå klima- og miljømålene. I regjeringens langtidsplan for forsvarssektoren fremgår det at forsvarssektorens prioriteringer skal gå langs to spor. Det ene sporet vektlegger klimatiltak knyttet til hvordan forsvarssektoren må ta sin del av ansvaret for å innfri regjeringens mål om reduserte klimagassutslipp. Det andre sporet knytter seg til klimatilpasning, herunder hvordan klimaendringer vil påvirke fremtidens trusselsituasjoner og operasjonsområder, og stille nye krav til utvikling av infrastruktur og Forsvarets kapabiliteter.[815]

I langtidsplanen er regjeringen tydelig på at forsvarssektoren må vurdere hvordan sektorens klimagassutslipp kan reduseres uten at det går på bekostning av sektorens evne til å løse sine oppgaver og oppfylle sitt samfunnsmål. Regjeringen viser til at Forsvaret først og fremst skal verne om norsk sikkerhet, noe som innebærer at tiltak for å redusere klimagassutslipp ikke bør gå på bekostning av operativ forsvarsevne. Regjeringen viser til at dette er en viktig og krevende balansegang. Arbeidsgruppen legger til grunn at denne balansegangen og de føringer og hensyn som vektlegges i langtidsplanen, vil være viktige i vurderingen av om og i hvilken grad det bør innføres egne lovpålagte klima- og miljø krav for forsvarssektoren ved gjennomføring av forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

10.2.2 Dagens regelverk

I. Direktivet

Direktiv 2009/81/EF har ingen konkrete bestemmelser som pålegger medlemsstatene å sikre at leverandørene ved gjennomføring av offentlige kontrakter skal oppfylle gjeldende forpliktelser innenfor klima og miljø, slik som i direktiv 2014/24/EF artikkel 18 nr. 2. Samtidig tillater direktivet og EØS-retten at det tas hensyn til klima og miljø innenfor de rammene av de enkelte bestemmelser i direktivet.

Det står i fortalen til EØS-avtalen avsnitt 10 at avtalepartene er bestemt på å bevare, verne og forbedre miljøet, og det er gitt nærmere regler om dette i artikkel 73 til 75, som også viser til særlige bestemmelser om vernetiltak i vedlegg XX. EFTA-domstolen har i saker som E-18/24 *Natur og Ungdom* og E-12/23 *Norwegian Air Shuttle* slått fast at bekjempelse av klimaendringer er et mål av grunnleggende betydning, og en rekke EØS-rettslige regler forplikter eller tillater at EØS-statene forfølger formål om klima og miljø.

Anskaffelsesdirektivene tillater at EØS-statene forfølger mål om klima- og miljø, og de har flere virkemidler som gjør det mulig for oppdragsgiver å forfølge slike hensyn. Det gjelder også direktiv

[815] Prop. 87 S. (2023-2024), kap 10.3., 2024.

2009/81/EF, som allerede i fortalens avsnitt 6 viser til at en samordnet prosedyre for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser om logistikktjenester, transport og opplagring kan redusere omkostningene for forsvarsanskaffelser og minske sektorens miljøpåvirkning vesentlig. Det er flere bestemmelser i direktivet som gjør det mulig for EØS-statene og oppdragsgiver å forfølge klima- og miljøhensyn.

For det første kan det stilles strenge kriterier for kvalitativ utvelgelse basert på blant annet klima- og miljøhensyn. Dels kan brudd på miljølovgivning være en utelukkelsesgrunn etter artikkel 39 nr. 2 bokstav c, d og e (12.33 nedenfor). Dels følger det av artikkel 42 nr. 1 bokstav f at det kan stilles kvalifikasjonskrav om leverandørens miljøledelsestiltak, og der det er gitt regler for dokumentasjon i artikkel 44, men ifølge artikkel 38 nr. 2 må kvalifikasjonskrav være relatert til og stå i forhold til kontraktsgjenstanden (12.32, 12.36 og 12.38 nedenfor). For det andre kan det stilles kravspesifikasjoner som ivaretar klima- og miljø, og det er gitt nærmere regulering om formuleringen av slike krav i artikkel 18 nr. 6 (12.11 nedenfor). For det tredje står det i artikkel 20 at det kan stilles kontraktskrav om beskyttelse av miljøet (12.13 nedenfor), og i artikkel 24 heter det at oppdragsgiver i anskaffelsesdokumentene kan opplyse leverandørene om hvor de får relevante opplysninger om blant annet plikten til miljøbeskyttelse (12.17). For det fjerde kan klima- og miljøhensyn inngå i tildelingskriteriene etter artikkel 47, men der saker som C-513/99 *Concordia Bus Finland* og sak C-488/01 *Wienstrom* illustrerer at slike kriterier må ha tilknytning til kontraktsgjenstanden, og de kan derfor ikke gjelde leverandørens generelle policy (12.41).

II. Nasjonale regler

Det nasjonale anskaffelsesregelverket for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser har egne nasjonale bestemmelser om ivaretakelse av klima og miljø. Ifølge anskaffelsesloven § 5 skal statlige, fylkeskommunale og kommunale myndigheter og offentligrettslige organer innrette sin anskaffelsespraksis slik at den bidrar til å redusere skadelig miljøpåvirkning, og fremme klimavennlige løsninger der det er relevant. Dette skal blant annet skje ved at oppdragsgiveren tar hensyn til livssykluskostnader. Ettersom FOSA er gitt med hjemmel i anskaffelsesloven, vil kravene i loven § 5 gjelde for anskaffelser som gjennomføres i henhold til den forskriften.

Ifølge FOSA § 3-2 (grunnleggende krav for alle anskaffelser) skal oppdragsgiver under planleggingen av den enkelte anskaffelse ta hensyn til levetidskostnader, universell utforming og "miljømessige konsekvenser." Dette grunnleggende kravet om miljømessige konsekvenser kan sees på som en forlengelse av forskriftens formålsbestemmelse i § 1 der det fremgår at regelverket skal bidra til økt verdiskapning i samfunnet og bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet slik at allmennheten av tillit til at anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. Oppdragsgiver må følge grunnleggende miljøkrav uavhengig av hvilken del av FOSA som regulerer anskaffelsen, og uavhengig av hvilken anskaffelsesmetode som velges.

Formålet med bestemmelsen er å tydeliggjøre at oppdragsgiver i forsvars- og sikkerhetssektoren har et særlig ansvar for å bidra til økt verdiskapning og bærekraftig ressursbruk ved at de forvalter samfunnets ressurser og har stor påvirkningskraft på markedet. For det første kan det offentlige redusere miljøutfordringene knyttet til egen virksomhet ved å stille miljøkrav til varer og tjenester. For det andre vil det kunne bidra til å dreie tilbudet fra forsvars- og sikkerhetsleverandørmarkedet i retning av mindre miljøbelastende og mer ressurs- og energieffektive varer og tjenester. Dette vil bidra til å endre produksjons- og forbruksmønster i en mer bærekraftig retning. At FOSA § 3-2 pålegger oppdragsgiver å ta hensyn til miljømessige konsekvenser av anskaffelsen i planleggingsfasen, innebærer en plikt til å foreta vurderinger og beslutninger som best ivaretar behovet for oppdragsgiver, samtidig som miljøbelastningen minimeres.

III. Arbeidsgruppens vurdering

Det er avgjørende at forsvarssektoren opptrer som en seriøs aktør innenfor klima og miljø og at sektoren blir en attraktiv samarbeidspartner både for forsvarsindustrien og for andre aktører som er relevante for sektoren. Arbeidsgruppen viser til at en stor del av forsvarssektorens samlede klimagassutslipp stammer fra produksjon av militært materiell som anskaffes av forsvarssektoren. I tillegg genererer militært materielt klimagassutslipp gjennom levetiden til materiellet, for eksempel i form av forbruk av fossilt drivstoff.[816] Forsvarssektoren bør dermed anvende sin makt som offentlig innkjøper for å påvirke leverandørmarkedet i retning av å redusere klima- og miljøbelastning.

Arbeidsgruppen har vurdert om det foreligger tungtveiende grunner til at det bør innføres skjerpede lovpålagte miljøkrav overfor innkjøpere av forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i forslag til ny forsvars- og sikkerhetsanskaffelseslov. Arbeidsgruppen har tatt utgangspunkt i anskaffelsesutvalgets forslag i NOU 2023:26 ny lov om offentlige anskaffelser.

Arbeidsgruppen legger til grunn at flere av direktivbestemmelsene som åpner for ivaretakelse av klima og miljø i direktiv 2009/81/EF og i direktiv 2014/24/EU har en høy grad av overlapp, og at det således vil være naturlig å utforme direktivspesifikke bestemmelser i lov for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, slik som i anskaffelsesutvalgets forslag til ny anskaffelseslov og departementets forslag i Prp. 147 L (2024-2025).[817]

Videre har arbeidsgruppen vurdert om forslag til nye nasjonale regler i NOU 2023:26 bør innarbeides tilsvarende i forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesloven. I NOU 2023:26 foreslår anskaffelsesutvalget egne nasjonale regler gjennom fem konkrete tiltak for hvordan offentlige anskaffelser kan fremskynde overgangen til en grønn sirkulær økonomi. For det første foreslår anskaffelsesutvalget å synliggjøre i formålsbestemmelsen at forslag til lov om offentlige anskaffelser skal bidra til effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser. For det andre foreslår utvalget å ta i bruk standardiserte minimumskrav på prioriterte områder i klassisk sektor. For det tredje foreslår utvalget en egen bestemmelse om grønn omstilling, og at denne stiller krav til at oppdragsgiver skal ta hensyn til klima og miljø i offentlige anskaffelser. Et fjerde grep er at oppdragsgiver skal ha rutiner for å ivareta samfunnshensynene, og dette inkluderer rutiner for omstilling til et lavutslippssamfunn. Det siste og femte tiltaket er innovasjon. Utvalget har foreslått at innovasjon synliggjøres både i formålsbestemmelsen, og som en egen bestemmelse i kapittelet om samfunnshensyn.

Arbeidsgruppen har også merket seg forslaget i Prp. 147 L (2024-2025) hvor det foreslås at dagens bestemmelse i anskaffelsesforskriften og forsyningsforskriften, begges § 7-9, om ivaretakelse av klima og miljø i stor grad videreføres, herunder krav til vekting av miljø- og klimakriterier med minst 30 prosent, men med enkelte justeringer. For det første foreslås det i proposisjon en endring ved innføring av en plikt til å prioritere klima- og miljøkriterier blant de tre høyest prioriterte tildelingskriteriene når tildelingskriteriene prioriteres. For det andre foreslås det at oppdragsgiver skal kunne velge klima- og miljøkrav i stedet for tildelingskriterier dersom dette gir en bedre klima- og miljøeffekt og at kravet til «klart» bedre effekt ikke videreføres. Videre foreslås det å videreføre unntaket for anskaffelser som etter sin art har en uvesentlig påvirkning på klima og miljø. I tillegg foreslås det i proposisjonen at den sistnevnte unntaksbestemmelsen skal utvides til å gjelde dersom forpliktelsene går på bekostning av vesentlige interesser innenfor helse, sikkerhet eller beredskap. I proposisjonen er det også foreslått at

[816] Prp. 87 S (2023-2024), kap 10.3.
[817] I NOU 2023:26 12.6 er det inntatt en oversikt over relevante direktivbestemmelser i direktiv 2014/24/EF.

formålsbestemmelsen skal vise til effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser som lovens formål, men det er ikke vist til innovasjon i formålsbestemmelsen slik anskaffelseslovutvalget foreslo.

Arbeidsgruppens vurdering er at bærekraftaspektet for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser bør synliggjøres i formålet til en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. En egen formulering i formålsbestemmelsen understreker viktigheten av at bærekraft ivaretas på forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesområde, som vist til i 10.2.1 og 10.2.2 ovenfor. I forslag til ny formålsbestemmelse, jf. § 1-1, fremgår det derfor at loven, i tillegg til å styrke og opprettholde forsvarsevnen og landets sikkerhet, skal bidra til å fremme effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser.

Arbeidsgruppen foreslår en ny bestemmelse om grønn omstilling, jf. § 2-2, som innebærer at oppdragsgiver bør ta hensyn til klima og miljø i alle anskaffelser, så langt det er forenlig med forsvars- eller sikkerhetshensyn.

En samlet arbeidsgruppe legger til grunn at det vil være uhensiktsmessig å lovregulere ytterligere klima og miljøkrav i forslag til forsvars- og sikkerhetsanskaffelseslov, slik både anskaffelsesutvalget og departementet i Prp. 147 L (2024-2025) har foreslått innenfor øvrige sektorer. Arbeidsgruppen legger avgjørende vekt på at forsvars- og sikkerhetssektoren er et helt særegent område som skal ivareta helt grunnleggende nasjonale forsvars- og sikkerhetsinteresser. Slik interesser gjør seg særlig gjeldende i lys av den nåværende sikkerhetspolitiske situasjonen i Europa, jf. 4.2 ovenfor, noe som etter arbeidsgruppens syn tilsier at det foreligger et tydelig behov for fleksibilitet i forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesregelverket. Innføring av en plikt til slike krav vil i tillegg kunne medføre anskaffelsesprosesser som tar lengre tid, hvilket ikke er ønskelig i lys av de utfordringer forsvarssektoren har pekt på ved anskaffelsesprosesser (4.8 ovenfor).

Arbeidsgruppen viser til at det fremover vil kunne haste med innkjøp av klassisk forsvarsmateriell for å sikre forsvarsektoren nødvendig lagerbeholdning og forsvarsevne i en vanskelig og utfordrende tid. Eventuelle lovpålagte klima- og miljøkrav vil potensielt forsinke anskaffelsesprosessene. Arbeidsgruppen antar at det i stedet er viktig å opprettholde fleksibiliteten i regelverket, slik at forholdet mellom ivaretakelse av klima og miljø og vesentlige nasjonale sikkerhetsinteresser balanseres i tilstrekkelig grad, i tråd med langtidsplanen for Forsvaret.

Arbeidsgruppen peker dessuten på at det er få offentlige oppdragsgivere i forsvars- og sikkerhetssektoren. Det er, basert på innhentet statistikk, et begrenset antall anskaffelser som samlet sett gjennomføres etter FOSA, sammenlignet med det totale antall anskaffelser etter det klassiske anskaffelsesregelverket. Slik det blir gjennomgått nedenfor jobber disse oppdragsgiverne allerede med å ivareta klima- og miljø basert på instruks, og lov anses dermed som et mindre egnet virkemiddel enn for øvrige anskaffelsesregelverk hvor det er mange oppdragsgivere, også utenfor statens instruksjonsmyndighet. Arbeidsgruppens inntrykk er at store og komplekse forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, som er såpass sensitive eller viktige for den nasjonale suverenitet at særreguleringene i FOSA ikke er tilstrekkelig til å ivareta oppdragsgivers behov, unntas etter EØS-avtalen artikkel 123. Det innebærer at eventuelle lovpålagte miljøkrav uansett ikke ville kommet til anvendelse. Her bør forsvarssektoren i stedet utforme klare miljøkrav gjennom egne interne instrukser. Flertallet av anskaffelser i forsvarssektoren omfattes av det klassiske anskaffelsesregelverket, og for disse anskaffelsene vil de lovpålagte miljøbestemmelsene gjelde.

Etter arbeidsgruppens vurdering bør ytterligere klima- og miljøkrav reguleres internt i sektoren. Arbeidsgruppen viser til at det allerede pågår flere gode initiativer og prosesser i arbeidet med klimatiltak og klimatilpasning i forsvarssektoren, eksempelvis innenfor styring, kapabilitetsutvikling, FoU og innovasjon. Langtidsplanen legger opp til at fremtidens forsvar skal i større grad ivareta

klima- og miljøhensyn og fremskaffelsesprosesser skal ta hensyn til påvirkning på klima- og miljø, i tillegg til at Forsvaret skal være i stand til å håndtere nye krav som følge av klimaendringene.

Etatene i forsvarssektoren har dessuten utviklet en felles klima- og miljøstrategi med tilhørende handlingsplan som operasjonaliserer langtidsplanen.[818] Strategien inneholder gode mål som skal bidra til at forsvarssektoren reduserer sitt totale klimaavtrykk og ivaretar natur- og miljøhensyn. I henhold til strategien er innsatsområdene å redusere energiforbruk og direkte klimautslipp, minimere miljøpåvirkning og sørge for et giftfritt miljø, bevare naturmangfold og sikre kulturhistoriske verdier, legge om til sirkulær økonomi og bærekraftige anskaffelser, samt tilpasse virksomheten til et endret klima. Etatene gjennomfører en rekke tiltak som understøtter disse innsatsområdene.

I tillegg har Forsvarssektoren egne miljøkrav inntatt i den interne instruksen ARF, som samtlige oppdragsgivere er forpliktet til å overholde. I henhold til ARF § 6-7 skal det under planlegging av den enkelte anskaffelse tas hensyn til miljømessige konsekvenser av anskaffelsen. Det skal så langt som mulig stilles konkrete miljøkrav til produktets ytelse og funksjon. Det skal kunne dokumenteres at slike vurderinger har blitt foretatt i forhold til kravene som normalt fremgår av Fremskaffelsesløsningen.

Arbeidsgruppens samlede inntrykk er at forsvarssektoren er fremoverlent i arbeidet med klima og miljø. Dette kommer konkret til uttrykk gjennom tiltak som å bruke og prioritere simulatorer som supplement til trening og øving, redusere energiforbruket, installere mer lokal fornybar energiproduksjon i sektorens baser og leirer, ta i bruk utslippsfri byggeplass og restaurere og bevare naturen. Luftforsvaret gjennomfører i 2025 også et testprogram der F-35 kampfly skal kunne operere på drivstoff som består av 40 prosent bærekraftig flydrivstoff (Sustainable Aviation Fuel). Det er første gang norske kampfly flyr med slikt bærekraftig biodrivstoff. Bruken kan bidra både til å kutte klimautslipp samtidig som operativ kapasitet og beredskap opprettholdes.[819]

Dessuten deltar forsvarssektoren i en pilot sammen med 21 ledende norske industriselskaper og Klima- og miljødepartementet for å diskutere utvikling av mer bærekraftige og effektive militære fartøyer. Pilotstudien gjennomføres med utgangspunkt i den forestående anskaffelsen av standardiserte fartøyer og vil brukes som innspill til fremtidige kravspesifikasjoner for standardiserte fartøyer, samtidig som den vil bidra til å sette bærekraft i sentrum for offentlige anskaffelser. Arbeidsgruppen påpeker særlig at klima, miljø og bærekraft er blant de prioriterte områdene til de største innkjøpsorganisasjonene i sektoren, herunder Forsvarsmateriell og Forsvarsbygg. Begge etatene har egne dedikerte miljøer som arbeider med temaene. Dette underbygges av at de to etatene vant Svaneprisen 2024 som Norges beste innkjøpere i sitt arbeid med å ta miljøhensyn i anskaffelsene sine.

Det er viktig med et kontinuerlig fokus på arbeidet med klima og miljø i tiden fremover. Arbeidsgruppen vil særlig peke på interne investeringsbeslutninger som et viktig bidrag i arbeidet med å redusere klimagassutslippene. Arbeidsgruppen viser her til en studie foretatt av FFI datert 2023 "Veien mot bærekraftige investeringsprosjekter i forsvarssektoren – en empirisk studie".[820] FFI presenterte studiet under en av arbeidsgruppesamlingene og viste til at formålet med studiet var å kartlegge dagens situasjon i forsvarssektorens arbeid med bærekraft samt drøfte hvordan bærekraft kan ivaretas i investeringsprosjekter. Basert på resultatene fra FFIs studie, samt funn fra tidligere forskningsstudier til FFI, vil arbeidsgruppen på generelt grunnlag understreke viktigheten av god

[818] Forsvaret, Forsvarssektorens klima- og miljøstrategi, 29.09.2022.

[819] Forsvaret, «Forsvaret skaper luftfartshistorie med biodrivstoff», pressemelding 17.10.2024, https://www.forsvaret.no/aktuelt-og-presse/presse/pressemeldinger/biodrivstoff.

[820] Prebensen, Frida m.fl., 24/01313 - Veien mot bærekraftige investeringsprosjekter i forsvarssektoren, 2024.

styring av arbeidet med bærekraft i sektoren, at bærekraft får en viktig rolle i tildelingsbeslutninger, og at det legges til rette for at bærekraftstiltak kan vurderes og evalueres i forbindelse med investeringsprosjekter i forsvarssektoren.

10.3 Sosial bærekraft

«Sosial bærekraft» omfatter ivaretakelse av menneskerettigheter, motvirkning av sosial dumping og bekjempelse av arbeidslivskriminalitet.[821] Arbeidsgruppen har, slik som anskaffelsesutvalget, begrenset sin gjennomgang til å omfatte hvordan de eksisterende kravene om sosial bærekraft bør tydeliggjøres i regelverket. Det nærmere innholdet i reglene innen sosialt bærekraftige anskaffelser synes fullt ut dekket av regjeringens arbeid med Norgesmodellen. Vurderingen for arbeidsgruppen har vært om anskaffelsesutvalgets forslag til tydeliggjøring av eksisterende regler innen sosial bærekraft bør innføres tilsvarende i ny forsvars- og sikkerhetsanskaffelseslov.

10.3.1 ***Menneskerettigheter***

I. Direktiv

Direktiv 2009/81/EF har ingen eksplisitte bestemmelser om ivaretakelse av menneskerettigheter. Imidlertid viser saker som E-1/24 og E-7/24 *TC og AA* at menneskerettigheter er en del av de grunnleggende rettighetene i EØS-avtalen, og som det påligger nasjonale myndigheter å beskytte. Saker som C-927/19 *Klaipedos* viser at medlemsstatene må overholde grunnleggende rettigheter når de gjennomfører anskaffelser som omfattes av EØS-retten.

EØS-retten tillater altså at EØS-statene søker å beskytte menneskerettighetene gjennom regler i nasjonal rett, og det er også flere bestemmelser i direktiv 2009/81/EF som gjør det mulig for oppdragsgiver å forfølge slike mål. Det kan for eksempel stilles strenge kriterier for kvalitativ utvelgelse, og der det blant annet kan foreligge utelukkelsesrett etter artikkel 39 nr. 2 om leverandøren har brutt menneskerettigheter (12.33 nedenfor). Ivaretakelse av menneskerettigheter og andre sosiale hensyn kan også være et kontraktskrav etter artikkel 20 i direktivet (12.13 nedenfor).

II. Nasjonale regler

I nasjonal rett følger det av anskaffelsesloven § 5 at oppdragsgiver skal ha egnede rutiner for å fremme respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved offentlige anskaffelser der det er en risiko for brudd på slike rettigheter. Videre har forsvarssektoren egne regler i dagens ARF om respekt for grunnleggende menneskerettigheter ved gjennomføring av anskaffelser i forsvarssektoren.

Anskaffelsesutvalget foreslår å videreføre en regulering av hensynet til brudd på menneskerettigheter i den nye anskaffelsesloven med en mer operativ utforming i § 2-7. Her fremgår det at oppdragsgiver skal stille krav og kriterier for å motvirke brudd på menneskerettighetene der det er en høy risiko for brudd på disse. Dette forslaget er videreført i Prp. 147 L (2024-2025), men der er bestemmelsen utformet som en «bør»-regel. Departementet mener at det er behov for en nærmere utredning før det

[821] NOU 2023:26, pkt 12.1.

innføres obligatoriske krav. Departementet peker på at det er utfordrende for oppdragsgivere å følge opp en plikt til å stille og kontrollere slike krav eller kriterier.

III. Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen legger tilsvarende til grunn at en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser også bør inneholde en bestemmelse om grunnleggende menneskerettigheter. Arbeidsgruppen finner også at det ikke bør ilegges en plikt til å stille krav og kriterier og foreslår en tilsvarende regulering som foreslått i proposisjonen. I henhold til forslag til § 3-10 fremgår det at der det er høy risiko for brudd på grunnleggende menneskerettigheter, bør oppdragsgiver stille krav eller kriterier for å motvirke at slike brudd oppstår. Bestemmelsen har tilsvarende innhold som forslaget i proposisjonen.[822]

10.3.2 Lønns- og arbeidsvilkår

I. Direktiv

Saker som E-2/24 *Bygg og Industri Norge* viser at beskyttelse av arbeidstakere er et lovlig formål i EØS-retten. I direktiv 2009/81/EF står det i fortalen avsnitt 46 at lover, administrative bestemmelser og kollektive avtaler om arbeidsforhold og sikkerhet på arbeidsplassen, som gjelder i de enkelte EØS-stater eller i EØS, finner anvendelse ved utførelsen av kontrakten. Nasjonale regler og krav må imidlertid overholde EØS-retten, noe som illustreres av saker som C-115/14 *Regio Post* og sak C-549/13 *Bundesdruckerei.* Det er flere bestemmelser i direktivet som gjør det mulig å ivareta lønns- og arbeidsvilkår så lenge det skjer innen direktivets ramme og under overholdelse av grunnprinsippene.

For det første kan det stilles strenge krav til kvalitativ deltakelse, og i fortalens avsnitt 46 står det at brudd på regler om arbeidsvilkår kan føre til utelukkelse etter artikkel 39 nr. 2 bokstav c eller d (12.33 nedenfor). I fortalens avsnitt 66 står det at tilsvarende gjelder for brudd på regler som gjennomfører angitte direktiver om ikke-forskjellsbehandling av menn og kvinner med hensyn til ansettelse og arbeidsvilkår. Overholdelse av slike regler kan også ha betydning for leverandørens pålitelighet etter for eksempel artikkel 42 nr. 4 (12.36 nedenfor). For det andre kan det stilles kontraktskrav om lønns- og arbeidsvilkår etter artikkel 20 (12.13 nedenfor), og ifølge artikkel 24 kan oppdragsgiver opplyse i anskaffelsesdokumentene hvor leverandørene kan få relevante opplysninger om blant annet regler for beskyttelse på arbeidsplassen der ytelsene skal presteres (12.17 nedenfor).

Anskaffelsesutvalget foreslår å gjennomføre ILO 94 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget har i forbindelse med arbeidet fått utredet hvilke plikter Norge har med hensyn til å gjennomføre konvensjonens krav. Utvalget nevner at tilsvarende regler også bør gjelde for de supplerende lover for forsyningsvirksomhet, for konsesjonskontrakter og for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, så langt kontraktens innhold faller innenfor konvensjonens virkeområde.

Departementet foreslår også i Prp. 147 L (2024.2025) å innføre egne bestemmelser om lønns- og arbeidsvilkår i anskaffelsesloven. Dette er i hovedsak en videreføring av reglene som i dag fremgår av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige anskaffelser.[823]

---

[822] Prp 147 L (2024-2025) pkt 10.4.

[823] Forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter (2008).

II. Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen legger også til grunn at det bør innarbeides egne bestemmelse om lønns- og arbeidsvilkår med likelydende innhold som i proposisjonen i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

10.3.3 Sosialt ansvar, etisk handel og etikk

I. Direktiv

Saker som 31/87 *Bentjees* og C-368/10 *Kommisjonen mot Nederland* viser at anskaffelsesdirektivene tillater at medlemsstatene forfølger mål om sosialt ansvar og etisk handel, men at det må skje innen rammene av innkjøpsdirektivene og grunnprinsippene. Det gjelder også for direktiv 2009/81/EF, og det er flere bestemmelser som gjør det mulig å ivareta slike hensyn.

Mulighet for å forfølge sosiale formål kommer blant annet til uttrykk i artikkel 14, som gjør det mulig for oppdragsgiver å forbeholde kontrakten til vernede bedrifter, på de vilkår som fremgår av bestemmelsen (12.7 nedenfor). Videre kan sosialt ansvar og etikk ha en side til kvalitativ utvelgelse, og der artikkel 39 nr. 2 bokstav d kan være særlig aktuell fordi bestemmelsen gir mulighet til å utelukke leverandører som har begått en alvorlige yrkesfeil, og det kan omfatte brudd på etiske standarder (12.33 nedenfor). Sosialt ansvar og etisk handel kan også være egnet som kontraktskrav, og i artikkel 20 står det at oppdragsgiver kan stille betingelser for kontraktens utførelse som gjelder sosiale hensyn (12.13). Slike krav må ifølge fortalens avsnitt 45 være forbundet med kontraktens utførelse, og det kan ikke her stilles krav til leverandørens generelle policy.

II. Arbeidsgruppens vurdering

Anskaffelsesutvalget har foreslått lovbestemmelser som skal sikre sosialt ansvar. Ut over dette er det både i sivil og militær sektor utformet egne reguleringer for å ivareta sosialt ansvar og etikk, men uten at arbeidsgruppen har hatt kapasitet til å lage en samlet fremstilling for begge sektorer. I forsvarssektoren er det utformet egne bestemmelser om sosialt ansvar og etisk handel i forsvarets interne anskaffelsesregelverk gjennom ARF kapittel 3. Disse bestemmelsene skal ivaretas i forsvarets anskaffelser.

I ARF § 3-1 fremgår det at i enhver anskaffelse til forsvarssektoren som er over EØS-terskelverdiene, skal det fremgå av kontraktsvilkårene at leverandørene og underleverandører skal opptre i samsvar med grunnleggende krav til etisk handel og sosialt ansvar, herunder nasjonal lovgivning, FN-konvensjoner og ILO-konvensjoner. Det henvises konkret til FNs barnekonvensjon artikkel 32 om forbud mot barnearbeid og ILO-konvensjon nr. 29 og 105 om forbud mot tvangsarbeid og slavearbeid. I bestemmelsen henvises det for øvrig til ILO konvensjoner nr. 100 og 111 om forbud mot diskriminering i arbeidslivet basert på etnisk tilhørighet, religion, alder, uførhet, kjønn, ekteskapsstatus, seksuell orientering, fagforeningsmedlemskap eller politisk tilhørighet.

I ARF 3-2 er det inntatt en egen bestemmelse om samfunnsansvar knyttet til korrupsjonsforebygging, hvor det vises til at ved enhver anskaffelse til forsvarssektoren som har en antatt verdi på over den til enhver tid gjeldende nasjonale terskelverdi for kunngjøring, skal anskaffende myndighet stille som kontraktsvilkår at leverandøren har iverksatt tiltak eller har systemer i sin virksomhet som skal

forebygge korrupsjon og påvirkningshandel. I § 3-3 er det regulert særskilte tiltak som oppdragsgivere i forsvarssektoren kan benytte for å motvirke arbeidslivskriminalitet.

I ARF kapittel 4 henvises det til en egen etisk egenerklæring som skal følge som vedlegg til enhver anskaffelse til forsvarssektoren som har en antatt verdi over den til enhver tid gjeldende nasjonale terskelverdi for kunngjøring. For øvrig er det i ARF kapittel II inntatt egne bestemmelser om etikk som gjelder for ansatte i forsvarssektoren som gjennomfører anskaffelser. Som det fremgår av 5.2.2 ovenfor er forslag til ny ARF sendt på høring.

For øvrig har Forsvarsdepartementet utarbeidet egne etiske retningslinjer for næringslivskontakt i forsvarssektoren.[824] I retningslinjene vises det blant annet til at det for forsvarssektoren er viktig og nødvendig med et godt samarbeid med næringslivet. Respekt for de etiske retningslinjene og etterlevelse av disse er en forutsetning for at samarbeidet gjennomføres på en god og forsvarlig måte. Det fremgår videre at forsvarssektoren er avhengig av samfunnets tillit til at forsvarssektoren forvalter sine menneskelige, økonomiske og materielle ressurser til fellesskapets beste. Høy etisk standard på tjenesteyting og myndighetsutøvelse er avgjørende for sektorens omdømme og tillitt i befolkningen. I tillegg er det utformet egne verdigrunnlag for forsvarssektoren.[825] Kjerneverdiene som fremheves er åpenhet, vidsyn, respekt, ansvar og mot. Det understrekes at for at en organisasjon skal sies å utøve god etikk, er det ikke nok å ha verdier. Det er avgjørende at kjerneverdiene anvendes for å gjøre det rette og gode. I dokumentet er det av veiledningsformål utdypet hva som ligger i hver kjerneverdi, som inspirasjon og rettesnor for organisasjonen og den enkelte.

10.4 Innovasjon

10.4.1 Innledning

I henhold til mandatet skal arbeidsgruppen vurdere behovet for endringer i lovverket i lys av endret sikkerhetspolitisk situasjon, og undersøke hvordan det offentlige kan fremme innovasjon ved gjennomføring av forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.
Arbeidsgruppen har blitt informert om at fokuset på innovasjon i forsvarssektoren er økende, med bakgrunn i hurtig utviklingstakt som følge av blant annet krigen i Ukraina. Manglende innovasjon og utvikling av forsvarsmakten kan ha katastrofale resultater for en stat, noe det finnes flere eksempler på i historien. Tysklands utvikling av Blitzkrig konseptet på 1930-tallet og andre europeiske lands manglende utvikling av egne militære kapabiliteter, var en viktig årsak til at Tyskland kunne erobre store deler av det europeiske kontinentet under slaget om Frankrike, med mer moderne krigsmaskiner og doktriner for krigføring. I senere tid har man i Svartehavet sett at en i utgangspunktet overlegen russisk marinestyrke har tatt store tap og har hatt liten mulighet til å utføre oppdrag som følge av ukrainsk innovasjon i sjøstrid, med blant annet et stort innslag av ubemannede systemer på sjøen og i luften.
I moderne krigføring endres strategier, våpen og understøttelsesmetoder raskt. Det samme gjelder i kampen mot kriminelle nettverk og i møte med nye sikkerhetsutfordringer. Arbeidsgruppen viser til at forsvars- og sikkerhetsaktørene derfor må ha evne til hurtig og målrettet innovasjon. Det handler om å omsette nye ideer til økt evne, til rett tid og i tilstrekkelig omfang. Det vil være av særlig betydning å utnytte egne og andre nasjoners erfaringer, samt sikre effektivt samarbeid med industrien. Det er

[824] Forsvarsdepartementet, Etiske retningslinjer for næringslivskontakt i forsvarssektoren, august 2019.
[825] Forsvarsdepartementet, Forsvarssektorens verdigrunnlag, 2021.

derfor viktig at ny lov om sikkerhets- og forsvarsanskaffelser legger til rette for innovative og raske anskaffelser.
I langtidsplanen for forsvaret beskriver regjeringen en ambisjon om at innovasjon skal bidra til betydelige fortrinn i Forsvarets operasjoner og i daglig virksomhet i forsvarssektoren. For å bidra til dette vil regjeringen styrke evnen til innovasjon gjennom å motivere til nyskaping, fjerne hindre, sette innovasjon mer i system og øke bruken av innovasjonsmidler i sektoren.
For de innovasjoner som fordrer fremskaffelser av materiell, EBA eller IKT, skal bredden i anskaffelsesmåter utnyttes, samtidig som investeringsprosessen effektiviseres.[826] For å få nytte av en sterk satsning på innovasjon er det derfor nødvendig at sektoren tilpasser anskaffelsesmetodene og man evner å anskaffe nye løsninger og løsninger utviklet i samarbeid med industrien.

10.4.2 Anskaffelsesutvalgets beskrivelse av innovasjon

Anskaffelsesutvalget har grundig beskrevet innovasjon i offentlige anskaffelser i NOU 2023:16, kapittel 15. Her beskrives innovasjon som et nytt eller vesentlig forbedret produkt, tjeneste, produksjonsmåte, måte å organisere eller markedsføre en aktivitet på. Innovasjon vil med andre ord enten føre til at oppdragsgiver får produkter/tjenester av en høyere kvalitet til samme pris som før, eller de samme produktene/tjenestene til en lavere pris enn før. Eksempler på det siste er innovasjoner innen fornybar energi, hvor prisen pr. kilowattime elektrisitet fra fornybare teknologier er gått drastisk ned (mens selve produktet, elektrisitet, er det samme som før). Utredningen beskriver en mulig deling av innovasjonsprosessen i forsknings- og utviklingsfasen (FOU-fasen), en fase med salg til tidlige brukere, som gjør at teknologien kan videreutvikles gjennom bruk (læringsfasen). Siste fase er utbredt markedsspredning, hvor den nye teknologien kan regnes som standard.

Både i FoU-fasen og i læringsfasen skapes det ny kunnskap som også kan tas i bruk av utenforstående. For eksempel vil FoU-fasen avdekke hva som ikke fungerer. Slik kunnskap kan ikke patenteres, men er nyttig kunnskap for andre aktører som forsker på det samme. I forsvarsinnovasjon vil læringen ikke nødvendigvis tilgjengeliggjøres bredt i tidlig fase, men i historien har man sett flere større teknologiske gjennombrudd som har blitt utviklet i forbindelse med forsvarsforskning, utvikling og innovasjon. Internett ble for eksempel utviklet som et militært eksperiment i 1966. Forskere ved det amerikanske forsvarets forskningsavdeling ARPA (Advanced Research Projects Agency, senere DARPA) utforsket metoder for å koble sammen datamaskiner over lange avstander.[827]

Innovative anskaffelser kan benyttes i situasjoner der oppdragsgiver ønsker å kjøpe nye løsninger, eller utfordre markedet til å utvikle nye løsninger. Anskaffelsesprosessen tilrettelegger for innovasjon gjennom tidlig dialog med markedet om tilgjengelige løsninger, ved å benytte anskaffelsesprosedyrer som åpner for innovasjon, og ved å bruke kvalifikasjons- og tildelingskriterier som ikke stenger dørene for nye selskaper eller nye løsninger. Anskaffelsesprosessen gjennomføres uten at oppdragsgiver på forhånd vet nøyaktig hvordan løsningen vil fungere eller se ut. Det er derfor viktig at det i stor grad brukes ytelses- og funksjonskrav (åpne kravspesifikasjoner), som legger til rette for at leverandørmarkedet definerer løsningene. Innovative anskaffelser forutsetter risikovillighet hos oppdragsgiverne. I dag brukes betegnelsen «innovative anskaffelser» både på mindre anskaffelser som legger til rette for innovasjon, og for større anskaffelser med forsknings- og utviklingselementer. Gjennom å skille mellom anskaffelser som legger til rette for innovasjon, og anskaffelser som aktivt

[826] Prp. 87 S, kap 10.2, 2024.

[827] Store norske leksikon, Internetts historie, 2025, https://snl.no/internetts_historie.

søker innovasjon, vil virksomhetene enklere kunne definere hvilken rolle de kan ta innenfor området innovative anskaffelser.

Både DFØ og Nasjonalt program for leverandørutvikling (LUP) opererer derfor med begrepene «innovasjonsvennlige anskaffelser» og «anskaffelser av innovasjon». De to begrepene legger føringer på ambisjonsnivået for innovasjon i den enkelte anskaffelsen. En innovasjonsvennlig anskaffelse tar ikke stilling til løsningens innovasjonsgrad ved utformingen av konkurransegrunnlaget, men åpner for løsninger med både høy og lav innovasjonsgrad. En anskaffelse av innovasjon vil alltid medføre en høy innovasjonsgrad. Innovasjonsvennlige anskaffelser legger derfor til rette for inkrementell innovasjon, mens anskaffelser av innovasjon er mer egnet for radikale innovasjoner.[828]

10.4.3 Innovasjon i forsvarssektoren

I forsvarssektoren har en del av innovasjonsarbeidet vært organisert i det såkalte trekantsamarbeidet. Dette er kort beskrevet som et samarbeid mellom Forsvaret, Forsvarets forskningsinstitutt (FFI) og forsvarsindustrien. De tre aktørene har hver sin rolle, der Forsvaret definerer operative behov, mens FFI og industrien utvikler og produserer høyteknologiske produkter som senere anskaffes av Forsvaret. Trekantmodellen har gitt Forsvaret noe av verdens beste og mest avanserte utstyr innenfor sitt segment.[829] I tillegg gjøres innovasjon i etatene og i samarbeid med allierte i stor utstrekning. I noen tilfeller ender utviklingsprosjekter opp med en ny teknologi som kan anskaffes, for eksempel nye sjømålsmissiler eller nye radioer, andre tilfeller skaper innovasjon i doktriner eller prosesser nye behov for teknologi eller løsninger, som da må anskaffes.

Teknologiutviklingen i for eksempel elektronisk krigføring, cyberoperasjoner og dronekrig går så raskt at det kan være vanskelig å gjennomføre normale anskaffelser raskt nok. Her kreves en betydelig høyere hastighet i utvikling, anskaffelser og leveranser enn vi normalt har vært vant til i sektoren.

«Anskaffelsesprosessene mellom forsvarssektoren og industrien er bygd for en annen tid. Den er bygd for en tid der vi hadde veldig god tid og lite penger. Nå har vi dårlig tid og mye penger. Da må vi snu kulturen, finne flaskehalsene og vi må jobbe med industrien på en annen måte.» [830]

Forsvarssjef Eirik Kristoffersen til DN

Forsvarssektoren driver utstrakt forskning, utvikling og innovasjon i samarbeid med industri og SMB. Et annet eksempel er prosjektet Energiforsyning i felt, som FFI har kjørt i samarbeid med leverandørutviklingsprogrammet (LUP) som en Start Off konkurranse, der start-ups ønskes på banen for å utvikle en prototype for å sikre strømforsyning til Forsvaret i felt. Konkurransen gjennomføres som en førkommersiell anskaffelse. En førkommersiell anskaffelse baserer seg på en unntaksbestemmelse i forskrift om offentlige anskaffelser av 12. august 2016 nr. 974 (§ 2-5 om unntak for kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester). Dette innebærer at lov om offentlige anskaffelser og forskrift om offentlige anskaffelser ikke kommer til anvendelse.

I langtidsplanen legges det opp til en sterk satsning på FoU. Forsvarets kapasiteter og systemer er kostbare, og det vil med den planlagte omfattende satsingen på forsvar og beredskap introduseres ytterligere kapasiteter. Derfor skal det legges særlig vekt på FoU som bidrar til å forsterke operative

[828] NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser - første delutredning kapittel 15.
[829] FFI, Videreutvikling av forsvarssektoren innovasjonsmodell, Trekantmodellen versjon 2.0.
[830] Tallaksen, Simen, DN, «Skal ruste opp for milliarder: – Går for sakte», 26.02.2025.

konsepter og store våpenplattformer. Samtidig skal det gis prioritet til FoU og teknologisk fornyelse som bidrar til økt evne til målbekjempelse med lavere kostnad. Teknologiske områder som autonomi og ubemannede plattformer, kombinert med banebrytende teknologier som kunstig intelligens, er eksempler på områder der FoU-aktiviteter kan bidra til å gi Norge økt operativ effekt både på kortere og lengre sikt.

Det satses på kunnskapsutvikling som går på tvers av forsvar, sikkerhet og beredskap, i en nasjonal og nordisk ramme. Det prioriteres særlig kunnskapsutvikling om sammensatte trusler, nasjonale sårbarheter, og sivil motstandskraft sett i sammenheng med Forsvarets operative evne. Planen legger opp til å utnytte potensialet i de store datamengdene som produseres til å videreutvikle forsvarssektoren og utvikle forsvarsevnen. Data må samles inn, organiseres, lagres og omsettes til beslutningsstøtte. Data legger grunnlaget for algoritmeutvikling i ubemannede systemer, cyberoperasjoner, utnyttelsen av det ytre rom og bruken av sensornettverk.

Det satses på forskning og utvikling innenfor banebrytende teknologier som kvanteteknologi og kunstig intelligens for å bidra til å bygge nasjonal kompetanse og kapasitet. Satsingen innebærer forskning og utvikling knyttet til teknologiene i seg selv, men også forskning som belyser konsekvenser og muligheter teknologiene gir for norsk forsvar og sikkerhet. Satsingen vil styrke viktig kompetanse og bedre forutsetningene for raskere utnyttelse av ny teknologi i Forsvaret, næringslivet og industrien.[831]

Meld. St. 30 definerer innovasjon i offentlig sektor som: «..en ny eller vesentlig endret tjeneste, produkt, prosess, organisering eller kommunikasjonsmåte. At innovasjonen er ny, betyr at den er ny for den aktuelle virksomheten, den kan likevel være kjent for og iverksatt i andre virksomheter.»[832] Det er fortsatt innovasjon å implementere en løsning som andre har funnet på eller utviklet andre steder, da endringen er ny for din organisasjon. En avgjørende faktor i innovasjonsbegrepet er at problemet faktisk blir løst og nyttiggjort, det vil si at man er ikke «ferdig» før løsningen er implementert og tatt i bruk. Det er for eksempel ikke veldig verdifullt å ha en fungerende luftvernprototype klar, hvis avdelingene som trenger den ikke har den tilgjengelig i felt når behovet oppstår. Mange anskaffelser av innovativ karakter kan ha for mye fokus på tidlig fase anskaffelser, uten å ta tilstrekkelig hensyn til at løsningen skal kunne testes og utvikles videre til en ferdig løsning som skal inn i organisasjonen i stort format.

Anskaffelsesutvalget beskriver innovasjonsprosessen i tre steg, FoU-fasen, læringsfasen og skalering/ industrialisering. Innovasjon dekker alle tre fasene, noe som gjør at innovasjon ofte er en lengre prosess enn kun FoU. Et innovasjonsprosjekt er avhengig av effektive overganger mellom fasene for å nå sine mål. Det oppstår ofte utfordringer i overgangen mellom FoU, læringsfasen og skaleringen. I tråd med Kommisjonens meddelelse om FoU, skal en vellykket utviklingsprosess (FoU) ende i en konkurranse der det åpnes for at flere aktører kan delta. Dette er ikke alltid like lett, da man ofte har utviklet svært tilpassede løsninger, som gjerne bygger videre på IPR som tidligere er utviklet av noen av aktørene.

[831] Prop 87 S (2023-2024), kapittel 10.2.
[832] Meld St. 30 (2019-2020).

10.4.4 Sentrale behov i innovasjonsanskaffelser i forsvarssektoren

Alle anskaffelser skal dekke et behov. Spørsmålet oppdragsgiver må avklare er om den eller de eksisterende løsningene dekker behovet på en tilfredsstillende måte, eller om oppdragsgiver bør orientere seg mot en ny eller forbedret løsning. Anskaffelsesprosessen gir dermed mulighet for å tenke nytt om behovet og hvordan dette eventuelt har utviklet seg. Innovative anskaffelser forutsetter en aktiv og helhetlig tilnærming til behovet. Gjennomføring av brukerundersøkelser, intervjuer med ansatte og bruk av tjenestedesign, kan bidra til å gi en bedre behovsforståelse. Dette arbeidet kan danne utgangspunktet for en kravspesifikasjon som oppfordrer markedet til å utvikle nye løsninger. Nedenfor omtales elementer som er sentrale for å legge til rette for innovative anskaffelser i forsvars- og sikkerhetssektoren, basert på innspill fra forskningsmiljøene til arbeidsgruppen. Arbeidsgruppen har i 10.4.6 sett konkret på behovet for eventuelle regelverkstilpasninger for å ivareta elementene.

Dialog med markedet

Utstrakt dialog med markedet i forkant av kunngjøring, er en forutsetning for å kunne legge til rette for innovasjon i en anskaffelse. I dialogen formidles behovet til markedet. Innkjøpere får dermed innsikt i hva som finnes av løsninger i markedet, og hva som kan være mulig å utvikle. Oppdragsgivere kan for eksempel gå i dialog med markedet gjennom leverandørkonferanser, én-til-én møter eller høring av konkurransegrunnlag.

Ytelses- og funksjonskrav

Ytelses- og funksjonskrav er åpne spesifikasjonsformer som tilrettelegger for markedets beste løsningsalternativ (se om artikkel 18 i 12.11 nedenfor). Ved å stille ytelse- og funksjonskrav får leverandøren mulighet til å tilby innovative løsninger, som kan oppfylle det offentliges behov på en ny og bedre måte. På denne måten kan oppdragsgivers behov beskrives gjennom en åpen spesifikasjon av kravene til leveransens ytelser og funksjon, fremfor detaljerte spesifikasjoner over hvordan oppgaven skal løses. Leverandører kan dermed i større grad selv vurdere hvilken løsning som vil være den beste å tilby, for å dekke de behovene oppdragsgiver har angitt. Spesifikasjonsformen legger på denne måten til rette for innovasjon slik at nye løsninger kan tilbys, i stedet for å begrense anskaffelsen til hva oppdragsgiver kjenner til av eksisterende løsninger.

Tilgang til risikoavlastningsmidler

Tilgang til risikoavlastningsmidler både for leverandører og for oppdragsgiver. Det finnes flere virkemidler for å avlaste risiko, med egne innovasjonsmidler i sektoren i tillegg til større midler håndtert av EU og NATO. Fordeling og håndtering av risiko er vesentlig i anskaffelser og kontrakter med innovativ karakter, der fossefalls- og smidige prosjekter håndterer risiko på svært forskjellige måter.

Innovasjonsvennlige kontrakter

I implementeringen av en innovativ løsning oppstår ofte utfordringer som oppdragsgiver ikke var klar over da anskaffelsen ble gjennomført. Før konkurransen kunngjøres må oppdragsgiver derfor ta stilling til hvilken samarbeidsrelasjon oppdragsgiver ønsker med valgte leverandør. Dette håndteres i kontraktsvilkårene (se om artikkel 20 i 12.13 nedenfor). Kontrakten kan samtidig legge opp til insentiver for videreutvikling av løsninger. Gjennom bruk av opsjoner eller kompensasjonsmodeller som gir leverandører bedre betingelser ved økt kvalitet/lavere kostnader, kan det stimuleres til innovasjon også i kontraktsperioden.

Prissetting

Dette er flere avgjørende spørsmål som tenkes på i forkant av oppstarten av prosjektene, eksempelvis hvordan innovasjon skal prissettes, hvordan kan betaling justeres ved endrede forutsetninger, antall leverandører, eller forskyvning i aktiviteter eller kostnadsdrivere i ulike faser av et utviklingsprosjekt.

Immaterielle rettigheter

Som utgangspunkt gjelder alminnelige regler om opphavsrett og registrerbare rettigheter for kontrakter inngått til forsvars- og sikkerhetsformål. Den som skaper immaterielle rettigheter har rettighetene til det som skapes, noe annet krever konkret hjemmelsgrunnlag, for eksempel avtale. Det følger av retningslinjer for forsvarssektoren[833] at immaterielle rettigheter som hovedregel skal ligge hos leverandør som utvikler dette. Dette gjelder selv om utviklingen er finansiert av forsvarssektoren. Forsvarssektoren kompenseres typisk ved royalty for leverandørens videre bruk og kommersialisering av disse rettighetene.

Forsvarsdepartementet viser i den forbindelse til at "[e]n profesjonell og tydelig forvaltning av ordningen med immaterielle verdier er viktig for samarbeidet mellom forsvarssektoren og industrien, og bidrar til å ivareta hensyn til forutsigbarhet, omdømme og effektivitet".

På denne måten skal kontrakter inngått på forsvarssektorens område bidra til å støtte opp om innovasjon og trekantsamarbeidet for igjen å styrke Forsvarets evne til å løse oppgavene, Norges bidrag til nødvendig og relevant kapabilitetsutvikling i NATO og til å understøtte en internasjonalt konkurransedyktig forsvarsindustri.

Samtidig kan lovbestemmelser legge begrensninger på opphavers og rettighetshaveres bruk og deling av immaterielle rettigheter. Typiske eksempler på dette er immaterielle rettigheter underlagt beskyttelsesnivå, jf. sikkerhetsloven, eksportkontrolloven og lov om forsvarsviktig teknologi.

Hvilke konkurranseformer kan brukes og hva er rammene for dette

Dersom oppdragsgiver ønsker å gjennomføre konkurranse innenfor regelverket, åpner regelverket for fleksible prosedyrer som kan tilpasses for å sikre best mulig innovasjonskontrakter De mest aktuelle prosedyrene til dette er konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog (se om artikkel 25 til 27 i 12.19 til 12.21 nedenfor).

IKT og høyteknologiske løsninger

Det er i anskaffelse av IKT og andre høyteknologiske løsninger et behov for å regulere kontinuerlig oppdatering og utvikling av produktene/ tjenestene gjennom produktets levetid. Slik utvikling kan i betydelig grad endre produktene og størrelsen på kontraktene. Oppdragsgivere som inngår kontrakter hvor innovasjon er sentralt, kan ta høyde for dette i kontraktsreguleringen.

Dual-use

Dual-use produkter blir stadig mer relevant, med bakgrunn i at endel sivile teknologiområder har gått forbi forsvarsindustrien i både teknologiske muligheter og ikke minst kost/ nytte. Det blir derfor mer vanlig med dialog med nye leverandører, for eksempel i droneområdet, energi eller i IKT, der valg av anskaffelsesregelverk og muligheter for unntak kan skape utfordringer (se om betydningen for 346 nr. 1 b i 8.5.2 A. ovenfor).

[833] Regjeringen.no, Overordnet policy for forsvarssektorens forvaltning av rettigheter til immaterielle verdier (IP) og royalty, 02.09.2022.

10.4.5 Dagens regelverk

I. Direktivet

Det står i TEUV artikkel 179 at unionen har som mål å styrke sitt vitenskapelige og teknologisk grunnlag og skal fremme alle forskningsaktiviteter som er nødvendig i henhold til traktatens øvrige kapitler. I forarbeidene til direktiv 2009/81/EF er forskning og innovasjon i europeisk forskningssektor fremhevet som viktig, og i avsnitt 12 i fortalen står det at direktivet bør ta hensyn til oppdragsgivers behov for blant annet forskning og utvikling i hele produktets levetid. I fortalens avsnitt 55 er det gjentatt at forskning- og utvikling er sentrale virkemidler for å styrke den europeiske forsvarsteknologien- og industrien, og at tildeling av kontrakter kan bidra til slike mål.

Direktiv 2009/81/EF har flere bestemmelser som skal legge til rette for innovasjon og forskning og utvikling, og som skal gi oppdragsgiver fleksibilitet. I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er det foreslått nye regler for å muliggjøre styrket innovasjon i sektoren, der forslaget omfatter endringer i artikkel 13 bokstav c og innføring av innovasjonspartnerskap også i direktiv 2009/81/EF (se om innkjøpsprosedyrer i 12.19 flg. nedenfor).

Forskning og utvikling er i henhold til direktiv 2009/81/EF artikkel 1 nr. 27 alle aktiviteter som omfatter grunnforskning, anvendt forskning og eksperimentell utvikling, der det sistnevnte kan omfatte gjennomføring av demonstrasjoner av teknologien, dvs. innretninger som demonstrerer et nytt konsepts eller en ny teknologis ytelse i et relevant eller representativt miljø.

Ifølge direktiv 2009/81/EF artikkel 13 bokstav c kommer ikke direktivet til anvendelse på kontrakter som tildeles innenfor rammen av et samarbeidsprogram basert på forskning og utvikling og utført i felleskap av minst to medlemsstater for utvikling av et nytt produkt, og, der det er relevant, for de senere fasene i hele eller deler av dette produktets livssyklus (se om artikkel 13 i 9.3.4 ovenfor). I motsetning til FoU-unntaket for tjenestekontrakter i direktiv 2009/81/EF artikkel 13 j, gjelder artikkel 13 c for innovasjonsprosessen i sin helhet fra og med den innledende forskning- og utviklingsfase og helt frem til og med anskaffelse av det endelige produkt. FoU-unntaket i artikkel 13 c innebærer dermed en høyere grad av fleksibilitet for oppdragsgiver enn i de andre direktivene.

Kontrakt om FoU-samarbeidsprosjektet som unntas etter artikkel 13 c må ha til hensikt å utvikle eller videreutvikle nye produktløsninger for å være omfattet, eksempelvis modeller, teknologi og lignende, som ikke allerede er tilgjengelig i dagens marked.[834] Anskaffelse av hyllevarer faller utenfor unntaket i artikkel 13 bokstav c. Tildelingen må skje etter et samarbeid mellom to medlemsland for å være omfattet av artikkel 13 c. Dette kan være et enkelt samarbeid mellom to medlemsstater, og det kan være programmer som administreres av internasjonale organisasjoner og gjennomføres i samarbeid med EØS-stater omfattes også, eksempelvis kontrakter som tildeles av OCCAR, NATO, European Defence Agency (EDA) eller andre relevante internasjonale organisasjoner på vegne av EØS-statene.[835] I Kommisjonens endringsforslag står det at forsknings- og utviklingsprosjekter som administreres og finansieres av EU, og som implementeres i henhold til EU-retten, skal regnes som et samarbeidsprogram mellom minst to medlemsstater.

Ethvert samarbeidsprosjekt som unntas etter artikkel 13 bokstav c, skal meldes til Kommisjonen hvis verdien av kontraktene overstiger direktivets terskelverdier. Meldingen som oppdragsgiveren sender, skal inneholde de samlede utgiftene til samarbeidsprosjektet, herunder andeler og kostnader til

[834] Kommisjonens Guidance Note on Research and development.

[835] Kommisjonens Guidance Note on Cooperative Procurement.

forsknings- og utvikling og kostnadsfordelingen mellom avtalepartene.[836] Dersom det er aktuelt, bør den antatte andel av planlagte anskaffelser per avtalepart meldes til Kommisjonen. Informasjonen som oversendes til Kommisjonen må være tilstrekkelig til å vise at prosjektet gjelder utvikling av et nytt produkt som ikke allerede eksisterer i markedet og at deltakelse av medlemsstatene er mer enn bare symbolske bidrag til prosjektet.[837] Det kan være ulike forskjeller mellom medlemsstatenes budsjetter og størrelse på de individuelle bidragene kan følgelig variere betydelig i forsknings- og utviklingsprosjektet, noe som vil bli hensyntatt i Kommisjonen vurdering av prosjektene.[838]

Ifølge artikkel 13 j kommer direktiv 2009/81/EF ikke til anvendelse for tjenesteytelser vedrørende forskning og utvikling, unntatt FoU-tjenester der utbytte fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk for egen virksomhet og tjenesten fullt utbetales av oppdragsgiver. Dette unntaket omfatter tjenestekontrakter i en forsknings- og utviklingsfase, hvor oppdragsgiver og leverandør i fellesskap delfinansierer et FoU-prosjekt.[839] Det gjelder anskaffelser hvor partene i felleskap utvikler et nytt konsept eller ny teknologi som ikke eksisterer i markedet.[840] Dersom FoU-unntaket er anvendelig, kan oppdragsgiver velge å inngå en kontrakt direkte eller forhandle med flere potensielle aktører.

FoU-prosjekter hvor oppdragsgiver på egenhånd finansierer prosjektet, eller selv sitter igjen med alle rettigheter, herunder IPR eller bruksrettigheter, faller utenfor artikkel 13 bokstav j.[841] Det samme gjelder utforming av forproduksjon og kvalifisering, verktøy og industriteknikk, industridesign eller produksjon.[842] I slike tilfeller går forskning og utvikling over i en leveransekontrakt, hvor utgangspunktet er at oppdragsgiver må konkurranseutsette anskaffelsen gjennom bruk av direktivets prosedyreregler. Dette i motsetning til FoU-samarbeidsprosjekter som kan unntas etter artikkel 13 c. Det kan oppstå tvilstilfeller, eksempelvis dersom deler av en FoU-tjenestekontrakt omfatter leveranse av varer, og oppdragsgiver mottar en demonstrator i henhold til leverandørs kontraktsforpliktelser. I slike tilfeller vil FoU-tjenestekontrakten fortsatt kunne unntas etter direktivet så fremt totalverdien av FoU-tjenestene overstiger verdien av varen som omfattes av kontrakten.[843]

I den grad FoU-unntaket ikke er anvendelig, plikter oppdragsgiver å anvende en av direktivets tillatte anskaffelsesprosedyrer. Oppdragsgiver vil typisk kunne anvende konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring eller konkurransepreget dialog, mens direktivet enn så lenge ikke tilbyr innovasjonspartnerskap, slik direktiv 2014/24/EU gjør.[844] Som sagt har Kommisjonen foreslått å innføre denne prosedyren også i direktiv 2009/81/EF. Oppdragsgiver kan anvende unntaksprosedyren konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter artikkel 28 om vilkårene for det er oppfylt (se 12.22 nedenfor). Det gir i så fall en høyere grad av fleksibilitet ved at anskaffelsen ikke er kunngjøringspliktig.

Etter artikkel 28 (2) bokstav a kan oppdragsgiver anvende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for vare- og tjenestekontrakter når forsknings- og utviklingstjenester i kontraktene er andre enn de som er omhandlet i artikkel 13. Dette gjelder kontrakter hvor

---

[836] Kommisjonens Guidance Note on Cooperative Procurement.
[837] Kommisjonens Guidance Note on Cooperative Procurement.
[838] Kommisjonens Guidance Note on Cooperative Procurement.
[839] Kommisjonens Guidance Note on Research and development.
[840] Direktiv 2009/81/EF, fortale nr 13.
[841] Kommisjonens Guidance Note on Research and development.
[842] Direktiv 2009/81/EF, fortale nr. 13.
[843] Direktiv 2009/81/EF artikkel 1 nr 5.
[844] Kommisjonens Guidance Note on Research and development.

oppdragsgiver, i motsetning til tilfeller som reguleres av artikkel 13 bokstav c, hovedsakelig betaler for anskaffelsen og hvor fordelene av anskaffelsen, herunder immaterielle rettigheter og bruksrettigheter, utelukkende tilfaller oppdragsgiver.[845]

Etter direktiv 2009/81/EF artikkel 28 (2) bokstav b kan oppdragsgiver anvende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for produkter som utelukkende produseres til forsknings- og utviklingsformål, med unntak av serieproduksjon for å sikre lønnsomhet eller inntjening av kostnadene til forskning og utvikling.

Direktiv 2009/81/EF artikkel 28 (1) *bokstav e* åpner for at konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring kan anvendes dersom kontrakten av tekniske årsaker eller av årsaker forbundet med vern av eneretter bare kan tildeles av bestemte markedsdeltakere (eneleverandørunntaket). I den grad den oppståtte eneleverandørsituasjonen er selvforskyldt, ved at oppdragsgiver til eksempel gjennom en forutgående FoU-fase etter artikkel 13 j selv har bidratt til at leverandøren er den eneste som er i stand til å levere det ferdigutviklede produkt, vil artikkel 28 (1) bokstav e ikke være anvendelig.

II. FOSA

Direktiv 2009/81/EFs unntak for FOU-kontrakter og vilkår for å anvende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring er i sin helhet gjennomført i FOSA.[846] Utover de direktivspesifikke bestemmelsene, inneholder FOSA § 3-5 også en bestemmelse om bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner. Oppdragsgiver skal ifølge bestemmelsen ikke søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen, når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse. Selv om tilsvarende regler ikke følger av direktivet, viser saker som C-21/03 og C-34/03 Fabricom at oppdragsgiver kan søke råd fra markedet så lenge grunnprinsippene overholdes.

10.4.6 Arbeidsgruppen vurdering av innovasjon

Arbeidsgruppens vurdering er at anskaffelsesregelverket i utgangspunktet er tilstrekkelig tilrettelagt for innovasjon på forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesområdet, og at det derfor ikke er behov for store regelverksendringer for å fremme innovative forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. De utfordringer som forskningsmiljøene har beskrevet overfor arbeidsgruppen, jf. 10.4.3 ovenfor vil etter arbeidsgruppens vurdering primært løses gjennom regelverksforenkling og veiledning om de muligheter som allerede ligger innenfor forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesregelverket. Det er en høy grad av overlapp mellom innholdet i de relevante reglene i forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesregelverket og reglene i klassisk sektor hva gjelder bla. prissetting, ivaretakelse av IPR, kontraktsvilkår og ytelses- og funksjonskrav, og disse problemstillingene er nærmere omtalt i anskaffelsesutvalgets NOU.

Som ett konkret forenklingsgrep, har arbeidsgruppen valgt å samle alle bestemmelser om FoU-kontrakter i ett kapittel i utkast til lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, jf. lovens kapittel 9. Kapittelet inneholder for det første en definisjon av forskning og utvikling, som gjennomfører

[845] Kommisjonens Guidance Note on Research and development.

[846] FoU-unntakene følger av FOSA § 1-3 (2) bokstav c og h, mens de aktuelle vilkårene for konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring fremgår av FOSA § 5-3 bokstav f og g.

definisjonen i direktiv 2009/81/EF, jf. lovens § 9-1. I tillegg er direktivets to FoU-unntak inntatt i kapittelet. Dessuten er adgangen til å anvende konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for visse FoU-kontrakter, også inkludert. Omtalen av nevnte bestemmelser i direktiv 2009/81/EF er gitt ovenfor i punktene 9.3.4, 10.4.5 og nedenfor i punkt 12.22.

For øvrige har arbeidsgruppen innført egne bestemmelser om markedsundersøkelse i lovens kapittel 13. Arbeidsgruppen noterer at det er behov for tidlig samarbeid i forsvarssektoren, og legger til grunn at lovbestemmelsene kan bidra til å belyse det rettslige handlingsrommet som foreligger i anskaffelsesregelverket. Kapittelet inneholder blant annet bestemmelser om forberedende undersøkelser, jf. § 13-1, og dialog med leverandører før konkurranse, jf. § 13-2, som innholdsmessig samsvarer med bestemmelsene i anskaffelsesutvalgets forslag til ny anskaffelseslov. Det understrekes at de nye bestemmelsene kodifiserer gjeldende rett. En bredere omtale er gitt av anskaffelsesutvalget i NOU 2023 kapittel 24.

Arbeidsgruppen viser til at det eventuelle behovet for fleksibilitet for FoU-kontrakter er ivaretatt gjennom FoU-unntakene. Det kan oppstå utfordringer i overgangen mellom en innledende FoU-fase, læringsfasen og den etterfølgende skaleringen til anskaffelse av det endelig produkt. Arbeidsgruppen viser til at en vellykket FoU-prosess som hovedregel skal ende i en konkurranse der det åpnes for deltakelse fra aktører i det indre marked. Dette klare utgangspunkt understrekes også i fortalen til direktiv 2009/81/EF avsnitt 55, hvor det fremgår at FoU-kontrakter ikke bør anvendes som et middel til å omgå regelverkets anvendelsesområde, dvs. at oppdragsgiver allerede i en innledende FoU-fase avgjøre valget av leverandør for de etterfølgende fasene frem til og med anskaffelse.

Arbeidsgruppen vil for øvrig peke på de øvrige muligheter som ligger innenfor regelverket til å gjennomføre innovative forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Oppdragsgiver kan for det første anvende prosedyren konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring. I en slik konkurranse gjennomføres en to-trinnsprosedyre hvor alle interesserte leverandører i første trinn kan levere en forespørsel om å delta i konkurransen. Oppdragsgiver skal på bakgrunn av de innkomne forespørsler om å delta i konkurransen foreta en prekvalifisering av leverandørene basert på kvalifikasjonskrav og avvisningsregler. Deretter kan oppdragsgiver foreta en utvelgelse av de kvalifiserte leverandørene basert på ikke-diskriminerende og objektive kriterier etter utvelgelseskriterier. Kun de leverandører som blir utvalgt og invitert til å levere tilbud, kan levere tilbud. Konkurranse med forhandling gir oppdragsgiver adgang til å forhandle med leverandørene om alle sider av tilbudene. Innovasjonspartnerskap er enn så lenge ikke enn prosedyre etter forsvars-sikkerhetsanskaffelsesregelverket, slik det er etter 2014/24/EU. Arbeidsgruppen legger imidlertid til grunn at gjennomføring av et innovasjonspartnerskap kan skje ved å benytte konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring i anskaffelsesfasen og ved å lage en kontraktsregulering for kontraktsfasen (se 12.18.1 nedenfor).

Alternativt kan oppdragsgiver anvende konkurransepreget dialog (12.21 nedenfor). I en konkurransepreget dialog går oppdragsgiver inn i en dialogprosess for å fastslå hvordan behovene i en behovsbeskrivelse best kan oppfylles. Gjennom dialogen mottar oppdragsgiver stadig mer fullstendige tilbud. Når oppdragsgiver har fått tilbud som man mener vil løse utfordringen, så avsluttes dialogen, og man mottar tilbud i en formell avsluttende anbudsfase. Arbeidsgruppen understreker at det også foreligger andre mekanismer som ivaretar innovasjon. Oppdragsgiver kan stille teknologinøytrale krav, stille ytelses- og funksjonskrav, og åpne for at det leveres alternative tilbud.

Som påpekt ovenfor er en stadig økende andel av innovasjonsprosjekter i forsvarssektoren knyttet til såkalte dual-use-produkter. Denne problemstillingen er av betydning for spørsmålet om innovasjonsanskaffelser er omfattet av klassiske anskaffelsesregelverket eller av forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesregelverket, samt for spørsmålet om innovasjonsanskaffelser kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b. For mer veiledning omkring regelverkets anvendelsesområde, vises det til 8.5.2 og 8.5.3 ovenfor).

11 Anskaffelser under EØS-terskelverdi

11.1 Innledning

Over EØS-terskelverdi[847] styres anskaffelsesregelverkets innhold av EØS-direktivene (kapittel 12 nedenfor). Under EØS-terskelverdiene står nasjonale myndigheter i utgangspunktet fritt til å fastsette regler for offentlige anskaffelser. Terskelverdier er regulert i 2009/81/EF artikkel 8 (9.2.7 ovenfor). Unntaket er anskaffelser, som til tross for at de er under EØS-terskelverdi, må antas å ha «klar grensekryssende interesse» som er nærmere omtalt ovenfor i 8.2. Dersom det foreligger en slik interesse, faller anskaffelsen innenfor hovedreglene om fri bevegelighet av varer og tjenester i EØS-avtalens hoveddel.[848]

Anskaffelsesutvalget fremmet forslag om flere endringer for anskaffelser under EØS- terskelverdi i NOU 2023:26 kapittel 22. Arbeidsgruppen har vurdert hvorvidt tilsvarende regler skal foreslås innført for lov om forsvars og sikkerhetsinteresser.

Det vises videre til at Kommisjonen nylig har fremmet forslag til revisjon av direktiv 2009/81/EF og deler av 2009/43/EF.[849] Hvilke konkrete forslag som ble fremmet, er nærmere presentert ovenfor i 2.6. Artikkel 8 i 2009/81/EF er en av artiklene som foreslås endret ved at terskelverdiene for vare- og tjenesteanskaffelser foreslås økt til 900 000 EUR, jf. artikkel 8 bokstav a. Det foreslås også a at terskelverdien for bygge- og anleggskontrakter blir oppjustert til 7 000 000 EUR, jf. artikkel 8 bokstav b.

11.2 Gjeldende rett

Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA)

Direktiv 2009/81/EF artikkel 8 regulerer terskelverdier og artikkel 9 regulerer nærmere bestemt hvordan terskelverdien skal beregnes.[850] FOSA er bygget opp slik at det er ulike regelsett for anskaffelser over og under EØS-terskelverdi. Del I inneholder alminnelige bestemmelser som gjelder for alle anskaffelser. Del II gjelder for anskaffelser over EØS-terskelverdi angitt i § 2-2 i forskriften. Terskelverdien for vare-og tjenestekontrakter er 4,6 millioner kroner og for bygge- og anleggskontrakter er terskelverdien 57, 8 millioner kroner. Videre er terskelverdien for delkontrakter

[847] Se omtale av 2009/81/EF artikkel 8 om terskelverdier på punkt 9.2.7.

[848] Se NOU 2023:26 kapittel 22 for mer om bakgrunn og historikk.

[849] Europakommisjonen, Proposal for directive of the European parliament and of the council amending Directives 2009/43/EC and 2009/81/EC, as regards the simplification of intra EU transfers of defence-related products and the simplification of security and defence procurement, 17.06.2025.

[850] Se kapittel 9.2.8 og 9.2.9 for nærmere omtale av artikkel 8 og 9.

om vare – og tjenestekontrakter 836 000 kroner og for delkontrakter om bygge- og anleggskontrakter er verdien 10.4 millioner kroner. Alle terskelverdier er eksklusive merverdiavgift.

Det er ingen nasjonal kunngjøringsplikt under FOSAs EØS-terskelverdier. Dette i motsetning til anskaffelsesforskriften hvor det er en kunngjøringsplikt for anskaffelser som faller mellom nasjonal terskelverdi og EØS-terskelverdiene. Alle FOSA anskaffelsene under EØS-terskelverdiene må gjennomføres i henhold til FOSAs del I og i tråd med de grunnleggende prinsippene i anskaffelsesloven.

Anskaffelsesforskriften har i del I også generelle bestemmelser som gjelder for alle anskaffelser. Videre er det i del II regler for anskaffelser over terskelverdi (nasjonal) samt særlige tjenester. Del III regulerer anskaffelser som overstiger EØS-terskelverdien.

11.3 Grensekryssende interesse

Utgangspunktet er at det ikke er noen nasjonal kunngjøringsplikt for anskaffelser som faller under EØS-terskelverdiene. Det står i fortalen til direktiv 2009/81/EF at kontrakter under terskelverdi kan være underlagt traktatens prinsipper om likebehandling og gjennomsiktighet, hvis kontrakten har en klar grensekryssende interesse. EU-domstolens praksis støtter også dette jf. for eksempel sak C-278/14 Enterprise Focused Solutions.

Hvorvidt det foreligger grensekryssende interesse, beror på en helhetsvurdering av alle relevante forhold. Grensekryssende interesse er nærmere behandlet under punkt 8.2 ovenfor. I henhold til rettspraksis fra EU-domstolen, skal det særlig ses hen til kontraktens verdi i kombinasjon med kontraktens spesifikke egenskaper og oppfyllelsessted.[851]

Spørsmålet er så hvilken betydning det har at en kontrakt under terskelverdi har grensekryssende interesse. For kontrakt som omfattes av reglene om fri bevegelighet må oppdragsgiver særlig overholde prinsippene om ikke-diskriminering, likebehandling, gjennomsiktighet og proporsjonalitet. I det ligger et krav om publisitet, som gjør det mulig for andre leverandører i EØS-stater å melde interesse i anskaffelsen, uten at det må gjøres gjennom en kunngjøring. Oppdragsgiver kan fravike kravet til publisitet om det er begrunnet i læren om tvingende allmenne hensyn og er forholdsmessig, og det er også antatt at den kan påberope direktivenes regler om unntak fra kunngjøringsplikt, slik som artikkel 28 i direktiv 2009/81/EF. Hvis kravet til publisitet ikke kan fravikes, må oppdragsgiver fastsette ikke-diskriminerende og objektive regler på forhånd, som ikke begrenser fri bevegelighet mer enn nødvendig.

11.3.1 Anskaffelsesutvalgets vurdering

Anskaffelsesutvalget har foreslått å innføre en egen bestemmelse om anskaffelser som har grenseoverskridende interesse i forslag til lov om offentlige anskaffelser § 3-3.

[851] Sak C-147/06 og 148/06 SECAP.

11.3.2 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å innføre en tilsvarende bestemmelse som i forslag til lov om offentlige anskaffelser § 3-3. Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivforpliktelse, men kodifiserer forpliktelsene som følger av EØS-avtalens hoveddel for anskaffelser under EØS-terskelverdi som har klar grensekryssende interesse. Bestemmelsen er en særbestemmelse, og vil supplere reglene i §§ 3-1 dersom det foreligger klar grensekryssende interesse. Den praktiske betydningen vil variere avhengig av hvilke regler som uansett gjelder for den aktuelle anskaffelsen, uavhengig av EØS-retten. Vurderingen av om en anskaffelse har klar grensekryssende interesse skal vurderes ut fra den konkrete kontrakten.

11.4 Avgrensning mot anskaffelser under 300 000 kroner

11.4.1 Anskaffelsesutvalgets vurdering og Prop. 147 L (2024-2025)

Anskaffelsesutvalget vurderte flere spørsmål. De vurderte om ny anskaffelseslov burde avgrense mot de aller minste anskaffelsene. I dagens lov er de generelle EØS-rettslige prinsippene i § 4 gitt i generell anvendelse for alle anskaffelser som lover gjelder, altså helt ned til 100 000 kroner. Utvalget konkluderte med at ordningen med en nedre grense for når anskaffelser er omfattet av direktivet, bør videreføres, men at terskelen bør økes til 300 000 kroner. Utvalget tilføyer at dette innslagspunktet bør inflasjonsjusteres regelmessig.[852]

I Prop. 147 L (2024-2025) foreslo Nærings- fiskeridepartementet å følge anskaffelsesutvalgets anbefaling ved å heve innslagspunktet til 300 000 kroner. Departementet vurderer i likhet med anskaffelsesutvalget at innslagspunktet bør justeres med jevne mellomrom, men at det ikke lovfestes at innslagspunktet inflasjonsjusteres etter en fast indeks.

11.4.2 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen viser til at det bør være tilsvarende regler for innslagspunktet for anvendelse av de ulike lovene. Det foreslås dermed at loven avgrenser mot kontrakter under 300 000 kroner i utkast til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 1-2 (1). Arbeidsgruppen foreslår samme tilnærming til inflasjonsjustering som i Prop. 147 L (2024-2025) punkt 13.2.

11.5 Generelle prinsipper for anskaffelser under EØS-terskelverdi

11.5.1 Anskaffelsesutvalgets vurdering og Prop. 147 L

Anskaffelsesutvalget foreslo å avgrense anvendelsen av de EU-rettslige prinsippene til anskaffelser som faktisk reguleres av EØS-rett.[853] Utvalget viste til at det likevel vil være prinsipper å falle tilbake på utenfor EØS-rettens område. For vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskelverdi og for bygge- og anleggsanskaffelser med en antatt verdi under 15 millioner kroner ekskl. mva., foreslo utvalget å henvise til forvaltningsrettslige prinsipper, og å løfte frem de i praksis to viktigste utslagene av dette: Oppdragsgiver skal sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir

[852] NOU 2023:26 kapittel 22.5.1.
[853] NOU 2023:26 kapittel 22.5.2.

tilbud. mva., foreslo utvalget å henvise til forvaltningsrettslige prinsipper, og å løfte frem de i praksis to viktigste utslagene av dette: Oppdragsgiver skal sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir tilbud.

Med forvaltningsrettslige prinsipper sikter utvalget til de eksisterende norske rettsprinsippene som setter skranker for offentlige oppdragsgiveres private autonomi, slik som det ulovfestede kravet om forsvarlig saksbehandling og myndighetsmisbrukslærens forbud mot usaklig forskjellsbehandling og vilkårlighet, med de tilpasninger som følger av oppdragsgivers valg av fremgangsmåte for å sikre at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår. I tillegg kommer habilitetshensyn.

I Prop. 147 L (2024-2025) punkt 13.3.4 vurderer departementet at det bør gjøres et klart skille mellom anskaffelsen som er regulert av EØS-retten og de som ikke er det. De EØS-rettslige prinsippene er utviklet med henblikk på anskaffelser med grensekryssende interesse, og er ikke utformet for nasjonale anskaffelser som kun har en intern interessesfære.[854] Departementet foreslo å oppheve anskaffelsesloven § 4 om grunnleggende prinsipper.

11.5.2 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen har vurdert om det er hensiktsmessig med et skille mellom anskaffelser som omfattes av EØS-retten og de anskaffelsene som kun er gjenstand for nasjonal regulering. Arbeidsgruppen er i tvil om det er hensiktsmessig å gå bort fra at de grunnleggende prinsippene regulerer samtlige anskaffelser under terskelverdien og enkelte av arbeidsgruppens medlemmer mener at anskaffelsesutvalgets forslag isolert sett ikke er en god måte å regulere nasjonale anskaffelser på. Arbeidsgruppen har likevel falt ned på at det er et forenklingshensyn at det er like regler for anskaffelser under EØS-terskelverdiene for «ordinære» anskaffelser og forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Arbeidsgruppen foreslår derfor at det for anskaffelser under terskelverdi inntas et krav om at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper. Arbeidsgruppen understreker at de forvaltningsrettslige prinsippene kan slå noe annerledes ut ved vurderingen av hvilke tiltak oppdragsgiver bør gjennomføre for å oppnå konkurranse for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. De offentligrettslige skrankene som gjelder for offentlige myndigheter vil dermed gjelde, og de viktigste fremgår av lovteksten – forutberegnelighet og likebehandling. Arbeidsgruppen foreslår å regulere dette i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 4-1 (4).

11.6 Nærmere om vare- og tjenesteanskaffelser samt bygge- og anleggsanskaffelser

11.6.1 Anskaffelsesutvalgets vurdering

For vare- og tjenesteanskaffelser under EØS-terskelverdi foreslo anskaffelsesutvalget at oppdragsgiver skal sikre at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår ved for eksempel å gjennomføre markedsundersøkelser, innhente to eller flere tilbud eller annonsering. Ved mottak av flere tilbud skal oppdragsgiver underrette alle tilbydere om hvilken leverandør som er valgt, og samtidig sikre at leverandørene ikke favoriseres over tid. Anskaffelsesutvalget har også foreslått at oppdragsgiver skal offentliggjøre at kontrakt er inngått.

---

[854] Prop 147 L (2024-2025) kapittel 13.3.4.

Anskaffelsesutvalgets flertall foreslo for bygge- og anleggsanskaffelser å differensiere regulering basert på anskaffelsens verdi. Flertallet foreslo at bygge- og anleggsanskaffelser under 3 millioner kroner ekskl. mva. skal reguleres på samme måte som vare- og tjenestekontrakter. For anskaffelser mellom 3 og 15 millioner kroner ekskl. mva. foreslås det en forenklet kunngjøringsplikt i Doffin, som skal sikre tilstrekkelig konkurranse. For anskaffelser over 15 millioner kroner ekskl. mva. foreslås det at reglene over EØS-terskelverdi skal gjelde, men med fleksibilitet i valg av konkurranseformer og dokumentasjonskrav. Mindretallet foreslo derimot et eget forenklet regelsett for bygge- og anleggsanskaffelser med verdi mellom 3 millioner kroner ekskl. mva. og EØS-terskelverdi, inspirert av dagens regulering i anskaffelsesforskriften.

11.6.2 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppens foreslår ut fra forenklingshensyn at det innføres tilsvarende regler for vare- og tjenesteanskaffelser som foreslått av anskaffelsesutvalget med unntak om offentliggjøring av kontraktsinngåelsen. Forsvars- og sikkerhetshensyn tilsier i mange tilfeller at kontrakten ikke offentliggjøres. Oppdragsgiver bør derfor selv kunne bestemme om kontrakten skal offentliggjøres eller ikke.

Arbeidsgruppen har vurdert anskaffelsesutvalgets forslag for bygge- og anleggsanskaffelser, men har kommet til at det ikke er hensiktsmessig å ha en tilsvarende regulering i lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Oppdragsgiver bør ha en større fleksibilitet ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Arbeidsgruppen har derfor foreslått at de samme reglene som gjelder for varer- og tjenester, også gjelder for bygge- og anleggsanskaffelser. Arbeidsgruppen foreslår derfor at lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 4-1 skal gjelde for både vare-, tjeneste- og bygge- og anleggsanskaffelser. Dette tilsvarer reguleringen som anskaffelsesutvalget foreslår for anskaffelser under EØS-terskelverdien i lov om anskaffelser i forsyningssektorene.

12 Direktiv 2009/81/EF

12.1 Innledning

Arbeidsgruppen har i rapportens del II drøftet EØS-regelverkets anvendelse, og det har inkludert omtale av direktiv 2009/81/EF artikkel 2, 3, 5, 8, 9, og 11 til 13. Her i kapittel 12 skal reglene som gjelder for gjennomføring av direktivanskaffelser behandles nærmere. Hver artikkel i direktivet behandles i utgangspunktet for seg. Underleverandørregimet i artikkel 50 til 53 er imidlertid behandlet under omtalen av artikkel 21 nedenfor (punkt 12.14). Artikkel 65 til 66 vil ikke behandles nærmere, men det nevnes at disse er foreslått fjernet i Kommisjonens forslag til endringsdirektiv (punkt 2.6 og 5.1.4 ovenfor). Heller ikke andre avsluttende bestemmelser i direktivets avsnitt III behandles nærmere fordi disse ikke har betydning for gjennomføringen av anskaffelser, men bestemmelser om forholdet til andre direktiver i artikkel 70 og 71 er behandlet i kapittel 8 og 9 ovenfor (f.eks. punkt 8.3.2, 8.4.2 og 9.3.4).

Som beskrevet flere steder ovenfor er direktiv 2009/81/EF i stor grad basert på direktiv 2004/18/EF, men der sistnevnte direktivet har blitt erstattet med direktiv 2014/24/EU uten at det enn så lenge er gjort endringer i direktiv 2009/81/EF (punkt 5.1.2 til 5.1 3 ovenfor). Arbeidsgruppen vil løpende påpeke likheter og forskjeller mellom direktiv 2009/81/EF og tidligere og gjeldende rett i klassisk sektor, og likheter og forskjeller med de andre innkjøpsdirektivene. Det har betydning for om

gjennomføringsbestemmelser for direktiv 2009/81/EF kan være tilsvarende som anskaffelsesutvalgets forslag til gjennomføring av de øvrige direktivene. Vurderingen av om tilsvarende regler som foreslått av anskaffelsesutvalget kan vedtas for gjennomføringen av direktiv 2009/81/EF vil bli gjort i lys av de metodiske føringene gitt i 5.1.5 ovenfor. Det vil også påpekes der Kommisjonens forslag til endringsdirektiv vil bringe rettstilstanden i direktiv 2009/81/EF på linje med 2014-direktivene (punkt 2.6 og 5.1.4 ovenfor)

Som beskrevet flere steder ovenfor er forsvars- og sikkerhetssektoren et livsområde der det gjør seg gjeldende en del særegne hensyn sammenlignet med andre sektorer som reguleres av innkjøpsdirektivene. Derfor er det i direktiv 2009/81/EF gitt en del spesifikke regler som gir eller synliggjør oppdragsgivers handlingsrom til å ivareta statens sikkerhetsinteresser, og særlige hensyn på forsvars- og sikkerhetsområde kan begrunne gjennomføringsbestemmelser som avviker fra dem foreslått av anskaffelsesutvalget for de andre direktivene. Dette vil påpekes løpende i forbindelse med behandlingen av direktivets enkelte artikler og arbeidsgruppens forslag til gjennomføringsbestemmelser.

Som beskrevet i punkt 8.3 til 8.5 ovenfor skal direktiv 2009/81/EF redusere behovet for å påberope artikkel 346 TEUV og artikkel 123 EØS. EU-domstolen har i flere saker slått fast at oppdragsgiver som unntar anskaffelser på grunnlag av traktens og direktivenes sikkerhetsunntak må bevise at sikkerhetsinteressene som anføres ikke kan ivaretas gjennom en direktivanskaffelse. Det ligger i dette at oppdragsgiver som vurderer å gjøre unntak etter artikkel 123 EØS sammenholdt med direktivets unntaksregler, først må vurdere om sikkerhetsinteressene som står på spill kan ivaretas innen rammene av en direktivanskaffelse. Av denne grunn vil det også være et sentralt siktemål med fremstillingen her i kapittel 12 å synliggjøre handlingsrommet direktivet gir til å ivareta vesentlige sikkerhetsinteresser i forsvar- og sikkerhetsanskaffelser.

12.2 Artikkel 1 – Definisjoner

12.2.1 Direktivet

Direktiv 2009/81/EF artikkel 1 gir definisjoner for en rekke begreper anvendt i direktivet. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 1 i direktiv 2004/18/EF, og en tilsvarende bestemmelse følger av artikkel 2 i direktiv 2014/24/EU, som er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.2.

Artikkel 1 i direktiv 2009/81/EF gjentar en del definisjoner i direktiv 2004/18/EF, og flere av disse er videreført i direktiv 2014/24/EU artikkel 2, for eksempel definisjoner for begrepene kontrakter, bygge- og anleggskontrakter, varekontrakter og tjenestekontrakter, og tilsvarende for definisjoner av skriftlig, elektronisk middel, livssyklus, ansøker og tilbudsgiver. Andre definisjoner er videreført med noen tilpasninger, slik som begrepet økonomisk aktør i artikkel 2 nr. 10 i direktiv 2014/24/EU, og som tilsvarer definisjonen av entreprenør, leverandør og tjenesteyter i direktiv 2009/81/EF artikkel 1 nr. 13, for i det direktivet er begrepet økonomisk aktør en samlebetegnelse som ifølge nr. 14 bare anvendes for å forenkle teksten. Det er også definisjoner som ikke er videreført i artikkel 2 direktiv 2014/24/EU, men som heller er regulert i andre deler av direktivet. Det gjelder definisjonene av forskjellige konkurranseformene som ikke lenger står blant direktivets definisjoner, men innholdet er videreført i bestemmelsene om de ulike konkurranseformene i artikkel 26 flg.

Artikkel 1 i direktiv 2009/81/EF inneholder også noen særlige definisjoner for forsvars- og sikkerhetssektoren.[855] Det er definisjonene av militært materiell i artikkel 1 nr. 6, følsomt materiell i nr. 7 og klassifiserte opplysninger i nr. 8 som har særlig betydning for direktivets anvendelsesområde i artikkel 2 som er nærmere forklart ovenfor i punkt 9.2.3 og 9.2.4. I artikkel 1 nr. 9 er det gitt definisjon på myndigheter som har særlig betydning for unntaket om kjøp mellom myndigheter i artikkel 13 bokstav f, som er forklart ovenfor i punkt 9.3.4 I artikkel 1 nr. 10 er det gitt definisjon av krise som har betydning for bestemmelsen om forsyningssikkerhet i artikkel 23 (punkt12.16 nedenfor), for unntak fra kunngjøringsplikten i artikkel 28 nr. 1 bokstav c (punkt12.22 nedenfor) og kvalifikasjonskrav i artikkel 42 nr. 1 bokstav h (punkt12.36 nedenfor). Definisjonen av sivile innkjøp i artikkel 1 nr. 17 har betydning for avgrensningen mot anvendelsesområdet i artikkel 2, og for unntaket i artikkel 13 bokstav d.

Det er også enkelte definisjoner som bare finnes i direktiv 2009/81/EF, men som reflekterer begrepsbruken i andre direktiver. Artikkel 1 nr. 22 definerer begrepet underentreprise, og som det er gitt særlige regler for i artikkel 22, men hvor definisjonen av underentreprise synes å sammenfalle med forståelsen av dette konseptet i praksis. Artikkel 1 nr. 27 definerer forskning og utvikling, som har særlig betydning for unntak fra direktivet i artikkel 13 bokstav c og j, og for unntak fra kunngjøringsplikten artikkel 28 nr. 2. Det står i fortalens punkt 13 at definisjonen som gis av forskning- og utvikling gjelder for det direktivet, men definisjonen synes å gjenspeile en alminnelig forståelse av forskning og utvikling. Direktiv 2014/24/EU har ikke en tilsvarende definisjon, men det gis i artikkel 2 nr. 22 som kan ha en viss overlapp med definisjonen gitt av forskning- og utvikling, men uten at konseptene er sammenfallende.

12.2.2 Gjennomføring

Artikkel 1 i direktiv 2009/81/EF er gjennomført i FOSA § 4-1 om definisjoner og § 4-2 om prosedyrer. I § 4-1 er det også gitt noen definisjoner som ikke følger av artikkel 1 i direktivet, men som dels fremstår som presiseringer av direktivet, og dels er det gitt noen særnorske definisjoner. Dette gjelder for eksempel definisjonen av begrepene Doffin (c), kunngjøringsskjema (n), TED-databasen (t), ulovlig direkte anskaffelse (v), underleverandør (w) og universell utforming (y).

12.2.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å innføre artikkel 1 i direktiv 2009/81/EF i lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 5-3. I likhet med anskaffelsesutvalget har arbeidsgruppen vurdert at det ikke er nødvendig å innføre alle definisjonene inntatt i artikkel 1 i loven da noen definisjoner er godt innarbeidet og hensynet til forenkling tilsier at det ikke tas inn flere definisjoner enn nødvendig. Arbeidsgruppen har i utgangspunktet lagt opp til en direktivnær innføring av definisjonene, men har på enkelte punkter fraveket dette ut fra hensynet til godt innarbeidede begreper i norsk rett.

Arbeidsgruppen påpeker at klassifiserte opplysninger dekker mer enn det som er gitt et graderingsnivå. Det dekker også andre typer beskyttelsesnivå i medhold av lov eller instruks av hensyn til nasjonal sikkerhet. Dette innebærer at også informasjon som er gitt beskyttelse i medhold av f.eks.

[855] Se nærmere Steinicke (2018) s. 1269.

eksportkontrolloven, lov om forsvarsviktig teknologi og lov om informasjon om bestemt angitte områder, skjermingsverdige objekter og bunnforhold omfattes av begrepet slik det er definert i direktivet og slik det skal forstås i utkastet til lov. Definisjonen av gradert materiell, graderte bygge- og anleggsarbeider og graderte tjenesteytelser må forstås tilsvarende.

12.3 Artikkel 4 – Prinsipper for inngåelse av kontrakter

12.3.1 Direktivet

Artikkel 4 i direktiv 2009/81/EF oppstiller prinsipper for inngåelse av kontrakter, og krever at oppdragsgiver overholder prinsippene om likebehandling og ikke-forskjellsbehandling av økonomiske aktører,[856] og at den handler på en gjennomsiktig måte. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 2 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 18 i direktiv 2014/24/EU, men her nevnes også flere prinsipper enn i direktiv 2004/18/EF og direktiv 2009/81/EF. Anskaffelsesutvalget behandler artikkel 18 i direktiv 2014/24/EU i NOU 2023:26 kapittel 24.12.[857]

Formålet med anskaffelsesdirektivene er å sikre fri bevegelighet og åpne markedet for offentlige anskaffelser for konkurranse.[858] Direktiv 2009/81/EF skal sikre disse målene for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i EØS, og hvor det gjøres noen særlige tilpasninger som skal muliggjøre at statene kan ivareta sine vesentlige sikkerhetsinteresser ved anvendelse av markedsreglene på forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.[859] Til å forfølge direktivets mål er det utviklet noen prinsipper som ikke er mål i seg selv, men som må forstås og anvendes i lys av målene som direktivene forfølger. Grunnprinsippene brukes av EU-domstolen ved tolkningen av direktivets regler, og til å utfylle direktivets prosedyreregler.[860]

Oppdragsgiver skal overholde grunnprinsippene på alle stadier av konkurransen, også ved kontraktens oppfyllelse.[861] I saker som C-538/13 *e-Vigilio* skriver EU-domstolen at oppdragsgiver «er tildelt en aktiv rolle i forbindelse med anvendelsen af disse principper for indgåelse af offentlige kontrakter».[862] Noen av grunnprinsippene kommer til uttrykk i artikkel 4 i direktiv 2009/81/EF, men disse må suppleres med andre prinsipper som EØS-statene skal overholde ved gjennomføring av EØS-rett, slik som prinsippene om god forvaltningsskikk og effektiv domstolskontroll.[863]

Artikkel 4 pålegger oppdragsgiver å overholde prinsippet om ikke-diskriminering. Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet følger også av reglene om fri bevegelighet og det generelle forbudet i TEUV artikkel 18 og EØS-avtalen artikkel 4.[864] Prinsippet omfatter forbud mot direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av nasjonalitet.[865] Direktivet tillater derfor ikke krav

---

[856] Økonomiske aktører er definert i artikkel 1 nr. 14, se omtalen av artikkel 5 i 9.2.2 ovenfor.

[857] Se også Hammersvik (2023) kapittel 2.3.

[858] Se f.eks. sak C-454/06 *Pressetext* avsnitt 31, sak C-589/19 *Conacee* avsnitt 37, og for fri bevegelighet se f.eks. sak C-336/12 *Manova* avsnitt 28.

[859] Avsnitt 2, 4, 5, 8 og 9 i direktiv 2009/81/EF.

[860] Se for eksempel sak C-396/14 *MT Højgaard* avsnitt 36 flg. og sak C-6/15 *Dimarso* avsnitt 27 flg.

[861] For eksempel sak C-87/94 *Vallonske Busser* avsnitt 54, sak C-395/18 *Tim* avsnitt 45, sak C-82/24 *Veolia Waters* avsnitt 36.

[862] Sak C-538/13 *e-Vigilio* avsnitt 42.

[863] Se f.eks. sak C-927/19 *Klaipedos* avsnitt 120 og 122, sak C-66/22 *Infraestruturas de Portugal* avsnitt 87.

[864] Se f.eks. sak C-513/99 *Concordia Bus Finland* avsnitt 82. Om forholdet mellom det generelle forbudet mot forskjellsbehandling og forbudene som gjelder under de enkelte friheter se f.eks. sak C-91/08 *Wall.*

[865] Se f.eks. avsnitt 40 og 41 i fortalen til direktiv 2009/81/EF.

om at varer eller innsatsfaktorer har en bestemt nasjonalitet,[866] og det tillater heller ikke krav om gjenkjøp fra nasjonal industri,[867] eller at leverandøren må være etablert på oppdragsgivers territorium.[868] For at slike krav kan være berettiget må oppdragsgiver godtgjøre at det kan gjøres unntak på grunnlag av reglene om fri bevegelighet, artikkel 346 TEUV/ artikkel 123 EØS og/eller direktivets unntaksregler (se like nedenfor).

Prinsippet om likebehandling gjelder uavhengig av nasjonalitet. De tidligste direktivene hadde ikke egne regler om at oppdragsgiver måtte behandle tilbyderne likt, men i sak C-243/89 *Kommisjonen mot Danmark* (Storebælt) skrev EU-domstolen at et slikt prinsipp følger av selve hovedformålet med direktivet.[869] Likebehandlingsprinsippet krever at like tilfeller behandles likt og ulike tilfeller behandles ulikt med mindre annet er objektivt begrunnet.[870] I anskaffelsesretten innebærer det at tilbyderne skal gis like sjanser når de bestemmer seg for om de vil delta i konkurransen, og i så fall ved utarbeidelsen av søknader om deltakelse eller tilbud. Søknader om deltakelse og tilbud skal underlegges samme betingelser, og oppdragsgiver må overholde selvpålagte regler strengt ved evalueringen.[871] Et utslag av prinsippet om likebehandling er prinsippet om gjensidig anerkjennelse av kvalifikasjoner,[872] men der det ikke gjelder et prinsipp om gjensidig anerkjennelse av sikkerhetsgodkjenninger.[873]

Prinsippet om likebehandling avføder prinsippet om gjennomsiktighet, som ble formulert av EU-domstolen i sak C-87/94 *Kommisjonen mot Belgia*,[874] og i saker som C-324/98 *Teleaustria* er det slått fast at prinsippet også gjelder under reglene om fri bevegelighet. EU-domstolen har sagt at prinsippet er en logisk følge av prinsippet om likebehandling og dets formål er å sikre at oppdragsgiver ikke favoriserer eller behandler tilbyderne vilkårlig.[875] Prinsippet krever at alle betingelser formuleres klart, presist og utvetydig i forkant slik at alle rimelig velinformerte og påpasselige tilbydere kan forstå det nøyaktige innholdet i kravene på samme måte, og for at oppdragsgiver kan kontrollere at kravene er oppfylt.[876]

Prinsippet om proporsjonalitet er ikke nevnt i artikkel 4. Det tilsvarer artikkel 2 i direktiv 2004/18/EF, mens artikkel 18 nr. 1 i direktiv 2014/24/EU foreskriver at oppdragsgiver skal handle på en forholdsmessig måte. Selv om det samme ikke følger av artikkel 4 i direktiv, er proporsjonalitetsprinsippet et generelt EØS-rettslig prinsipp som uansett gjelder ved offentlige anskaffelser.[877] Proporsjonalitetsprinsippet beskytter både oppdragsgiver og leverandør.[878] For oppdragsgiver innebærer det at kravene som stilles til prosessen ikke er strengere enn det anskaffelsens betydning skulle tilsi, og for leverandørene gir det beskyttelse mot strengere regler og

---

[866] Sak C-296/15 *Medisanus*, sak E-5/98 *Fagtun.*

[867] Sak C-360/89 Kommisjonen mot Italia, sak 21/88 *Du Pont de Nemours Italiana,* Kommisjonens meddelelse Offsets avsnitt 9 og 10, Kommisjonens meddelelse Subcontracting avsnitt 4 flg.

[868] For eksempel sak C-6/20 *Sotsiaalministeerium* avsnitt 54, forutsetningsvis artikkel artikkel 42 nr. 1 bokstav j i direktiv 2009/81/EF og Kommisjonens meddelelse Security of Supply punkt 2.2. og avsnitt 24.

[869] Sak C-243/89 *Kommisjonen mot Danmark* avsnitt 33, se også f.eks. sak C-737/22 *BibMedia* avsnitt 30.

[870] Se f.eks. sak C-82/24 *Veolia Waters* avsnitt 30 med videre henvisninger.

[871] Sak C-27/15 *Pizzo* avsnitt 36, HR-2025-1098-A *Consto* avsnitt 74, HR-2022-1964-A *Flage Maskin* avsnitt 51.

[872] Sak C-6/20 *Sotsiaalministeerium* avsnitt 48.

[873] Avsnitt 43 og 68 til fortalen i direktiv 2009/81/EF, artikkel 22 (3), Kommisjonens meddelelse Security of Information punkt 3.3.

[874] Sak C-87/94 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 53 flg.

[875] Se f.eks. sak C-82/24 *Veolia Waters* avsnitt 33.

[876] Sak C-82/24 *Veolia Waters* avsnitt 33 til 34.

[877] F.eks. sak C-213/07 *Michaniki*, sak C-6/20 *Sotsiaalministeerium* avsnitt 52.

[878] Hammersvik (2023) 2.3.2 med videre henvisninger.

krav enn det som er nødvendig. I EU-domstolens praksis er det mange dommer som slår ned på kategoriske regler i nasjonal rett som ikke gjør det mulig for oppdragsgiver å foreta en individuell vurdering i det enkelte tilfellet.[879]

I artikkel 18 nr. 1 (2) i direktiv 2014/24/EU står det at oppdragsgiver ikke må kunstig innskrenke konkurransen. Det vil den gjøre om konkurransens krav er utformet med den hensikt å urettmessig favorisere eller forfordele visse leverandører. Tilsvarende står ikke i tidligere direktiver, og da heller ikke direktiv 2009/81/EF, men det samme følger av prinsippet om likebehandling. Ordlyden i artikkel 18 er generelt formulert, men på grunnlag av avsnitt 74 i fortalen synes det som at forbudet tar særlig sikte på kravspesifikasjoner som kunstig innskrenker konkurransen.[880] Tilsvarende følger av saker som C-359/83 *Unix* og sak C-59/00 *Vestergaard*, der fravær av ekvivalensklausuler ble ansett rettsstridig under tidligere direktiver.[881] Samtidig følger det av sak C-513/99 *Concordia Bus Finland* at likebehandlingsprinsippet ikke er til hinder for at det etterspørres produkter som bare et fåtall leverandører kan levere,[882] men det forutsetter at konkurransen ikke er kunstig innskrenket ved utformingen av kravene.[883]

I artikkel 18 nr. 2 i direktiv 2014/24/EU står det at medlemsstatene skal treffe passende forholdsregler for å sikre at leverandører overholder forpliktelser om miljø-, sosial-, og arbeidsmiljølovgivning i forbindelse med gjennomføring av kontrakter. I sak C-395/18 *Tim* skriver EU-domstolen at EU-lovgiver ved innføringen av artikkel 18 nr. 2 har gjort plikten til å overholde forpliktelser innen miljø-, sosial-, og arbeidsmiljølovgivning til et prinsipp på linje med øvrige prinsipper som følger av artikkel 18.[884]

Direktiv 2009/81/EF har ikke en tilsvarende bestemmelse som artikkel 18 nr. 2 i direktiv 2014/24/EU, og det er vanskelig å se at det gjelder et tilsvarende prinsipp under direktiv 2009/81/EF. Noe annet er at direktivet tillater at medlemsstatene sikrer overholdelse av miljø-, sosial-, og arbeidsmiljølovgivning. For eksempel viser fortalen avsnitt 6 at direktivet kan bidra til å minske miljøpåvirkningen i forsvarssektoren. Avsnitt 46 i fortalen viser til at bestemmelser om arbeidsforhold og sikkerhet på arbeidsplassen skal gjelde ved utførelsen av omfattede kontrakter så lenge kravene er forenlig med EU-retten, og avsnitt 66 viser til direktiver om likebehandling med hensyn til lønn og arbeidsvilkår.

EU-domstolen har brukt grunnprinsippene til å oppstille en rekke plikter for oppdragsgiver. For eksempel heter det i sak C-538/13 *e-Vigilio* at oppdragsgiver har plikt til å etterprøve om det foreligger interessekonflikter og til å treffe passende tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe interessekonflikter.[885] I sak C-531/16 *Ecoservice* fant EU-domstolen at oppdragsgiver har plikt til å undersøke om tilbud er selvstendige og uavhengige fra andre tilbud i samme konkurranse. [886] Noen andre utslag av grunnprinsippene er forbudet mot å gjøre vesentlige endringer i

---

[879] Se for eksempel sak C-213/07 *Michaniki*, sak C-538/07 *Assitur*, sak C-376/08 *Serrantoni*, sak C-465/11 *Forposta*, sak C-144/17 *Lloyd's of London*, forente saker C-523/16 og sak C-536/16 *MA.T.I SUD,* sak C-769/21 *BTA Baltic Insurance Company* avsnitt 37.

[880] Forslag til avgjørelse i sak C-424/23 *DYKA Plastics* avsnitt 85 flg.

[881] Se også sak C-413/17 *Roche Lietuva* avsnitt 33 flg.

[882] Sak C-513/99 *Concordia Bus Finland* avsnitt 85.

[883] Forslag til avgjørelse i sak C-513/99 *Concordia Bus Finland* avsnitt 144 flg.

[884] Sak C-395/18 *Tim* avsnitt 37 til 38.

[885] Sak C-538/13 *e-Vigilio* avsnitt 43.

[886] Sak C-531/16 *Ecoservice* avsnitt 33 flg.

konkurransegrunnlaget,[887] forbud mot at avklaringer av tilbud fører til fremsettelse av et nytt tilbud,[888] plikten til å avvise tilbud som avviker fra ufravikelige krav[889]og forbudet mot vesentlige endringer i en inngått kontrakt.

Oppdragsgiver kan fravike prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet hvis vilkårene i traktatfestede unntak er oppfylt. Det var tema i sak C-296/15 *Medisanus*, der EU-domstolen vurderte om krav til at det ble brukt slovensk blodplasma i medisinske produkter kunne rettferdiggjøres etter artikkel 34 TEUV. I forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* er det vist til at krav om produksjon i oppdragsgivers territorium når det er nødvendig av hensyn til vesentlige sikkerhetsinteresser kan være et mindre inngripende tiltak enn fullstendig unntak fra direktivet. Det kan som nevnt ovenfor i punkt 8.4.2 og 8.5.2 være et eksempel på at prinsippet om likebehandling kan fravikes etter artikkel 346 TEUV eller artikkel 123 EØS, sammenholdt med direktivenes unntaksregler for vesentlige sikkerhetsinteresser.

12.3.2 Gjennomføring

Det står i lov om offentlige anskaffelser § 4 at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper. Blant disse nevner loven likebehandlingsprinsippet, som også omfatter forbudet mot nasjonalitetsbestemt forskjellsbehandling. Videre skal oppdragsgiver overholde prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet, som tilsvarer det EØS-rettslige prinsippet om gjennomsiktighet. Det står også at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med prinsippet om forholdsmessighet, som ikke følger av artikkel 4 i direktiv 2009/81/EF, men som er et grunnleggende EØS-rettslig prinsipp. Endelig foreskriver § 4 at oppdragsgiver skal overholde prinsippet om konkurranse, men det er omstridt om det er et grunnprinsipp i EØS-retten, og uansett synes et slikt prinsipp å ha liten selvstendig betydning ved siden av de andre prinsippene.[890]

FOSA inneholder dels prinsippene som følger av EØS-retten, og dels nasjonale mål og prinsipper. I FOSA § 1-1 står det at forskriftens mål er å sikre mest mulig effektiv ressursbruk basert på forretningsmessighet og likebehandling, for på den måten utvikle og opprettholde en europeisk industribase innen sektoren. Det står også at forskriften skal bidra til at det offentlige opptrer med stor integritet for å sikre allmennhetens tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte. Også EØS-retten sikrer at oppdragsgiver opptrer forretningsmessig, og en rekke regler muliggjør ivaretakelse av allmennhetens tillit, men uten at det er formulert som generelle mål eller prinsipper i direktivene eller primærretten.

I FOSA § 3-2 er det gitt grunnleggende krav for alle anskaffelser, og som det også henvises til i § 11-11 (5) om gjennomføring av forhandlinger. I § 3 (2) står det at oppdragsgiver ikke skal diskriminere leverandører på grunn av nasjonalitet eller lokal tilhørighet. Ifølge § 3 (4) skal konkurranser gjennomføres på en måte som sikrer lik behandling av leverandører og gi dem mulighet til å bli kjent med de forhold som skal vektlegges ved deltakelse og tildeling av kontrakt. Disse delene av forskriften sammenfaller med EØS-rettens prinsipper om likebehandling og ikke-forskjellsbehandling.

---

[887] Sak C-298/15 *Borta.*
[888] Sak C-366/12 *Manova.*
[889] Sak C-243/89 Kommisjonen mot Danmark, sak C-561/12 Nordecon, HR-2025-1098-A *Consto.*
[890] Hammersvik (2023) s. 12

Etter § 3-2 (5) skal oppdragsgiver gjennomføre konkurransen på en måte som står i forhold til anskaffelsen, som tilsvarer prinsippet om forholdsmessighet. Ifølge § 3-2 (7) skal oppdragsgiver sikre skriftlig dokumentering av vurderinger som gjøres slik at blant annet klageorgan kan få god forståelse av oppdragsgivers vurderinger og upartiskhet. Det samsvarer med EØS-rettslige prinsipper om god forvaltningsskikk og domstolsbeskyttelse. Det gjelder også forbudet i § 3-2 (3) mot at anskaffelser deles i den hensikt å unngå at forskriften kommer til anvendelse, noe som også står i direktiv 2009/81/EF artikkel 9 nr. 3 og 6, og artikkel 3 nr. 3. Endelig står det i § 3-2 at enhver anskaffelse så langt det er mulig skal være basert på konkurranse, og at konkurranser skal gjennomføres i samsvar med god anbuds- og forretningsskikk.

Anskaffelsesutvalget har foreslått å innføre en bestemmelse om prinsipper for offentlige anskaffelser i lov om offentlige anskaffelser § 10-1 (1). Anskaffelsesutvalget foreslår at prinsippene skal angis som ikke-diskriminering, likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet. I tillegg foreslår anskaffelsesutvalget å innføre en bestemmelse om at en offentlig anskaffelse ikke må utformes med formål kunstig å begrense konkurransen i bestemmelsens annet ledd.

12.3.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å innføre en bestemmelse som angir de samme prinsippene som foreslått av anskaffelsesutvalget. Prinsippene om forutberegnelighet og etterprøvbarhet er innarbeidede prinsipper i norsk anskaffelsesrett og arbeidsgruppen har derfor diskutert hvorvidt det er hensiktsmessig å gå bort fra disse prinsippene og i stedet innføre gjennomsiktighet som et prinsipp. Arbeidsgruppen mener likevel at det er riktig å ha en direktivnær gjennomføring av prinsippene og at gjennomsiktighetsprinsippet kan romme mer enn det som følger av kravene til forutberegnelighet og etterprøvbarhet. Arbeidsgruppen foreslår derfor å innføre de samme prinsippene i lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser som i forslag til lov om offentlige anskaffelser.

Arbeidsgruppen har også vurdert om det er hensiktsmessig å innføre tilsvarende regler som anskaffelsesutvalget har foreslått i forslag til lov om offentlige anskaffelser § 10-1 (2). Bestemmelsen om at konkurransen ikke skal kunstig begrenses, angir imidlertid ikke noe mer enn det som allerede følger av prinsippene for offentlige anskaffelser. Arbeidsgruppen har derfor ikke foreslått å gjennomføre en tilsvarende bestemmelse i lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

12.4 Artikkel 6 – Fortrolighet

12.4.1 Direktivet

Direktiv 2009/81/EF artikkel 6 gir regler om oppdragsgivers plikt til å beskytte fortrolig informasjon. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 6 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 21 i direktiv 2014/24/EU, og som er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.15.

Det står i artikkel 6 at med mindre annet følger av avtaler med leverandørene, skal oppdragsgiver ikke offentliggjøre opplysninger som leverandørene har betegnet som fortrolige. I sak C-927/19 *Klaipedos* skriver EU-domstolen at oppdragsgiver ikke er bundet av leverandørenes angivelse av hva som er fortrolige opplysninger. Leverandøren må godtgjøre at opplysningene inneholder tekniske hemmeligheter eller forretningshemmeligheter som kan brukes til å fordreie konkurransen eller skade leverandøren.[891] Oppdragsgiver må imidlertid gi leverandøren mulighet til å påberope seg at

[891] Sak C-927/19 *Klaipedos* avsnitt 117, sak C-54/21 *Antea Polska* avsnitt 64 til 65.

opplysningene er fortrolige, og den kan også pålegge leverandørene å inngi en ikke-fortrolig versjon av dokumenter som inneholder fortrolige opplysninger.[892]

Artikkel 6 verner *fortrolige* opplysninger, og det kan omfatte tekniske hemmeligheter, forretningshemmeligheter og andre fortrolige aspekter ved tilbudet. I sak C-450/06 *Varec*, som gjaldt anskaffelse av utstyr til stridsvogn, var deler av vinnende leverandørs tilbud unntatt innsyn fordi opplysningene var angitt som fortrolige. EU-domstolen gjentok her at beskyttelse av forretningshemmeligheter er et alminnelig EU-rettslig prinsipp, og det samme har EFTA-domstolen lagt til grunn.[893] I *Klaipedos* skrev EU-domstolen at «reelt fortrolige oplysninger og forretningshemmelighederne for deltagerne i udbudsproceduren» skal beskyttes.[894] Med henvisning til den dommen skrev EU-domstolen i sak C-54/21 *Antea Polska* at plikten til å beskytte fortrolig informasjon kan omfatte mer enn forretningshemmeligheter, men forretningshemmeligheter er nok den mest typiske fortrolighetsforpliktelsen i offentlige anskaffelser.[895]

I *Antea Polska* skrev EU-domstolen at opplysninger om tilbydernes relevante erfaring og referanser ikke kunne kvalifiseres som fortrolig i sin helhet, for tilbydernes generelle erfaring er ikke hemmelig.[896] Den skrev også at opplysninger om fagkyndig personell som ikke har noen handelsverdi ikke er fortrolige, men om slike opplysninger har en handelsverdi må vurderes konkret.[897] Opplysninger som berører beskyttelsen av immaterielle rettigheter, eller beskrivelser av det aktuelle arbeidet eller tjenestene ha en handelsverdi som kan bli skadelidende om de viderebringes. En del opplysninger om gjennomføringen av den aktuelle kontrakten kan derfor være fortrolig, men i lys av grunnprinsippene må det vesentligste innholdet i disse delen av tilbudet kunne meddeles.[898]

Plikten til å beskytte fortrolige opplysninger gjelder gjennom hele prosedyren og etter anskaffelsen er avsluttet. EU-domstolen har sagt at anskaffelsesprosedyrer er basert på et tillitsforhold mellom oppdragsgiver og leverandører, der sistnevnte skal kunne meddele opplysninger uten å frykte at fortrolige deler av tilbudet blir meddelt tredjeparter.[899] Det er flere bestemmelser i direktiv 2009/81/EF som viser til plikten om beskyttelse av fortrolige opplysninger. I artikkel 27 nr. 3 (3) står det at oppdragsgiver ikke må avsløre fortrolige opplysninger underveis i dialogen, og i artikkel 29 nr. 4 (2) bokstav c står det for eksempel at tilbudene inngitt under avrop skal forbli fortrolige inntil utløpet av svarfristen. I artikkel 36 nr. 3 står det at informasjonsutveksling skal skje på en måte som blant annet sikrer at fortroligheten av søknader og tilbud sikres. I artikkel 56 nr. 10 står det at klageprosedyrer må garantere en tilstrekkelig grad av hemmelighold for fortrolige opplysninger.

Selv om oppdragsgiver har plikt til å beskytte fortrolige opplysninger, må denne plikten avveies mot andre rettigheter og hensyn.[900] I artikkel 6 står det at fortrolighetsplikten gjelder med forbehold om forpliktelsen til offentliggjøring etter artikkel 30 nr. 3. Det står der at oppdragsgiver skal kunngjøre kontraktsinngåelse, men det fremgår av tredje ledd at det kan gjøres unntak om offentliggjøring vil kunne skade private aktørers legitime økonomiske interesser eller vil kunne skade den lojale

---

[892] Sak C-927/19 *Klaipedos* avsnitt 118 og 125, sak C-450/06 *Varec* avsnitt 54.
[893] Sak C-450/06 *Varec* avsnitt 49, E-14/24 *Elmatica* avsnitt 31, E-11/23 *Låsesenteret* avsnitt 46.
[894] Sak C-927/19 *Klaipedos* avsnitt 130.
[895] Sak C-54/21 *Antea Polska* avsnitt 63.
[896] Sak C-54/21 *Antea Polska* avsnitt 73 til 76.
[897] Sak C-54/21 *Antea Polska* avsnitt 78 flg.
[898] Sak C-54/21 *Antea Polska* avsnitt 82 flg.
[899] Sak C-927/19 *Klaipedos* avsnitt 115.
[900] Sak C-450/06 *Varec* avsnitt 51.

konkurransen mellom disse. Unntaket må anvendes så langt offentliggjøring etter hovedregelen vil avsløre fortrolige opplysninger.[901]

I artikkel 6 står det videre at plikten til å beskytte fortrolige opplysninger gjelder med forbehold om plikten i artikkel 35. Den bestemmelsen regulerer plikten til å gi meddelelser til ansøkere og tilbydere, men det står i artikkel 35 nr. 3 at oppdragsgiver kan unnta opplysninger hvis meddelelse av dette vil kunne skade private aktørers legitime økonomiske interesser eller vil kunne skade den lojale konkurransen mellom disse.[902] EU-domstolen har slått fast at plikten til å beskytte fortrolige opplysninger må avveies mot begrunnelseskravet som følger av prinsippene om god forvaltningsskikk og effektiv domstolsbeskyttelse.[903] Fortrolighetsplikten kan ikke tolkes så vidt at begrunnelsesplikten blir uten innhold, og oppdragsgiver må også begrunne hvorfor den anser bestemte opplysninger som fortrolige.[904]

I *Antea Polska* skriver EU-domstolen at prinsippene om gjennomsiktighet, god forvaltningsskikk og effektiv domstolsbeskyttelse innebærer at tilbyderne «i det mindste have aktindsigt i det væsentligste indhold af de oplysninger, som de hver især har fremsendt til den ordregivende myndighed, vedrørende deres erfaring, der er relevant for den pågældende offentlige kontrakt, og de referencer, der gør det muligt at godtgøre denne erfaring».[905] Det kan unntaksvis stille seg annerledes for bestemte produktmarkeder eller markeder for følsomme tjenester.[906] Tilsvarende må opplysninger om personell i de tilfeller det ikke er mulig med personlig identifikasjon, i det vesentligste innhold være tilgjengelig for tilbyderne.[907]

Ifølge artikkel 6 skal plikten til fortrolighet skje i overensstemmelse med nasjonale regler om offentlig dokumentinnsyn. I *Antea Polska* forklarer EU-domstolen at denne presiseringen gjør at medlemsstatene etterlates et skjønn til å avveie fortrolighetsforpliktelsen med nasjonale regler som forfølger andre legitime hensyn, og da særlig adgang til opplysninger. Samtidig presiserte domstolen at medlemsstatene ved skjønnsutøvelsen skal sikre full overholdelse av plikten til ikke å meddele konkurranseskadelige opplysninger, retten til domstolsbeskyttelse, retten til begrunnelse og plikten til å offentliggjøre resultatet av konkurransen.[908]

Oppdragsgivers beslutning om å meddele eller ikke å meddele opplysninger må kunne prøves for domstolene. Domstolene skal ha mulighet til å innhente opplysningene for å gjøre en vurdering av om opplysningene virkelig er fortrolige.[909]

---

[901] Sak C-54/21 *Antea Polska* avsnitt 60 til 63.
[902] Sak C-54/21 *Antea Polska* avsnitt 71 flg.
[903] Sak C-927/19 *Klaipedos* avsnitt 120 flg.
[904] Sak C-927/19 *Klaipedos* avsnitt 123 til 125.
[905] Sak C-54/21 *Antea Polska* avsnitt 76.
[906] Sak C-54/21 *Antea Polska* avsnitt 76.
[907] Sak C-54/21 *Antea Polska* avsnitt 80.
[908] Sak C-54/21 *Antea Polska* avsnitt 57 til 58.
[909] Sak C-450/06 *Varec* avsnitt 53, sak C-927/19 *Klaipedos* avsnitt 130, sak C-54/21 *Antea Polska* avsnitt 101, E-14/24 *Elmatica* avsnitt 36.

12.4.2 Gjennomføring

Artikkel 6 i direktiv 2009/81/EF er gjennomført i FOSA § 3-4, som også viser til forvaltningslovens regler om taushetsplikt. Allmennhetens rett til innsyn reguleres av offentliglova, men hvor det er gjort unntak for blant annet opplysninger underlagt taushetsplikt i offl. § 13.

Anskaffelsesutvalget foreslo i NOU 2023:26 side 257 at den tilsvarende artikkelen i 2014/24 (artikkel 21), gjennomføres i ny lov § 1-7 og at det innføres en bestemmelse om offentlighet i § 1-6.

Oppdragsgiver må ta selvstendig stilling til om opplysninger i leverandørens tilbud er fortrolige eller taushetsbelagte. Det bes ofte om leverandørenes syn på hva som er fortrolig, der mye kan ende opp som sensurert. Som det fremgår av blant annet sak C-54/21 *Antea Polska* kan ikke leverandørens angivelse uten videre legges til grunn, men leverandøren må gis mulighet til å forklare hvorfor den aktuelle informasjonen i tilbudet skal anses som fortrolig.

12.4.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 6 i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 1-7. I tillegg foreslår arbeidsgruppen i likhet med anskaffelsesutvalget å innføre en bestemmelse om offentlighet i § 1-6. Arbeidsgruppen viser til NOU 2023:26 kapittel 24.15. Arbeidsgruppen foreslår en noe mer forenklet versjon enn anskaffelsesutvalget med henvisning til reglene i offentleglova og forvaltningsloven.

Arbeidsgruppen foreslår videre ikke å innføre bestemmelser om offentlighet for større kontrakter inngått av oppdragsgiver som ikke er omfattet av offentleglova. Dette av forenklingshensyn. Arbeidsgruppen har vurdert det slik at det kun unntaksvis vil være oppdragsgivere som ikke er omfattet av offentleglova, som vil være omfattet av ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. En bestemmelse om innsyn for disse anses derfor som upraktisk. Arbeidsgruppen påpeker likevel at det har vært begrensede muligheter for å gjøre nærmere undersøkelser av omfanget av oppdragsgivere som kan være omfattet av ny lov, men som ikke er omfattet av offentleglova. Dersom nærmere undersøkelser viser at det faktisk vil være flere oppdragsgivere som ikke omfattes av offentleglova, som vil være omfattet av ny lov om forsvars og sikkerhetsanskaffelser, mener arbeidsgruppen at det bør vurderes konsekvenser for aktuelle oppdragsgivere før man eventuelt innfører tilsvarende bestemmelser om innsyn som i anskaffelseslovutvalgets forslag til ny anskaffelseslov § 1-6 annet ledd.

12.5 Artikkel 7 – Beskyttelse av klassifiserte opplysninger

12.5.1 Direktivet

Ifølge direktiv 2009/81/EF artikkel 7 kan oppdragsgiver pålegge leverandører krav om å beskytte klassifiserte opplysninger som blir meddelt under anskaffelsesprosedyren. Direktiv 2004/18/EF hadde ingen tilsvarende bestemmelse, men det er nå synliggjort i artikkel 21 nr. 2 i direktiv 2014/24/EU, som er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.15.

I forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* viser generaladvokaten til at oppdragsgiver kan treffe «de nødvendige forholdsregler til beskyttelse af følsomme oplysninger», og hvor hun blant annet viser til artikkel 7 i direktiv 2009/81/EF. Informasjonssikkerhet er et sentralt

hensyn ved direktiv 2009/81/EF,[910] og artikkel 7 skal bidra til informasjonssikkerhet i konkurransefasen. Når kontrakt først er tildelt, vil informasjonssikkerheten særlig kunne ivaretas ved artikkel 22 og 22 i direktivet.[911]

Artikkel 7 kan leses i sammenheng med at direktivet tilbyr begrensede prosedyrer, og hvor det kan stilles kvalifikasjonskrav om sikkerhetsklarering. Dersom tilbyderne for å utarbeide konkurransedyktige tilbud må meddeles klassifiserte opplysninger allerede i tilbudsfasen, kan oppdragsgiver i henhold til artikkel 7 gjøre deltakelse i konkurransen «subject to the (pre-contractual) commitment of candidates/tenderers to safeguard appropriately all classified information brought to their knowledge and/or to provide, if necessary, a specific security clearance».[912] Dette omfatter også krav om at underleverandører overholder krav til beskyttelse av informasjon.[913]

Artikkel 7 viser til klassifiserte opplysninger, som er definert i artikkel 1 nr. 8 til opplysninger som er gitt en sikkerhetsgradering eller vern i henhold til nasjonal rett og av hensyn til den nasjonale sikkerheten. Til sammenligning viser artikkel 21 nr. 2 i direktiv 2014/24/EU til beskyttelse av opplysninger av fortrolig karakter, og det favner mer enn sikkerhetsgraderte opplysninger. En tilsvarende bestemmelse fantes som nevnt ikke i tidligere direktiver, men det følger av rettspraksis at tidligere direktiver ikke var til hinder for at oppdragsgiver påla leverandørene taushetsplikt.[914] Artikkel 21 nr. 2 i 2014/24/EU er ansett å kun utgjøre en presisering av noe oppdragsgiver allerede hadde rett til.[915] Selv om artikkel 7 i direktiv 2009/81/EF er begrenset til klassifiserte opplysninger, er det derfor vanskelig å se at direktivet er til hinder for at leverandørene pålegges å beskytte også andre fortrolige opplysninger, selv om det ikke er klassifiserte opplysninger.

Artikkel 7 reduserer behovet for å påberope artikkel 346 TEUV/ artikkel 123 EØS. I for eksempel sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* fant EU-domstolen at det ikke var godtgjort at opplysningenes fortrolige karakter ville bli dårligere sikret om kontrakten ble tildelt en annen leverandør enn den eksisterende.[916] Den viste her blant annet til at opplysningenes fortrolighet kan sikres ved en taushetsplikt uten at det er nødvendig å tilsidesette anskaffelsesdirektivet. Artikkel 7 bør leses sammen med andre regler i direktivet som til sammen ivaretar oppdragsgivers behov for informasjonssikkerhet. I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* fant EU-domstolen at for de fleste dokumenter i den saken kunne hensynet til opplysningenes fortrolighet sikres ved en taushetsplikt, kombinert med at det ble stilt særlig strenge krav til leverandørens egnethet samt strenge kontraktskrav og løpende kontroll med oppfyllelsen av disse.[917]

12.5.2 Gjennomføring

Artikkel 7 i direktiv 2009/81/EF er gjennomført i FOSA § 3-3. Hensynet til ivaretakelse av informasjonssikkerhet kommer videre til uttrykk i andre bestemmelser i FOSA herunder § 8-9 og § 10 (2). Ifølge sikkerhetsloven § 9-2 skal det inngås en sikkerhetsavtale med leverandører før en sikkerhetsgradert anskaffelse gjennomføres, med nærmere regulering i virksomhetsforskriften §§ 79 til

---

[910] Avsnitt 8 og 9 i fortalen til direktiv 2009/81/EF.

[911] Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 4.

[912] Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 3.

[913] Artikkel 7 og fortalen avsnitt 43.

[914] Sml. f.eks. sak 3/88 Kommisjonen mot Italia, C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 90

[915] Arrowsmith (2014) s. 635-636.

[916] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 88.

[917] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 91 til 106.

81. Oppdragsgiver skal også inngå sikkerhetsavtale med hver enkelt underleverandør i kjeden så langt det er nødvendig. NSM anbefaler at partene benytter NSMs maler for slike avtaler.[918] Dette er også behandlet ovenfor i punkt 5.2.3, og er omtalt nedenfor i punkt 12.15.2.

12.5.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen viser til den generelle fremstillingen i NOU 2023:26 kapittel 24.15. Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 7 i § 1-7 annet ledd i forslag til ny forsvars- og sikkerhetsanskaffelseslov.

12.6 Artikkel 10 – Kontrakter og rammeavtaler som tildeles av innkjøpssentraler

12.6.1 Direktivet

Artikkel 10 gjelder kontrakter og rammeavtaler inngått av innkjøpssentraler. Bestemmelsen tilsvarer i hovedsak artikkel 11 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført med noen endringer i artikkel 37 i direktiv 2014/24/EU. Sistnevnte bestemmelse er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.25. I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er det foreslått endringer i artikkel 10 som bringer bestemmelsen mer på linje med artikkel 37 i direktiv 2014/24/EU. Det er også foreslått en ny regel om felles kjøp av oppdragsgivere fra forskjellige medlemsstater, og kjøp gjennom innkjøpssentraler i andre medlemsstater, som tilsvarer artikkel 39 i direktiv 2014/24/EU.

Ifølge artikkel 10 nr. 1 kan medlemsstatene fastsette bestemmelser som gir oppdragsgiver mulighet til å bestille bygge- og anleggsarbeider, varer og tjenester gjennom innkjøpssentraler. Det står i fortalen avsnitt 23 at innkjøpsordninger bidrar til å øke konkurransen og forenkle innkjøpene, og at medlemsstatene derfor bør ha mulighet til å fastsette bestemmelser om dette.

Innkjøpssentral er definert i artikkel 1 nr. 18 til en oppdragsgiver slik definert i direktiv 2004/18/EF og direktiv 2004/17/EF, eller et europeisk offentlig organ, og som rekvirerer leveranser eller tjenester for en oppdragsgiver, eller som inngår kontrakter eller rammeavtaler for oppdragsgiver.[919] Alternativet europeisk offentlig organ er spesifikt for direktiv 2009/81/EF, og i fortalens avsnitt 23 står det at medlemsstatene også bør ha mulighet til å utpeke europeiske offentlige organer som ikke er omfattet av direktivet, og der European Defence Agency (EDA) nevnes som eksempel på slikt organ. Det er antatt at internasjonale organisasjoner som NATO med tilhørende etater faller utenfor begrepet europeisk offentlig organ.[920]

Ifølge artikkel 10 nr. 2 skal en oppdragsgiver som gjør innkjøp gjennom en innkjøpssentral som definert i artikkel 1 nr. 18 anses å ha overholdt direktivet så lenge innkjøpssentralen selv har overholdt direktivet. Det samme gjelder de tilfeller hvor innkjøpssentralen selv ikke er pliktsubjekt under direktivet, forutsatt at sentralens regler for kontraktstildeling oppfyller alle bestemmelser i direktivet og at tildelte kontrakter er gjenstand for effektive klageprosedyrer som tilsvarer direktivets del IV. Dette gjelder for europeisk offentlig organ som nevnt i artikkel 1 nr. 18, og i fortalen punkt 23 står det at muligheten til å kjøpe fra slike organer forutsetter at disse anvender innkjøpsregler som overholder alle bestemmelsene i direktivet.

---

[918] Veileder i anskaffelser etter sikkerhetsloven kapittel 2.2, se også veileder om ivaretakelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser s. 13.

[919] Sak C-3/19 *Asmel* avsnitt 51 flg., sak C-480/22 *EVN Buisness Service* avsnitt 23.

[920] Arrowsmith (2018) s. 211.

12.6.2 Gjennomføring

Artikkel 10 er gjennomført i FOSA § 3-9.

Anskaffelsesutvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 37 i ny lov om offentlige anskaffelser § 11-15.

12.6.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 10 i direktiv 2009/81/EF i § 12-10.

For øvrig er det nokså tilsvarende bestemmelser i anskaffelsesdirektivet. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023:26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 24.25.

12.7 Artikkel 14 – Reserverte kontrakter

12.7.1 Direktivet

Artikkel 14 regulerer reserverte kontrakter. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 19 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført med noen endringer i direktiv 2014/24/EU.[921] Sistnevnte bestemmelse er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.14.

Det følger av artikkel 14 at medlemsstatene kan la retten til å delta i konkurranser være forbehold vernede verksteder, eller de kan beslutte at slike kontrakter skal gjennomføres innenfor programmer med arbeidstakere med funksjonshemming. Det følger av artikkelens andre ledd at det skal vises til denne bestemmelsen i kunngjøringen.

I artikkel 20 i direktiv 2014/24/EU er det tilføyd at kontrakter også kan forbeholdes økonomiske aktører hvis viktigste formål er sosial og faglig integrasjon av personer med nedsatt funksjonsevne eller personer som er dårlig stilt. Det er videre tilstrekkelig at 30 % av arbeidstakerne i de aktuelle leverandørene eller programmene er personer med nedsatt funksjonsevne eller som er dårlig stilt, mens i det i artikkel 14 står at flertallet må være personer med nedsatt funksjonsevne.

12.7.2 Gjennomføring

Artikkel 14 er gjennomført i FOSA § 3-8.

Anskaffelsesutvalget har gjennomført regler om reserverte kontrakter i forslag til ny anskaffelseslov § 10-4. Det vises til gjennomgangen i NOU 2023:26 kapittel 24.14.

12.7.3 Arbeidsgruppens vurdering

Artikkel 14 er frivillig å gjennomføre i norsk rett. Bestemmelsen er gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk. Arbeidsgruppen har vært i tvil om det er hensiktsmessig å innføre den i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser da det er grunn til å tro at bestemmelsen er lite brukt innenfor denne sektoren. Arbeidsgruppen har imidlertid ikke hatt tid eller ressurser til å gjøre nærmere undersøkelser av behovet for regelen innenfor forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Arbeidsgruppen har

[921] Sak C-598/19 *Conacee* avsnitt 30 flg.

valgt å innføre en bestemmelse som ligger tett opp mot direktivet, men ber departementet vurdere om det faktisk er behov for en slik regel i loven.

12.8 Artikkel 15 – Tjenestekontrakter oppført i vedlegg 1

12.8.1 Direktivet

Artikkel 15 gjelder såkalte prioriterte tjenester omfattet av artikkel 2. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 20 i direktiv 2004/18/EF, som også skilte mellom prioriterte og uprioriterte tjenester. Denne sondringen er forlatt i direktivene fra 2014, som isteden innførte det myke regimet, som står i artikkel 74 til 77 i direktiv 2014/24/EU. De bestemmelsene er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.40.

Artikkel 15 er plassert i kapittel III om ordninger for tjenestekontrakter. Hva som utgjør tjenestekontrakter er definert i artikkel 1 nr. 5, og vedlegg I inneholder en liste over tjenester som er prioriterte. Med det menes at de fullt ut reguleres av direktivet, og derfor skal tildeles i samsvar med artikkel 18 til 54.

12.8.2 Gjennomføring

Bestemmelsen er gjennomført i FOSA § 2-1 andre avsnitt. Ettersom det ikke er en tilsvarende bestemmelse i direktiv 2014/24 /EU er ikke denne artikkelen omtalt spesifikt av anskaffelsesutvalget. Det står imidlertid en omtale om skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester med henblikk til 20014/18 direktivet under kapittel 4 i NOU 2023:36.

12.8.3 Arbeidsgruppens vurdering

Artikkel 15 fastslår at tjenestekontrakter som gjelder prioriterte tjenester skal inngås etter direktivets regler. Dette i motsetning til uprioriterte tjenester som er regulert i artikkel 16. Arbeidsgruppen mener det ikke er nødvendig å innføre en egen bestemmelse i lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser som fastslår at de prioriterte tjenestene skal inngås etter reglene i lovens del III. Dette følger implisitt av at det ikke er gjort unntak for disse tjenestekontraktene.

12.9 Artikkel 16 – Tjenestekontrakter oppført i vedlegg II

12.9.1 Direktivet

Artikkel 16 regulerer såkalte uprioriterte tjenester omfattet av artikkel 2. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 21 i direktiv 2004/18/EF, men som nevnt i omtalen av artikkel 15 er ikke skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester videreført i direktiv 2014/24/EU.

Artikkel 16 er plassert i kapittel III om ordninger for tjenestekontrakter. Hva som utgjør tjenestekontrakter er definert i artikkel 1 nr. 5, og vedlegg II inneholder en liste over tjenester som er uprioriterte. Hvis tjenesten ikke er oppført i vedlegg I, vil det være en uprioritert tjeneste som enten er listet opp i vedlegg II, eller som omfattes av kategorien «andre tjenesteytelser» i vedleggets kategori 26.

At tjenestene er uprioriterte betyr at det bare er artikkel 18 om kravspesifikasjoner, og artikkel 30 nr. 3 om kunngjøring av kontraktsinngåelse, som kommer til anvendelse for slike tjenester. Begrunnelsen

for dette er at EU-lovgiver har antatt at uprioriterte tjenester ikke har en tilstrekkelig grensekryssende interesse til at direktivet skal gjelde fullt ut.[922] I sak C-507/03 *Kommisjonen mot Irland* fant imidlertid EU-domstolen at direktivet skal suppleres med reglene om fri bevegelighet dersom en kontrakt om uprioriterte tjenester har en klar grensekryssende interesse. Det vises til ovenfor i 8.2 om kravene som gjelder under reglene om fri bevegelighet.

12.9.2 Gjennomføring

Bestemmelsen er gjennomført i FOSA § 2-1 tredje avsnitt. Ettersom det ikke er en tilsvarende bestemmelse i 2014/24 direktivet, er ikke denne artikkelen omtalt spesifikt av anskaffelsesutvalget. Det står imidlertid en omtale om skillet mellom prioriterte og uprioriterte tjenester med henblikk til 20014/18 direktivet under kapittel 4 i NOU 2023:36.

12.9.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 16 i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 5-2 om virkeområdet for uprioriterte tjenester. Bestemmelsen innebærer at det ikke foreligger kunngjøringsplikt for uprioriterte tjenester selv om verdien av anskaffelsen overstiger EØS-terskelverdiene fastsatt i § 7-1. Oppdragsgiver skal ved gjennomføringen av anskaffelsen, følge de grunnleggende prinsippene i § 10-1 i forslag til ny forsvars- og sikkerhetslov.

12.10 Artikkel 17 – Blandede kontrakter som omfatter tjenester oppført i vedlegg I og II.

12.10.1 Direktivet

Artikkel 17 regulerer blandede kontrakter som både omfatter prioriterte og uprioriterte tjenester. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 22 i direktiv 2004/18/EF. I artikkel 3 nr. 2 til direktiv 2014/24/EU er det en lignende regel for blandede kontrakter som både omfatter tjenester under ordinært regime og tjenester under det myke regimet. Den bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.3.

Artikkel 17 beskriver en metode for å avgjøre om blandede anskaffelser skal følge prosedyrene i artikkel 18 til 54, eller om det kun er artikkel 18 og artikkel 30 nr. 3 som skal følges. Metoden går ut på å fastslå hvilken kategori av tjenester som representerer den høyeste økonomiske verdien. Det står at kontrakter som gjelder tjenester omfattet av artikkel 2 og som er oppført i både vedlegg I og vedlegg II, skal tildeles i samsvar med artikkel 18-54 dersom verdien av tjenestene oppført i vedlegg I er større enn verdien av tjenestene oppført i vedlegg II. I øvrige tilfeller skal kontraktene tildeles i samsvar med artikkel 18 og artikkel 30 nr. 3.

I utgangspunktet gjelder prosedyrene i artikkel 18 til 54 dersom verdien av tjenester i vedlegg 1 overstiger verdien av tjenester i vedlegg 2. Dersom verdien av de to tjenestekategoriene er den samme, eller verdien av tjenester i vedlegg 2 er høyere enn verdien av tjenestene i vedlegg 1, gjelder de lempelige forpliktelsene i artikkel 18 og artikkel 30 nr. 3. Det er ikke eksplisitt nevnt hvordan verdien skal vurderes med hensyn til bruken av artikkel 17. Det må imidlertid forventes at tilnærmingen beskrevet i forsvars- og sikkerhetsdirektivet artikkel 9 vil gjelde med hensyn til artikkel

[922] Se f.eks. sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 42 med videre henvisninger.

17. nr. 2. Den spesifikke tilnærmingen er at kontrakten må deles inn i de ulike deltjenestene, og at disse må kategoriseres som de som dekkes av vedlegg 1 på den ene siden, og de som dekkes av vedlegg 2 på den andre siden. Den forventede økonomiske verdien av hver kategori vil bli vurdert og deretter sammenlignet.[923] I sak C-76/97, *Tögel*, godkjente domstolen denne tilnærmingen, som også er fulgt opp i saker som C-113/13 *Spezzino.*

I sak C-411/00 *Swoboda* uttalte EU-domstolen at det ikke er nødvendig å tildele de to delene av en kontrakt separat dersom tjenestene i vedlegg 2 overstiger verdien av tjenestene i vedlegg 1, og den samlede kontrakten dermed unngår å bli underlagt hele anskaffelsesprosedyren. Det gjelder likevel ikke om oppdragsgiver «kunstigt lader tjenesteydelser af forskellig art være omfattet af samme aftale, uden at der er en eller anden form for tilknytning mellem disse tjenesteydelser som følge af et fælles formål eller en fælles transaktion, alene med det formål at forøge aftalens andel af tjenesteydelser omfattet af bilag I B til direktiv 92/50 og dermed ved hjælp af direktivets artikel 10, andet punktum, undgå, at samtlige dets bestemmelser anvendes på aftalen.»[924]

12.10.2 Gjennomføring

Artikkel 17 er gjennomført i § 2-4 tredje ledd i FOSA.

Anskaffelsesutvalget viste i NOU 2023:26 nr. 24.3.2 til at anskaffelsesdirektivet inneholder detaljerte regler om blandede anskaffelser og de foreslo å følge direktivets oppsett. Forslaget innebærer i hovedsak en videreføring av gjeldende rett av anskaffelsesdirektivets bestemmelse.

12.10.3 Arbeidsgruppens vurdering

Artikkel 17 gjelder hvilke regler som kommer til anvendelse på tjenestekontrakter som både inneholder prioriterte tjenester og uprioriterte tjenester. Bestemmelsen er foreslått inntatt i lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 6-2 (2) i kapitlet om blandede anskaffelser.

12.11 Artikkel 18 – Kravspesifikasjoner

12.11.1 Direktivet

Artikkel 18 angir hvordan kravspesifikasjonene skal formuleres. Bestemmelsen tilsvarer i hovedsak artikkel 23 i direktiv 2004/18/EF,[925] som er videreført med noen suppleringer i artikkel 42 i direktiv 2014/24/EU,[926] og den bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.29. Lignende bestemmelser finnes også i artikkel 60 i direktiv 2014/25/EU og i artikkel 36 i direktiv 2014/23/EU.

EU-retten bestemmer ikke hva medlemsstatene skal kjøpe, og oppdragsgiver står fritt til å bestemme hvilket forsvarsmateriell den trenger for å sikre sine vesentlige sikkerhetsinteresser. Anskaffelsesdirektivene stiller krav til *hvordan* innkjøpet skal gjøres, og artikkel 18 forklarer hvordan kravspesifikasjonene skal beskrives. Bestemmelsen gjelder også for uprioriterte tjenester etter artikkel

[923] Steinicke (2018) s. 1303.
[924] C-411/00 *Swoboda* avsnitt 45-53.
[925] Trybus (2014) s. 364 til 365.
[926] Sak C-413/17 *Roche Liteuva* avsnitt 19.

16.[927] Oppdragsgiver har et vidt skjønn ved formulering av kravspesifikasjoner fordi den kjenner eget behov best.[928] I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* er det forklart at oppdragsgiver kan ivareta vesentlige sikkerhetsinteresser i anskaffelsen ved formuleringen av kravspesifikasjoner, og det reduserer behovet for å påberope unntak som artikkel 346 TEUV og artikkel 123 EØS.[929]

Ifølge artikkel 18 nr. 1 er tekniske spesifikasjoner definert i vedlegg III, og der står det at kravspesifikasjoner gjelder ytelsens egenskaper, og dermed definerer de «selve den offentlige kontrakts genstand».[930] Det står i artikkel 18 nr. 1 at kravspesifikasjonene skal angis i anskaffelsesdokumentene, og det følger også av fortalen avsnitt 39. Det er et utslag av prinsippet om gjennomsiktighet, og EU-domstolen har i flere saker sagt at kontraktsgjenstanden skal «defineres klart lige fra begyndelsen af procedurerne».[931] Tilsvarende står det i fortalen avsnitt 38 at kravspesifikasjonene bør være klart formulert slik at alle tilbydere er klar over oppdragsgivers krav.

Ifølge artikkel 18 nr. 2 skal kravspesifikasjonene gi tilbyderne like muligheter, og de må ikke begrense konkurransen unødvendig. Det er et utslag av grunnprinsippene,[932] og EU-domstolen har i saker som C-368/10 *Kommisjonen mot Nederland* sagt at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet er særlig viktig for kravspesifikasjonene fordi det ved formuleringen av disse er en særlig risiko for forskjellsbehandling.[933] I for eksempel sak C-552/13 *Grupo Hospitalario* mente EU-domstolen at et geografisk krav til utførelsen av kontrakten var i strid med likebehandlingsprinsippet fordi det gikk lenger enn nødvendig for å sikre formålet med anskaffelsen.

Ifølge artikkel 18 nr. 3 skal kravspesifikasjoner formuleres på en av de måtene som forklart i bokstav a til d. Det er ingen rangforhold mellom disse måtene å formulere kravspesifikasjoner på,[934] men EU-domstolen har sagt at den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 2014/24/EU uttømmende angir metoden for hvordan kravspesifikasjonene skal formuleres.[935] Samtidig kan anvendelsen av disse metodene begrenses av rettslig bindende nasjonale tekniske forskrifter så lenge disse er forenlig med EU-retten. Det samme gjelder om det er tekniske krav som EØS-statene skal oppfylle i henhold til internasjonale standardiseringsavtaler for å garantere påkrevd interoperabilitet. Dette er et forsvars- og sikkerhetsspesifikt tillegg som skyldes at det ofte er behov for interoperabilitet med eksisterende materiell og alliertes materiell. I fortalen er det forklart i avsnitt 38 at i anskaffelser som er underlagt slike standarder kan kreves at tilbudene er i samsvar med disse.

Dersom det ikke foreligger rettslige bindende krav som nevnt i artikkel 18 nr. 3, skal kravene formuleres i tråd med bokstav a til d.[936] Ifølge bokstav a kan formuleringen skje ved henvisning til tekniske spesifikasjoner som forklart i vedlegg III. EU-domstolen har imidlertid påpekt at oppdragsgiver må være særlig påpasselig med å overholde proporsjonalitetsprinsippet der det utformes detaljerte krav.[937]

---

[927] Se f.eks. sak C-552/13 *Grupo Hospitalario* avsnitt 25 flg.

[928] Sak C-413/17 *Roche Liteuva* avsnitt 29 til 30, Sak C-424/23 *DYKA Plastics* avsnitt 42.

[929] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 93 til 94. Om særlige sensitive kontrakter innen område for folkehelsen, se sak C-413/17 *Roche Liteuva* avsnitt 42.

[930] Sak C-424/23 *DYKA Plastics* avsnitt 40.

[931] Sak C-298/15 *Borta* avsnitt 69, sak C-368/10 *Kommisjonen mot Nederland* avsnitt 56.

[932] Sak C-552/13 *Grupo Hospitalario* avsnitt 26.

[933] Sak C-368/10 *Kommisjonen mot Nederland* avsnitt 62, se også sak C-413/17 *Roche Liteuva* avsnitt 34.

[934] Sak C-413/17 *Roche Lietuva* avsnitt 26 og 28, sak C-424/23 *DYKA Plastics* avsnitt 29.

[935] Sak C-424/23 *DYKA Plastics* avsnitt 30 og 36.

[936] Sak C-424/23 *DYKA Plastics* avsnitt 31.

[937] Sak C-413/17 *Roche Lietuva* avsnitt 37 og 41 flg.

Ifølge *bokstav a* kan kravspesifikasjoner også formuleres med henvisning til nærmere angitte standarder. Standarder spiller en stor roll i forsvarssektoren, og Kommisjonen forklarer i arbeidsdokumentet fra 2007 at det er en «plethora of standards» der hierarkiet mellom de ulike standardene varierer mellom medlemsstatene.[938] Artikkel 18 angir hierarkiet for standarder ved at de er angitt i fallende prioritetsrekkefølge. Tilsvarende følger av artikkel 23 (3) a i direktiv 2004/1/EF og artikkel 42 (3) bokstav b i direktiv 2014/24/EF, men hvor artikkel 18 i direktiv 2009/81/EF inneholder noen spesifikke standarder for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Det gjelder i) nasjonale sivile standarder som innarbeider internasjonale standarder, (ii) sivile tekniske spesifikasjoner som har utgangspunkt i industrien og i stor utstrekning anerkjennes av den, eller (iii) de nasjonale forsvarsstandardene definert i nr. 3 i vedlegg III og spesifikasjoner for forsvarsmateriell som tilsvarer disse standardene.

Det står i artikkel 18 bokstav a (2) at hver henvisning til standarder skal ledsages med uttrykket «eller tilsvarende». Det følger av fortalen avsnitt 38 at oppdragsgiver skal ta hensyn til tilbud basert på andre tilsvarende løsninger i de tilfeller det refereres til en internasjonal, europeisk eller nasjonal standard. I sak 45/87 *Kommisjonen mot Irland* (Dundalk) fant EU-domstolen at det var i strid med fri bevegelighet når oppdragsgiver hadde krevd overholdelse av en nasjonal standard uten å innta «ordene »eller dermed ligestillet« efter angivelsen af den irske standard».[939]

Det står i artikkel 18 nr. 4 at oppdragsgiver ikke kan avvise tilbud med den begrunnelse at spesifikasjonene formulert i henhold til bokstav a ikke er oppfylt hvis tilbyderen i tilbudet godtgjør på passende måte, og til oppdragsgivers tilfredshet, at tilbudet på tilsvarende måte oppfyller kravspesifikasjonene. Bestemmelsen viser bare til tilbudte varer og tjenester, mens artikkel 42 nr. 5 også nevner bygge- og anleggsarbeider, og det samme gjør artikkel 18 nr. 5. Selv om nr. 4 ikke nevner bygge- og anleggskontrakter, må kravet om å akseptere tilsvarende løsninger antakelig være det samme for denne typen kontrakter fordi det følger av grunnprinsippene.

Det heter at en passende måte kan være teknisk dokumentasjon fra produsenten eller en testrapport fra et anerkjent organ, men ifølge fortalens avsnitt 38 bør tilbyderne kunne få bruke ethvert bevismiddel til å godtgjøre at det er tale om en tilsvarende løsning. I nr. 7 står det at det at det med anerkjente organer menes prøvingslaboratorier, kalibreringslaboratorier og inspeksjons- og sertifiseringsorganer som oppfyller europeiske standarder. Det står også at oppdragsgiver skal akseptere attester fra anerkjente organer i andre medlemsstater, hvilket er uttrykk for prinsippet om gjensidig anerkjennelse.

I sak C-14/17 *VAR* er det forklart at leverandøren i tilbudet må godtgjøre at produktet som tilbys er tilsvarende som det oppdragsgiver etterspør i kravspesifikasjonene. Det står at leverandøren ikke først kan gjøre det etter tilbudsfristen, men der oppdragsgiver vil ha et skjønn ved fastsettelsen av hvordan tilbyderne kan godtgjøre at det er tale om tilsvarende løsninger. Samtidig understreker EU-domstolen at det må være mulig for oppdragsgiver å gjøre en vurdering av tilbudene, men uten at konkurransen begrenses unødvendig.[940] I avsnitt 38 til fortalen i direktiv 2009/81/EF står det at tilsvarende løsningsmuligheter blant annet kan vurderes på grunnlag av krav til interoperabilitet og operasjonell effektivitet. Det står også at oppdragsgiver må begrunne enhver beslutning om at tilbudte løsninger ikke tilsvarer det oppdragsgiver har ettspurt.

---

[938] Kommisjonens arbeidsdokument (2007) 1598 final SWD 3.4.2.

[939] Sak 45/87 *Kommisjonen mot Irland* avsnitt 22.

[940] Sak C-14/17 *VAR* avsnitt 34.

Ifølge artikkel 18 nr. 3 bokstav b kan kravspesifikasjoner formuleres som krav til funksjonsdyktighet eller som funksjonelle krav, og som kan omfatte miljøkrav. Det står i fortalen avsnitt 38 at oppdragsgiver bør formulere kravspesifikasjoner som skaper muligheter for konkurranse om tildelingen, og at det derfor bør være mulig å inngi tilbud som avspeiler mange forskjellige tekniske muligheter. Det muliggjøres ved funksjonskrav som forklart i bokstav b,[941] og i bokstav c og d foreskrives mulige kombinasjoner mellom funksjonskrav og spesifikasjoner angitt i bokstav a.

Det står i artikkel 18 nr. 3 bokstav b at funksjonskrav må være angitt på en tilstrekkelig presis måte til at tilbyderne kan identifisere kontraktens gjenstand, og at oppdragsgiver kan tildele kontrakt. Det er utslag av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. I artikkel 18 nr. 5 står det at en oppdragsgiver som har formulert funksjonskrav, ikke kan avvise tilbud som oppfyller krav i angitte standarder og spesifikasjoner når disse tar sikte på å dekke de funksjonskrav som er satt. Også her skal leverandøren godtgjøre på passende måte i tilbudet at ytelsen tilsvarer kravene som er satt, og der teknisk dokumentasjon fra produsent eller testrapport fra et anerkjent organ nevens som eksempler.

Det står i artikkel 18 nr. 6 at der oppdragsgiver som funksjonskrav stiller krav om miljøegenskaper, kan den anvende detaljerte spesifikasjoner som er fastlagt i europeiske, multinasjonale eller nasjonale miljømerke eller et hvert annet miljømerke. Om nødvendig kan oppdragsgiver begrense seg til å bruke deler av slike spesifikasjoner. Det er imidlertid angitt flere krav som må være oppfylt. Slike merker må være egnet til å definere egenskapene ved varene eller ytelsene som kontrakten gjelder, kravene må være utviklet på grunnlag av vitenskapelig informasjon, de må være vedtatt gjennom en åpen prosess og de må være tilgjengelige for alle interesserte parter. Oppdragsgiver kan bestemme at varer eller tjenester som er forsynt med slike merker, oppfyller kravspesifikasjonene, men den skal akseptere enhver annen passende dokumentasjon.

I sak C-368/10 *Kommisjonen mot Nederland* (Max Havelaar) hadde oppdragsgiver henvist til miljømerket ECO ved formuleringen av kravspesifikasjoner til kaffeprodukter. Kommisjonen mente at det var begått brudd på artikkel 23 nr. 6 i direktiv 2004/18/EF når oppdragsgiver hadde henvist til miljømerket som sådan, uten å oppføre de underliggende kravene som må være oppfylt for å oppnå et slikt merke. EU-domstolen var enig med Kommisjonen, og skrev at bestemmelsen tillater oppdragsgiver «at anvende detaljerede specifikationer for et miljømærke, men ikke til at anvende et miljømærke som sådant».[942] EU-domstolen skriver at oppdragsgiver har «pligt til udtrykkeligt at angive de detaljerede miljøegenskaber, som den tilsigter at pålægge – selv når den anvender egenskaber, der er fastsat ved et miljømærke».[943]

I artikkel 43 i direktiv 2014/24/EU er det nå tillatt at oppdragsgiver på nærmere vilkår henviser til miljømerker, men det fremstår som en endring av rettstilstanden. Den kan derfor neppe legges til grunn for artikkel 18 nr. i direktiv 2009/81/EF, som har samme ordlyd som artikkel 26 nr. 6 i direktiv 2004/18/EF, og derfor skal tolkes i samsvar med EU-domstolens konklusjon i saken mot Nederland.

Ifølge artikkel 18 nr. 8 skal oppdragsgiver ikke henvise til et bestemt fabrikat, opprinnelse eller fremstillingsprosess, og den må heller ikke vise til bestemte merker, patenter eller produksjoner, og som har til resultat at visse varer eller virksomheter favoriseres. Det er et uttrykk for prinsippet om likebehandling og at konkurransen ikke skal begrenses mer enn nødvendig. I sak C-424/23 *DYKA Plastics* fant EU-domstolen at krav om at kloakkrør var laget av et bestemt materiale utgjorde en

[941] Sak C-424/23 *DYKA Plastics* avsnitt 42.

[942] Sak C-368/10 *Kommisjonen mot Nederland* avsnitt 63.

[943] Sak C-368/10 *Kommisjonen mot Nederland* avsnitt 67 til 68.

henvisning til bestemt type eller en bestemt produksjon, og som hadde til virkning at visse virksomheter eller varer ble favorisert eller eliminert. Ved å kreve et bestemt materiale ble varer bestående av andre materialer eliminert.[944]

Bestemmelsen åpner for to unntak fra forbudet mot merkekrav mv., og som må tolkes snevert.[945] For det første kan oppdragsgiver gjøre henvisninger som nevnt i artikkel 18 nr. 8 hvis kontraktens gjenstand gjør det berettiget. I sak C-424/23 *DYKA Plastics* skriver EU-domstolen om den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 2014/24/EU at dette unntaket bare gjelder der henvisning til bestemte merker mv. «uundgåeligt følger af kontraktens genstand», og i så fall kreves det ikke at oppdragsgiver tart ekvivalensforebehold.[946] Det skal altså en del til før dette unntaket kommer til anvendelse, men som eksempler nevner EU-domstolen «den ordregivende myndighed tilstræbte æstetik eller på behovet for at tilpasse bygge- og anlægsarbejdet sine omgivelser.»[947] For forsvars- og sikkerhetsanskaffelser kan et nærliggende eksempel være behov for kompatibilitet med eksisterende materiell, eller at operasjonelle behov tilsier at det må kjøpes inn samme produkter som allerede brukes av forsvaret eller sivile sikkerhetsmyndigheter.

For det andre kan oppdragsgiver ifølge artikkel 18 nr. 8 henvise til bestemte merker mv. hvis en tilstrekkelig nøyaktig og forståelig beskrivelse av kontraktens gjenstand ikke lar seg gjøre med å anvende artikkel 18 nr. 3 og nr. 4. I så fall må henvisningen etterfølges av et ekvivalensforbehold i form av ordene «eller tilsvarende».[948] EU-domstolen har i saker som C-359/93 *Kommisjonen mot Nederland* (Unix) og sak C-59/00 *Vestergaard* funnet at fravær av ekvivalensklausuler er i strid med EU-retten fordi det skaper unødvendige hindringer på konkurransen og kan føre til at leverandører ikke inngir tilbud.[949] I sak C-14/17 *VAR* skriver EU-domstolen at leverandøren i tilbudet må godtgjøre at tilbudte produkter er tilsvarende som det oppdragsgiver etterspør ved en bestemt henvisning.[950]

12.11.2 Gjennomføring

Artikkel 18 er gjennomført i FOSA § 8-3.

Anskaffelsesutvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 42 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 15-1 – 15-6.

12.11.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår en direktivnær gjennomføring. Siden det er reelle forskjeller mellom direktiv 2014/24/EU og direktiv 2009/81/EF i reguleringen av tekniske spesifikasjoner, mener arbeidsgruppen at denne forskjellen også må videreføres i ny lov. Dette da endringene som kommer til uttrykk i direktiv 2014/24/EU må anses som mer enn kodifisering av gjeldende rettspraksis. Dette kommer særlig til uttrykk for bruk av merker, hvor 2014-direktivet har kommet «et steg videre» i utviklingen av bruk av merker ved gjennomføringen av offentlige anskaffelser.

---

[944] Sak C-424/23 *DYKA Plastics* avsnitt 57.

[945] Sak C-14/17 *VAR* avsnitt 26, sak C-424/23 *DYKA Plastics* avsnitt 53.

[946] Sak C-424/23 *DYKA Plastics* avsnitt 51 til 53 og 61, se også fotnote 30 i forslag til avgjørelse i samme sak.

[947] Sak C-424/23 *DYKA Plastics* avsnitt 60.

[948] Sak C-424/23 *DYKA Plastics* avsnitt 58 til 59.

[949] Se også sak C-413/17 *Roche Lietuva* avsnitt 39.

[950] Sak C-14/17 *VAR* avsnitt 26 flg.

Arbeidsgruppen er videre enig med anskaffelseslovutvalget i at det er hensiktsmessig å beholde begrepet «kravspesifikasjoner» og ikke benytte begrepet tekniske spesifikasjoner slik direktiv 2009/81/EF artikkel 18 og anskaffelsesdirektivets artikkel 42, gjør. I norsk anskaffelsesrett er tekniske spesifikasjoner benyttet om detaljerte spesifikasjoner som viser til standarder mv. Av forenklingshensyn benyttes den innarbeidede begrepsbruken i forslaget.

På grunn av artikkelens omfang, ser arbeidsgruppen det som hensiktsmessig å dele den opp i ulike bestemmelser og foreslår å ha samme tilnærming som foreslått av anskaffelsesutvalget.

Det foreslås å gjennomføre artikkel 18 nr. 1 i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 15-1 tredje ledd. Kravet til at kravspesifikasjonen skal inntas i anskaffelsesdokumentene følger også av de grunnleggende prinsippene i direktivets artikkel 4.

Artikkel 18 nr. 2 til 3 foreslås regulert i § 15-2 om utforming av kravspesifikasjoner.

Artikkel 18 nr. 4, 5 og 7 foreslås regulert i § 15-3 om alternativ dokumentasjon på oppfyllelse av kravspesifikasjoner.

Artikkel 18 nr. 6 foreslås regulert i § 15-5 om merker. Arbeidsgruppen foreslår imidlertid å utvide anvendelsesområdet til bestemmelsen til også å omfatte andre merker, som for eksempel sosiale merker. Arbeidsgruppen anser at dette ligger innenfor handlingsrommet som direktiv 2009/81/EF gir og at en utvidelse av anvendelsesområdet til andre merker, er i samsvar med rettspraksis som anerkjenner også henvisning til krav i andre merkeordninger enn miljømerker ved utformingen av kravspesifikasjonene. Det vises her til EU-domstolens avgjørelse i sak C-368/10 *Max Havelaar* avsnitt 73 til 76.

Artikkel 18 nr. 8 om henvisning til varemerker mv., foreslås innført i § 15-4 i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Den foreslåtte bestemmelsen avviker fra anskaffelsesutvalgets forslag til en tilsvarende bestemmelse i forslag til anskaffelseslov § 13-5. Dette da anskaffelseslovutvalgets forslag ikke viser til det første unntaket som direktivbestemmelsene gir anvisning på, nemlig når «kontraktens genstand gør det berettiget». Av forenklingshensyn er også unntaksbestemmelsene angitt som henholdsvis bokstav a og b da det gjør bestemmelsen lettere å lese. Arbeidsgruppen har vurdert hvorvidt det skal benyttes det direktivnære begrepet «kontraktens gjenstand gjør det berettiget» eller om det skal vises til «anskaffelsens formål» slik dagens anskaffelsesforskrift § 15-1 fjerde ledd gjør. Ut fra at et av formålene med regelverksarbeidet er å ha en direktivnær gjennomføring, har arbeidsgruppen valgt å benytte «kontraktens gjenstand gjør det berettiget». Dette samsvarer også med dagens formulering i FOSA § 8-3 tiende ledd.

Arbeidsgruppen viser for øvrig til omtalen av kravspesifikasjoner i NOU 2026:23 kapittel 24.29 og kapittel 24.30.

12.12 Artikkel 19 – Alternative tilbud

12.12.1 Direktivet

Artikkel 19 regulerer adgangen til at oppdragsgiver kan akseptere alternative tilbud fra leverandører. Artikkel 19 bygger på artikkel 24 i 2004/18/EF. Artikkelen er også i all hovedsak lik direktiv 2014/24/EU artikkel 45, men det er enkelte forskjeller. Den bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.32.1.

Direktivet har ingen definisjon på hva som regnes som alternative tilbud. Det kan defineres som tilbud som på oppdragsgivers oppfordring beskriver en annen løsning enn den som er beskrevet i

anskaffelsesdokumentene. Ved å åpne for alternative tilbud, kan oppdragsgiver la leverandørene bruke sin kunnskap til å komme med konkrete løsninger som oppdragsgiver ikke nødvendigvis kjenner til. Denne muligheten gir en fleksibilitet som er ment for å ivareta de tilfellene hvor oppdragsgiver søker å optimalisere mulighetsrommet for teknisk innovasjon uten å gå inn i forhandlinger av teknisk karakter.[951] Veileder fra kommisjonen[952] påpeker videre at muligheten for å bruke alternative tilbud bør vurderes tidlig i prosessen. Markedsundersøkelser bør vise om det er mulig at utkastet til spesifikasjoner kan leveres av en leverandør med andre metoder enn de som er forventet. I så fall, og hvis oppdragsgiverne er villige til å benytte seg av denne muligheten, bør spesifikasjonene utarbeides deretter.[953]

Det følger av artikkel 19 nr. 1 at oppdragsgiver kan akseptere alternative tilbud fra leverandører. Det forutsetter at tildelingen er det mest økonomisk fordelaktige tilbudet. Artikkelen skiller seg fra 2014/24/EU artikkel 45 ved at adgangen til å tillate alternative tilbud er noe utvidet sammenlignet med 2004/18/EF og 2009/81/EF. I direktivet fra 2014 står det kun at oppdragsgiver kan gi tillatelse eller kreve at leverandørene avgir alternative tilbud. Det må ikke forutsette at tildelingen er knyttet til det mest fordelaktige tilbudet. En annen forskjell er at oppdragsgiveren kan *kreve* at leverandøren avgir alternative tilbud.

Artikkel 19 nr. 2 angir at oppdragsgiver skal i kunngjøringen angi om de tillater alternative tilbud. Det må dermed stå eksplisitt. Det følger av nr. 3 at oppdragsgiver som tillater alternative tilbud, skal i konkurransegrunnlaget oppgi de minstekravene som de alternative tilbudene må oppfylle.

Artikkel 19 nr. 4 fastsetter at en vare- eller tjenesteanskaffelse kan oppdragsgiver ikke avvise et alternativt tilbud utelukkende fordi den tilbudte løsningen vil endre kontrakten fra en tjenestekontrakt til en varekontrakt, eller omvendt. Artikkelen 19 nr. 4 bør ses i sammenheng med artikkel 1. Hvis kontrakten inneholder deler av både varer og tjenester, er det hovedformålet som er avgjørende og det beror ofte på verdien jf. artikkel 1 nr. 4 og nr. 5. For å gi handlingsrom til tilbyderne når det først tillates alternative tilbud, skal det ikke ha betydning om en varekontrakt blir en tjenestekontrakt eller omvendt.

12.12.2 Gjennomføring

Artikkel 19 er gjennomført i FOSA § 11-4. Anskaffelsesutvalget behandlet alternative tilbud i artikkel 45 i 2014/24/EU i kapittel 24.32.1.

12.12.3 Arbeidsgruppens vurdering

Anskaffelsesutvalget foreslo å gjennomføre artikkelen om alternative tilbud i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslo å beholde begrepet alternative tilbud, selv om den norske direktivteksten benytter alternative anbud. Også i 2009/81/EF benyttes alternative anbud som begrep. Arbeidsgruppen mener i likhet med anskaffelsesutvalget at det innarbeide begrepet alternative tilbud bør videreføres.

---

[951] Sanchez-Graells s. 487.

[952] Commission, 'Public procurement guidance for practitioners on avoiding the most common errors in projects funded by the European Structural and Investment Funds' (2nd edn, 2018)

[953] NOU 2023:26 kapittel I, s. 39.

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 19 i forslag til ny forsvars- og sikkerhetsanskaffelseslov § 15-8. Bestemmelsen har en tilsvarende utforming som forslaget til anskaffelsesutvalget ny anskaffelseslov § 13-9, men med enkelte justeringer fordi ordlyden i direktiv 2009/81/EF er noe annerledes.

12.13 Artikkel 20 – Vilkår for gjennomføring av kontrakter

12.13.1 Direktivet

Ifølge artikkel 20 kan oppdragsgiver fastsette særlige vilkår knyttet til gjennomføringen av kontrakten. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 26 i direktiv 2004/18/EF, og som er videreført med redaksjonelle endringer i direktiv 2014/24/EU artikkel 70. Den bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.37.

Ifølge artikkel 20 kan oppdragsgiver fastsette «særlige vilkår» knyttet til gjennomføringen av en kontrakt i anskaffelsesdokumentene. Hva som utgjør særlige vilkår er ikke nærmere definert i direktivet, men bestemmelsen nevner som eksempler vilkår om «underleveranser, ivaretagelse av sikkerheten til graderte opplysninger og den forsyningssikkerheten som kreves». Det er en synliggjøring av at det kan stilles krav som har særlig betydning for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Artikkel 26 i direktiv 2004/18/EF hadde ikke tilsvarende eksempler på kontraktsvilkår,[954] men i artikkel 70 i direktiv 2014/24/EU har det blitt tilføyd at særlige kontraktsvilkår kan omfatte «økonomiske, innovasjonsrelaterte, miljømessige, samfunnsmessige og sysselsettingsrelaterte hensyn». I fortalen står det at oppdragsgiver bør kunne stille kontraktsvilkår om alle aspekter og ethvert trinn i kontraktens livssyklus.[955]

Det kan diskuteres om formuleringen «særlige vilkår» begrenser bestemmelsens anvendelsesområde til en bestemt type kontraktsvilkår. Det kan leses som en motsetning til generelle vilkår ved at det med særlige vilkår menes spesielle bestemmelser som normalt må tilpasses det enkelte kontraktsforhold. I forslag til avgjørelse i sak C-76/16 *Ingsteel* skriver generaladvokaten at den tilsvarende bestemmelsen i artikkel 26 til direktiv 2004/18/EF «er udelukkende rettet mod sociale hensyn eller miljøhensyn».[956] Det ble ikke kommentert av EU-domstolen i den saken, men det er vanskelig å se at begrepet «særlige vilkår» har blitt anvendt som en avgrensning av bestemmelsens anvendelse. Selv om artikkel 70 i direktiv 2014/24/EU skal synliggjøre at oppdragsgiver kan ivareta samfunnshensyn i kontrakten, [957] omfatter artikkelen mer enn det. I for eksempel sak C-927/19 *Klaipėdos* heter det at tekniske forskrifter kan være kontraktskrav,[958] og der fokuset heller synes å være om det er tale om betingelser som regulerer kontraktens utførelse.

I NOU 2023:26 synes anskaffelsesutvalget å legge til grunn at generelle kontraktsvilkår omfattes av artikkel 70 i direktiv 2014/24/EU.[959] I en norsk kontekst kan det gi opphav til vanskelige spørsmål om forholdet til bakgrunnsretten, som typisk kan brukes til å utfylle kontrakters regler om for eksempel risiko og sanksjoner. I artikkel 20 til direktiv 2009/81/EF står det at vilkårene må angis i anskaffelsesdokumentene, og det samme står i fortalen avsnitt 41. Tilsvarende krav følger av artikkel 70 i direktiv 2014/24/EU, og i saker som C-295/20 *Sanresa* skriver EU-domstolen at betingelsene for

[954] I fortalen avsnitt 33 til direktiv 2004/18/EF viste derimot til sosiale hensyn og miljøhensyn.
[955] Avsnitt 97 til 100 til fortalen i direktiv 2014/24/EU.
[956] Forslag til avgjørelse i sak C-76/16 *Ingsteel* avsnitt 43.
[957] Avsnitt 97 til fortalen i direktiv 2014/24/EU.
[958] Sak C-927/19 *Klaipedos* avsnitt 88 flg.
[959] NOU 2023:26 s. 350.

kontraktens utførelse i prinsippet må fremgå av anskaffelsesdokumentene. I den saken hadde oppdragsgiver unnlatt å henvise til en EU-forordning som kom til anvendelse for kontrakten, og da mente EU-domstolen «udeladelse af en sådan angivelse imidlertid ikke behæfte proceduren for indgåelse med en uregelmæssighed».[960] I andre saker har imidlertid EU-domstolen slått fast at det kan være skadelig for utenlandske leverandører å anvende *nasjonal rett* som ikke er synliggjort i anskaffelsesdokumentene.[961]

I sak C-82/24 *Veolia Water* skriver EU-domstolen at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet kan være til hinder for at en offentlig kontrakt suppleres med nasjonal rett. I anskaffelsesdokumentene var det inntatt regler om en kvalitetsgaranti, og hvor det var henvist til den polske sivillovboken, men uten at det var presisert noe om lovens garantiregler.[962] EU-domstolen skrev at kontraktens finansielle betingelser skal være klart definert på forhånd, og at analog anvendelse av nasjonale regler er særlig skadelig for utenlandske aktører.[963] Det står at direktivet i prinsippet ikke er til hinder for at anskaffelsesdokumentene henviser til nasjonale regler og praksis «når en sådan henvisning i praksis er uundgåelig, forudsat at den ledsages af samtlige de supplerende angivelser, som eventuelt kræves i henhold til dette direktiv». EU-domstolen skriver at det skal sikre forutsigbarhet og rettssikkerhet for alle leverandører. Den antyder at det ville være i strid med dette om kontrakten i den aktuelle saken suppleres med en omstridt analogisk tolkning av sivillovbokens regler.[964]

Rekkevidden av EU-domstolens avgjørelse i *Veolia Water* er usikker, men den viser at det kan oppstå utfordringer ved anvendelse av ulovfestet bakgrunnsrett. Hvis det er tale om nasjonale kontraktsregler som ikke er uomstridt, for eksempel heving ved vesentlig mislighold, er det imidlertid vanskelig å se at det skal være uforutsigbart for en leverandør å anvende slike regler selv om de ikke skulle fremgå av kontrakten. Videre kan det synes som at det særlig er forpliktelser om hva som skal ytes under kontrakten som må fremgå klart av anskaffelsesdokumentene,[965] mens det muligens kan stille seg noe annerledes for visse typer sanksjoner ved kontraktbrudd.[966] Uansett illustrerer avgjørelsen fra EU-domstolen at det er viktig at kontrakten har dekkende bestemmelser, uten at nasjonale oppdragsgiver bør lene seg for mye på nasjonal rett som ikke er forklart i konkurransegrunnlaget. Den kan også indikere at generelle kontraktsvilkår vurderes etter grunnprinsippene tilsvarende artikkel 4 i direktiv 2009/81/EF, heller enn etter bestemmelsen om spesielle kontraktsvilkår tilsvarende artikkel 20 i direktiv 2009/81/EF.

Ifølge artikkel 20 må kontraktsvilkår være forenlig med EU-retten. I fortalen avsnitt 41 heter det at kontraktsvilkår verken direkte eller indirekte kan diskriminere tilbyderne, og de må også være forenlig med fri bevegelighet og annen EU-rettslig lovgivning.[967] I motsetning til artikkel 70 i direktiv 2014/24/EU står det ikke i artikkel 20 at kontraktskrav må ha tilknytning til kontraktsgjenstanden, men det står i fortalen avsnitt 45, der det heter at slike krav må være forbundet med kontraktens utførelse.[968] I sak C-929/19 *Klaipėdos* skriver EU-domstolen at «at overholdelsen af betingelserne

---

[960] Sak C-295/20 *Sanresa* avsnitt 58 til 60.

[961] Forente saker C-403/23 og C-404/23 *Luxone* avsnitt 63, sak C-171/15 *Connexxion Taxi* avsnitt 42, sak C-27/15 *Pizzo* avsnitt 46.

[962] Sak C-82/24 *Veolia Water* avsnitt 15.

[963] Sak C-82/24 *Veolia Water* avsnitt 40, 42.

[964] Sak C-82/24 *Veolia Water* avsnitt 48 og 22.

[965] Sak C-23/20 *Simonsen & Weel* avsnitt 63, C-298/15 *Borta* avsnitt 69.

[966] Sml. sak C-683/22 *Morandi-broen* avsnitt 103.

[967] Jf. f.eks. C-115/14 *Regio Post* avsnitt 68.

[968] Se også f.eks. forslag til avgjørelse i sak C-368/10 *Kommisjonen mot Nederland* avsnitt 88 med videre henvisninger.

vedrørende kontraktens gennemførelse ikke skal vurderes på tidspunktet for tildelingen af kontrakten», men må oppfylles i kontraktsperioden.[969]

I direktiv 2009/81/EF artikkel 20 står det at kontraktskrav blant annet kan gjelde underleverandører, informasjonssikkerhet og forsyningssikkerhet i overensstemmelse med artikkel 21, 22 og 23.[970] Dette er en synliggjøring av handlingsrom til å ivareta hensyn som gjør seg særlig gjeldende for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser,[971] men tilsvarende hensyn kan ivaretas også under de andre innkjøpsdirektivene.

Bruk av *underleverandører* kan styrke muligheten for små og mellomstore virksomheter til å delta i offentlige kontrakter, og det står i avsnitt 3 i direktivets fortale at medlemsstatene bør bidra til å øke mangfoldet av leverandører i forsvarsmarkedet ved å muliggjøre deltakelse fra små og mellomstore virksomheter.[972] Direktiv 2009/81/EF gir en forholdsvis utførlig regulering av underleverandører i artikkel 21 og artikkel 50 til 54, og artikkel 20 må ses i sammenheng med denne reguleringen og andre bestemmelser i direktivet som har en side til underleverandører.[973]

I artikkel 21 nr. 1 står det at tilbyderne kan pålegges å opplyse om hvilke deler av kontrakten som skal settes ut til underleverandører, og hvilke underleverandører som leverandøren allerede har utpekt. Artikkel 21. nr. 5 forutsetter at oppdragsgiver kan avvise underleverandører som ikke oppfyller kravene i anskaffelsesdokumentene, og etter artikkel 21 (2) bokstav c kan det bes om dokumentasjon på at underleverandører er egnet til å håndtere klassifisert informasjon. Artikkel 21 reflekterer at leverandører har rett til å bruke underleverandører hvis oppdragsgiver har fått prøve underleverandørens kvalifikasjoner før kontraktstildeling.

Videre har leverandøren etter artikkel 41 nr. 2 og artikkel 42 nr. 2 rett til å lene seg på underleverandørers kapasitet for å oppfylle kvalifikasjonskrav.[974] EU-domstolen har slått fast at retten til å påberope underleverandørers kapasitet ikke kan begrenses i kontraktskravene.[975] Ifølge direktiv 2014/24/EU artikkel 63 nr. 1 kan leverandøren på nærmere vilkår bare påberope ressurser til aktører som skal utføre arbeidene eller tjenesten, og i nr. 2 står det at oppdragsgiver kan bestemme at sentrale deler av angitte kontrakter skal utføres av tilbudsgiveren selv.[976] Tilsvarende følger ikke av direktiv 2009/81/EF, og EU-domstolens konklusjon i sak C-324/14 *Partner Apelski* tilsier at tilsvarende begrensninger ikke kan anvendes for tidligere direktiver.[977]

EU-domstolen har slått fast at direktiv 2004/18/EF ikke er til hinder for at oppdragsgiver nekter bruk av underleverandører som den ikke har fått prøvd kvalifikasjonene til ved tildelingen av kontrakten. Etter artikkel 21 nr. 2 kan oppdragsgiver be om at leverandøren opplyser om enhver endring av underleverandører, og artikkel 21 nr. 5 forutsetter at oppdragsgiver kan avvise underleverandører som ikke oppfyller kravene i anskaffelsesdokumentene. Ifølge artikkel 22 (2) d kan det bes om opplysninger for å verifisere at nye underleverandører er egnet til å håndtere klassifisert informasjon.

---

[969] Sak C-929/19 *Klaipėdos* avsnitt 89, sak C-295/20 *Sanresa* avsnitt 51 til 52, sak C-403/21 *NV Construct* avsnitt 65, NOU 2023:26 s. 349.

[970] Men det kan også omfatte slikt som arbeidsmiljø, se avsnitt 46 til fortalen.

[971] Avsnitt 9, 16, 20, 27, 42, 43, 47, 68 i fortalen til direktiv 2009/81/EF, se også sak C-94/*12 Swm Costruzioni* avsnitt 34.

[972] Se også forslag til avgjørelse i sak C-406/14 *Wroclaw* avsnitt 30.

[973] Kommisjonens meddelelse Subcontracting kapittel 1.

[974] Arnesen mfl. (2022) s. 348 til 349.

[975] Sak C-406/14 *Wroclaw* avsnitt 36.

[976] Se også sak C-642/20 *Caruter* avsnitt 63 flg.

[977] Sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 87 til 94.

Kontraktskrav kan brukes til ivaretakelse av *informasjonssikkerhet*.[978] EU-domstolen har i en rekke saker slått fast at nødvendigheten av å fastsette en fortrolighetsforpliktelse «på ingen måde» er til hinder for å gjennomføre en anskaffelsesprosedyre.[979] Den har i flere saker uttalt at et mindre inngripende tiltak enn unntak vil være å gjennomføre en konkurranse etter direktivene og der leverandørene ilegges en sanksjonert taushetsplikt,[980] som typisk kan gjøres ved kontraktskrav. I forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* viser generaladvokaten til at oppdragsgiver kan treffe «de nødvendige forholdsregler til beskyttelse af følsomme oplysninger», og hvor hun blant annet viser til artikkel 20 og 22 i direktiv 2009/81/EF.[981] Ifølge artikkel 22 (2) bokstav a og b kan oppdragsgiver kreve tilsagn fra leverandører og underleverandører om at de skal sikre fortroligheten av klassifiserte opplysninger.

Også i forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* skriver generaladvokaten at anskaffelsesreglene tillater at det treffes nødvendige fortrolighets- og sikkerhetstiltak for kontraktens utførelse, og at det kan omfatte «sikkerhedsgodkendelse af alle medarbejdere, der deltager i udførelsen af kontrakten».[982] I den saken skrev EU-domstolen at oppdragsgiver i kontrakten kunne kreve at leverandøren skal «acceptere sikkerhedskontroller, besøg eller inspektioner i sine virksomhedslokaler – og det uanset om denne virksomhed er placeret i Østrig eller i en anden medlemsstat.»[983] Den skrev også at det er tillatt «at fastsætte, at tilslagsmodtageren kan pålægges sanktioner, navnlig kontraktlige sanktioner, i tilfælde af tilsidesættelse af en sådan forpligtelse under udførelsen af den omhandlede kontrakt.»[984] I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* gjentok EU-domstolen at informasjonslekkasjer kunne forebygges ved å pålegge vinnende leverandør en taushetsplikt og kontraktsrettslige sanksjoner ved brudd.[985]

Det kan være særlig aktuelt for oppdragsgiver å innta oppsigelsesklausuler for det tilfellet leverandøren mister sikkerhetsklareringen. I beslutning 2013/488 om sikkerhetsbeskyttelse av EUs klassifiserte opplysninger står det i vedlegg V punkt 13 at tap av sikkerhetsklarering skal være en tilstrekkelig grunn til å oppheve en kontrakt med klassifiserte opplysninger. En annen aktuell oppsigelsesklausul kan være at endringer i leverandørens eierstruktur skal utløse varslingsplikt, og med mulighet for oppsigelse dersom endret eierskap utgjør en trussel for informasjonssikkerheten.

Kontraktskrav kan også brukes til ivaretakelse av *forsyningssikkerhet,* og der artikkel 23 synliggjør en rekke krav som kan stilles, slik som varslingsplikter og løfter om å sikre forsyningen i tilfelle kriser mv. Både sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* viser at direktivene gir betydelig handlingsrom til å ivareta forsyningssikkerhet. Krav til likebehandling er i prinsippet til hinder for krav om at leverandøren må etablere produksjonslokaler og lignende på oppdragsgivers territorium, men forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* illustrerer at det kan være aktuelt å gjøre delvis unntak fra

---

[978] Avsnitt 42 i fortalen til direktiv 2009/81/EF og artikkel 20.

[979] Sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 52 og 53. Se tilsvarende sak C-157/06 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 30.

[980] Sak 3/88 Kommisjonen mot Italia.

[981] Forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto InsTiimi* avsnitt 64 og fotnote 44.

[982] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 67 og 68.

[983] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 86.

[984] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 93. Generaladvokaten viste til «*virksomheder og personer fra tredjestater*», jf. forslag til avgjørelse sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 70, forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto* avsnitt 66. Noe tilsvarende skille gjør ikke EU-domstolen når den viser til «*lovgivningen i sin medlemsstat*». Likevel kan det virke mest nærliggende at EU-domstolen sikter til selskaper opprettet i EU som kan være eid eller ledet av personer fra.

[985] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 99.

kravet til likebehandling om vesentlige sikkerhetsinteresser krever det.[986] Saker som C-296/15 *Medisanus* illustrerer at selvforsyning kan være et lovlig hensyn etter traktatens unntaksregler. Imidlertid skal det en del til før slike krav er rettferdiggjort, hvor det gjerne kreves at staten uten selvforsyning utsettes for en reel og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn, og som ikke kan avhjelpes på en mindre inngripende måte.[987]

12.13.2 Gjennomføring

Artikkel 20 i direktiv 2009/81/EF er gjennomført i FOSA § 3-10. Den inneholder i tillegg særnorske krav om standardvilkår, tilknytning til lærlingordning og krav til arbeidsmiljø. Dette tilsvarer reguleringer i øvrig regelverket, som er behandlet av anskaffelsesutvalget i kapittel 16 til 21.

I ARF er det en rekke regler om hvilke kontraktskrav som skal gjelde, og som gjelder slikt som informasjonssikkerhet, forsyningssikkerhet og underleverandører. For eksempel krever ARF § 3-1 (8) at det i kontrakten skal inntas at leverandøren identifiseres med underleverandører, § 9-7 stiller krav til leveranseoppfølging som også kan omfatte bedriftsbesøk hos underleverandører, i § 13-9 er det regler om sikring av underleverandører, mens § 15-3 har regler om at leverandøren skal videreføre standard kodifiseringsvilkår i avtaler med underleverandører.

Anskaffelsesutvalget har foreslått å gjennomføre artikkel 70 i direktiv 2014/24/EU i ny lov om offentlige anskaffelser § 19-1.

12.13.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å innføre en bestemmelse om kontraktsvilkår i lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 22-1. Arbeidsgruppen har valgt å innføre en bestemmelse som ligger nær opp til anskaffelsesutvalgets forslag til ny lov om offentlige anskaffelser § 19-1, men med nødvendige tilpasninger. Dette da det er fremhevet i artikkel 20 i direktiv 2009/81/EF at det kan innføres kontraktsvilkår om ivaretagelse av sikkerheten til graderte opplysninger og forsyningssikkerheten, noe som er særlig relevant for anskaffelser omfattet av lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

12.14 Artikkel 21– Underleverandører

12.14.1 Direktivet

I. Oversikt

Direktiv 2009/81/EF artikkel 21 har regler om underleverandører. Bestemmelsen har dels regler som er hentet fra 2004/18/EF artikkel 25, som er langt mer detaljert regulert i artikkel 71 i direktiv 2014/24/EU, og denne bestemmelsen er behandlet i NOU 2023:26 kapittel 24.37.2. Dels har artikkel 21 flere regler som er spesifikke for direktiv 2009/81/EF, og som må ses i sammenheng med artikkel 50 til 54.

Begrepet underentreprise er ifølge artikkel 1 nr. 22 definert som en «gjensidig bebyrdende kontrakt inngått skriftlig mellom en valgt anbyder for en kontrakt og en eller flere markedsdeltakere med det formål å oppfylle denne kontrakten, som har som gjenstand bygge- og anleggsarbeider, levering av

[986] 8.3.2 ovenfor.
[987] 8.4.2 og 8.5.2 ovenfor.

produkter eller yting av tjenester».[988] Det knyttes her en link til valgte leverandør, og kontrakten som den har fått tildelt. At begrepet underentreprise er definert er spesifikt for direktiv 2009/81/EF, men konseptet er sentralt også for de andre direktivene.[989] Bruk av underleverandører kan lette tilgangen for små- og mellomstore selskaper, og bestemmelsen må forstås i lys av det.[990]

II. Retten til å bruke underleverandører

Det følger av artikkel 21 nr. 1 at leverandøren står fritt til å velge sine underleverandører til alle underentrepriser som ikke er omfattet av kravene i nr. 3 og 4 (se like nedenfor). At leverandøren står fritt til å velge underleverandører står ikke i direktiv 2004/18/EF, men det er lagt til grunn i rettspraksis at leverandøren står fritt til å organisere seg på den måten den mener er hensiktsmessig.[991]

Retten til å bruke underleverandører må også ses i sammenheng med leverandørenes rett til å påberope ressurser til underleverandører for å oppfylle kvalifikasjonskravene i konkurransen. Denne muligheten er foreskrevet i artikkel 41 nr. 2 og artikkel 42 nr. 2, som tilsvarer artikkel 47 nr. 3 og 48 nr. 3 i direktiv 2004/18/EF, og som EU-domstolen i flere saker slått fast at det er en rettighet for leverandørene (12.34 til 12.36 nedenfor).[992]

I artikkel 21 nr. 1 står det at tilbyderen ikke skal pålegges å diskriminere underleverandører på grunnlag av nasjonalitet. Det tar sikte på praksis blant en del medlemsstater om å kreve gjenkjøp ved forsvarsanskaffelser.[993] Direktivets krav om likebehandling tillater ikke krav om at leverandøren må bruke underleverandører fra oppdragsgivers hjemstat, og slike krav må eventuelt begrunnes etter artikkel 346 TEUV/artikkel 123 EØS.[994]

I artikkel 21 nr. 2 står det at oppdragsgiver kan kreve at leverandøren angir hvilke deler av kontrakten han har til hensikt å utføre ved underentrepriser, samt hvilke underleverandører som tenkes brukt. I saker som C-314/01 *Siemens* har EU-domstolen fastslått at leverandøren har rett til å bruke underleverandører,[995] men at oppdragsgiver kan nekte bruk av underleverandører som den ikke har fått mulighet til å vurdere ved tildelingen. Artikkel 21 nr. 2 gir mulighet for slik kontroll,[996] og det samme følger av artikkel 25 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 71 nr. 2 i direktiv 2014/24/EU.

Artikkel 21 nr. 2 må ses i sammenheng med artikkel 21 nr. 5, hvor det står at oppdragsgiver bare kan avvise underleverandører på grunnlag av kriteriene som fant anvendelse for hovedkontrakten. Ifølge artikkel 22 (2) bokstav c kan oppdragsgiver be om at det i tilbudet dokumenteres at underleverandører er egnet til å sikre fortroligheten av klassifiserte opplysninger. Etter artikkel 22 (2) bokstav a og b kan det kreves tilsagn om at alle underleverandører skal sikre fortroligheten av klassifiserte opplysninger, og ifølge artikkel 20 kan det stilles krav som regulerer bruk av underleverandører i kontraktsfasen.

---

[988] I artikkel 50 nr. 2 står det at grupper av virksomheter ikke regnes som tredjemann etter reglene i avsnitt III.

[989] Steinicke (2018) s. 1275.

[990] Jf. f.eks. sak C-94/*12 Swm Construzion,* sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 34, avsnitt 32 i fortalen til direktiv 2004/18/EF.

[991] Sak C-176/9 *Holst Italia* avsnitt 26 og 27, sak C-314/04 *Siemensen og Arge* avsnitt 43, sak C-94/*12 Swm Construzioni* avsnitt 32, sak C-298/15 *Borta* avsnitt 50.

[992] Se f.eks. C-94/12 *Swm Costruzioni* avsnitt 29, sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 33.

[993] Kommisjonens meddelelse Subcontracting avsnitt 3.

[994] Kommisjonens meddelelse Offsets avsnitt 9.

[995] Se også sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 36.

[996] Se også C-267/18 *Delta* avsnitt 32.

I sak C-395/18 *Tim* skrev EU-domstolen at oppdragsgiver kan nekte bruk av underleverandører som rammes av direktivets frivillige utelukkelsesgrunner,[997] og tilsvarende må legges til grunn for direktiv 2009/81/EF.[998] EU-domstolen skriver i *Tim* at prinsippet om likebehandling vil innebære en plikt for oppdragsgiver til å vurdere utelukkelsesgrunner til underleverandørene dersom det står i konkurransegrunnlaget eller nasjonal rett at underleverandører kan bli utelukket.[999] I sak C-210/20 *Rad Service* skriver EU-domstolen at der leverandøren påberoper kapasiteten til en tredjepart som rammes av en utelukkelsesgrunn, skal oppdragsgiver gi leverandøren mulighet til å skifte ut denne underleverandøren. Det blir forankret i artikkel 63 i direktiv 2014/24/EU, men EU-domstolen skriver at dette også er i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet.[1000] Samtidig ble det tatt forbehold om at utskifting ikke er tillatt om det fører til at leverandøren i realiteten fremsetter et nytt tilbud.[1001]

Det står i artikkel 21 nr. 6 at kravene som er angitt i henhold til artikkel 21 nr. 2 til 5 skal fremgå av anskaffelsesdokumentene. Det er et utslag av prinsippet om gjennomsiktighet, som innebærer at alle betingelser i forbindelse med en tildelingsprosedyre skal være formulert klart og presist i forkant, slik at alle velinformerte og normalt påpasselige tilbydere forstår kravene på samme måte når de inngir forespørsel om deltakelse eller tilbud.[1002] I Kommisjonens veileder står det at oppdragsgiver må angi utelukkelsesgrunner og kvalifikasjonskrav i konkurransegrunnlaget.[1003] Ved evalueringen av tilbud må oppdragsgiver verifisere om eventuelle underleverandører oppfyller kravene som er satt. Avvisning av underleverandører skal ifølge artikkel 21 nr. 5 begrunnes skriftlig.

Ifølge artikkel 21 nr. 2 kan leverandøren også pålegges å opplyse om enhver endring av underleverandør gjennom kontraktsfasen. Artikkel 71 i direktiv 2014/24/EU har en noe annen utforming, men i sak C-267/18 *Delta* skriver EU-domstolen at direktivet tillater at bruk av underleverandører er betinget av oppdragsgivers forutgående tillatelse. Ifølge artikkel 21 nr. 5 i direktiv 2009/81/EF vil avvisning av underleverandører i kontraktsfasen måtte skje på grunnlag av de kriterier som gjaldt for hovedkontrakten. I den forbindelse følger det av artikkel 22 (2) bokstav d at oppdragsgiver kan kreve tilsagn fra tilbudsgiveren om at det fremlegges nødvendige opplysninger til å sikre at nye underleverandører er egnet til å håndtere klassifiserte opplysninger. Selv om artikkel 21 nr. 2 forutsetter at endring av underleverandører kan være tillatt, har EU-domstolen i saker som C-91/08 *Wall* slått fast et det kan være en vesentlig endring av kontrakten om det skjer bytte av en underleverandør som har hatt avgjørende innflytelse på valg av tilbud. Det er gjentatt av EU-domstolen i *Delta.*[1004]

I Kommisjonens meddelelse om underleverandører står det at direktivet gir en uttømmende beskrivelse av når oppdragsgiver kan «intervene in the way successful tenderers select their subcontractors».[1005] Det samsvarer med rettspraksis om at leverandører har rett til å bruke underleverandører, men som i artikkel 63 nr. 2 i direktiv 2014/24/EU er begrenset ved at oppdragsgiver kan kreve at visse sentrale deler av angitte arbeider utføres av tilbyderen selv. I sak C-324/14 *Partner Apelski* fant EU-domstolen at artikkel 63. nr. 1 om at tredjeparten som påberopes må

---

[997] Sak C-395/18 *Tim* avsnitt 35.

[998] Artikkel 21 nr. 5 i direktiv 2009/81/EF, Kommisjonens meddelelse Subcontracting avsnitt 28.

[999] Sak C-395/18 *Tim* avsnitt 46.

[1000] Sak C-210/20 *Rad Service* avsnitt 34 og 39 flg.

[1001] Sak C-267/18 *Delta* avsnitt 43 til 44.

[1002] Jf. f.eks. sak C-27/15 *Pizzo* avsnitt 36.

[1003] Kommisjonens meddelelse Subcontracting avsnitt 23.

[1004] Se også C-267/18 *Delta* avsnitt 33.

[1005] Kommisjonens meddelelse Subcontracting avsnitt 6.

utføre arbeidene, var en vesentlig endring av rettstilstanden som ikke kan overføres til tidligere direktiver. Det kan virke nærliggende at konklusjonen er den samme om artikkel 63 nr. 2.

Det foreligger ikke rettspraksis som bekrefter at direktivet tillater begrensninger i retten til å bruke underleverandører om det er nødvendig av sikkerhetshensyn. I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver EU-domstolen i avsnitt 114:

> «Såfremt denne fremstilling blev varetaget af en enhed, der var udvalgt i overensstemmelse med reglerne i direktiv 2014/24, skal det endelig bemærkes, at denne enhed selv ville kunne anvende underentreprenører, således som det fremgår af direktivets artikel 63, stk. 1, og artikel 71, uden at en enhed, der kontrolleres af den pågældende medlemsstat, kunne kontrollere underentreprenørernes handlinger eller fastsætte betingelserne for deres deltagelse. Det følger heraf, at PWPW's eventuelle anvendelse af underentreprise indebærer, at det fornødne beskyttelsesniveau for nævnte fremstilling ikke ville være højere end det, der følger af anvendelsen af udbudsprocedurerne i nævnte direktiv.»

Det tilsier at direktivet ikke tillater at retten til bruk av underleverandører begrenses av sikkerhetshensyn. For kontrakter som har et så høyt beskyttelsesnivå at bruk av underleverandører vil være uforenlig med statens vesentlige sikkerhetsinteresser, vil det kunne begrunne unntak etter artikkel 346 eller artikkel 123 EØS. nr. 1 bokstav b. Det må i så fall godtgjøres at direktivets mulighet til å kontrollere underleverandørene ved evalueringen ikke gir tilstrekkelig beskyttelse.[1006] Det foreligger imidlertid ikke, som påpekt ovenfor, en endelig avklaring av dette fra EU-domstolen, og da særlig ikke for anskaffelser innenfor forsvars- og sikkerhetssektoren hvor det kan være et reelt behov for å kunne begrense adgangen til å benytte underleverandører.

I artikkel 71 til direktiv 2014/24/EU er det innført krav om at oppdragsgiver treffer passende tiltak for å sikre underleverandører overholder krav til slikt som arbeidsmiljø nevnt i artikkel 18. Oppdragsgiver har også plikt til å etterspørre diverse informasjon om underleverandører, og der medlemsstatene kan stille strengere regler i nasjonal rett. Tilsvarende plikter følger ikke av direktiv 2009/81/EF, men direktivet er neppe til hinder for at det stilles tilsvarende krav som i artikkel 71 2014/24/EU.

III. Det særlige regimet for valg av underleverandør

I direktiv 2009/81/EF er det innført et eget regime for valg av underleverandører, som ikke gjenfinnes i andre direktiver. Det gis regler om dette i artikkel 21 nr. 3 og nr. 4, som må ses i sammenheng med artikkel 50 til 54 om leverandørens valg av underleverandører.

Regimet for valg av underleverandører innebærer at oppdragsgiver på nærmere vilkår kan pålegge leverandøren å velge underleverandører på grunnlag av objektive regler som sikrer likebehandling. Meningen med reglene synes blant annet å være at behovet for gjenkjøp forsøkes redusert.[1007] Det er ulike ordninger som muliggjøres, som vil avhenge av gjennomføringen i nasjonal rett, og der fortalen synes å forutsette at bruk av underleverandører kan være et punkt i forhandlinger eller dialog om slike prosedyrer er valg.[1008]

For det første kan det etter artikkel 21 nr. 3 innføres regler i nasjonal rett om at oppdragsgiver kan eller skal kreve at valgte leverandør anvender reglene i avsnitt III for alle eller visse underentrepriser som

---

[1006] Direktiv 2009/81/EF artikkel 21 og 22.

[1007] Kommisjonens meddelelse Subcontracting avsnitt 3.

[1008] Avsnitt 40 (3) og Kommisjonens meddelelse Subcontracting avsnitt 10.

leverandøren har til hensikt å gi til tredjemann. Etter dette alternativet er det leverandøren som bestemmer hvor mye og hvilke deler den vil sette ut til underleverandører, mens oppdragsgiver bestemmer at noen eller alle underentreprisene tildeles etter reglene i avsnitt III. Det kan gjelde alle delene av kontrakten som leverandøren har tenkt å utkontraktere, og uavhengig av om underleverandørene er identifisert i tilbudet.[1009]

Det følger av artikkel 21 nr. 6 at eventuelle krav om at leverandøren må velge underleverandører etter reglene i avsnitt III må fremgå av konkurransegrunnlaget.[1010] Leverandøren må i så fall angi i tilbudet hvilke deler av kontrakten den vil utføre som underentreprise, mens oppdragsgiver etterfølgende angir hvilke deler som leverandøren må tildele etter reglene i avsnitt III.[1011] Det står i Kommisjonens veileder at hvis oppdragsgiver ikke har angitt i anskaffelsesdokumentene hvilke utkontrakterte deler som må følge avsnitt III, må leverandørene få vite det i løpet av tildelingsprosedyren, typisk under forhandlingene eller dialogen.[1012] Oppdragsgiver valg må etter artikkel 4 overholde prinsippet om likebehandling, og kan ikke være basert på slikt som nasjonaliteten til underleverandører allerede valgt av leverandøren.[1013]

For det andre følger det av artikkel 21 nr. 4 (1) at det kan innføres regler i nasjonal rett om at oppdragsgiver kan eller skal be om at valgte leverandør gir en bestemt andel av kontrakten i underentreprise til tredjemenn. Denne andelen skal angis som en verdiramme som består av en minste og største prosentandel, for eksempel at 15 til 20 % må utkontrakteres.[1014] Den største prosentandelen kan ikke overstige 30 % av kontraktens verdi. Leverandøren står fritt til å velge hvilke deler av kontrakten som skal utkontrakteres etter reglene i avsnitt 3 for å oppfylle påkrevd prosentandel.

Ifølge artikkel 21 nr. 6 skal oppdragsgiver angi verdirammen i konkurransegrunnlaget, og etter nr. 4 må rammen stå i forhold til kontraktens gjenstand, verdi og arten av den aktuelle industrisektoren, der konkurransesituasjonen i markedet og kapasiteten til den industrielle basen skal hensyntas. I avsnitt 40 i fortalen er det forklart at «den valgte anbyderens forsyningskjede fortsetter å fungere tilfredsstillende» og at prosentandelen for hva som skal settes ut til tredjemann «på en egnet måte gjenspeile kontraktens gjenstand og verdi.»

For det tredje følger det av artikkel 21 nr. 4 (5) at det kan innføres regler i nasjonal rett om at oppdragsgiver kan eller skal be om at valgte leverandør spesifiserer hvilke deler den har tenkt å utkontraktere ut over den pålagte prosentandel, og hvilke underleverandører som allerede er utpekt. Her vil altså oppdragsgiver angi en minimumsandel som må utkontrakteres, men der det samtidig blir bedt om opplysninger om hvorvidt leverandøren har tenkt utkontraktere større deler av kontrakten enn minimumsandelen. Hvis leverandøren vil utkontraktere større deler enn minimumsandelen, kan oppdragsgiver kreve at hele eller deler av utkontrakteringen skjer etter reglene i avsnitt III. Også her står leverandøren fritt til å velge hvilke deler av kontrakten den vil utkontraktere, også for å oppfylle minimumsandelen.

De nærmere reglene som leverandøren eventuelt må følge ved valg av underleverandører følger av avsnitt III. Hvis leverandøren selv er oppdragsgiver, følger det av artikkel 54 at direktivets kapittel I og II gjelder ved tildeling av underentrepriser. Dersom leverandøren ikke selv er oppdragsgiver, står

---

[1009] Avsnitt 40 til fortalen og Kommisjonens meddelelse Subcontracting avsnitt 12.
[1010] Kommisjonens meddelelse Subcontracting punkt 4.1.
[1011] Kommisjonens meddelelse Subcontracting avsnitt 13 og punkt 4.2.
[1012] Avsnitt 50 til fortalen, Kommisjonens meddelelse Subcontracting avsnitt 29 og 31.
[1013] Kommisjonens meddelelse Subcontracting avsnitt 29.
[1014] Kommisjonens meddelelse Subcontracting avsnitt 15.

det i artikkel 50 at leverandøren skal følge reglene i artikkel 51 til 53 om det er gitt pålegg i henhold til artikkel 21 nr. 3 eller 4, skal det sikres at leverandøren anvende reglene i artikkel 51 til 53.

Ifølge artikkel 51 skal leverandøren opptre på en gjennomsiktig måte og ikke forskjellsbehandle underleverandører. I artikkel 52 er det gitt regler om terskelverdier og kunngjøring av kontrakter om underleverandører. Hvis kontrakten er lik eller overstiger terskelverdiene i artikkel 8 skal leverandøren følge artikkel 52 nr. 1 til nr. 6.[1015] Hvis terskelverdiene ikke er oppfylt, skal leverandøren ifølge artikkel 52 nr. 8 følge traktatens prinsipper om gjennomsiktighet og konkurranse.[1016]

For kontrakter som er lik eller overstiger terskelverdiene skal leverandøren følge reglene om kunngjøring i artikkel 32 nr. 2 til 5 for kontrakter som er lik eller overstiger terskelverdiene i artikkel 8. Krav om kunngjøring gjelder ikke hvis leverandøren er i noen av situasjonene i oppregnet i artikkel 28. Medlemsstatene kan tillate at kontrakter til underleverandører tildeles ved rammeavtale, og leverandøren må i så fall må følge reglene den har fastsatt i rammeavtalen, som ikke kan overstige syv år med mindre det foreligger særlige omstendigheter.

I artikkel 53 er det gitt regler om kvalitativ utvelgelse av underleverandører. Det står at leverandøren skal angi kriteriene i kunngjøringen, og at disse må være objektive, ikke-diskriminerende og forenlig med kriteriene fastsatt av oppdragsgiver ved tildeling av hovedkontrakten. Kvalifikasjonene som kreves må være relatert til kontrakten. Dersom det dokumenteres tilfredsstillende for oppdragsgiver at ingen av dem som har inngitt tilbud oppfyller kravene for kvalitativ utvelgelse, er ikke leverandøren forpliktet til å tildele underentrepriser. Dermed vil ikke en slik situasjon utgjøre en endring av kontrakten i form av manglende oppfyllelse av oppdragsgivers krav ved tildeling av hovedkontrakten.

12.14.2 Gjennomføring

Artikkel 21 er ikke fullt ut gjennomført i norsk rett. Artikkel 21 nr. 1 og 2 er gjennomført ved at FOSA § 8-10 foreskriver at oppdragsgiver kan be om nærmere opplysninger om hvilke deler som skal tildeles underleverandører, hvilke underleverandører som skal benyttes og plikt for leverandøren til å opplyse om endringer av underleverandører under gjennomføringen av kontrakten. I FOSA § 11-12 (4) står det at reglene om avvisning på grunn av forhold ved leverandøren gjelder tilsvarende for underleverandører, og oppdragsgiver må da ifølge likebehandlingsprinsippet verifisere om eventuelle underleverandører rammes av en utelukkelsesgrunn. I ARF er det som sagt flere regler om underleverandører, for eksempel at anskaffelsesmyndigheten skal vurdere å kreve godkjennelse av underleverandører, jf. § 21-4.

Det særlige underleverandørregimet i artikkel 21 nr. 3 og 4 og tilhørende artikkel 50 til 53 er ikke gjennomført i norsk rett.

12.14.3 Arbeidsgruppens vurderinger

Arbeidsgruppen har vurdert at det ikke er nødvendig å innføre en egen bestemmelse om at en leverandør kan benytte underleverandører. Dette er en godt innarbeidet regel i praksis som det anses unødvendig å ha en egen bestemmelse om. Arbeidsgruppen foreslår derfor ikke å innføre en

[1015] Terskelverdiene skal beregnes i henhold til artikkel 9, jf. artikkel 52 nr. 8.
[1016] Se 8.2 ovenfor.

bestemmelse i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser som uttrykkelig gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 21 nr. 1.

Artikkel 21 nr. 2 og nr. 7 foreslås innført i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 22-2.

Arbeidsgruppen har vurdert om det særlige regime for valg av underleverandører i artikkel 22 nr. 3 til nr. 5 skal innføres. Reglene er ikke innført i FOSA i dag og arbeidsgruppen har ikke kunnet avdekke at det er behov for et slikt regime. Reglene ikke synes praktiske for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, særlig da det er strenge krav til kvalifisering av militære produkter, hvilket innebærer at konkurranseutsetting i leverandørkjeden vil innebære behov for ny kvalifisering. Det er videre stor risiko for leverandører å være underlagt et slikt regime, da man ikke med sikkerhet vil vite om man får tilbud og/eller hva prisene vil bli i fasen det skal inngis tilbud. Dette vil igjen kunne virke prisdrivende. Dersom det skal innføres et slikt regime må det derfor være et klart behov for dette på oppdragsgiversiden. Arbeidsgruppen foreslår derfor at dette regimet ikke innføres i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

12.15 Artikkel 22 – Informasjonssikkerhet

12.15.1 Direktivet

Direktiv 2009/81/EF artikkel 22 regulerer ivaretakelse av informasjonssikkerhet. Begrepet er ikke definert i direktivet, men ifølge Kommisjonens meddelelse menest «(t)he ability and reliability of economic operators to protect classified information».[1017] Artikkelen er særegen for forsvars- og sikkerhetssektoren, og det finnes ingen tilsvarende bestemmelser i de andre anskaffelsesdirektivene.

En særlig utfordring ved forsvar- og sikkerhetsanskaffelser er behov for informasjonssikkerhet,[1018] og i flere rettssaker om unntak etter artikkel 346 TEUV har medlemsstatene påberopt hensynet til informasjonssikkerhet.[1019] EU-domstolen har slått fast at det tilkommer medlemsstatene å treffe de sikkerhetstiltak som er nødvendige for å beskytte sensitiv informasjon,[1020] men behov for fortrolighet er ikke i seg selv er nok til å fravike innkjøpsreglene.[1021] Både generaladvokater og EU-domstolen har i flere saker påpekt at innkjøpsdirektivene gir stort handlingsrom til å ivareta informasjonssikkerheten, og i så fall er det ikke nødvendig med unntak fra regelverket.[1022]

I anskaffelser som involverer klassifiserte opplysninger, vil det gjerne være særlig behov for å sikre at tilbyderne og valgte leverandør med underleverandører er pålitelige.[1023] I både sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* ble direkte tildelinger begrunnet med at det forelå et særlig tilknytningsforhold mellom offentlige myndigheter og leverandøren. I saken mot Østerrike skriver generaladvokat Kokott at hensynet til beskyttelsen av

---

[1017] Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 1.
[1018] Avsnitt 9, 16, 20, 27, 42, 43, 47, 68.
[1019] I f.eks. sak C-416/05 *Kommisjonen mot Danmark* hevdet Danmark at den inntil vedtakelse av forordning nr. 150/2003 var det ingen EU-regler som muliggjorde ivaretakelse av vesentlige sikkerhetsinteresser, og at Danmark derfor ikke hadde annet valg enn å gjøre unntak fra felles tollregler, jf. avsnitt 39.
[1020] Sak C-252/01 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 30, sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 75, se også artikkel 22 (3).
[1021] Sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 52, sak C-157/06 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 30 C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 89, C-165/10 avsnitt 45.
[1022] Forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto* avsnitt 64 og fotnote 44, forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 67, sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 99.
[1023] Avsnitt 8 i fortalen til direktiv 2009/81/EF.

vesentlige sikkerhetsinteresser kan gjøre det nødvendig å begrense kretsen av tilbydere til «de virksomheder, der klassificeres som værende særligt pålidelige og troværdige».[1024] I både den saken og i saken mot Polen synliggjør EU-domstolen at direktivet i klassisk sektor gir stort handlingsrom til å ivareta informasjonssikkerhet. Direktiv 2009/81/EF har flere særlige tilpasninger til forsvars- og sikkerhetsområdet, som skal muliggjøre at det stilles strenge krav til informasjonssikkerhet,[1025] og redusere behovet for å gjøre unntak fra anskaffelsesregelverket på grunnlag av TEUV artikkel 346/ 123 EØS. Artikkel 22 er ment å inngå i «a coherent system» som skal sikre ivaretakelse av informasjonssikkerhet i kontraktsgjennomføringen,[1026] og bestemmelsen må derfor forstås i lys av andre regler som skal sikre informasjonssikkerheten.

Direktiv 2009/81/EF har bare begrensede prosedyrer, og oppdragsgiver kan ifølge artikkel 38 nr. 3 begrense antallet leverandører som blir invitert til å inngi tilbud.[1027] I forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* skriver Kokott at oppdragsgiver kan «stille særligt høje krav til kontrahenternes egnethed og pålidelighed».[1028] EU-domstolen var enig i det, og skrev at oppdragsgiver kan «udforme udbudsbetingelser og kontrakter vedrørende tjenesteydelser i overensstemmelse hermed og afkræve eventuelle ansøgere den nødvendige dokumentation».[1029] Dette gjelder også direktiv 2009/81/EF, der leverandører som har brutt krav til informasjonssikkerhet, eller hvor det ikke kan utelukkes en sikkerhetsrisiko, kan avvises fra konkurransen etter artikkel 39 (12.33 nedenfor). Etter artikkel 42 kan det stilles strenge kvalifikasjonskrav for å sikre at leverandøren er egnet til å håndtere sensitive opplysninger, herunder at leverandøren har sikkerhetsklarering og er pålitelig (12.36 nedenfor).[1030]

Hensynet til informasjonssikkerhet vil også kunne gjøre det nødvendig å stille nærmere krav til hvordan tilbyderne håndterer eventuelle graderte opplysninger som de blir gjort kjent med gjennom anskaffelsen. I sakene mot *Polen* og *Østerrike* viser EU-domstolen til at både tilbyderne og valgte leverandør kan ilegges strenge krav til å bevare taushet om sensitive opplysninger de blir gjort kjent med under konkurransen, og det er også mulig etter artikkel 7 i direktiv 2009/81/EF (12.5 ovenfor). EU-domstolen har videre understreket at det kan stilles strenge sikkerhetskrav også for kontraktgjennomføringen, herunder en sanksjonert taushetsplikt, og det er også mulig etter artikkel 20 i direktiv 2009/81/EF.

Det følger av artikkel 22 (1) at i kontrakter som involverer klassifiserte opplysninger skal oppdragsgiver angi kravene til informasjonssikkerhet i anskaffelsesdokumentene. Det er et utslag av prinsippet om gjennomsiktighet som innebærer at alle betingelser i forbindelse med en tildelingsprosedyre skal være formulert klar og presist i forkant, slik at alle velinformerte og normalt påpasselige tilbydere kan forstå kravene på samme måte når de inngir forespørsel om deltakelse eller tilbud.[1031]

[1024] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 65.

[1025] Se forslag til avgjørelse i sak C-615/10 avsnitt 64, der hun i fotnote 44 viser til direktiv 2009/81/EF artikkel 7, 20 og 22.

[1026] Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 17.

[1027] Se omtale av artikkel 25 nedenfor.

[1028] Forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 68.

[1029] Sak C-187/16 *Kommisjonen ot Østerrike* avsnitt 91.

[1030] Kommisjonenes meddelelse om Security of Information punkt 11. Artikkel 42 nr. 1 bokstav j og nr. 4 og Kommisjonens meddelelse om Security on Information punkt 13, forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 67 og 68.

[1031] Jf. f.eks. sak C-27/15 *Pizzo* avsnitt 36.

I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver EU-domstolen at det står oppdragsgiver fritt til å forplikte tilbyderne til å sikre fortrolighet, og «fastsætte, at den tilbudsgivende virksomhed, der ikke er i stand til at tilbyde tilstrækkelige garantier med hensyn til overholdelsen af denne forpligtelse, vil blive udelukket fra tildelingsproceduren». I fortalen til direktiv 2009/81/EF er det forklart i avsnitt 43 at oppdragsgiver av hensyn til informasjonssikkerheten kan kreve at både leverandør og underleverandør forplikter seg til å beskytte graderte opplysninger mot uautorisert adgang, og at det fremlegges tilstrekkelig informasjon for deres evne til å gjøre dette. I artikkel 22 (2) bokstav a til d gis det en ikke-uttømmende liste over informasjon som kan etterspørres i tilbudet.

Ifølge *bokstav a* kan oppdragsgiver be om tilsagn fra utpekt leverandør og utpekte underleverandører om at de på passende vis sikrer fortroligheten av alle klassifiserte opplysninger som de har eller vil få kjennskap til i løpet av kontraktens utførelse, og etter kontraktens oppsigelse eller utløp slik påkrevd i nasjonal rett. Etter *bokstav b* kan oppdragsgiver be om at tilsvarende tilsagn innhentes fra andre underleverandører enn de allerede utpekte som leverandøren vil benytte,

Artikkel 22 (2) bokstav a og b er et supplement til artikkel 42 bokstav j. Ifølge sistnevnte bestemmelse kan det kreves sikkerhetsklarering av leverandører og underleverandører.[1032] Ved tilsagn etter bokstav a og b forplikter leverandør og underleverandører seg til å benytte sine kvalifikasjoner til å beskytte klassifiserte opplysninger som de blir kjent med ved gjennomføringen av kontrakten.[1033] I sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* ble det anført at utenlandske leverandører kunne være forpliktet av hjemstaten til å samarbeide med sikkerhetsmyndighetene. Til det skrev at EU-domstolen at oppdragsgiver kan stille krav om «at den tilbudsgivende virksomhed, der bl.a. på grund af lovgivningen i sin medlemsstat ikke er i stand til at tilbyde tilstrækkelige garantier med hensyn til overholdelsen af denne forpligtelse over for myndighederne i denne stat, vil blive udelukket fra tildelingsproceduren».[1034]

Ifølge artikkel 22 (2) *bokstav c* kan det bes om tilstrekkelig informasjon fra allerede utpekte underleverandører som gjør det mulig for oppdragsgiver å etterprøve om hver av dem har den fortroligheten som trengs for å sikre klassifiserte opplysninger som de blir gjort kjent med eller tilvirker i kontraktsutførelsen. Ifølge *bokstav d* kan det samme kreves fra nye underleverandører før de tildeles underentreprisen.

Artikkel 22 (2) c og d må ses i sammenheng med artikkel 21 om underleverandører. Ifølge artikkel 21 (2) kan oppdragsgiver be om at tilbyderen opplyser hvilke deler den skal utkontraktere, og den kan be om å bli meddelt enhver endring av underleverandør i kontraktsperioden. Ifølge artikkel 21 (5) kan oppdragsgiver avvise underleverandører som ikke oppfyller krav fastsatt i anskaffelsesdokumentene. Artikkel 22 (2) bokstav c og d synliggjør at oppdragsgiver kan innhente informasjon som er nødvendig for å verifisere at underleverandører som tenkes benyttet oppfyller kravene til er satt til håndtering av klassifiserte opplysninger. Som regel vil slik informasjon være bekreftelser på at underleverandøren har nødvendig sikkerhetsklarering.[1035]

[1032] Jf. også artikkel 21 nr. 5.

[1033] Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 17.

[1034] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 93. Generaladvokaten viste til «*virksomheder og personer fra tredjestater*», jf. forslag til avgjørelse sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 70, forslag til avgjørelse i sak C-615/10 *Insinööritoimisto* avsnitt 66. Noe tilsvarende skille gjør ikke EU-domstolen når den viser til «*lovgivningen i sin medlemsstat*».

[1035] Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 18.

Artikkel 22 (3) slår fast at medlemsstatene kan bestemme at tiltakene beskrevet i 22 (2) er i overenstemmelse med nasjonale regler om sikkerhetsklarering. Det er et utslag av at EU-retten ikke regulerer klassifisering av opplysninger siden det bestemmes av nasjonal rett,[1036] og at det ikke gjelder et generelt prinsipp om gjensidig anerkjennelse av sikkerhetsgodkjennelser. I artikkel 22 (3) står det imidlertid at medlemsstatene skal anerkjenne sikkerhetsgodkjenninger som de anser som likeverdig til dem som utstedes av nasjonale myndigheter. Det er forklart i avsnitt 68 i fortalen at medlemsstatene ofte har sikkerhetsavtaler med regler om gjensidig anerkjennelse. Likevel er det presisert i artikkel 22 (3) at nasjonale myndigheter stadig står fritt til å gjøre egne undersøkelser, og det gjelder ifølge fortalen avsnitt 68 også der det foreligger en sikkerhetsavtale.

Selv om direktivet gir et betydelig handlingsrom til å ivareta informasjonssikkerhet står det i fortalen avsnitt 16 at unntak kan være aktuelt for kontrakter som «er så fortrolige og/eller så vigtige for den nationale suverænitet, at selv de specifikke bestemmelser herom i dette direktiv ikke er tilstrækkelige til at beskytte medlemsstaternes væsentlige sikkerhedsinteresser». Direktivet foreskriver unntak i artikkel 13 bokstav b for kontrakter til etterretningsvirksomhet, og etter artikkel 13 bokstav a kan det gjøres unntak fra direktivet når det er nødvendig på grunn av vesentlige sikkerhetsinteresser (9.3.4 ovenfor). Denne bestemmelsen er et uttrykk for artikkel 346 nr. 1 bokstav a TEUV/ artikkel 123 a EØS.[1037] Som eksempler på situasjoner der unntak kan være nødvendig nevner fortalen kontrakter som er så sensitive at selv deres eksistens må holdes hemmelig. Andre eksempler står i Kommisjonens meddelelsen om informasjonssikkerhet, der det heter at i eksepsjonelle tilfeller kan det være slik at «the security clearances of other Member States are not considered to be sufficient safeguards for the protection of classified information».[1038]

12.15.2 Gjennomføring

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

Kravene som stilles til informasjonssikkerhet må forstås i lys av sikkerhetsloven, sammen med virksomhetsforskriften og klareringsforskriften.[1039] I sikkerhetsloven kapittel 9 er det særlige regler om sikkerhetsgraderte anskaffelser. På nærmere vilkår må det inngås sikkerhetsavtale med leverandører og underleverandører, og hvis leverandøren får tilgang til informasjon som er gradert konfidensielt eller høyere er det krav om leverandørklarering etter § 9-3. Hvis det skal benyttes utenlandske leverandører må det foreligge en godkjennelse fra NSM etter sikkerhetsloven § 9-2 (1). Etter virksomhetsforskriften § 25 vil det som hovedregel bare kunne skje om det foreligger en bilateral sikkerhetsavtale mellom Norge og landet leverandøren kommer fra. Etter klareringsforskriften § 32

[1036] F.eks. Sak C-420/22 og C-528/22 *NW og PQ* avsnitt 103, sak C-185/23 *Protectus* avsnitt 44, artikkel 22 nr. 2 i direktiv 2009/81/EF, Kommisjonens meddelelse om informasjonssikkerhet avsnitt 1. Det innebærer at reglene om beskyttelse av EUs klassifiserte opplysninger bygger på beskyttelsesnivået som er etablert i medlemsstatene, se f.eks Rådets beslutning 2013/488 og sak C-185/23 Protectus avsnitt 50 flg., forslag til avgjørelse i samme sak avsnitt 74 flg.

[1037] Se 8.4.2 ovenfor.

[1038] Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 32.

[1039] Se 5.2.3 ovenfor.

klareres utenlandske leverandører normalt av myndighetene i sitt hjemland, og hvor det i henhold til bilaterale avtaler utstedes en såkalt Facility Security Clearence.[1040]

12.15.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 22 i § 2-2 i kapittel 2 i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Arbeidsgruppen legger opp til en direktivnær gjennomføring av denne bestemmelsen. Bestemmelsen er lagt i et eget kapittel sammen med andre bestemmelser som er særskilte for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

12.16 Artikkel 23 – Forsyningssikkerhet

12.16.1 Direktivet

Artikkel 23 gjelder forsyningssikkerhet, og det er en unik bestemmelse for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, som ikke gjenfinnes i de andre innkjøpsdirektivene. Det er forklart i fortalen avsnitt 9 at det gjerne gjelder særlige krav til blant annet forsyningssikkerhet i forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Direktiv 2009/81/EF skal gjøre det mulig å ivareta slike hensyn gjennom anskaffelsen, og det reduserer behovet for å påberope unntak som artikkel 346 TEUV og artikkel 123 EØS.

Direktivet definerer ikke begrepet forsyningssikkerhet, men Kommisjonen skriver at det kan anses som «a guarantee of supply of goods and services sufficient for a Member State to dicharge its defence and security commitments in accordance with its foreign and security commitments in accordance with its foreign and security policy requirements».[1041] Forsyningssikkerhet i anskaffelser kan forstås som ulike krav oppdragsgiveren stiller for å sikre riktig, pålitelig og rettidig leveranse av forsvars- og sikkerhetsmateriell og tjenester. Det inkluderer også kontinuerlig tilgang til vedlikehold, reparasjon, reservedeler og andre støtteelementer, særlig i krisetider.

I sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* viser EU-domstolen at direktivet i klassisk sektor gir stort handlingsrom til å ivareta forsyningssikkerhet. Det gjelder desto mer for direktiv 2009/81/EF som har særlige regler om forsyningssikkerhet, og som også må forstås i lys av direktiv 2009/43/EF som skal forenkle overføringen av forsvarsprodukter mellom EØS-staten (punkt 5.2.6 ovenfor).[1042] Bakgrunnen er at landene skal kunne ha tilgang på varer og aktiviteter det trenger for forsvar og andre sikkerhetstjenester i fred, krise og krig. I arbeidsdokumentet fra 2007 skriver Kommisjonen at «the security of supply imperative was unanimously pinpointed by all stakeholders as one of the major specificities of defence procurement».[1043]

Det står i fortalen avsnitt 44 at forsyningssikkerhet kan innebære en lang rekke forskjellige krav, og Kommisjonen skriver at det kan «cover a wide range of different industrial, technological, legal and political aspects».[1044] Artikkel 23 bør forstås i lys av flere mekanismer i direktivet som gir

[1040] Veileder i anskaffelser etter sikkerhetsloven kapittel 2.3.3.
[1041] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 1.
[1042] Se nærmere Trybus (2014) kapittel 4 punkt 2.2.
[1043] Kommisjonens arbeidsdokument SEC (1007) 1598 final punkt 3.3.2.
[1044] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 1.

oppdragsgiver stort handlingstom til å ivareta forsyningssikkerhet i forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

For det første kan oppdragsgiver stille svært strenge krav for kvalitativ utvelgelse for å sikre at leverandøren er pålitelig.[1045] Artikkel 39 bokstav d og e er særlig relevante utelukkelsesgrunner der leverandøren ikke er pålitelig med hensyn til forsyningssikkerhet, og både artikkel 41 og 42 gjør det mulig å stille strenge krav til at leverandøren er økonomisk og teknisk egnet til å oppfylle krav om forsyningssikkerhet.[1046]

For det andre kan oppdragsgiver både i kravspesifikasjonen og som kontraktskrav stille strenge krav til forsyningssikkerhet. I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skrev EU-domstolen at slike krav kunne ivareta de fleste av Polens vesentlige sikkerhetsinteresser, og den fant det ikke godtgjort at en leverandør valgt etter direktivets prosedyre ville være ute av stand til å møte «behovet for en tilstrækkelig og rettidig fremstilling».[1047] I direktiv artikkel 20 i 2009/81/EF er forsyningssikkerhet uttrykkelig nevnt som eksempel på kontraktkrav, og flere av forpliktelsene som kan ilegges etter artikkel 23 vil typisk være kontraktskrav.

For det tredje kan oppdragsgiver gjøre forsyningssikkerhet til et tildelingskriterium om kontrakt tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Forsyningssikkerhet er uttrykkelig nevnt som mulig tildelingskriterium i artikkel 47, sammen med blant annet «leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid». Dette er i samsvar med EU-domstolens praksis i saker etter andre direktiver, der både sak C-448/01 *Wienstrom* og sak C-324/93 *Evans* er eksempler på saker hvor det fastslås at forsyningssikkerhet kan være et tildelingskriterium.[1048] I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver EU-domstolen at leverandørens strenge overholdelse av tildelingskriterier og oppdragsgivers løpende kontroll med dette ville forebygge lekkasjer og misbruk,[1049] og presumtivt vil en tilsvarende betraktning kunne anvendes for forsyningssikkerhet.

Oppdragsgiver kan også ivareta forsyningssikkerhet ved å tildele kontrakt til flere leverandører, herunder at det tildeles en parallell rammeavtale etter artikkel 29. I sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* anførte førstnevnte at forsyningssikkerheten blant annet kunne ivaretas ved tildeling av kontrakter til flere leverandører,[1050] og i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* gjentar EU-domstolen at myndighetene kunne inngå kontrakt med flere leverandører for å motvirke risikoen forbundet med at leverandøren går konkurs.[1051] I denne forbindelse er det tillatt at forsyningssikkerhet avgjør selve kontraktsgjenstanden ved at det tildeles «a second source contract» som skal være alternativ til eksisterende leverandør.[1052] Det kan øke forsyningssikkerheten ved at det reduserer oppdragsgivers avhengighetsforhold til bestemte leverandører.

Det står i artikkel 23 (1) at oppdragsgiver skal fastsette sine krav til forsyningssikkerhet i anskaffelsesdokumentene. Det er et uttrykk for prinsippet om gjennomsiktighet, og i artikkel 23 (2) gis

---

[1045] C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 91, sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 92, sml. også sak C-474/12 *Schiebel Aircraft* avsnitt 37.

[1046] Fortalens avsnitt 65 og 67, Kommisjonens meddelelse Security of Supply kapittel 3.3.

[1047] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen.*

[1048] Sak C-448/01 *Wienstrom* avsnitt 70 og sak C-324/93 *Evans* avsnitt 44.

[1049] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 105.

[1050] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 51.

[1051] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 87.

[1052] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt12.

en ikke-uttømmende liste over opplysninger i bokstav a til h som oppdragsgiver kan kreve at tilbudet inneholder.

Ifølge artikkel 23 (2) *bokstav a* kan oppdragsgiver kreve at tilbudet inneholder sertifisering eller dokumentasjon som viser at leverandøren kan oppfylle sine kontraktsforpliktelser vedrørende eksport, overføring og transitt av varer i forbindelse med kontrakten. Det skal sikre forsyningssikkerhet ved grensekryssende kontrakter, der det særlig for forsvarskontrakter kan være en risiko forbundet med utstedelse av eksporttillatelse fra leverandørens hjemstat.[1053] Direktiv 2009/43/EF skulle bidra til å avhjelpe slik risiko, og der Kommisjonen har foreslått endringer der det åpnes for en del unntak fra krav om tillatelse (5.2.6 ovenfor).[1054]

Det står i artikkel 23 (3) at det ikke kan stilles krav om at leverandøren skal få en eksporttillatelse som er i strid med den eksporterende medlemsstats frihet til å anvende egne regler om eksportkontroll. Det kan derimot kreves fremlagt dokumentasjon som godtgjør at leverandøren mest sannsynlig vil få nødvendige tillatelser dersom kontrakt tildeles denne.[1055] Eksempler på slik dokumentasjon kan være søknader knyttet til eksport av tilsvarende materiell til samme eller andre medlemsland, planer og ressurser leverandøren har for å skaffe til veie nødvendige eksporttillatelser, eller oversikt over dokumenter som er innhentet av nasjonale myndigheter.

Oppdragsgiver kan også stille kontraktsvilkår som skal sikre at leverandøren forbereder og fremskynder prosessen med å skaffe til veie nødvendig eksportlisensiering. Det kan for eksempel inntas krav om at leverandøren må varsle om alle tillatelseskrav eller andre eksportrestriksjoner for det som skal leveres, eller deler og delsystemer til det som skal leveres. Det kan kreves at leverandøren treffer tiltak for å oppnå rettidig eksportlisens, og krav til at den samarbeider med relevante myndigheter. Det kan også kreves at leverandøren pålegger underleverandører som skal oppnå slik tillatelse tilsvarende krav til å søke om eksportlisens. Oppdragsgiver kan stille krav om at det skal gis tilgang til kildekoder eller immaterielle rettigheter i forbindelse med utforming av hovedsystemer eller delsystemer.[1056]

Dersom leverandøren ikke klarer å dokumentere på tilfredsstillende måte at den er i stand til å oppnå eksporttillatelse, vil tilbudet kunne avvises.[1057] En slik beslutning må kunne begrunnes etter artikkel 35. Hvis kontrakt inngås og det i ettertid viser seg at leverandøren ikke får innvilget søknaden, vil kontrakten gjerne kunne sies opp eller heves.

Ifølge artikkel 23 (2) *bokstav b* kan oppdragsgiver be om opplysninger om eventuelle begrensninger som følger av eksportkontroll eller sikkerhetsordninger med hensyn til offentliggjøring, overføring eller bruk av produktene og tjenestene. Bestemmelsen supplerer bokstav a ved at oppdragsgiver også kan få opplysninger om potensielle begrensninger som eksportregler skulle innebære for oppdragsgivers bruk mv. Kommisjonen nevner ITAR som eksempel, der det kreves særlig tillatelse fra amerikanske myndigheter for eksport til andre land. Oppdragsgiver kan etter bokstav b for eksempel

[1053] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 29.
[1054] Se forslag til artikkel 4 til direktiv 2009/43/EF i KOM (2025) 823 final, og Kommisjonens meddelelse Security of supply avsnitt 30.
[1055] Kommisjonens Security of Supply avsnitt 36.
[1056] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 30 til 33.
[1057] Se om avvisning av tilbud i merknader til artikkel 38.

kreve fremlagt en liste over alle mulige restriksjoner, slik at disse kan håndteres under forhandlingene eller ved tildelingen om relevant.[1058]

Ifølge artikkel 23 (2) *bokstav c* kan oppdragsgiver stille krav til dokumentasjon som skal godtgjøre at leverandørens forsyningskjede er pålitelig og stabil.[1059] Det kan dels kreves fremlagt sertifikater eller dokumentasjon som viser at leverandørens forsyningskjede på tilbudstidspunktet setter den i stand til å overholde konkurransegrunnlagets krav til forsyningssikkerhet. Dels kan det kreves at leverandøren forplikter seg til at eventuelle endringer i forsyningskjeden ikke vil ha negative virkninger for kontraktsoppfyllelsen.

Det står i bokstav c at det kan etterspørres informasjon om blant annet forsyningskjedens geografiske beliggenhet og organisatoriske karakter. Kommisjonen understreker at krav til geografisk plassering må overholde prinsippet om ikke-diskriminering, og krav til forsyningslinjer må derfor være objektive. Sikkerhetsinteresser kan tilsi at begrensninger på muligheten til å få forsyninger fra tredjeland, og da særlig ikke-allierte land. For forsyninger fra andre medlemsstater er direktivets utgangspunkt at geografi bare har betydning for slikt som responstid eller tidsfrister for tilgang på reservedeler og vedlikeholdstjenester.[1060] Samtidig har generaladvokaten i forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* sagt at det kan være aktuelt å gjøre unntak fra kravet til likebehandling om vesentlige sikkerhetsinteresser gjør det nødvendig at større deler av oppfyllelsen skjer i oppdragsgivers stat (punkt 8.4.2 og 8.5.2 ovenfor).

Ifølge artikkel 23 (2) *bokstav d* kan det kreves at leverandøren forplikter seg til å etablere den kapasiteten som kreves for å oppfylle et eventuelt økt behov hos oppdragsgiver som følge av en krise. Begrepet krise er definert i artikkel 1 nr. 10, og bestemmelsen inngår i direktivets muligheter for kriseberedskap, som også kan ses i sammenheng med artikkel 28 nr. 1 bokstav c om unntak fra kunngjøringsfristen ved hasteanskaffelser under kriser. Artikkel 23 bokstav d vilkår og betingelser etter felles avtale mellom leverandøren og oppdragsgiveren, og Kommisjonen skriver at det gjerne er når krisen oppstår at vilkårene fastsettes for det er først da oppdragsgiver vet hva den trenger. Det kan også avtales opsjoner eller andre endringsklausuler som tar høyde for økt behov under kriser.[1061]

Ifølge artikkel 23 (2) *bokstav e* kan det bes om dokumentasjon fra leverandørens hjemstat om oppfyllelse av større behov som følge av en krise. Slik dokumentasjon kan bidra til å godtgjøre at leverandøren er i stand til å oppfylle forpliktelser pålagt etter artikkel 23 (2) bokstav d, men etter artikkel 23 (2) kan det ikke kreves tilsagn fra en medlemsstat som går på bekostning av statens frihet til å anvende egne regler om eksportkontroll. Kommisjonen skriver at dokumentasjonen etter bokstav d og e typisk kan «be based on Security of Supply arrangements such as those concluded by Member States in the framework of the Letter of Intent process or the European Defence Agency».[1062]

Ifølge artikkel 23 (2) *bokstav f* kan det kreves at leverandøren forplikter seg til å utføre vedlikehold, modernisering eller tilpasning av kontraktens varer. Det er forklart i Kommisjonens arbeidsdokument at forsvarsmateriell er kjennetegnet ved svært lang levetid, der «the time between the expression of an operational need and the end of a weapon system's life may be as long as 50 years.»[1063] Det skjerper

[1058] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 35 og 36.
[1059] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 37.
[1060] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 38.
[1061] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 41 til 42.
[1062] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 42.
[1063] KOM (2007) 1598 final punkt 3.3.1.

gjerne kravene til tilgang på vedlikehold, modernisering og tilpasninger, og der oppdragsgiver ved å innta bestemmelser om det i kontrakten, reduserer risikoen for at tilleggskjøp rammes av forbudet mot vesentlige endringer i kontraktens løpetid.[1064]

Ifølge artikkel 23 (2) *bokstav g* kan det kreves at leverandøren forplikter seg til å gi rettidig underretning til oppdragsgiver om enhver endring i leverandørens organisasjon, forsyninger eller industristrategi som kan påvirke kontraktens oppfyllelse. Bestemmelsen kan leses i sammenheng med bokstav c, der oppdragsgiver kan etterspørre dokumentasjon som godtgjør at tilsvarende forhold setter leverandøren i stand til å oppfylle krav til forsyningssikkerhet.

Ifølge artikkel 23 (2) *bokstav h* kan det kreves at leverandøren etter avtale forplikter seg til å forsyne oppdragsgiver med alle spesifikke midler som er nødvendig for produksjon av reservedeler, komponenter, enheter til montering og særlig testutstyr hvis leverandøren ikke lenger er i stand til å levere slike varer. Det kan inkludere tekniske tegninger, lisenser og brukerveiledninger. Som nevnt er forsvarskontrakter gjerne kjennetegnet med en lang levetid, og der bokstav h kan bidra til forsyningssikkerhet for drift og vedlikehold av materiellet.

Ifølge artikkel 23 (3) kan det ikke stilles krav om at leverandøren må få forpliktelse fra hjemstaten som går ut over det enkelte medlemsstats frihet til å anvende egne regler om eksportkontroll. Som nevnt under bokstav a kan det derimot kreves at leverandøren godtgjør at den mest sannsynlig vil få slik tillatelse. Kommisjonens endringsforslag er ment å bidra til forenklinger av våpeneksporten mellom EØS-statene, og det kan i så fall redusere risikoen for at tillatelse ikke gis og dermed bedre forsyningssikkerheten.

12.16.2 Gjennomføring

Artikkel 23 er innført i FOSA § 8-8. Det står i veilederen at de ulike forsyningssikkerhetskravene i FOSA § 8-8 ikke er uttømmende.

Bestemmelsen har ingen parallell i de øvrige anskaffelsesdirektivene, og dermed heller ikke i anskaffelseslovutvalgets forslag til ny anskaffelseslov mv.

12.16.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 23 i § 2-3 i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Denne bestemmelsen foreslås plassert i kapittel 2 sammen med andre bestemmelser som er særskilte for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Arbeidsgruppen foreslår en direktivnær tilnærming.

[1064] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 43. Om vesentlige endringer, se kapittel 9.2.5.

12.17 Artikkel 24 – Forpliktelser i forbindelse med beskatning, miljøvern, arbeidsvernbestemmelser og arbeidsvilkår

12.17.1 Direktivet

Artikkel 24 sier at oppdragsgiver kan opplyse om nasjonale regler om skatt, arbeidsmiljø, og miljøbeskyttelse i konkurransegrunnlaget. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 27 i direktiv 2004/18/EF, men den er ikke videreført i direktiv 2014/24/EU.

Ifølge artikkel 24 nr. 1 kan oppdragsgiver i anskaffelsesdokumentene opplyse hvilke organer som kan gi leverandørene informasjon om nasjonale regler vedrørende skatt- og avgift, arbeidsmiljø og miljøbeskyttelse som gjelder på stedet ytelsene skal leveres. Etter artikkel 24 nr. 2 kan oppdragsgiver be om at leverandørene bekrefter at deres tilbud har tatt hensyn til slike regler. Det står også at bestemmelsen ikke påvirker anvendelsen av artikkel 49 om unormalt lavt tilbud. Ifølge den bestemmelsen skal oppdragsgiver be leverandøren om nærmere opplysninger, og i bokstav d regler om arbeidsmiljø er nevnt som opplysninger oppdragsgiver kan etterspørre (punkt 12.42 nedenfor).

Artikkel 24 gjør det mulig for oppdragsgiver å bare henvise til nasjonal rett, uten at den må utbrodere det i detalj i anskaffelsesdokumentene. I sak C-27/15 *Pizzo* skriver EU-domstolen at den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 2004/18/EF ikke kunne begrunne at avvisningsregler tolkes utvidende på grunnlag av en rekke kilder i nasjonal rett.[1065] I andre saker har EU-domstolen sagt at oppdragsgiver kan henvise til nasjonal rett om tekniske spesifikasjoner hvis noe annet er uunngåelig, men det forutsetter at henvisningen ledsages av andre opplysninger som direktivet eventuelt krever.[1066] I sak C-82/24 *Veolia Waters* gjentar EU-domstolen at manglende kjennskap til nasjonal rett kan være en konkurranseulempe for utenlandske leverandører. Domstolen uttaler at det er «forudsigeligheden, der hænger sammen med kendskabet til den nationale lovgivning og den grad af retssikkerhed, som denne lovgivning bør sikre økonomiske operatører i forbindelse med offentlige udbud, som er afgørende».[1067]

12.17.2 Gjennomføring

Artikkel 24 er ikke gjennomført i FOSA.

Direktiv 2014/24/EF inneholder en egen bestemmelse som regulerer andre forpliktelser sammenlignet med artikkel 24 i direktiv 2014/24/EU. Av artikkel 18 nr. 2 følger det at medlemsstatene skal treffe egnede tiltak for å sikre at markedsdeltakere ved gjennomføring av offentlige kontrakter oppfyller gjeldende forpliktelser innenfor miljørett, sosialrett og arbeidsrett, fastsatt i unionsretten, nasjonal rett, kollektive avtaler eller i internasjonale miljø-, sosial- eller arbeidsrettslige bestemmelser angitt i vedlegg X. Anskaffelsesutvalget drøfter i NOU 2023: 26, jf. punkt 24.12.5, om hvordan artikkel 18 annet ledd bør gjennomføres i norsk rett. Utvalgets flertall foreslår å gjennomføre artikkel 18 nr.2 i ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 2.

[1065] Sak C-27/15 *Pizzo* avsnitt 43 til 46.
[1066] Sak C-368/10 *Kommisjonen mot Nederland* avsnitt 68.
[1067] Sak C-82/24 *Veolia Water* avsnitt 47.

12.17.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen har vurdert hvorvidt det er behov for en egen regel som tilsvarer artikkel 24. Bestemmelsen synes ikke fullt ut ivaretatt i andre bestemmelser, herunder bestemmelsene i kapittel 23 om samfunnshensyn. For å sikre en direktivnær gjennomføring, foreslår arbeidsgruppen derfor å innføre artikkel 24 som en egen bestemmelse i lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 14-2.

12.18 Artikkel 25 – Tillatte anskaffelsesprosedyrer

12.18.1 Direktivet

Artikkel 25 angir hvilke konkurranseformer oppdragsgiver kan benytte ved tildeling av forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Bestemmelsen gjenspeiler dels artikkel 28 i direktiv 2004/18/EF og dels artikkel 40 i direktiv 2004/17/EF, men direktiv 2009/81/EF avviker fra de andre direktivene ved at det ikke tilbyr åpen anbudskonkurranse, dynamisk innkjøpsordning eller plan- og designkonkurranse. I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er det foreslått innføring av åpen anbudskonkurranse, innovasjonspartnerskap og dynamisk innkjøpsordning i direktiv 2009/81/EF.

I likhet med direktiv 2004/18/EF og direktiv 2004/17/EF er reglene om gjennomføringen av de ulike konkurranseformer i direktiv 2009/81/EF spredt ut over flere bestemmelser. I direktiv 2014/24/EU er reglene om valg og gjennomføring av prosedyrer i større grad samlet i artikkel 26 til 32. Også i direktiv 2014/25/EU er den nærmere reguleringen av de enkelte konkurranseformer i større grad samlet i artikkel 44 til 50, men bestemmelsene er som regel mindre detaljerte enn i klassisk sektor. I direktiv 2014/23/EU er det til sammenligning kun gitt overordnede prinsipper for prosedyren for tildeling av kontrakt i artikkel 30, men det er ingen krav til spesifikke prosedyrer.

Etter artikkel 25 (1) skal oppdragsgiver anvende nasjonale prosedyrer som gjennomfører direktivets konkurranseformer, og valg av prosedyre skal ifølge artikkel 37 nr. 1 bokstav beskrives i anskaffelsesprotokollen (punkt 12.31 nedenfor) De ulike prosedyrene er definert i artikkel 1 stk. 19, 20 og 21. Det fremgår av artikkel 25 (2) at oppdragsgiver står fritt til å velge mellom begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling. Det tilsvarer artikkel 40 i direktiv 2004/17/EF. Direktiv 2004/18/EF hadde derimot åpen eller begrenset anbudskonkurranse som hovedregel, mens konkurranse med forhandling var en spesifikk prosedyre som bare kunne brukes på nærmere angitte vilkår. Slik er rettstilstanden også under direktiv 2014/24/EU, men vilkårene for bruk av prosedyren er lempet noe.

Etter artikkel 25 (3) kan oppdragsgiver anvende konkurransepreget dialog så langt dette er tillatt etter artikkel 27. Oppdragsgiver står følgelig ikke fritt til å velge konkurransepreget dialog, og det tilsvarer artikkel 28 i direktiv 2004/18/EF. I direktiv 2014/24/EU og direktiv 2014/25/EU er vilkårene for bruk av konkurransepreget dialog lempet. Direktiv 2009/81/EF har ikke fulgt denne rettsutviklingen. Etter artikkel 25 (4) kan oppdragsgiver under de spesifikke omstendighetene som er uttrykkelig nevnt i artikkel 28, anvende kjøp med forhandling uten forutgående kunngjøring. Selv om vilkårene for spesifikke prosedyrer skulle være oppfylt, er ikke oppdragsgiver forpliktet til å anvende disse. Oppdragsgiver står fritt til å bruke begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling også i slike tilfeller.

I tråd med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet må oppdragsgiver overholde selvpålagte regler, og den må derfor følge reglene for den prosedyren som er valgt. Det gjelder også om oppdragsgiver kunne valgt en lempeligere prosedyre.[1068]

Direktiv 2009/81/EF gir enn så lenge ikke mulighet for å bruke *åpen anbudskonkurranse*. Artikkel 25 første ledd forutsetter at oppdragsgiver bare kan velge nasjonale prosedyrer som gjennomfører direktiv

[1068] Sak C-87/94 *Vallonske Busser* avsnitt 35.

2009/81/EF. I sak C-299/08 *Kommisjonen mot Frankrike* sa EU-domstolen om ekvivalenten i artikkel 28 i direktiv 2004/18/EF at bestemmelsen uttømmende regulerer hvilke prosedyrer oppdragsgiver kan velge, og at inngåelse av kontrakt ved bruk av andre prosedyrer en dem nevnt i direktivet ikke er tillatt. Det samme er lagt til grunn av anskaffelsesutvalget, som også påpeker at oppdragsgiver heller ikke kan kombinere ulike prosedyrer, jf. NOU 2023:26 punkt 24.20.1.1.

Selv om åpen anbudskonkurranse enn så lenge ikke er en foreskrevet prosedyre i direktiv 2009/81/EF, er det vanskelig å se at det ville vært i strid med direktivets mål og prinsipper om nasjonal rett muliggjorde bruk av denne konkurranseformen også for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Åpen anbudskonkurranse er den konkurranseformen som sikrer størst grad av konkurranse og gjennomsiktighet,[1069] og i tidligere generasjoner av direktiver var dette den eneste prosedyren som fritt kunne brukes av oppdragsgiver. I litteraturen er åpen anbudskonkurranse derfor omtalt som «the original or mother procedure of most procurement laws».[1070] Forsvars- og sikkerhetskontrakter har riktignok særtrekk som gjør at åpen anbudskonkurranse ofte kan være uhensiktsmessig,[1071] men det kan neppe utelukkes at prosedyren i noen tilfeller kan være egnet også for slike anskaffelser. I juridisk litteratur er direktivet kritisert for ikke å muliggjøre åpen anbudskonkurranse.[1072]

Selv om det neppe er i strid med direktivets mål og prinsipper om nasjonal rett tillater åpen anbudskonkurranse, er det vanskelig å se at direktivets systematikk tillater en slik fremgangsmåte. For eksempel tillater ikke reglene om tidsfrister i artikkel 33 at det gjennomføres konkurranse i ett trinn, med frister tilsvarende som for åpen anbudskonkurranse. Det å gjennomføre en åpen anbudskonkurranse vil derfor være i strid med ordlyden i andre direktivbestemmelser, og nasjonal rett vil derfor vanskelig kunne gjennomføre en slik prosedyre innen rammene av direktivet. Sak C-408/16 *Compania Naţională* kan indikere at oppdragsgiver ikke står fritt til å velge et annet direktiv selv om det er strengere prosedyreregler (se 9.2.6 ovenfor). Imidlertid vil ikke det lenger være en problemstilling om Kommisjonens forslag til endringsdirektiv vedtas.

Heller ikke *innovasjonspartnerskap* er blant prosedyrene nevnt i direktiv 2009/81/EF. Det skyldes at prosedyren først ble introdusert ved artikkel 31 i direktiv 2014/24/EU og artikkel 49 i direktiv 2014/25/EU. I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er som nevnt innovasjonspartnerskap foreslått innført også for direktiv 2009/81/EF.

Innovasjonspartnerskap har til formål å utvikle nye varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider for oppdragsgiver. Det er en anskaffelsesprosedyre som gjør det mulig for oppdragsgiver i én og samme anskaffelse både å få utviklet innovative varer, tjenester og arbeider, og deretter få kjøpt den ferdig utviklede ytelsen. Prosedyren skal i hovedsak gjennomføres som en konkurranse med forhandling, men samtidig er innovasjonspartnerskap særpreget ved at den også regulerer kontraktsfasen.[1073] Selv om innovasjonspartnerskap ikke er blant tillatte prosedyreformer direktiv 2009/81/EF, er det i juridisk litteratur diskutert om oppdragsgiver kan gjenskape denne prosedyren innen rammene av konkurranse med forhandling. Det finnerstøtte i fortalen avsnitt 55 hvor det uttales om FoU-kontrakter at:

> «på den annen side bør oppdragsgiver/offentlig oppdragsgiver ikke være pålagt å organisere et separat anbud for senere trinn dersom kontrakten som omfatter forskningsaktivitetene, allerede inneholder et alternativ for disse trinnene og ble tildelt ved en begrenset anbudskonkurranse eller ved kjøp etter forhandling med kunngjøring av konkurranse, eller, der det er relevant, ved en konkurransedialog».

[1069] Steinicke (2018) s. 1323.

[1070] Trybus (2013) s. 314.

[1071] COM (2005) 626 final punkt II 2.

[1072] Se Trybus (2013) s. 317, Arrowsmith (vol. 2) s. 228.

[1073] Se NFDs veileder punkt 39.1.

En utfordring med kjøp av innovasjon kan imidlertid være at kontraktsgjenstanden ikke lar seg beskrive tilstrekkelig presist til at kontrakt kan tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud.[1074] Det kan også være utfordrende å lage tilstrekkelige klare og presise opsjoner for eventuelt kjøp av det ferdigutviklede produktet. Så lenge grunnprinsippene overholdes, er det imidlertid vanskelig å se at direktiv 2009/81/EF er til hinder for at oppdragsgiver gjenskaper hovedtrekkene i et innovasjonspartnerskap innen rammene av en konkurranse med forhandling eller konkurransepreget dialog.[1075] Reglene for innovasjonspartnerskap i 2014-direktivene kan her være en god oppskrift på hvordan grunnprinsippene kan overholdes ved kjøp av både innovasjonstjenester og det ferdig utviklede produktet.

Gjennom en konkurranse med forhandling kan oppdragsgiver gjenskape hovedtrekkene i et innovasjonspartnerskap ved å inngå dels en avtale om innovasjonstjenester og dels avtale om levering av produktene utviklet i innovasjonsfasen.[1076] Det kan for eksempel skje ved at det inngås avtale om levering av innovasjonstjenester, og en opsjon eller kjøpsforpliktelse av de ferdig utviklede produktene. Det kan inngås én avtale eller flere parallelle avtaler, og det kan også inngås parallelle rammeavtaler med minst tre leverandører, jf. artikkel 26.

Den nærmere beskrivelsen av det som skal kjøpes må skje i samsvar med reglene om tekniske spesifikasjoner i artikkel 18, der det fortrinnsvis skal brukes funksjons- eller behovskrav, og det kreves derfor ikke detaljerte tekniske spesifikasjoner. Den nærmere kontraktsrettslige reguleringen av innovasjonsfasen kan skje innen rammene av artikkel 20, og hvor oppdragsgiver bør påse at det i kontrakten inntas tilstrekkelig klare endringsklausuler som tar høyde for behov for kontraktendringer. Muligheten for å avslutte innovasjonspartnerskapet eller redusere antall partnere underveis i forløpet bør kunne ivaretas ved oppsigelsesklausuler, for eksempel der delmål ikke er nådd, eller fordi andre partnere har oppnådd målene bedre.

12.18.2 Gjennomføring

Artikkel 25 er gjennomført i FOSA § 5-1 om tillatte anskaffelsesprosedyrer. Det fremgår av § 5-1 første ledd at anskaffelsen skal foretas ved begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring. Etter § 5-1 andre ledd kan konkurransepreget dialog bare benyttes når vilkårene i § 5-2 er oppfylt. Endelig står det i § 5-1 tredje ledd at konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring kan benyttes når vilkårene i § 5-3 er oppfylt.

Anskaffelsesutvalget har foreslått at artikkel 26 i direktiv 2014/24 EU og artikkel 44 i direktiv 2014/25/EU gjennomføres i tre bestemmelser, jf. NOU 2023:26 punkt 24.20.1. For det første er det i § 10-1 til anskaffelsesloven angitt hvilke anskaffelsesprosedyrer som er tillatt. For det andre er det i § 10-2 angitt at konkurransen skal kunngjøres, men de nærmere reglene for kunngjøring følger av kapittel 14. For det tredje er det i § 10-3 angitt vilkårene for bruk av konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog. Forslag til anskaffelseslov for forsyningssektoren er bygget over samme lest, men med den tilpasning at oppdragsgiver står fritt til å bruke konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog.

Forslagene fra anskaffelsesutvalget minner dels om FOSA, der det i § 5-1 er gitt oversikt over tillatte prosedyrer, mens de nærmere vilkårene for spesifikke prosedyrer er angitt i §§ 5-2 og 5-3. Regler om kunngjøring følger derimot av kapittel 9, uten at det er gitt en oversiktsbestemmelse i kapittel 5.

[1074] Kommisjonens Guidance Note on Research and development.

[1075] Steinicke mfl. Brussels Commentary s. 1324, Arrowsmith (vol. 1) s. 1048-1050.

[1076] Se Steinicke mfl. Brussels Commentary s. 1324.

12.18.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 25 nr. 2 og 3 i kapittel 11 om tillatte anskaffelsesprosedyrer § 11-1. I bestemmelsen listes samtlige tillatte anskaffelsesprosedyrer opp, med henvisning til hvilke bestemmelser som regulerer de spesifikt.

Arbeidsgruppen har vurdert hvorvidt det er handlingsrom for å innføre prosedyren åpen anbudskonkurranse i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Arbeidsgruppen ser at det for oppdragsgiver kan være hensiktsmessig å kunne velge denne prosedyreformen, blant annet da den er tidsbesparende ved at den kan gjennomføres i ett trinn. Arbeidsgruppen har kommet til at denne prosedyreformen ikke er forenlig med flere av direktivets bestemmelser, se ovenfor om dette, og har derfor valgt ikke å åpne for denne konkurranseformen.

Det vises for øvrig til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.20.

12.19 Artikkel 25 – Begrenset anbudskonkurranse

12.19.1 Direktivet

Ifølge artikkel 25 kan oppdragsgiver velge å inngå kontrakt gjennom en begrenset anbudskonkurranse. De nærmere reglene for denne prosedyren er imidlertid ikke gitt i kapittel V, men er spredt ut over flere andre bestemmelser i direktivet. Dette speiler direktiv 2004/18/EF artikkel. 28, mens i direktiv 2014/24/EU er reglene som gjelder for begrenset anbudskonkurranse samlet i artikkel 28. Her orienteres det om kunngjøringsreglene, fortelles at alle leverandører kan inngi anmodning om deltakelse, og også minimumsfrister er regulert der.

I artikkel 1 nr. 19 er begrenset anbudskonkurranse definert som «framgangsmåter der enhver markedsdeltaker kan be om å få delta, men der bare de av markedsdeltakerne som oppfordres av oppdragsgiver/offentlig oppdragsgiver, kan levere et anbud». Det er følgelig tale om en prosedyre i to trinn, der det først skjer en kvalifisering og eventuell utvelgelse av tilbyderne, og hvor det bare er inviterte tilbydere som får tilsendt konkurransegrunnlaget, jf. artikkel 34. Verdien av en begrenset prosedyre er for eksempel at oppdragsgiver ved utelukkelsesgrunner og kvalifikasjonskrav om informasjonssikkerhet kan sikre at det bare er egnede leverandører som får tilgang til sensitive opplysninger.[1077]

Ifølge artikkel 32 skal konkurranse kunngjøres ved bruk av Kommisjonens standardskjema, og der oppdragsgiver skal gi opplysningene som fremgår av bilag IV. Det følger av artikkel. 1 nr. 19 at alle leverandører kan melde interesse i konkurransen. I kunngjøringen skal oppdragsgiver angi fristen for å melde interesse,[1078] og der oppdragsgiver etter artikkel 33 nr. 1 må sikre at tilbyderne gis tilstrekkelig med tid. Som hovedregel kan fristen for å melde interesse minst være 37 dager fra kunngjøringen, jf. artikkel. 33 nr. 2. Fristen kan imidlertid forkortes med 7 dager om det brukes elektronisk kommunikasjon, jf. art. 33 nr. 4. I hastetilfeller kan fristen settes til minst 10 dager om det er brukt elektronisk kommunikasjon, jf. art. 33 nr. 7.

Ved behandling av forespørsler om deltakelse, må oppdragsgiver etter artikkel 4 overholde grunnleggende prinsipper om likebehandling og gjennomsiktighet. Det er i juridisk litteratur lagt til

[1077] Artikkel 39 nr. 2 bokstav d og e, artikkel 42 nr. 1 bokstav j og fortalen punkt 68.
[1078] Bilag IV nr. 13 bokstav a.

grunn at grunnprinsippene ikke krever at for sent leverte forespørsler om deltakelse skal lede til avvisning.[1079] Tilsvarende følger av NOU 2014:4 kapittel 25.3.3.3, i tråd med dette er det etter FOA § 24-1 annet ledd kun avvisningsrett, og ikke avvisningsplikt, der forespørsler er levert for sent eller ikke oppfyller formkrav. Hvis oppdragsgiver derimot har skrevet i invitasjonen til å inngi forespørsel at for sent innkomne forespørsler vil bli avvist, følger det av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet at oppdragsgiver strengt må overholde selvpålagte regler.[1080]

Etter artikkel 38 nr. 4 er det bare leverandører som har inngitt anmodning om deltakelse som kan inviteres til å inngi tilbud. Oppdragsgiver kan etter artikkel 38 nr. 3 forbeholde seg retten til å begrense antallet inviterte tilbydere på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier som er angitt i forkant.

Det fremgår av artikkel 34 at oppdragsgiver når den sender invitasjon til å inngi tilbud samtidig og skriftlig skal henvende seg til utvalgte leverandører med oppfordring til å inngå tilbud. Tilbyderne skal som hovedregel få minst 40 dager på å inngi tilbud. Fristen kan forkortes hvis det er kunngjort en veiledende kunngjøring etter artikkel 30, eller hvis oppdragsgiver allerede i kunngjøringen gir fri, direkte og full elektronisk adgang til anskaffelsesdokumentene, jf. artikkel. 33 nr. 3 og nr. 5. I hastetilfeller kan fristen settes til 10 dager fra datoen det ble sendt oppfordring om å inngi tilbud.

Tilbudene må håndteres i samsvar med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, jf. artikkel 4. I dette ligger blant annet at for sent innkomne tilbud skal avvises fra konkurransen. I likhet med direktiv 2004/18/EF, er det ikke i direktiv 2009/81EF oppstilt et uttrykkelig forhandlingsforbud ved begrenset anbudskonkurranse. Det er imidlertid sikker rett at det gjelder et forhandlingsforbud. I sak C-599/10 *Slovensko* sier EU-domstolen at den «begrænsede udbudsprocedure indebærer efter sin art, at når først udvælgelsen af ansøgere har fundet sted, og når først ansøgerne har afgivet deres tilbud, kan sidstnævnte i princippet ikke længere ændres, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller ansøgerens initiativ». Imidlertid følger det av artikkel 45 at oppdragsgiver kan be om supplerende informasjon, og grensen mellom forhandlingsforbudet og avklaringsadgangen vil behandles i kommentarene til artikkel 45.

12.19.2 Gjennomføring

Det fremgår av FOSA § 5-1 at oppdragsgiver kan benytte begrenset anbudskonkurranse. For øvrig er reglene som angir hvordan prosedyren skal gjennomføres spredt ut over i forskriften. Regler om kvalifikasjonsgrunnlag og utvelgelse ved overtallige leverandører er regulert i §§ 8-5 til 8-6, mens regler om kunngjøring er gitt i kapittel 9. I § 10-1 er det gitt regler om minimumsfrister ved begrenset anbudskonkurranse, og i § 10-1 (6) står det hvordan oppdragsgiver skal sende invitasjon til å inngi tilbud. Ifølge FOSA § 11-12 (1) bokstav d har oppdragsgiver avvisningsplikt hvis forespørsler om deltakelse ikke er levert innen angitt fristen, hvilket avviker fra FOA § 24-1 (2).

Anskaffelsesutvalget har foreslått at artikkel 28 i direktiv 2014/24/EU skal gjennomføres med visse språklige justeringer, og fordelt over tre bestemmelser. I forslag til anskaffelseslov § 10-6 er det sagt at alle interesserte leverandører kan inngi forespørsel om deltakelse, og at kunngjøringen skal inneholde informasjon angitt i § 14-5 med videre henvisninger. I § 10-7 er det gitt regler om frister for å inngi forespørsel om deltakelse, mens tilbudsfrister mv. er gitt i § 10-8.

[1079] Arrowsmith (2014) s. 675-676.

[1080] Sak C-42/13 *Cartier Dell' Adda,* sak C-336/12 *Manova.*

I forslaget til anskaffelseslov for forsyningssektoren er artikkel 46 i direktiv 2014/25/EU foreslått gjennomført over to bestemmelser, som har en noe annen oppbygging enn forslag til anskaffelseslov. I §§ 11-5 første ledd står det i likhet med anskaffelsesloven § 10-6 første ledd at alle leverandører kan inngi forespørsel om deltakelse, men det står også i andre ledd at det bare er inviterte leverandører som får inngi tilbud, og i tredje ledd står det at oppdragsgiver kan sette en nedre og øvre grense for antall deltakere. De to sistnevnte leddene til § 11-5 er i forslag til anskaffelseslov foreslått inntatt i § 10-8 første og andre ledd. I § 11-6 er det gitt frister både for både forespørsel om deltakelse og tilbudsfrist, noe som i forslaget til anskaffelsesloven er inntatt i henholdsvis § 10-7 og § 10-8.

Hvis det for FOSA legges til grunn en tilsvarende regulering samlet som foreslått av anskaffelsesutvalget, vil en bestemmelse om at alle leverandører kan inngi forespørsel være en gjennomføring av direktiv 2009/81/EF artikkel 1 nr. 19. At det bare er leverandører som blir invitert som får inngi tilbud, vil være en gjennomføring av artikkel 38 nr. 4 i konteksten begrenset anbudskonkurranse. En henvisning til at oppdragsgiver kan sette nedre og eventuelt øvre tak for antall leverandører som får inngi tilbud, vil være en henvisning til direktiv 2009/81/EF artikkel. 38. Frister for anmodning om deltakelse og for inngivelse av tilbud vil være en gjennomføring av artikkel. 33.

12.19.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen mener at forenklingshensyn tilsier at bestemmelsene om begrenset anbudskonkurranse samles og har foreslått å regulere prosedyreformen i fire bestemmelser i § 11-3 til § 11-6. En samling av bestemmelsene gjør at det er enklere for oppdragsgiver å få oversikt over de reglene som gjelder for prosedyreformen. Arbeidsgruppen har dermed foreslått en tilnærming som er i samsvar med tilnærmingen i forslag til henholdsvis ny anskaffelseslov og ny lov for forsyningssektorene, noe som også i seg selv er en forenkling.

Det vises for øvrig til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.20.3.

12.20 Artikkel 26 – Konkurranse med forhandling

12.20.1 Direktivet

I artikkel 26 er det gitt nærmere regler om hvordan forhandlinger skal gjennomføres i en konkurranse med forhandling. I likhet med reglene som gjelder for anbudskonkurranse, er reglene som regulerer konkurranse med forhandling spredt over flere bestemmelser i direktivet, og der artikkel 26 regulerer hvordan forhandlingene gjennomføres.

Artikkel 26 speiler artikkel 30 nr. 2 til 4 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 29 i direktiv 2014/24/EU, men der en del bestemmelser som tidligere var spredt ut over flere artikler i direktiv 2004/18/EF, er samlet i artikkel 29 i direktiv 2014/24/EU. Tilsvarende gjelder for 2014/25/EU artikkel 47, men reglene her er likevel betydelig mindre detaljerte enn i klassisk sektor.[1081] I artikkel 29 i direktiv 2014/24/EU er det også gitt regler som ikke fulgte uttrykkelig av tidligere direktiv, og hvor det i juridisk litteratur er diskutert om det er innført en ny prosedyre med nye krav, eller om det isteden er tale om presiseringer og kodifiseringer.[1082] At det er gitt mindre detaljerte regler i direktiv

[1081] Se også NOU 2024:9 kapittel 38.2.8.

[1082] Arrowsmith (2014) s. 960, Bogdanowicz i Caranta mfl. s. 317.

2014/25/EU om hvordan konkurransen gjennomføres, kan tilsi at anskaffelsesdirektivets regler om dette ikke nødvendigvis er en kodifisering av grunnleggende prinsipper.

Ifølge artikkel 25 nr. 2 står oppdragsgiver fritt til å velge konkurranse med forhandling. Oppdragsgivere under står her på like fot med oppdragsgivere under direktiv 2004/17/EF, mens direktiv 2004/18/EF hadde åpen eller begrenset anbudskonkurranse som hovedregel. At oppdragsgiver under direktiv 2009/81/EF skal stå fritt til å velge konkurranse med forhandling er i fortalen begrunnet med at forsvars- og sikkerhetskontrakter «karakteriseres av særlige krav når det gjelder kompleksitet, informasjonssikkerhet eller forsyningssikkerhet».[1083] Anbudskonkurranse ble ansett som for rigid til å være obligatorisk prosedyre da det ofte er behov for fleksibilitet i forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.[1084]

I artikkel i 1 nr. 20 er konkurranse med forhandling definert som en prosedyre der «oppdragsgiver/offentlig oppdragsgiver henvender seg til utvalgte markedsdeltakere og forhandler om kontraktsvilkår med én eller flere av disse». I likhet med begrenset anbudskonkurranse er det følgelig tale om en prosedyre i to trinn, der det først finner sted en kvalifikasjonsfase, og hvor det bare er inviterte tilbydere som får inngi tilbud. I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* viser EU-domstolen til at prekvalifisering gir oppdragsgiver mulighet til å ivareta vesentlige sikkerhetsinteresser innen rammene av direktivet.

Konkurransen innledes med en kunngjøring som skal inneholde informasjonen i bilag IV, jf. artikkel 32. I direktiv 2014/24/EU artikkel 29 nr. 2 andre avsnitt fremgår det at opplysningen som gis «skal være tilstrekkelig presise til at markedsdeltakere klarer å identifisere innkjøpets art og omfang, og kan beslutte om de skal be om å få delta i framgangsmåten». Tilsvarende følger ikke uttrykkelig av direktiv 2009/81/EF,[1085] men r dette følger i utgangspunktet av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet som oppdragsgiver etter artikkel 4 er forpliktet til å overholde,[1086] og bilag IV bærer også bud om dette når det gis en nokså omfattende liste med informasjon som kunngjøringen skal inneholde. Samtidig er begrunnelsen for at konkurranse med forhandling er en fritt tilgjengelig prosedyre under direktiv 2009/81/EF at det ofte vil være særlige krav til informasjonssikkerhet.[1087] Oppdragsgiver kan ivareta dette ved å anvende utelukkelsesgrunner og kvalifikasjonskrav som sikrer at det bare er egnede leverandører som får tilgang til sensitive opplysninger,[1088] eller bestemme at bare vinnende leverandør får tilgang til sensitive opplysninger hvis hensynet til informasjonssikkerhet krever det.[1089]

I kunngjøringen skal oppdragsgiver angi fristen for å melde interesse.[1090] Ifølge artikkel 33 nr. 1 skal oppdragsgiver ved fastsettelse av frister sikre at det gis tilstrekkelig med tid. Som hovedregel skal fristen for å melde interesse være minst 37 dager fra kunngjøringen, jf. artikkel. 33 nr. 2, men fristen kan forkortes med 7 dager om det brukes elektronisk kommunikasjon, jf. art. 33 nr. 4. I hastetilfeller kan fristen settes til minst 10 dager om det er brukt elektronisk kommunikasjon, jf. art. 33 nr. 7.

[1083] Jf. fortalen punkt 47.

[1084] Jf. COM (2007) 766 final punkt 3.3.1.

[1085] Og heller ikke artikkel 47 i direktiv 2014/25/EU.

[1086] Sml. f.eks. sak C-231/03 *Coname* avsnitt 21. Se også NOU 2023:26 s. 273, der det foreslås at denne delen av artikkel 29. nr. 1 ikke inntas i loven «*da dette etter utvalgets syn uansett følger av prinsippene i artikkel 18*».

[1087] Fortalen punkt 47.

[1088] Artikkel 39 nr. 2 bokstav d og e, artikkel 42 nr. 1 bokstav j og fortalen punkt 68.

[1089] Artikkel 30 nr. 3 (3), se også artikkel 35 nr. 3.

[1090] Bilag IV nr. 13 bokstav a.

Det følger implisitt av direktiv 2009/81/EF at alle interesserte leverandører har rett til å inngi forespørsel om deltakelse. Oppdragsgiver kan etter artikkel 38 nr. 3 – på tilsvarende måte som for begrenset anbudskonkurranse – forbeholde seg retten til å begrense antallet inviterte tilbydere på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier som er angitt i forkant (12.32 nedenfor).

Etter artikkel 38 nr. 4 er det bare leverandører som har inngitt anmodning om deltakelse som kan inviteres til forhandlingene. Det fremgår av artikkel 34 at oppdragsgiver ved utsendelse av invitasjon til forhandlinger samtidig og skriftlig skal henvende seg til utvalgte leverandører med invitasjon til å inngi tilbud og å bli med i forhandlinger. Det er ikke i direktiv 2009/81/EF gitt minimumsfrister for inngivelse av tilbud, men oppdragsgiver må etter art. 33 nr. 1 sikre at det gis nødvendig tid til å utarbeide tilbud.

Direktivet inneholder ingen uttømmende regulering av hvordan konkurranse med forhandling skal gjennomføres.[1091] Oppdragsgiver vil ha betydelig skjønn med hensyn til hvordan forhandlingene gjennomføres i den enkelte anskaffelse, men da under overholdelse av de grunnleggende prinsippene i artikkel 4. Det ligger også i dette at oppdragsgiver må overholde selvpålagte regler om hvordan konkurransen skal gjennomføres.

Det fremgår av artikkel 26 nr. 1 at oppdragsgiver skal forhandle med leverandørene «om de innleverte anbudene for å tilpasse dem til kravene» i anskaffelsesdokumentene, med det formål å finne frem til det beste tilbud etter artikkel 47. Formuleringen forutsetter at det inngis et tilbud i forkant av forhandlingene, men i juridisk litteratur er det anført at ekvivalenten etter artikkel 30 i direktiv 2004/18/EF, ikke krever at det er inngitt skriftlig tilbud i forkant av forhandlingene.[1092] Det er antatt at oppdragsgiver kan innlede forhandlinger med inviterte leverandører, men at forhandlingene bør avsluttes med at tilbyderne inngir et beste og endelig tilbud som skal evalueres under tildelingskriteriene.[1093] En slik løsning møter en viss motstand i direktivets ordlyd om at det skal forhandles om «de innleverte anbudene», men det kan være noe tvilsomt hvilke føringer som følger av direktivet på dette punkt da begrepsbruken ikke er helt konsistent.[1094]

At det innledes forhandlinger uten at det inngis innledende tilbud synes også å avvike fra det som nå følger av direktiv 2014/24/EU art. 29, hvor det heter leverandører inngir «et innledende anbud som skal legges til grunn for etterfølgende forhandlinger».[1095] Hvorvidt dette er en endring av rettstilstanden i klassisk sektor er omdiskutert.[1096] Til sammenligning bygger ikke artikkel 47 i direktiv 2014/25/EU på en tilsvarende detaljert regulering, og den begrenser seg til å forutsette at det inngis tilbud, men uten at det står noe om at innledende tilbud skal være forhandlingens gjenstand. Uavhengig av om det er et rettslig krav at tilbyderne inngir tilbud før forhandlingene starter, er det vanlig praksis at leverandørene blir bedt om å inngi tilbud i forkant av forhandlinger, og der innledende tilbud er forhandlingenes gjenstand før reviderte tilbud.

Der det inngis tilbud som avviker fra minstekrav i konkurransegrunnlaget, har det i kjølvannet av sak C-561/12 *Nordecon* vært diskutert om prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet er til hinder for at det forhandles med tilbydere som frafaller vesentlige avvik før det endelige tilbudet.[1097]

[1091] Sml. sak C-546/16 *Montte* avsnitt 28.

[1092] Arrowsmith (2014) s. 1002 – 1004, Steincike og Groesmeyer (2008) s. 829.

[1093] Arrowsmith (2014) s. 1004.

[1094] Arrowsmith (2014) s. 1003.

[1095] Artikkel 29 nr. 2 i direktiv 2014/24/EU.

[1096] Arrowsmith (2014) s. 1004-1005.

[1097] Se Arnesen mfl. (2022) s. 352 med videre henvisninger. Et restriktivt syn er lagt til grunn av Nærings- og fiskeridepartementet i veilederen til offentlige anskaffelse punkt 34.4.7.2.

Det må antas at oppdragsgiver står fritt til i konkurransegrunnlaget å forbeholde seg retten til å la leverandører frafalle vesentlige avvik i innledende tilbud, men spørsmålet er om dette også er mulig når oppdragsgiver ikke uttrykkelig har forbeholdt seg en slik rett i konkurransegrunnlaget. Spørsmålet synes stadig noe omdiskutert i internasjonal rettslitteratur,[1098] men KOFA har i et obiter dictum lagt til grunn at oppdragsgiver ikke er avskåret fra å gi leverandørene anledning til å frafalle vesentlige avvik før det endelige tilbudet.[1099] Anskaffelsesutvalget legger til grunn at anskaffelsesdirektivet ikke «stenger for å forhandle med tilbud som inneholder vesentlige avvik, men at det endelige tilbudet ikke kan inneholde et slikt avvik».[1100] Om dette legges til grunn, må det gjelde tilsvarende for direktiv 2009/81/EF.

Ifølge artikkel 26 nr. 1 «skal oppdragsgiver forhandle med anbydere om de innleverte anbudene». Den tilsvarende formuleringen i artikkel 30 i direktiv 2004/18/EF ledet til en diskusjon i juridisk litteratur om oppdragsgiver har plikt til å føre forhandlinger med tilbyderne, eller om den kan forbeholde seg retten til å tildele kontrakt på grunnlag av første inngitte tilbud, uten at det innledes forhandlinger.[1101] I direktiv 2014/24/EU er dette avklart når artikkel 29 nr. 4 foreskriver at oppdragsgiver kan «tildele kontrakter på grunnlag av de innledende anbudene uten forhandling dersom de i kunngjøringen av konkurransen eller innbydelsen til å bekrefte interesse har angitt at de forbeholder seg muligheten til dette.» Tilsvarende må kunne legges til grunn som mulig etter direktiv 2009/81EF, så lenge oppdragsgiver har forbeholdt seg denne muligheten i konkurransegrunnlaget slik at tilbyderne vet at første tilbud også kan være endelig tilbud.

Hvis oppdragsgiver ikke har forbeholdt seg retten til å tildele kontrakt uten forhandlinger, skal oppdragsgiver føre forhandlinger med tilbyderne. Formålet med forhandlingene er etter artikkel 26 at tilbudene til kravene «angitt i kunngjøringen av konkurransen, anbudsgrunnlaget og tilleggsdokumentene, og finne fram til det beste anbudet i samsvar med artikkel 47». I juridisk litteratur og praksis har det vært diskutert rekkevidden av plikten til å føre reelle forhandlinger, og i forlengelsen av dette om oppdragsgiver har veiledningsplikt. Anskaffelsesutvalget legger til grunn at det er en plikt til å forhandle, og at dette har to sider: «Oppdragsgiver må åpne for dialog, og gi tilbakemeldinger på tilbudene».[1102] Det ligger i dette at oppdragsgiver skal gi en saklig og forsvarlig tilbakemelding til tilbyderen. Imidlertid mener anskaffelsesutvalget at det verken foreligger en generell veiledningsplikt, eller en ubetinget plikt til å påpeke avvik eller lignende. Samtidig kan konkrete omstendigheter, slik som uklarheter i konkurransegrunnlaget, kunne utløse forpliktelser til å gi bestemte tilbakemeldinger.[1103]

I utgangspunktet kan det forhandles om alle sider av tilbudene, men oppdragsgiver må overholde prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Det følger som nevnt av artikkel 4, men er også presisert i artikkel 26 nr. 2 hvor det heter at oppdragsgiver under forhandlingene må behandle tilbyderne likt, og den «skal særlig ikke gi opplysninger på en måte som innebærer forskjellsbehandling, og som kan gi enkelte anbydere en fordel i forhold til andre». Det følger av grunnprinsippene at minimumskrav og tildelingskriterier ikke er gjenstand for forhandling, hvilket nå fremgår av artikkel 29 nr. 3 annet avsnitt i direktiv 2014/24/EU, men som uansett følger av

---

[1098] Se Bogdanowicz i Caranta mfl. s. 321 med videre henvisninger, mens Arrowmsith synes å forfekte et fleksibelt syn uten at *Nordecon* adresseres, jf. Arrowsmith (2014) s. 1008.

[1099] Kofa-2021-2139 *Vestland fylkeskommune* avsnitt 38.

[1100] NOU 2023:26 s. 273.

[1101] Arrowsmith (2014) s. 1008 flg.

[1102] NOU 2023:26 s. 273.

[1103] NOU 2024:26 s. 273-274.

prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.[1104] Oppdragsgiver kan ikke på noe tidspunkt kan gjøre vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget, og det gjelder også ved konkurranse med forhandling. I sak C-298/15 *Borta* skriver EU-domstolen i avsnitt 74 at en vesentlig endring blant annet vil foreligge om «the changes make the contract noticeably different in nature from the way it was initally described». Derimot kan oppdragsgiver gjennom forhandlingene gjøre endringer i konkurransegrunnlaget som ikke er vesentlige, noe som nå er forutsatt i artikkel 29 nr. 5 i direktiv 2014/24/EU. I så fall må tilbyderne få tilstrekkelig tid til at de eventuelt kan endre og inngi revidert tilbud.[1105]

Videre må oppdragsgiver under forhandlingene sørge for at den ikke røper informasjon som tilbyderne har betegnet som fortrolig. Dette følger også av artikkel 6, som bestemmer at fortrolige opplysninger «omfatter særlig tekniske og forretningsmessige hemmeligheter og fortrolige aspekter ved anbud» (punkt 12.4 ovenfor).[1106]

Det fremgår av artikkel 26 nr. 3 at oppdragsgiver kan bestemme at konkurranse med forhandlinger kan skje i flere faser for å begrense antallet tilbud det forhandles om. Nedvalg skal skje på grunnlag av tildelingskriteriene, og muligheten for nedvalg må være angitt i konkurransegrunnlaget. Det er i juridisk litteratur diskutert om oppdragsgiver i de tilfeller hvor den har forbeholdt seg rett til å gjøre nedvalg, også er forpliktet til å gjøre nedvalg i løpet av prosedyren. Dersom oppdragsgiver uttrykkelig har sagt at den vil foreta nedvalg, vil kravet om at oppdragsgiver skal overholde selvpålagte regler tilsi at nedvalg også må foretas. Imidlertid er det vanskelig å se at oppdragsgiver skal være avskåret fra muligheten til kun å forbeholde seg retten til å gjøre nedvalg, uten at den dermed blir forpliktet til å gjøre nedvalg om for eksempel ønsket om konkurranse tilsier at alle inviterte tilbydere skal få delta til siste tilbud.[1107]

I alle tilfeller følger det av artikkel 38 nr. 5 at antallet «som til slutt blir stående igjen, skal sikre reell konkurranse i den grad det er et tilstrekkelig antall løsninger eller egnede kandidater». Følgelig skal det bestå et konkurransepress til siste fase, men uten at det angis et bestemt antall tilbud som gjenstår. Til sammenligning står det i artikkel 38 nr. 3 første strekpunkt at det minste antall tilbydere som blir invitert til å inngi tilbud ikke skal være mindre enn tre.[1108] Når det ikke er angitt et bestemt antall i artikkel 38 nr. 5, tilsier det at direktivet ikke krever minimum tre deltakere i siste fase av forhandlingene. Samtidig har EU-domstolen i sak C-138/08 *Hochtief* sagt at hva som er «tilstrækkeligt til at sikre en reel konkurrence eller ej, skal afgøres i forhold til den pågældende kontrakts art og formål».[1109] En reell konkurranse vil normalt forutsette at det er minst to leverandører i siste fase, men det forutsetter at det gjenstår minst to passende tilbud, jf. artikkel 38 nr. 5.

I praksis vil oppdragsgiver i siste fase av forhandlingene ofte sette en frist for å inngi endelige tilbud («best and final offer»). Imidlertid er det ingen regler om dette i direktiv 2009/81/EF, og heller ikke direktiv 2004/18/EF hadde regler om dette. Derimot følger det av direktiv 2014/24/EU artikkel 29 nr. 7 at når oppdragsgiver har til hensikt å avslutte forhandlingene, skal det settes en felles frist for nye eller endrende tilbud. Bestemmelsen inneholder ikke et uttrykkelig forbud mot at oppdragsgiver forhandler om de endelige tilbudene, men det står i nr. 3 om at oppdragsgiver forhandler om alle etterfølgende tilbud «bortsett fra de endelige anbudene i henhold til nr. 7».

[1104] Se for eksempel sak C-561/12 *Nordecon*, sak C-226/09 *Kommisjonen mot Irland*, sak T-40/01 *Scan Office Design.*

[1105] Sml. artikkel 29 nr. 5 i direktiv 2014/24/EU og C-298/15 *Borta* avsnitt 75 og 76.

[1106] Se også artikkel 29 nr. 5 (2) i direktiv 2014/24/EU, sak C-450/06 *Varec* og sak C-927/19 *Klaipedos.*

[1107] Arrowsmith (2014) avsnitt 9-64 til 9-66.

[1108] Se også sak C-138/08 *Hochtief* avsnitt 41.

[1109] Se også sak C-138/08 *Hochtief* avsnitt 52.

I juridisk litteratur er det gjennomgående anført at det er forhandlingsforbud om de endelige tilbudene,[1110] hvilket også følger av FOA § 23-7 (4), men rekkevidden av forhandlingsforbudet er omdiskutert.[1111] Artikkel 26 har ingen tilsvarende regel, og det har heller ikke direktiv 2014/25/EU eller direktiv 2014/23/EU. Følgelig er det vanskelig å se at grunnprinsippene i alle tilfeller krever at det fastsettes en felles frist for endelige tilbud og med forhandlingsforbud. Det ligger i dette at det i alle tilfeller bør være mulig å føre sluttforhandlinger med foretrukket leverandør, så lenge forhandlingene ikke medfører at rangeringen ville blitt endret. Det innebærer at det kun er anledning til å gjøre forbedringer i foretrukket leverandørs tilbud, og der denne må forbli best rangert etter avslutningen av forhandlingene.[1112] Med mindre oppdragsgiver tydelig har bundet seg, vil det også være anledning til å gjenåpne forhandlingene og be om nye tilbud.

Når forhandlingene er avsluttet og kontrakt er tildelt, følger det av artikkel 35 at oppdragsgiver skal meddele tilbyderne dette. Ved forespørsel skal det gis en begrunnelse (punkt 12.29 nedenfor).

12.20.2 Gjennomføring

Artikkel 29 er gjennomført i FOSA § 11-11, mens artikkel 1 nr. 20 er gjennomført i FOSA § 4-2 bokstav d. På samme måte som for begrenset anbudskonkurranse, er reglene om gjennomføring av konkurranse med forhandling spredt ut over flere bestemmelser i forskriften. I § 5-1 står det at anskaffelser kan foretas med konkurranse med forhandling. I § 10-2 er det regler om minimumsfrister ved konkurranse med forhandling, og som også inneholder regelen i artikkel 34 nr. 1 om at konkurransegrunnlag og invitasjon til å sende tilbud sendes skriftlig og samtidig til utvalgte leverandører. Ifølge FOSA § 11-12 første ledd bokstav d har oppdragsgiver avvisningsplikt hvis forespørsler om deltakelse ikke er levert innen angitt fristen, hvilket avviker fra FOA § 24-1 andre ledd.

Etter FOSA § 11-11 første ledd kan oppdragsgiver i henhold til første og annet punktum bestemme at forhandlinger kan skje i faser med nedvalg på grunnlag av tildelingskriterier, hvilket gjennomfører artikkel 26 nr. 3 første punktum og artikkel 38 nr. 5. I § 11-11 tredje punktum er det presisert at nedvalg kan skje i forkant av forhandlingene, hvilket ikke har en gjenpart i direktivet. Det fremgår av fjerde punktum at det i avsluttende fase av forhandlingene må være igjen et tilstrekkelig antall tilbud som kan sikre reell konkurranse, hvilket gjennomfører artikkel 38 nr. 5 in fine.

Ifølge FOSA § 11-11 andre ledd skal oppdragsgiver angi i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget om den vil benytte seg av muligheten for nedvalg. Dette gjennomfører artikkel 26 nr. 3 in fine. Etter FOSA § 11-11 tredje ledd skal alle leverandører som har inngitt gyldig tilbud gis mulighet til å forbedre dette før tildeling av kontrakt om oppdragsgiver ikke har opplyst om mulighet for nedvalg i konkurransegrunnlaget. Denne delen av bestemmelsen har ingen direkte parallell i direktivet, men artikkel 26 nr. 1 kan innebære noe av det samme når det står at oppdragsgiver skal forhandle med tilbyderne.

Det følger av FOSA § 11-11 fjerde ledd at oppdragsgiver kan forhandle om alle sidene av tilbudene, og hvor det også står at endringer i tilbudet skal dokumenteres skriftlig. Denne delen av bestemmelsen finner ingen direkte parallell i direktivet. Etter § 11-11 femte ledd skal forhandlingene skje i samsvar

---

[1110] Steinicke (2018) s. 408, Bogdanowicz i Caranta mfl. s. 322.
[1111] Arrowsmith (2014) s. 1018-1019, Dragsten, kommentarer til FOA § 23-7, punkt 10.2.
[1112] Arrowsmith (2014) s. 1012-1025.

med de grunnleggende prinsippene, og hvor det også er presisert at reglene om taushetsplikt skal overholdes. Dette er en presisering av kravene som følger av artikkel 4 og 6 i direktivet, men der § 11-11 femte ledd også viser til nasjonale prinsipper som god forretningsskikk. I andre punktum står det at oppdragsgiver særlig skal sørge for at det ikke gis opplysninger som kan stille noen leverandører bedre enn andre, hvilket gjennomfører artikkel 26 nr. 2.

I anskaffelsesutvalgets forslag er artikkel 26 i direktiv 2014/24/EU foreslått gjennomført med enkelte språklige justeringer. I forslaget til anskaffelseslov er konkurranse med forhandling regulert i kapittel 10 del IV, som inneholder seks bestemmelser i §§ 10-9 til 10-14. Tilsvarende struktur er foreslått i forslag til anskaffelseslov for forsyningssektoren, der konkurranse med forhandling er regulert i kapittel 11 del IV. Imidlertid er denne reguleringen, i likhet med direktiv 2014/25/EU, langt mindre detaljert enn i klassisk sektor, og den inneholder kun to bestemmelser som gjelder gjennomføringen av prosedyren og tidsfrister.

12.20.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår at artikkel 26 deles opp i flere bestemmelser av forenklingshensyn og at bestemmelsene om konkurranse med forhandling samles i kapittel 11 IV §§ 11-7 til 11-13. Dette grunnet forenklingshensyn og av hensyn til likhet med forslaget til nye lover innen klassisk sektor og forsyningssektorene.

Artikkel 26 nr. 1 innføres i forslag til ny lov § 11-7.

Artikkel 26 nr 2 gjennomføres i forslag til ny lov § 11-11 tredje ledd.

Artikkel 26 nr. 3 gjennomføres i § 11-12 første og annet ledd om forhandlinger i faser.

I tillegg foreslås bestemmelser som ikke gjenfinnes i direktiv 2009/81/EF, men som det ligger innenfor handlingsrommet å innføre. For det første foreslås det i § 11-11 først ledd å innføre en rett for oppdragsgiver til å tildele kontrakt uten at det gjennomføres forhandlinger. Det er en forutsetning at oppdragsgiver har forbeholdt seg denne muligheten i konkurransegrunnlaget slik at tilbyderne vet at første tilbud også kan være endelig tilbud. Arbeidsgruppen mener det er hensiktsmessig å synliggjøre at oppdragsgiver har denne adgangen også ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Arbeidsgruppen foreslår også en bestemmelse om at tildelingskriterier og minimumskrav ikke kan endres. Denne regelen følger uansett av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Samtidig kan det oppstå spørsmål om regelen gjelder dersom denne innføres i de øvrige anskaffelseslovene og ikke i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser sett hen til at et viktig forenklingshensyn tilsier at der reglene er ment å være like, skal lovene også ha tilsvarende bestemmelser.

Det foreslås dermed en direktivnær fremstilling, men med noe mer detaljerte regler av hensyn til likhet mellom forslag til nye anskaffelseslover.

Arbeidsgruppen har videre vurdert hvorvidt det skal innføres en regel om en felles frist for endelig tilbud. Siden grunnprinsippene ikke kan anses å kreve en slik felles frist, jf. ovenfor, har arbeidsgruppen falt ned på at det ikke er hensiktsmessig å innføre en slik regel. Dette ut fra at oppdragsgiver bør ha større fleksibilitet til hvordan prosedyren kan gjennomføres innenfor forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Herunder anser arbeidsgruppen det ikke som ønskelig at det skal innføres et forhandlingsforbud etter at endelig tilbud er gitt da forsvars- og sikkerhetshensyn kan tilsi at det er nødvendig med ytterligere justeringer i tilbudene etter denne fristen. Herunder må det være mulig å gjennomføre sluttforhandlinger med foretrukket leverandør, så lenge forhandlingene medfører en forbedring av tilbudet slik at rangeringen ikke påvirkes av endringene.

Det vises for øvrig til den generelle fremstillingen i kapittel 24.20 i NOU 2023: 26.

12.21 Artikkel 27 – Konkurransepreget dialog

12.21.1 Direktivet

I artikkel 27 er det gitt regler om konkurransepreget dialog. Etter denne «kan» medlemsstatene bestemme at nasjonale oppdragsgivere kan anvende konkurransepreget dialog på direktivets vilkår. Det er antatt at medlemsstatene med dette er satt fritt til å bestemme om prosedyren skal være tilgjengelig i nasjonal rett.[1113] I direktiv 2014/24/EU artikkel 26 nr. 4 står det til sammenligning at EØS-statene «shall provide» at oppdragsgiver kan anvende konkurransepreget dialog på direktivets vilkår. Dermed står ikke medlemsstatene lenger fritt til la være å innføre denne prosedyreformen etter gjeldende direktiv for klassisk sektor.[1114]

Artikkel 27 tilsvarer artikkel 29 i direktiv 2004/18/EF, og denne konkurranseformen ble første gang innført i sistnevnte direktiv etter inspirasjon fra praksis i Storbritannia,[1115] og hvor formålet var å sikre økt fleksibilitet i komplekse prosjekter.[1116] Prosedyren er videreført i direktiv 2014/24/EU artikkel 30, men der vilkårene for å bruke konkurranseformen er lempet noe sammenlignet med direktiv 2004/18/EU. Direktiv 2004/17/EF foreskrev ikke konkurransepreget dialog, men ved artikkel 48 i direktiv 2014/25/EU ble denne konkurranseformen også innført i forsyningssektoren. Oppdragsgiver står her – på samme måte som for konkurranse med forhandling – fritt til å bruke konkurransepreget dialog. Siden direktiv 2009/81/EF ikke ble revidert i 2014, har ikke dette direktivet fulgt rettsutviklingen i direktivene fra 2014. I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er det ikke foreslått lemping av vilkårene for konkurransepreget dialog.

Ifølge artikkel 1 nr. 21 er konkurransepreget dialog definert som en «framgangsmåte der enhver markedsdeltaker kan be om å få delta, og der oppdragsgiver/offentlig oppdragsgiver fører en dialog med de kandidater som har fått adgang til denne framgangsmåten, med det formål å utvikle ett eller flere egnede alternativer som kan oppfylle dens krav, og som de utvalgte kandidatene blir innbudt til å levere et anbud på grunnlag av.». Dette speiler direktiv 2004/18/EF artikkel 1 nr. 11.

Det fremgår av artikkel 27 nr. 1 at konkurransepreget dialog kan anvendes der anskaffelsen gjelder (i) særlig komplekse kontrakter, og (ii) anvendelsen av konkurranse med forhandling eller begrenset anbudskonkurranse «ikke gjør det mulig» å inngå en kontrakt. Ifølge artikkel 37 bokstav c skal oppdragsgiver i rapporten beskrive «hvilke omstendigheter som berettiger bruken av denne framgangsmåten» (punkt 12.31 nedenfor). Det er følgelig tale om to vilkår som må være oppfylt for at konkurranseformen kan benyttes, men som flyter noe over i hverandre (se like nedenfor).

Det er i juridisk litteratur diskutert om konkurransepreget dialog er en særlig prosedyre som gjør unntak fra hovedregelen om at oppdragsgiver skal velge begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling.[1117] EU-domstolen har for konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring slått fast i en rekke saker at vilkårene for å anvende dette må tolkes snevert,

---

[1113] Se fortalen punkt 16 til direktiv 2004/18/EF.
[1114] Arrowsmith (2014) s. 869-870.
[1115] Trybus (2014) s. 332.
[1116] Se fortalen til direktiv 2004/18/EF punkt 31 og Kommisjonens Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive.
[1117] Arrowsmith og Treumer (2012) «*Competitive Dialogue in EU Procurement*» kapittel 4.5.

og at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt.[1118] I deler av litteraturen er det anført at tilsvarende må gjelde for prosedyren konkurransepreget dialog,[1119] men det er i annen litteratur hevdet med styrke at vilkårene for å anvende særlige prosedyrer ikke bør tolkes like strengt som vilkårene for å anvende vilkårene for unntak fra kunngjøringsplikten.[1120] Ved konkurransepreget dialog ivaretas prinsippet om gjennomsiktighet fullt ut ved at det skal skje en kunngjøring, og formålet om å sikre oppdragsgiver økt fleksibilitet ved komplekse anskaffelser kan vanskelig begrunne en streng fortolkning av vilkårene for anvendelse av denne prosedyreformen. Anskaffelsesutvalget viser på sin side til at det ikke finnes nyere praksis som avklarer dette for direktivene behandlet der.[1121] Det samme gjelder for direktiv 2009/81EF.

Forutsetningen for å benytte konkurransepreget dialog er at det er en særlig kompleks kontrakt. Begrepet «særlig kompleks kontrakt» er definert i artikkel 1 nr. 21 annet avsnitt. Bestemmelsen oppstiller to alternativer for når en kontrakt er særlig kompleks.

Kontrakten vil for det første være særlig kompleks om oppdragsgiver ikke er objektivt i stand til å «definere de tekniske midler i samsvar med artikkel 18 nr. 3 bokstav b), c) eller d) som kan oppfylle dens behov eller mål». I fortalens avsnitt 48 er det forklart at oppdragsgiver som utfører særlig komplekse prosjekter kan «finne det objektivt umulig å definere hvordan deres behov skal oppfylles, eller å vurdere hva markedet kan tilby når det gjelder tekniske løsninger». Eksempler på slike komplekse kontrakter er «prosjekter som krever integrering eller kombinering av flere former for teknologisk eller driftsmessig kapasitet».

Kontrakten vil for det andre være særlig kompleks om oppdragsgiver objektivt ikke er i stand til å «spesifisere den juridiske og/eller finansielle utformingen av et prosjekt». Eksempler på slike komplekse kontrakter er ifølge fortalen avsnitt 48 «prosjekter som omfatter kompleks og strukturert finansiering, og der de finansielle og juridiske forholdene ikke kan defineres på forhånd.» I fortalen til direktiv 2004/18/EF avsnitt 31 er det nevnt ytterligere eksempler på særlig komplekse kontrakter i form av «viktige integrerte prosjekter vedrørende infrastruktur for transport» og «store datanettverk». Noe som kan kjennetegne en særlig juridisk kompleks kontrakt er at oppdragsgiver er ute av stand til å avgjøre hvilken risiko tilbyderne er villig til å påta seg, eller tilfeller der det er behov for å diskutere nokså ulike modeller for vederlag, risiko eller finansielle forhold.[1122]

Felles for begge tilfellene av særlige komplekse kontrakter beskrevet i artikkel 1 nr. 21 er ifølge fortalen at det for oppdragsgiver er «objektivt umulig å definere hvordan deres behov skal oppfylles, eller å vurdere hva markedet kan tilby når det gjelder tekniske løsninger og/eller finansielle eller juridiske løsninger.» Det at det er «objektivt umulig» å angi hva som skal leveres fremstår som en svært høy terskel, og som synes å gå ut over ordlyden i artikkel 1 nr. 21. Imidlertid nyanseres dette i avsnitt 48 når det heter at det i visse tilfeller ikke er «praktisk gjennomførbart» å avholde en konkurranse med forhandling eller begrenset anbudskonkurranse fordi det ikke er mulig å definere kontrakten tilstrekkelig presist til at tilbyderne kan lage tilbud. Dette tilsier at det er tilstrekkelig at

---

[1118] C-71/92 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 36, C-57/94 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 23, C-20/01 og C-28/01 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 58, C-385/02 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 19, C-157/06 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 23, C-275/08 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 55.

[1119] Arrowsmith (2014) s. 872, 878, 879 og 962.

[1120] Steinicke og Groesmeyer (2008) s. 809-810, og Arrowsmith (2014) s. 872 som skriver at dette særlig må gjelde for konkurransepreget dialog.

[1121] NOU 2023:26 s. 266.

[1122] Se Kommisjonens Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, punkt 2.3.

oppdragsgiver ikke er i stand til å gi en tilstrekkelig presis beskrivelse til «å identifisere og definere hvordan behovene best kan oppfylles»,[1123] hvilket nettopp er formålet med dialogen som skal føres med tilbyderne.[1124] Tilsvarende følger av fortalens formulering om at oppdragsgiver ikke er i stand til å vurdere hvilke tekniske løsninger markedet kan tilby.

Samtidig må oppdragsgiver «objektivt» være ute av stand til å gi en tilstrekkelig presis beskrivelse av kontraktsgjenstanden. Ifølge Kommisjonens tolkningsuttalelse om direktiv 2004/18/EF er ikke dette et abstrakt konsept, da «it is necessary to examine on a case by case basis the nature of the market in question, taking into account the capacity of the contracting authority concerned to verify whether use of the competitive dialogue would be justified».[1125] Samtidig ligger det i begrepet objektivt at vilkåret ikke vil være oppfylt om oppdragsgiver kan klandres for at det ikke kan gis en tilstrekkelig presis beskrivelse av kontrakten. Oppdragsgiver kan derfor neppe unnskylde seg med at den mangler kompetanse om forhold en alminnelig opplyst oppdragsgiver er forventet å få til, eller der det er kurant å gi en tilstrekkelig presis beskrivelse etter konsultasjoner med ekstern bistand.[1126]

Det andre vilkåret som må være oppfylt, er at det ikke er mulig å tildele kontrakt på grunnlag av begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling. I mange tilfeller vil dette være tilfellet når vilkårene for en særlig kompleks kontrakt først er oppfylt. Mens konkurransepreget dialog gir mulighet til å ha dialog om utformingen av kravspesifikasjonen, gir konkurranse med forhandling bare mulighet til å forhandle om å få best tilbud opp mot den allerede fastsatte kravspesifikasjonen. Direktivets ordlyd om at oppdragsgiver kan anvende konkurransepreget dialog der den «anser at bruken av» øvrige prosedyreformer ikke gjør det mulig å tildele kontrakten, tilsier at oppdragsgiver har et betydelig skjønn under dette vilkåret.

Vilkårene for å anvende konkurransepreget dialog er lempet noe i direktiv 2014/24/EU. Ifølge artikkel 26 nr. 4 bokstav a i) og ii) er det her tilstrekkelig for å anvende konkurransepreget dialog at oppdragsgivers behov ikke kan imøtekommes uten tilpasninger i eksisterende løsninger, eller hvis det er behov for design eller innovative løsninger. Ingen av disse alternativene finner en parallell i direktiv 2009/81/EF. I artikkel 26 nr. 4 i direktiv 2014/24/EU er de alternative vilkårene for hva som utgjør en særlig kompleks kontrakt delvis videreført i bokstav a iii) og iv), men vilkårene er også på dette punkt lempeligere sammenlignet med artikkel 27 i direktiv 2009/81/EF. Begrunnelsen for denne endringen er å gi oppdragsgiver «større fleksibilitet», og at dette også antas å sikre økt handel på tvers av landegrensene.[1127] I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv opprettholdes vilkåret om at kontrakten må være særlig kompleks for at prosedyren kan anvendes.

Det kan virke paradoksalt at direktiv 2009/81/EF, som skulle sikre oppdragsgiver større fleksibilitet enn i klassisk sektor, har strengere vilkår for bruk av konkurransepreget dialog enn direktiv 2014/24/EU. Selv om det er eksempler i rettspraksis på at EU-domstolen bruker regulering i nyere

[1123] Artikkel 27 nr. 3.
[1124] Arrowsmith og Treumer (2012) s. 44.
[1125] Kommisjonens Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, s. 2, Steinicke og Groesmeyer (2008) s. 331-332.
[1126] Steinicke og Groesmeyer (2008) s. 332, sml. Kommisjonens Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive s. 2.
[1127] Fortalen avsnitt 42 til direktiv 2014/24/EU.

direktiver som støtteargument for å bekrefte tolkningen av tidligere direktiver,[1128] vil nyere direktiver ikke kunne brukes til å fravike en klar og presis ordlyd i tidligere direktiver (punkt 5.1.5 ovenfor). Det er en alminnelig EU-rettslig metoderegel at domstolene ikke kan fravike en klar og presis ordlyd,[1129] noe som har sammenheng med rettssikkerhetsprinsippet. Det ligger i dette at der nyere direktiver fraviker tidligere rett, kan ikke nyere direktiver brukes til å fravike ordlyden i tidligere direktiver.

Det antas at ovennevnte er grunnen til at EU-domstolen i flere saker ved spørsmål om tidligere direktiver skal forstås i lys av nyere direktiver, kort har slått fast at det nyere direktiv ikke finner tidsmessig anvendelse i hovedsaken.[1130] I for eksempel sak C-324/14 *Partner Apelski* sa EU-domstolen at direktiv 2014/24/EU innførte «nye betingelse» for leverandørers rett til å påberope tredjepersoners kapasitet (punkt 5.1.5 ovenfor). Overført til spørsmålet om vilkårene for konkurransepreget dialog i direktiv 2009/81/EF fremstår reglene i direktiv 2014/24/EU som nye betingelser, og ikke som en kodifisering eller avklaring av tolkningstvil i tidligere direktiver. Derfor vil det antakelig være i strid med alminnelige tolkningsprinsipper om vilkårene for å anvende konkurransepreget dialog i direktiv 2009/81/EF ble forstått på samme måte som i direktiv 2014/24/EU. Noe annet er imidlertid at rettsutviklingen i 2014-direktivene støtter en betraktning om at vilkårene for å anvende konkurransepreget dialog i direktiv 2009/81/EF ikke skal tolkes strengt (se like ovenfor).

Selv om vilkårene for konkurransepreget dialog neppe kan lempes i strid med direktivets ordlyd, er det i deler av litteraturen påpekt at konkurranse med forhandling er en såpass fleksibel konkurranseform at oppdragsgiver innen rammene av denne prosedyren kan gjenskape stegene i en konkurransepreget dialog.[1131] Også Kommisjonen synes å være av denne oppfatningen i veiledningen til artikkel 29 i direktiv 2004/18/EF. Det er her påpekt at direktiv 2004/17/EF ikke tilbyr denne konkurranseformen, men at «there is nothing to prevent a contracting authority which has opted for a negotiated procedure with prior opening to competition from stipulating in the specifications that the procedure will be as laid down by the Standard Directive regarding the competitive dialogue.»[1132] På grunnlag av dette kan det stilles spørsmål ved hvorfor anvendelsen av konkurransepreget dialog er underlagt begrensninger i direktiv 2009/81/EF når oppdragsgiver står fritt til å bruke konkurranse med forhandling, og innen rammene av denne prosedyreformen synes å kunne gjenskape konkurransepreget dialog.[1133] Erfaringsmessig viser imidlertid at den ekstra kompleksiteten ved å benytte denne prosedyren at den som regel bare anvendes der det er rimelig klart at direktivets vilkår er oppfylt.

I likhet med begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling, starter konkurransepreget dialog med en kunngjøring, jf. artikkel 32 nr. 2. Dette er presisert i artikkel 27 nr. 2, der det står at oppdragsgiver gir en meddelelse av «sine behov og krav», som enten kan defineres i kunngjøringen eller prekvalifiseringsgrunnlaget. Gitt vilkårene for å anvende konkurransepreget dialog – at oppdragsgiver er ute av stand til å gi en tilstrekkelig presis beskrivelse av kontrakten som angitt i artikkel 1 nr. 21 – kan det neppe forventes like mye av beskrivelsen av kontraktsgjenstanden som i en

---

[1128] Se f.eks. sak C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító* avsnitt 37. Dette kan være særlig aktuelt der nyere direktiver kodifiserer tidligere rett, jf. forslag til avgjørelse i sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 60, eller der nyere direktiver kun presiserer tidligere rett.

[1129] Se f.eks. sak C-186/22 *Sad Trasporto* avsnitt 22.

[1130] Se f.eks. sak C-220/05 Auroux avsnitt 61, sak C-113/13 *Spezzino* avsnitt 8, C-138/08 *Hochtief* avsnitt 29.

[1131] Treumer (2014) s. 334, sml., også Steinicke og Goresmeyer (2008) s. 782.

[1132] Kommisjonens Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, fotnote 2.

[1133] Treumer (2014) s. 334-335.

begrenset anbudskonkurranse, og etter omstendighetene for en konkurranse med forhandling.[1134] Det kan også være hensiktsmessig å definere kontrakten på en tilstrekkelig fleksibel måte for å unngå at prosessen må begynne på nytt fordi oppdragsgiver ellers må foreta ulovlige vesentlige endringer for å møte innkjøpsbehovet best mulig slik kartlagt gjennom dialogen.[1135]

Det følger av artikkel 27 nr. 3 at leverandører skal velges ut i samsvar med artikkel 38 til 46, og kunngjøringen må følgelig angi kvalifikasjonskrav og eventuelle utvelgelseskriterier (punkt 12.32 flg. nedenfor). Også tildelingskriteriene må angis, og det står i artikkel 27 nr. 1 (2) at kontrakt «bare tildeles på grunnlag av tildelingskriteriet om det økonomisk mest fordelaktige anbudet». Fristene i konkurransen må likeledes angis, og der fristen for å inngi anmodning om deltakelse er 37 dager fra kunngjøringen, jf. artikkel 33 nr. 2. Det er ikke gitt minimumsfrister for inngivelse av tilbud ved avslutning av dialogen. I direktiv 2014/24/EU artikkel 30 og direktiv 2014/24 artikkel 48 følger dette av bestemmelsene om konkurransepreget dialog, mens tilsvarende bestemmelser i direktiv 2009/81/EF i større grad er spredt ut over flere bestemmelser.

Konkurransepreget dialog er, i likhet med begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling, en prosedyre i to trinn. Ifølge artikkel 1 nr. 21 kan enhver økonomisk aktør inngi anmodning om deltakelse, men der dialogen bare føres med dem som er invitert i henhold til artikkel 38 til 46, jf. artikkel 27 nr. 3 (1). Dette er også presisert i artikkel 38 nr. 4 når det står at bare leverandører som har inngitt anmodning om deltakelse får delta i tildelingsprosedyren. Det kan etter artikkel 38 nr. 3 settes et øvre og nedre tak for deltakelse, der det minste antallet deltakere i utgangspunktet ikke kan være færre enn tre, jf. artikkel 38 nr. 3 første strekpunkt (se omtalen av artikkel 26 ovenfor). Ifølge artikkel 34 skal oppdragsgiver henvende seg samtidig og skriftlig til alle leverandører som blir invitert, mens ikke-inviterte leverandører skal gis meddelelse i samsvar med artikkel 35.

Oppdragsgiver skal etter artikkel 27 nr. 3 innlede dialog med utvalgte leverandører, og der målet med dialogen skal være å identifisere og definere hvordan behovene til oppdragsgiver kan møtes best mulig. Det er presisert at dialogen kan gjelde «alle aspekter ved kontrakten», og dette omfatter både tekniske, økonomiske og juridiske aspekter av kontrakten. Artikkel 27 nr. 3 (2) presiserer at oppdragsgiver må sikre at alle leverandørene behandles likt, noe som uansett følger av likebehandlingsprinsippet i artikkel 4. Det er også presisert at oppdragsgiver ikke må «avsløre overfor de andre deltakerne foreslåtte løsninger eller andre fortrolige opplysninger som de har fått av en kandidat som deltar i dialogen, uten dennes samtykke.» Dette følger uansett av artikkel 6 (12.4 ovenfor), men påminnelsen i artikkel 27 nr. 3 skal særlig motvirke håndplukking («cherry picking») mellom de ulike løsningene som beskrives i dialogen uten leverandørenes samtykke.[1136] Ut over føringene i artikkel 27 nr. 3 regulerer ikke direktivet i detalj hvordan dialogen skal skje. Utgangspunktet er imidlertid at dialogen skal føres individuelt med hver av de deltakende leverandørene «on the basis of the ideas and solutions of the economic operatgor concerned»[1137] Det følger implisitt av artikkel 27 nr. 5 at oppdragsgiver i dialogen kan be om at deltakerne spesifiserer sine forslag skriftlig.[1138]

[1134] Arrowsmith (2014) s. 888-889.

[1135] Arrowsmith (2014) s. 887.

[1136] Kommisjonens Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive s. 7.

[1137] Se Kommisjonens Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive s. 7.

[1138] Se også Kommisjonens Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive s. 7.

Etter artikkel 27 nr. 4 kan oppdragsgiver bestemme at dialogen foregår i faser, der antallet løsninger begrenses underveis. Nedvalg skal skje på grunnlag av tildelingskriteriene, og muligheten for nedvalg må være beskrevet i anskaffelsesdokumentene (se også omtalen av artikkel 38 i 12.32 nedenfor). Nedvalget under tildelingskriteriene må nødvendigvis skje på grunnlag av skriftlige dokumenter fra leverandørene, men det kreves ikke at disse inneholder alle elementer som er nødvendig for prosjektets utførelse slik tilfellet er for endelige tilbud, og kan typisk ta form av skisserte løsninger eller forslag.[1139] Ifølge artikkel 38 nr. 5 skal det i den avsluttende fasen gjenstå et antall løsninger som sikrer «reell konkurranse i den grad det er et tilstrekkelig antall løsninger eller egnede kandidater». Det ligger i dette at det normalt må være minst to løsninger igjen i den avsluttende fasen, men dette gjelder bare såfremt det gjenstår et tilstrekkelig antall «passende løsninger» som det heter i dansk språkversjon. Følgelig kan nedvalg på grunnlag av tildelingskriterier vise at «there is only one appropriate candidate or solution, which do not prevent the contracting authorities from continuing with the procedure».[1140]

Etter artikkel 27 nr. 5 skal oppdragsgiver fortsette dialogen inntil den «kan identifisere den eller de løsningene som kan oppfylle dens behov». Etter artikkel 27 nr. 6 skal oppdragsgiver etter å ha erklært dialogen for avsluttet, «anmode dem om å levere sine endelige anbud på grunnlag av den eller de løsninger som er blitt lagt fram og spesifisert i løpet av dialogen.» Ifølge artikkel 34 nr. 5 bokstav b skal slikt som tilbudsfrist fremgå av oppfordringen til å inngi tilbud, og ikke oppfordringen til å delta i dialogen. De endelige tilbudene «skal inneholde alle de elementer som er påkrevd og nødvendige for å gjennomføre prosjektet.» Det ligger i dette at «they are therefore complete tenders».[1141] Samtidig kan en kontekstuell tolkning tilsi at ikke-vesentlige forhold ved tilbudet kan utstå til valget av leverandør er gjort,[1142] se artikkel 27 nr. 7 (2) (som behandles like nedenfor.)

Det følger av artikkel 27 nr. 6 (2) at tilbudene kan «klargjøres, spesifiseres og tilpasses» på oppdragsgivers anmodning. Det presiseres at slike «klargjøringer, spesifiseringer, tilpasninger eller tilleggsopplysninger» ikke kan innebære «endringer av grunnleggende trekk» ved tilbudet eller konkurransegrunnlaget, fordi det kan være «konkurransevridende eller føre til forskjellsbehandling». I fortalens avsnitt 48 står det at konkurransepreget dialog ikke kan «benyttes på en slik måte at den begrenser eller vrir konkurransen, særlig med hensyn til å endre eventuelle grunnleggende aspekter ved anbudene gjennom å pålegge den valgte anbyder vesentlige nye krav». I lys av en tilsvarende formulering i fortalen til direktiv 2004/18/EF skriver Kommisjonen at «the room for maneuver that contracting authorities have after the submission of the final tenders is fairly limited.» Kommisjonen utdyper ikke sitt syn i særlig grad. Gitt formuleringen «tilpasninger» er det uansett grunn til å tro at rammene her er videre enn avklaringsadgangen som gjelder ved anbudskonkurranser.

I direktiv 2014/24/EU artikkel 30 nr. 6 (2) er ordlyden «tilpasses»/ «fine-tuned» erstattet med at tilbudet kan «optimeres»/ «optimised». At tilbudet kan optimeres tilsier at tilbudet stadig kan tilpasses, men der optimering tilsier at tilpasningene som gjøres, skal forbedre tilbudet.[1143] Kjernen i ordlyden er følgelig stadig den samme, og dermed fremstår det som en presisering av rettstilstanden.[1144] Dette underbygges også av at skrankene for avklaringer, optimeringer, stadig er at det ikke kan skje

[1139] Kommisjonens Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive s. 8.
[1140] Kommisjonens Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive s. 8.
[1141] Kommisjonens Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive s. 9.
[1142] Arrowsmith (2014) s. 920-921.
[1143] Om direktiv 2014/24/EU, se NOU 2023:26 kapittel 24.50.5.1 og LB-2022-60123.
[1144] Se også Arrowsmith (2014) s. 926 og 931.

«endringer av de grunnleggende aspektene» ved tilbudet eller anskaffelsen såfremt det fører til konkurransevridning eller forskjellsbehandling, jf. artikkel 30 nr. 6 (2) in fine.

Etter artikkel 27 nr. 7 skal oppdragsgiver evaluere tilbudene på grunnlag av tildelingskriteriene og velge det økonomisk mest fordelaktige tilbud i henhold til artikkel 47. Det følger av artikkel 27 nr. 7 (2) at oppdragsgiver kan anmode leverandøren med det økonomisk mest fordelaktige tilbud om «å klargjøre visse aspekter ved anbudet eller bekrefte forpliktelser i anbudet, forutsatt at dette ikke fører til noen endring av vesentlige aspekter ved anbudet eller anbudsinnbydelsen og heller ikke medfører noen risiko for konkurransevridning eller forskjellsbehandling». Det kan følgelig gjøres endringer som ikke er vesentlig ved at fører til konkurransevridning eller forskjellsbehandling. I det siste ligger det at endringer i foretrukket tilbud ikke kan medføre en endring i rangeringen ved at innstilte tilbud stadig må være best rangert.

I direktiv 2014/24/EU artikkel 30 nr. 7 (2) står det at det på anmodning fra oppdragsgiver kan føres «forhandlinger» med foretrukket leverandør for å «bekrefte økonomiske forpliktelser eller andre vilkår» i tilbudet «ved å ferdigforhandle kontraktsvilkårene». Forutsetningen er stadig at sluttforhandlinger ikke fører til endring av vesentlige aspekter ved tilbudet eller anskaffelsen, og heller ikke fører til risiko for konkurransevridning eller forskjellsbehandling. Det kan diskuteres om det utgjør en endring av rettstilstanden når ordene «presisere visse forpliktelser» eller «bekrefte forpliktelser» er erstattet med at oppdragsgiver kan føre «forhandlinger» og «ferdigforhandle kontraktsvilkårene». Mens tidligere ordlyd synes å forutsette at presiseringene gjelder forhold omtalt i tilbudet, kan ordlyden «ferdigforhandle kontraktsvilkårene» gå noe videre ved at det kan forhandles om forhold som ikke er behandlet i tilbudet så lenge det ikke er vesentlige forhold. På den annen side kan det at skrankene for sluttforhandlinger stadig er de samme som i tidligere rett ved at det ikke kan gjøres endringer i grunnleggende forhold, tilsi at endringen i 2014-direktivets ordlyd kun utgjør en presisering av rettstilstanden, og ingen endring.[1145]

Det følger av artikkel 27 nr. 8 at oppdragsgiver kan bestemme at deltakelse i dialogen skal premieres eller honoreres. Dette har sammenheng med at det kan være dyrt og tidkrevende å delta i dialogen.

12.21.2 Gjennomføring

Artikkel 27 i direktiv 2009/81/EF er gjennomført over flere bestemmelser i FOSA. I § 5-2 er vilkårene for bruk av konkurransepreget dialog angitt, og der også definisjonen av særlig kompleks kontrakt er gjengitt. I § 11-8 er det dialogen i konkurransepreget dialog forklart, mens reguleringen av endelig tilbud er regulert i § 11-9. Godtgjørelse for deltakelse følger av § 11-10.

I anskaffelsesutvalgets forslag er artikkel 30 i direktiv 2014/24/EU foreslått gjennomført med enkelte språklige justeringer. Det er foreslått et eget delkapittel om konkurransepreget dialog i kapittel 10 V, som inneholder seks bestemmelser i §§ 10-15 til 10-19. En tilsvarende struktur er foreslått for forsyningsreglene, der konkurransepreget dialog er foreslått regulert i kapittel 11 V, som inneholder 6 bestemmelser, som dels er noe mindre detaljert enn forslaget til lov for klassisk sektor.

[1145] Slik også Arrowsmith (2014) s. 923.

12.21.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å regulere konkurransepreget dialog etter samme struktur som forslag til ny anskaffelseslov og ny forsyningslov og at artikkel 27 dermed gjennomføres i flere bestemmelser.

Artikkel 27 må også ses i sammenheng med artikkel 33 og artikkel 34.

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre bestemmelsen i artikkel 27 nr. 1. i § 11-14 annet og femte ledd.

Artikkel 27 nr. 2 er foreslått gjennomført i § 11-14 tredje ledd.

Artikkel 27 nr. 3 foreslås gjennomført i § 11-7 om Gjennomføring av dialogen.

Artikkel 27 nr. 4 foreslås gjennomført i § 11-18 om Dialog i faser.

Artikkel 27 nr. 5, 6 og 7 foreslås gjennomført i § 11-19 om avslutning av dialog og innlevering av tilbud.

Artikkel 27 nr. 8 foreslås gjennomført i § 11-14 sjette ledd.

En forskjell fra de øvrige anskaffelsesdirektivene er ordlyden i artikkel 27 nr. 6 i forhold til hva man kan justere i tilbudet etter tilbudsfristens utløp. Arbeidsgruppen legger til grunn at det ikke er noen realitetsforskjell mellom direktivene her, jf. gjennomgangen ovenfor, og foreslår derfor en lik regulering i NOU:2023:26.

Videre er det et spørsmål om det er en realitetsendring i direktiv 2024/24/EU artikkel 30 nr. 7 annet avsnitt når det fremgår at det kan føres «forhandlinger» med foretrukket leverandør for å «bekrefte økonomiske forpliktelser eller andre vilkår» i tilbudet «ved å ferdigforhandle kontraktsvilkårene». Det vises til drøftelsen av dette ovenfor.

Flertallet i arbeidsgruppen, Dragsten, Arve, Karlstrøm, Mengshoel og Sikkeland mener at ordlyden i direktiv 2024/24/EU artikkel 30 nr. 7 annet ledd må anses som en presisering sett hen til at det som tidligere er angitt at rammene for endringene i denne fasen fortsatt er at det ikke kan gjøres endringer i grunnleggende forhold. Arbeidsgruppen foreslår derfor å innføre samme ordlyd som i forslag til ny anskaffelseslov.

Mindretallet, utvalgsmedlemmet Gulsvik viser til at ordlyden ble endret i direktiv 2014/24/EU og at det er en forskjell mellom hva man kan gjøre etter å ha mottatt endelig tilbud etter 2009/81/EF og etter 2014/24/EU. Mindretallet mener dermed at man ikke kan gjennomføre 2009/18/EF med teksten som ble foreslått for å gjennomføre 2014/24/EU.

12.22 Artikkel 28 – Forhandling uten forutgående kunngjøring

12.22.1 Direktivet

Artikkel 28 regulerer forhandlet prosedyre uten forutgående kunngjøring. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 31 i direktiv 2004/18/EF, men hvor artikkel 28 har noen spesifikke unntak tilpasset forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.[1146] I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er det foreslått ytterligere unntak fra kunngjøringsplikten, blant annet for felles innkjøp av medlemsstater og FoU-kontrakter.

[1146] Fortalen punkt 53.

Forhandling uten forutgående kunngjøring er en særskilt prosedyre som gjør unntak fra krav som ellers følger av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. For andre direktiver har EU-domstolen sagt at vilkårene for denne prosedyren derfor skal tolkes restriktivt,[1147] og der direktivet gir en uttømmende opplisting av når det kan anvendes forhandlet prosedyre uten kunngjøring. Dette kommer også til uttrykk i direktiv 2009/81/EF artikkel 25 nr. 4, hvor det står at under de omstendigheter som er «uttrykkelig nevnt i artikkel 28» kan det gjennomføres en anskaffelse uten forutgående kunngjøring. Samtidig kan det nok stilles spørsmål ved hensiktsmessigheten med en tilnærming under direktiv 2009/81/EF der vilkårene i artikkel 28 skal underlegges en streng tolkning. Det kan i noen tilfeller lede til at oppdragsgiver ikke sikres den fleksibiliteten som er nødvendig for ivaretakelse av vesentlige forsvars- og sikkerhetsinteresser. Konsekvensen kan i så fall bli at anskaffelsen i stedet må unntas etter artikkel123 EØS/ artikkel 346 TEUV om vilkårene for det er oppfylt, og det vil være noe kontrært til formålet med direktiv 2009/81/EF som dels er å begrense behovet for unntak etter traktaten.

Selv om artikkel 28 gjør unntak fra kunngjøringsplikten, gjelder stadig grunnprinsippene i artikkel 4, og direktivet gir også noen uttrykkelige regler for å sikre et minimum av gjennomsiktighet ved at oppdragsgiver må forklare i rapporten hvorfor unntaket anvendes, jf. artikkel 37 bokstav d, og dessuten må kontraktsinngåelsen kunngjøres, jf. artikkel 28 og 30 nr. 3 og vedlegg IV. Når det ikke gjelder krav til kunngjøring, vil det kunne øke terskelen for anvendelsen av artikkel 123 EØS ved at vesentlige sikkerhetsinteresser kan ivaretas innen rammene av direktivet.

Der det er grunnlag for å gjennomføre forhandlinger uten kunngjøring, er det opp til oppdragsgiver hvordan prosedyren gjennomføres. Det ligger i dette at oppdragsgiver «is free to consult the economic operators of its choice and to negotiate the terms of contract with one or more of these»,[1148] men valget av leverandør kan ikke være begrunnet i diskriminerende hensyn, jf. artikkel 4.[1149] Det kan stilles spørsmål ved om reglene om utelukkelsesplikt etter artikkel 39 nr. 1 gjelder i disse tilfellene, men det behandles nærmere ved omtalen av artikkel 39 (12.33 nedenfor).

I artikkel 28 nr. 1 er det gitt regler for anskaffelse med forhandling uten forutgående kunngjøring som kan gjelde for bygge- og anleggskontrakter, varekontrakter og tjenestekontrakter.

Artikkel 28 nr. 1 *bokstav a* gir mulighet for å bruke forhandling uten kunngjøring der det i forkant er avholdt en kunngjort konkurranse, men der det ikke er inngitt tilbud eller søknader om deltakelse, eller der det ikke er inngitt noen egnede tilbud. Det tilsvarer artikkel 31 nr. 1 bokstav a i direktiv 2004/18/EF. Bestemmelsen er videreført i artikkel 32 nr. 2 bokstav a i direktiv 2014/24/EU, men hvor det nå er presisert hva som utgjør ikke egnede tilbud. For en nærmere omtale av denne bestemmelsen vises det til NOU 2023: 26 kapittel 24.20.7.1.2.

Artikkel 28 nr. 1 *bokstav b* gir grunnlag for forhandling uten kunngjøring der det i en forutgående konkurranse ikke er avgitt forskriftsmessige tilbud. Bestemmelsen speiler artikkel 30 nr. 1 bokstav a i direktiv 2004/18/EF, men hvor det da er grunnlag for konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring. Bestemmelsen er videreført i direktiv 2014/24/EU artikkel 26 nr. 4 bokstav b, og som

---

[1147] Fortalen avsnitt 50, og sak C-71/92 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 36, sak C-57/94 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 23, forente saker C-20/01 og C-28/01 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 58, sak C-385/02 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 19, sak C-157/06 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 23, sak C-275/08 *Kommisjonen mot Tyskland* avsnitt 55, sak C-292/07 *Kommisjonen mot Belgia* avsnitt 106, sak C-19/13 *Fastweb* avsnitt 49, sak C-578/23 *Česká republika* avsnitt 24 og 27.
[1148] Kommisjonens Guidance Note on Research and development avsnitt 14.
[1149] Kommisjonens Guidance Note on Research and development avsnitt 14.

presiserer hva som utgjør ikke-forskriftsmessige tilbud. For innholdet i bestemmelsen vises det til NOU 2023: 26 kapittel 24.20.1.1.

Artikkel 28 nr. 1 *bokstav c* gir grunnlag for forhandling uten forutgående kunngjøring som tar høyde for særlige behov innen forsvars- og sikkerhetssektoren. Ifølge denne bestemmelsen kan prosedyreformen brukes når det i en nødsituasjon oppstått som følge av en krise, ikke er mulig å overholde direktivets tidsfrister, herunder de forkortede frister i artikkel 33 nr. 7 (punkt 12.27 nedenfor). Bestemmelsen har en viss parallell i artikkel 31 nr. 1 bokstav c i direktiv 2004/18/EF, som tilsvarer artikkel 28 nr. 1 bokstav d i direktiv 2009/81/EF, men den har samtidig særegne elementer ved at den gjelder i en krise.

Hva som utgjør en *krise* er definert i artikkel 1 nr. 10, hvor det står at begrepet omfatter «enhver situasjon i en medlemsstat eller i en tredjestat der det er inntruffet en skadelig hendelse som klart overstiger skadedimensjonene ved hverdagslige skadelige hendelser, og som i vesentlig grad truer eller virker negativt inn på menneskers liv og helse, eller har en vesentlig innvirkning på eiendomsverdier, eller krever tiltak for å forsyne befolkningen med livsnødvendigheter; en krise skal også anses for å ha oppstått dersom en slik skadelig hendelse vurderes å være umiddelbart forestående; væpnede konflikter og krig skal anses som kriser for dette direktivs formål». Definisjonen er nokså bred, og dekker i tillegg til krig og væpnede konflikter også naturkatastrofer og andre skadelige hendelser med tilsvarende alvorlighetsgrad. Definisjonen har muligens hentet noe inspirasjon fra TEUV art. 347 som har en konsultasjonsprosedyre blant annet ved krig og alvorlig internasjonal konflikt (punkt 8.6 ovenfor). I en EØS-kontekst kan det i tillegg til artikkel 123 bokstav c EØS være nærliggende å peke på også artikkel 112 EØS flg. om beskyttelsestiltak ved alvorlige samfunnsmessige vanskeligheter.

I artikkel 28 nr. 1 bokstav c nevnes som eksempel på tilfeller som begrunner forhandling uten forutgående kunngjøring situasjonen omhandlet i artikkel 23 nr. 2 bokstav d om tilleggsbehov som følge av en krise. Fortalen avsnitt 54 gir et annet eksempel når det står at «væpnede styrker kan for eksempel bli nødt til å gripe inn i krisesituasjoner utenlands, for eksempel i forbindelse med fredsbevarende operasjoner. Ved starten av eller under en slik intervensjon kan sikkerheten til medlemsstatene og deres væpnede styrker gjøre det nødvendig å tildele visse kontrakter med en hastighet som er uforenlig med de vanlige tidsfristene som pålegges av framgangsmåtene for tildeling av kontrakter fastsatt i dette direktiv. Slike krisesituasjoner kan også oppstå for sikkerhetsstyrker, for eksempel ved et terroristangrep på unionens territorium.».

Kriseunntaket i bokstav c kan altså brukes både ved starten og avslutningen av en krise. I motsetning til bokstav d, er det ingen vilkår om at situasjonen som har oppstått var uforutsett for oppdragsgiver, eller at oppdragsgiver ikke skal kunne tilskrives forholdene som påberopes. I praksis vil det nok ofte være uforutsette omstendigheter eller forhold som oppdragsgiver ikke kan tilskrives som gjør det nødvendig å påberope unntak fra kunngjøringsplikten, men fraværet av vilkår om dette i bestemmelsen underbygger at oppdragsgiver har et betydelig skjønn når den står overfor en krise slik definert i direktivet.[1150]

Etter artikkel 28 nr. 1 *bokstav d* kan oppdragsgiver gjennomføre forhandling uten kunngjøring når det ikke er mulig å overholde direktivets tidsfrister på grunn av forhold oppdragsgiver ikke kunne forutse eller kan tilskrives, og det er strengt nødvendig av tvingende grunner å anvende artikkel 28. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 31 nr. 1 bokstav c i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel

[1150] Arrowsmith (2018) s. 229.

32 nr. 2 bokstav c i direktiv 2014/24/EU. Innholdet i denne bestemmelsen er nærmere forklart i NOU 2023:26 kapittel 24.20.6.1.

At ikke er mulig å overholde direktivets frister betyr at selvforskyldt tidsnød ikke kvalifiserer til unntak fra kunngjøringsplikten, og det samme vil gjerne gjelde om oppdragsgiver burde forutsett anskaffelsesbehovet på et tidligere tidspunkt. I forslag til avgjørelse i sak C-525/03 *Kommisjonen mot Italia* drøfter generaladvokaten i avsnitt 63 flg. om skogbranner utgjorde tvingende grunner for direkte anskaffelse av helikoptre. Han mente at sesongpregede skogbranner er forutsigelige, mens skogbranner som skyldes uvanlige værfenomen ikke er det. Hvis vilkårene i artikkel 28 nr. 1 bokstav d ikke er oppfylt fordi det er tale om en selvforskyldt tidsnød er det også vanskelig å begrunne at artikkel 346 TEUV kan rettferdiggjøre unntak da det vil bære preg av omgåelse av EU-retten (punkt 8.3.2 ovenfor).

Etter artikkel 28 nr. 1 *bokstav e* kan oppdragsgiver gjennomføre forhandling uten kunngjøring når kontrakten av tekniske grunner eller av grunner som gjelder beskyttelsen av enerettigheter kun kan tildeles én leverandør. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 31 nr. 1 bokstav b i direktiv 2004/18/EF, foruten at alternativet «kunstneriske årsaker» ikke er gjentatt i artikkel 28 nr. 1 bokstav e i direktiv 2009/81/EF. I direktiv 2014/24/EU er bestemmelsen videreført i artikkel 32 nr. 2 bokstav b, hvor det også er gjort visse presiseringer. Det vises her til NOU 2023: 26 kapittel 24.20.7.1.2.

De høye kravene som gjerne stilles til forsvarsmateriell, slik som «state-of-the-art technologies»,[1151] kan føre til at utvalget av leverandører er rimelig begrenset. At oppdragsgivers behov bare kan imøtekommes av få eller kun én leverandør er ikke i seg selv i strid med likebehandlingsprinsippet, men oppdragsgiver kan ikke kunstig innskrenke konkurransen for å favorisere bestemte leverandører (12.3 ovenfor).[1152] Dersom kontrakten av tekniske grunner eller for beskyttelse av enerettigheter bare kan tildeles én leverandør, kan kontrakt inngås direkte uten forutgående kunngjøring.[1153]

Det følger av rettspraksis etter direktiv 2004/18/EF at tre vilkår må være oppfylt for at eneleverandørunntaket kan påberopes. For det første må det foreligge tekniske grunner eller årsaker som relaterer seg til enerettigheter. For det andre må disse grunnene gjøre det strengt nødvendig å tildele kontrakt til en bestemt økonomisk operatør.[1154] For det tredje må årsaken til enerettssituasjonen ikke kunne tilskrives oppdragsgiver.[1155] Oppdragsgiver må gjøre grundige undersøkelser som godtgjør at det ikke finnes andre leverandører i EØS som kan dekke oppdragsgivers behov.[1156]

Til alternativet tekniske årsaker for at det bare finnes én leverandør heter det i fortalen punkt 52 at dette bør «defineres nøye og begrunnes i hvert enkelt tilfelle». Som eksempler nevnes at det er «nærmest teknisk umulig for en annen markedsdeltaker enn den valgte å oppnå de fastsatte målene, eller at det er nødvendig å benytte særlig fagkunnskap, bestemte verktøy eller spesifikke midler som bare én markedsdeltaker har til disposisjon. Dette kan for eksempel være tilfellet ved modifisering eller ettermontering av særlig komplekst utstyr». Det er også beskrevet at tekniske årsaker som begrunner at det bare finnes én leverandør kan «skyldes særlige krav til samvirkningsevne eller sikkerhetskrav som må være oppfylt for å sikre at væpnede styrker eller sikkerhetsstyrker fungerer på en tilfredsstillende måte.»

[1151] SEC (2007) 1598 punkt 3.3.1.

[1152] Sak C-513/99 *Concordia Buss Finland* avsnitt 85.

[1153] Direktiv 2009/81/EF artikkel 28 bokstav e, avsnitt 52 i fortalen til direktivet.

[1154] Sak C-57/94 *Kommisjonen mot Italia* (24), sak C-392/02 *Kommisjonen mot Hellas* (34).

[1155] Sak C-578/23 *Česká republika* avsnitt 32.

[1156] Sak C-275/08 *Kommisjonen mot Tyskland* (30), sak C-578/23 *Česká republika* (30-31).

I sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* ble det anført at hensynet til helikopterflåtens ensartethet kunne begrunne direkte tildeling etter enerettsunntaket og unntaket for supplerende leveranser. EU-domstolen mente at italienske myndigheter ikke hadde godtgjort at vilkårene for unntak var oppfylt da det ikke var forklart hvordan endring av leverandør ville «tvinge den til at erhverve udstyr, som fremstilles efter en anden teknik, hvilket ville medføre, at det ikke var foreneligt med det andet udstyr, eller uforholdsmæssige tekniske vanskeligheder ved anvendelsen eller vedligeholdelsen.»[1157]

Til alternativet om beskyttelse av *enerett* er det klart at privatrettslige eneretter (immaterielle rettigheter) er omfattet, men hvor det ikke er tilstrekkelig at en leverandør har juridisk enerett til det som etterspørres hvis andre leverandører kan levere tilsvarende ytelser eller produkter.[1158] Hvorvidt også offentligrettslige eneretter er omfattet, kan være mer tvilsomt. Begrepet enerett er ikke definert i direktiv 2009/81/EF, men det er vanskelig å se at ordlyden i artikkel 28 er til hinder for at også offentligrettslige eneretter kan omfattes. Om ekvivalenten i klassisk sektor er det sparsomt med praksis, men den praksis som foreligger synes å gjelde privatrettslige eneretter.

Heller ikke i direktiv 2014/24/EU er begrepet enerett definert, men det er presisert at det inkluderer immaterielle rettigheter, jf. artikkel 32 nr. 2 bokstav b. Derimot er det gitt definisjoner av begrepet enerett i både direktiv 2014/23/EU og direktiv 2014/25/EU. Til gjengjeld er det her gitt inntil tre ulike definisjoner av hva som utgjør en enerett. I direktiv 2014/25/EU heter det i relasjon til reglene om *pliktsubjekter* at eksklusive rettigheter betyr rettigheter som er gitt av en kompetent myndighet iht. lov eller administrativ bestemmelse, og som i vesentlig grad påvirker andre aktørers muligheter til å utføre de aktuelle aktivitetene.[1159] Eneretter som er tildelt ved gjennomsiktige prosedyrer og på grunnlag av objektive kriterier er derimot ikke en enerett under reglene om pliktsubjekter.[1160]

Begrepet enerett er også brukt som vilkår for unntak fra kunngjøringsplikten i direktiv 2014/25/EU artikkel 50, men i denne konteksten tilsier fortalen punkt 20 at begrepet enerett skal gis en videre betydning enn under reglene om pliktsubjekter. Dette ved at dersom eneretten er tildelt på grunnlag av en gjennomsiktig prosedyre med objektive kriterier, vil ikke innehaveren være pliktsubjekt etter direktivet. Samtidig synes fortalen å forutsette at eneretten i slikt tilfelle kan begrunne unntak fra kunngjøringsplikten da innehaveren av eneretten er den eneste som kan tilby tjenestene i området. Formålet med enerettsunntaket i art. 50 gjør seg da gjeldende ved at det ikke er mulig å avholde en normal konkurranse. Overført til klassisk sektor og direktiv 2009/81/EF, kan dette tilsi at også offentligrettslige eneretter kan være omfattet av hhv. artikkel. 32 i direktiv 2014/24/EU og artikkel 28 nr. 1 bokstav e i 2009/81/EF.

I direktiv 2014/23/EU finnes det en ytterligere definisjon av enerett. I tillegg til dem som gjenfinnes i forsyningsdirektivet under pliktsubjekter, står det i artikkel 5 stk. 10 at en enerett betyr en rettighet gitt av en kompetent myndighet i henhold til lov eller offentliggjort administrativ bestemmelse, som er forenlig med traktatene. Definisjonen er myntet på unntak fra regelverkets anvendelse, som minner om FOA § 2-3, og som utvilsomt omfatter offentligrettslige eneretter, se også E-8/23 *Trannel* avsnitt 48 flg.

De øvrige direktivene har altså inntil tre ulike definisjoner av begrepet «enerett», i tillegg til at begrepet er brukt i regelen for unntak fra kunngjøringsplikten tilsvarende FOA § 13-4.

[1157] Sak C-337/05 *Kommisjonen mot Italia* avsnitt 59. Se også lignende anførsler i sak C-525/03 *Kommisjonen og Italia*, og Belgias anførsler i sak C-252/01 *Kommisjonen mot Belgia*.
[1158] Sak C-328/92 *Kommisjonen mot Spania* (17).
[1159] Direktiv 2014/25/EU art. 4 stk. 3 (2).
[1160] Artikkel 4 nr. 3 (2).

Offentligrettslige eneretter er gjennomgående omfattet av definisjonene som er gitt av enerett, og som i flere tilfeller heller avgrenser mot kontraktsrettslige enerettigheter.[1161] Når art. 28 ikke avgrenser mot eneretter på offentligrettslig grunnlag, er det nærliggende at også slike retter omfattes av bestemmelsen. Dette synes også forutsatt i juridisk litteratur.[1162]

Det kan diskuteres om det for anvendelsen av unntaket fra kunngjøringsplikten er et vilkår at eneretten er forenlig med EØS-retten. I motsetning til art. 11 i direktiv 2014/24/EU, står det ikke i artikkel 28 nr. 1 bokstav e (eller i art. 32 i direktiv 2014/24/EU) at eneretten må være forenlig med traktaten. Det er imidlertid naturlig når art. 28 også omfatter privatrettslige eneretter, og at det ikke er et uttrykkelige krav i direktivet utelukker heller ikke at det innfortolkes slike krav.[1163] Kontekstuelle argumenter kan tilsi at offentligrettslige eneretter må være forenlig med EØS-retten for at unntaket fra kunngjøringsplikten skal gjelde. De ulike definisjonene i anskaffelsesregelverket synes å ha til felles at reglene kommer til anvendelse dersom eneretten *ikke* er forenlig med EØS-retten. I slike tilfeller kan ikke art. 11 i direktiv 2014/24 eller art. 10 i direktiv 2014/23 påberopes, og hvis enerett ikke er tildelt etter gjennomsiktige prosedyrer, vil private aktører være pliktsubjekter på de vilkårene som følger av direktiv 2014/23/EU og direktiv 2014/25/EU.

Artikkel 28 nr. 1 bokstav e kan ikke påberopes der eneleverandørsituasjonen kan tilskrives oppdragsgiver. Dette ble slått fast i sak C-578/23 *Česká republika.* I saken hadde en tsjekkisk oppdragsgiver i 1992 inngått kontrakt med IBM om opprettelsen av et datasystem for skattemyndighetene. I 2013 ble det inngått en vedlikeholdskontrakt med samme selskap uten at det var gjort en forutgående kunngjøring. Begrunnelsen var behovet for teknisk kontinuitet, og der IBM hadde enerett til systemets kildekode. Nasjonale konkurransemyndigheter mente at oppdragsgiver ikke hadde rettsgrunnlag for direkte anskaffelse fra IBM, blant annet fordi oppdragsgiver hadde muliggjort innlåsingen.[1164] EU-domstolen bekreftet at unntaket ikke kan påberopes hvis enerettssituasjonen kan tilskrives oppdragsgivers handling eller passivitet.[1165] Domstolen presiserte at det tilkom den nasjonale domstolen å vurdere om oppdragsgiver:

> «rådede over reelle og i økonomisk henseende rimelige midler til at bringe denne enerettighedssituation til ophør i den nævnte periode, inden den besluttede at anvende udbud med forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse.»[1166]

I forlengelsen av dette kan det spørres om eneleverandørunntaket er anvendelig der oppdragsgiver ønsker å gjøre innkjøp fra en leverandør hvis produkt er utviklet gjennom en FoU-kontrakt med samme oppdragsgiver, og som typisk er inngått etter art. 13 bokstav j eller artikkel 28 nr. 2 bokstav a og b (se også punkt 9.3.4 og 10.4.5 ovenfor). I fortalen avsnitt 55 står det at FoU-kontrakter ikke kan nyttes «som middel til å omgå bestemmelsene i dette direktiv, herunder ved at det på forhånd fastsettes

---

[1161] Jf. også sak C-323/07 *Termoraggi* (25) og forslag til avgjørelse i sak C-159/11 *Ordine degli Ingegneri* (53).

[1162] Steinicke og Groesmeyer (2008) s. 849 viser til «lovbestemte monopoler», og bruker eneretter innen tele- og elvirksomhet før liberaliseringen som eksempler. Se også Wolswinkels kommentarer til art. 11 i Caranta mfl., avsnitt 11.06 og 11.12 som synes å forutsette at «enerett» i art. 11 også kan være enerett etter art. 32. Se også Arrowmith (2014), som diskuterer om lovbestemte monopoler er unntatt som sådan fra regelverket, jf. s. 1070 og s. 545.

[1163] Sml. dom og forslag til avgjørelse (40) i sak C-578/23 *Česká republika.*

[1164] Etter artikkel 31 nr. 1 bokstav c er det et vilkår at oppdragsgiver ikke kan tilskrives de tvingende grunnene som nødvendiggjør direkte anskaffelse, men tilsvarende vilkår følger ikke av bokstav b. Den foreleggende domstol spurte derfor om det også for bokstav b kreves at situasjonen ikke kan tilskrives oppdragsgiver.

[1165] Avsnitt 33.

[1166] Avsnitt 38.

valg av anbyder for senere trinn i konkurransen». Utgangspunktet er klart nok beskrevet i Kommisjonens meddelelse, der det står:

> «If a contracting authority/entity that has awarded a research contract under Article 13 (j) or Article 28 (2) intends to conclude follow-on contracts for the preproduction phase and/or supply contracts for the production phase, it has to apply the normal procedures provided for by the Directive. This usually means that such contracts have to be awarded in European-wide competition through a restricted procedure or a negotiated procedure with the publication of a contract notice or, where applicable, a competitive dialogue.»[1167]

Det ligger i dette at dersom oppdragsgiver anser det aktuelt å kjøpe produkter som er resultat av en FoU-kontrakt, bør det utlyses en konkurranse om vilkårene i artikkel 13 bokstav c ikke er oppfylt. Samtidig kan det vise seg at leverandøren i en FoU-kontrakt tilvirker et produkt som oppdragsgiver har behov for, og hvor det ikke finnes tilsvarende produkter på markedet slik at vilkårene i artikkel 28 nr. 1 bokstav e er oppfylt. I så fall kan det stilles spørsmål ved om oppdragsgiver har forårsaket eneleverandørsituasjonen. Dette er et ganske annet tilfellet enn i *Česká republika,* og det er ikke gitt at en forutgående tildeling av en FoU-kontrakt kan sidestilles med f.eks. innlåsing. En tilnærming kan imidlertid være at hvis oppdragsgiver ikke har kunngjort konkurransen om FoU-kontrakten i utgangspunktet, så har den ikke gjort nok for å unngå anvendelsen av eneleverandørunntaket. Hvorvidt dette er tilfellet bør antakelig vurderes konkret, og hvor det nok vil være sentralt å vurdere om oppdragsgiver ved direktetildelingen av FoU-kontrakten kunne forutse at den ville komme til å tildele en kontrakt om det ferdigutviklede produktet. Hvis det ikke var nærliggende, kan det tilsi at unntaket i artikkel 28 nr. 1 bokstav e kan påberopes om øvrige vilkår er oppfylt.

I artikkel 28 nr. 2 er det gitt regler for forhandling uten forutgående kunngjøring som kan gjelde tjenestekontrakter og varekontrakter, men ikke bygge- og anleggskontrakter.

Etter artikkel 28 nr. 2 *bokstav a* kan det gjennomføres forhandling uten forutgående kunngjøring «for andre forsknings- og utviklingstjenester enn dem omhandlet i artikkel 13». Hva som utgjør forsknings- og utvikling er definert i artikkel 1 nr. 27, som er behandlet under artikkel 13. Som det fremgår der, omfatter FoU-kontrakter bare «aktiviteter fram til en fase der det kan foretas en rimelig vurdering av nye teknologiers modenhet, og der de med rimelighet kan anses ikke lenger å være forbundet med risiko».[1168] I den grad det er en blandet anskaffelse, følger det av artikkel 1 nr. 5 (2) at «en kontrakt om både varer og tjenester skal anses som en «tjenestekontrakt» dersom verdien av de aktuelle tjenestene overstiger verdien av varene som omfattes av kontrakten.» Følgelig er det verdien som er avgjørende, og ikke hovedformålet med kontrakten.[1169]

Artikkel 28 nr. 2 bokstav a må ses i sammenheng med andre FoU-regler i direktivet. I artikkel 13 er det for det første unntak for FoU-kontrakter, og den påfølgende industrialiseringen, som skjer i et samarbeidsprogram med minst to medlemsstater, jf. bokstav c. For det andre er det i artikkel 13 bokstav j gjort unntak for nasjonale FoU-kontrakter om tjenester bortsett fra dem hvis «utbytte utelukkende kommer oppdragsgiver/offentlig oppdragsgiver til gode i egen virksomhet, og forutsatt at den tjenesten som ytes, fullt ut finansieres av oppdragsgiver/offentlig oppdragsgiver» (punkt 9.3.4 ovenfor). Når artikkel 28 nr. 2 bokstav a gjelder andre tilfeller enn dette, vil FoU-kontrakter som fullt

[1167] Kommisjonens Guidance Note on Research and development.
[1168] Fortalen avsnitt 55.
[1169] C-340/04 *Carbotermo* avsnitt 31.

ut finansieres av oppdragsgiver og som også får det fulle utbytte (typisk IP-rettigheter), kunne unntas kunngjøringen etter artikkel 28 nr. 2 bokstav a.

I artikkel 28 nr. 2 *bokstav b* muliggjøres forhandling uten forutgående kunngjøring «for produkter som utelukkende produseres til forsknings- og utviklingsformål, med unntak av serieproduksjon for å sikre lønnsomhet eller inntjening av kostnadene til forskning og utvikling». Bestemmelsen gjelder varer, men hva som er utelukkende til forsknings- og utviklingsformål er ikke nødvendigvis entydig. Imidlertid tilsier avgrensningen mot serieproduksjon at bestemmelsen «covers not only the supply of tailor-made products needed for research activities (measuring instruments, testbeds etc.), but also products resulting from these research and development activities».[1170]

I artikkel 28 nr. 3 er det gitt grunnlag for forhandling uten kunngjøring for nærmere angitte varekontrakter. Det omfatter supplerende leveringer på angitte betingelser (se punkt 9.2.5 ovenfor), varer kjøpt på varebørs, og varer kjøpt på særlig fordelaktige vilkår fra konkursbo og lignende. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 31 nr. 2 bokstav b, c og d, som er videreført i artikkel 32 nr. 3 bokstav b, c og d i direktiv 2014/24/EU. For innholdet i disse bestemmelsene vises det til NOU 2023:26 kapittel 24.20.7.1.3.

Artikkel 28 nr. 3 *bokstav a* inneholder imidlertid visse forsvars- og sikkerhetsspesifikke elementer. I fortalen avsnitt 51 er det presisert at «forsvars- og sikkerhetsutstyr ofte er teknisk komplekst» og at derfor «bør manglende kompatibilitet eller uforholdsmessige store tekniske vanskeligheter ved drift og vedlikehold … vurderes i lys av denne kompleksiteten og de tilhørende kravene til samvirkningsevne og standardisering av utstyr. Slik er det for eksempel ved integrering av nye komponenter i eksisterende systemer eller ved modernisering av slike systemer.» I bokstav b (2) står det videre at kontraktsperioden for tilleggsleveranser ikke skal være mer enn fem år med mindre det foreligger særlige omstendigheter, og der det særlig skal ses hen til forventet levetid og tekniske vanskeligheter med leverandørskifte. Til sammenligning er utgangspunktet etter både direktiv 2004/18/EF og direktiv 2014/24/EU at kontraktsperioden normalt er tre år. Ifølge direktiv 2009/81/EF artikkel 37 nr. 1 bokstav d skal oppdragsgiver i protokollen angi begrunnelsen for at kontraktsperioden eventuelt overskrider fem år (12.21 nedenfor).

I artikkel 28 nr. 4 er det gitt grunnlag for forhandling uten kunngjøring for nærmere angitte bygge- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter (se 9.2.5 ovenfor). Dette gjelder supplerende leveringer på nærmere angitte betingelser og opsjoner på nye bygge- og anleggsarbeider eller tjenestekontrakter som er en gjentakelse av lignende arbeider eller tjenester. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 31 nr. 4 i direktiv 2004/18/EF, som i hovedsak er videreført i artikkel 32 nr. 5. For innholdet i disse bestemmelsene vises det til NOU 2023:26 kapittel 24.20.7.1.5. Det er imidlertid gjort noen særlige tilpasninger til forsvars- og sikkerhetssektoren.

Ifølge artikkel 28 nr. 4 bokstav b må tilleggskjøp skje innen 5 år fra opprinnelig kontraktsinngåelse, med mindre det foreligger særlige omstendigheter, og hvor det særlig skal ses levetiden og tekniske vanskeligheter med å skifte leverandør. I direktiv 2004/18/EF artikkel 31 nr. 4 bokstav b står det til sammenligning at varigheten ikke kan overstige tre år, og ordlyden her åpner ikke for en forlengelse av denne perioden. Dette er videreført i artikkel 32 i direktiv 2014/24/EU, men den regelen bør også ses i sammenheng med artikkel 72 om endringer av inngått kontrakt. Ifølge artikkel 28 nr. 4 bokstav a (2) i direktiv 2009/81/EF kan den samlede verdien av supplerende bygge- og anleggsarbeider eller tjenester ikke overstige 50 % av opprinnelig kontraktsverdi. Til sammenligning med tidsgrensen på

[1170] Kommisjonens Guidance Note on Research and development avsnitt 18.

fem år i bokstav b, åpner ikke ordlyden i bokstav a for at verdigrensen på 50 % fravikes. Imidlertid står det i artikkel 37 nr. 1 bokstav d at oppdragsgiver i protokollen skal angi begrunnelsen for at verdigrensen i artikkel 28 nr. 4 bokstav a (2) er overskredet (12.31 nedenfor). Det kan problematiseres om direktivet med dette åpner for at også verdigrensen kan fravikes av særlige tilfeller, men det fremstå som en tvilsom tolkning når artikkel 28 nr. 4 bokstav a (2), i motsetning til reguleringen av tidsgrensen i bokstav b, ikke åpner for dette. Det gjelder særlig når vilkårene for å anvende artikkel 28 skal tolkes strengt. Artikkel 31 nr. 4 bokstav a (2) har en tilsvarende verdigrense, men uten at det står noe i artikkel 43 om at protokollen skal angi begrunnelsen for en eventuell overskridelse av denne grensen. Artikkel 32 nr. 5 i direktiv 2014/24/EU har ikke en tilsvarende verdigrense, men det har artikkel 72 nr. 1 bokstav b.

I artikkel 28 nr. 5 er det gitt et forsvarsspesifikt grunnlag for forhandling uten kunngjøring. Ifølge bestemmelsen kan denne prosedyren brukes for kontrakter som «gjelder levering av luft- og sjøtransporttjenester for en medlemsstats væpnede styrker eller sikkerhetsstyrker som er utplassert eller vil bli utplassert utenlands, når oppdragsgiver/offentlig oppdragsgiver må kjøpe slike tjenester fra markedsdeltakere som bare garanterer gyldigheten av sine anbud i så korte perioder at tidsfristen for en begrenset anbudskonkurranse eller et kjøp etter forhandling med kunngjøring av konkurranse, herunder de kortere tidsfristene som omhandlet i artikkel 33 nr. 7, ikke kan overholdes».

Artikkel 28 nr. 5 har visse likhetstrekk med artikkel 13 bokstav d, men situasjonen i artikkel 28 nr. 5 er noe snevrere. Det står i fortalen avsnitt 54 at «Medlemsstatenes væpnede styrker kan for eksempel bli nødt til å gripe inn i krisesituasjoner utenlands, for eksempel i forbindelse med fredsbevarende operasjoner. Ved starten av eller under en slik intervensjon kan sikkerheten til medlemsstatene og deres væpnede styrker gjøre det nødvendig å tildele visse kontrakter med en hastighet som er uforenlig med de vanlige tidsfristene som pålegges av framgangsmåtene for tildeling av kontrakter fastsatt i dette direktiv. Slike krisesituasjoner kan også oppstå for sikkerhetsstyrker, for eksempel ved et terroristangrep på unionens territorium.».

12.22.2 Gjennomføring

Artikkel 28 er gjennomført i FOSA § 5-3. I ARF § 7-6 står det skrevet at oppdragsgiver skal gjøre en evaluering av pris og de andre vilkår som er tilbudt basert på sammenliknbare data og/eller en kostnadsanalyse etter kapittel 17.

Anskaffelsesutvalget foreslår at den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 2024/24/EU gjennomføres i kapitlet 10 om anskaffelsesprosedyrer, fordelt over fire bestemmelser i del VII ved §§ 10-26 til 10-29.[1171] Forslaget for forsyningsregelverket er tilsvarende, der forhandling uten kunngjøring er regulert i kapittel 11 del VII §§ 10-26 til 10-29.

12.22.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å følge samme systematikk som anskaffelseslovutvalget har valgt. Det innebærer at artikkel 28 foreslås gjennomført i fire bestemmelser i kapittel 11 VII.

[1171] NOU 2023:26 punkt 24.20.7.2.

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre bestemmelsen på en direktivnær måte. Artikkel 28 nr. 1 første avsnitt bokstav a til e foreslås gjennomført i § 11-20.

Artikkel 28 nr. 2 gjelder forsknings- og utviklingskontrakter og foreslås gjennomført i et eget kapittel om forskning og utvikling i kapittel 9 § 9-3.

Artikkel 28 nr. 3 foreslås gjennomført i § 11-21 om vilkår for bruk av konkurranse med forutgående kunngjøring for varekontrakter.

Artikkel 28 nr. 4 bokstav a foreslås gjennomført i forslagets § 11-23.

Artikkel 28 nr. 4 bokstav b foreslås gjennomført i forslagets § 11-22 om vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for gjentagende kjøp av bygg- og anleggsarbeider og tjenester.

Artikkel 28 nr. 5 foreslås gjennomført i § 11-24 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for tjenestekontrakter.

Artikkel 28 nr. 5 skal forstås mer fleksibelt enn den tilsvarende unntaksbestemmelsen i direktiv 2024/14/EU. Dette fremgår av avsnitt 51 i fortalen til direktiv 2009/81.

Direktiv 2024/14/EU har i tillegg en angivelse av at det ikke skal foreligge rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiver har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør. Tilsvarende vil så langt det følger av grunnprinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet også gjelde for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Arbeidsgruppen har derfor i lovteksten inntatt en tilsvarende bestemmelse i lovforslaget, men det bør vurderes blant annet ut fra den varslede økede fleksibiliteten for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser fra kommisjonens side hvordan dette bør reguleres i ny lov.

12.23 Artikkel 29 – Rammeavtale

12.23.1 Direktivet

Artikkel 29 gir regler om rammeavtaler, og som er basert på artikkel 32 i direktiv 2004/18/EF, men hvor det i direktiv 2009/81/EF er gjort visse tilpasninger til forsvars- og sikkerhetssektoren. I direktiv 2014/24/EU er rammeavtaler regulert i artikkel 33, som er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.21. I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er det foreslått endring i artikkel 29 ved at rammeavtaler kan løpe i 10 år, og det er også foreslått at dynamisk innkjøpsordning skal være mulig etter direktiv 2009/81/EF.

I artikkel 1 nr. 11 er rammeavtaler definert til en avtale mellom en eller flere oppdragsgivere og en eller flere leverandører, og som har til formål å fastsette vilkårene for de kontrakter som skal tildeles i løpet av en gitt periode. Vilkårene er særlig pris og eventuelt planlagte mengder. En rammeavtale tar således sikte på å fastsette noen ytre rammer eller vilkår for de(n) senere tildelingen(e) av kontrakter over en fastsatt periode

Det står i artikkel 29 nr. 1 at oppdragsgiver kan inngå rammeavtaler. Det følger av nr. 2 (1) at oppdragsgiver må følge direktivets anskaffelsesprosedyrer ved tildeling av rammeavtale. Valget av parter i rammeavtalen skjer på grunnlag av tildelingskriteriene i artikkel 47. Direktiv 2014/24/EU har en tilsvarende bestemmelse, men det direktivet tilbyr flere prosedyrer enn direktiv 2009/81/EF. I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv vil de samme prosedyrene som i direktiv 2014/24/EU være tilgjengelig etter direktiv 2009/81/EF (punkt 12.18 ovenfor).

Det følger av artikkel 29 nr. 2 (2) at kontrakter som tildeles under en rammeavtale skal inngås etter prosedyrene i nr. 3 og 4. I fortalens avsnitt 21 er det forklart at tildeling av kontrakter under rammeavtaler bør overholde visse regler, som skal sikre oppdragsgiver den nødvendige fleksibilitet, men også oppfylle likebehandlingsprinsippet. Det står i nr. 2 (2) at kontrakter innenfor en rammeavtale bare kan inngås mellom de opprinnelige partene i rammeavtalen. Innholdet sammenfaller i all hovedsak med den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 2014/24/EU. Imidlertid er det en nyanseforskjell ved at det i sistnevnte påpekes at alle oppdragsgivere må være identifisert, og at det må gjøres i kunngjøringen av konkurransen eller i den veiledende kunngjøringen (dersom dette benyttes). Dette er ikke et eksplisitt krav i direktiv 2009/81/EF.

Det følger av artikkel 29 nr. 2 (3) at ved avrop under en rammeavtale, kan det under ingen omstendigheter foretas vesentlige endringer i avtalevilkårene (se også punkt 9.2.5 ovenfor). Det er ingen materielle forskjeller mellom denne bestemmelsen og bestemmelsen i direktiv 2014/24/EU.

Artikkel 29 nr. 2 (4) fastsetter at varigheten av en rammeavtale kan ikke overstige sju år, unntatt i ekstraordinære tilfeller, og der det skal tas hensyn til den forventede livssyklusen til leverte produkter, installasjoner eller systemer og til de tekniske vanskene som en endring av leverandør vil kunne medføre. Det er forklart i fortalen avsnitt 21 at hensynet til å sikre fleksibilitet og likebehandling begrunner at rammeavtaler ikke kan vare mer enn 7 år med mindre oppdragsgiver behørig begrunner at det er nødvendig med en lengre periode. I så fall skal det ifølge artikkel 37 nr. 1 bokstav e begrunnes i anskaffelsesprotokollen (punkt 12.31 nedenfor). I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er det som nevnt foreslått at rammeavtaler ikke kan vare mer enn 10 år unntatt i ekstraordinære tilfeller.

Det er forskjellig regulering på hovedregelen for maksimal varighet på rammeavtalen i direktiv 2009/81/EF og direktiv 2014/24/EU. I direktiv 2009/81/EF er det sju års varighet, mens det i de øvrige direktivene er fire år. Unntaket fra hovedregelen er i tillegg utformet forskjellig, ved at det i direktiv 2009/81/EF etter dansk språkversjon kreves "særlige omstændigheder" og i engelsk språkversjon «exceptional circumstances» som må ses i lys av enkelte konkrete hensyn, mens i 2014/24/EU kreves "ekstraordinære tilfeller" og som er begrunnet i rammeavtalens formål. Generelt må mulighet for lengre varighet på rammeavtaler i direktiv 2009/81/EF sammenlignet med direktiv 2014/24/EU ses i sammenheng med at det er lengre levetid til militært utstyr og større grad av langsiktige vedlikeholdsbehov som gjør seg gjeldende ved forsvarsavtaler.[1172]

Artikkel 29 nr. 2 (5) fastsetter at oppdragsgiver i unntakstilfeller som nevnt i artikkel 29 nr. 2 (4), skal legge fram en relevant begrunnelse for disse omstendighetene i meldingen omhandlet i artikkel 30 nr. 3.Hverken 2004/18/EF eller 2014/24/EU har tilsvarende bestemmelser. Sistnevnte direktiv har heller ikke tilsvarende regel i bilag V del D om hvilke opplysninger kunngjøringene av kontraktsinngåelse skal inneholde.

Artikkel 29 nr. 2 (6) fastsetter at oppdragsgiver ikke kan bruke rammeavtaler på utilbørlig vis eller på en måte som forhindrer, begrenser eller vrir konkurransen. Det var en tilsvarende bestemmelse i 2004/18/EF, uten at den ble videreført til 2014/24 EU, men det følger uansett av grunnprinsippene at oppdragsgiver ikke unødig kan begrense konkurransen (punkt 12.3 ovenfor).

Artikkel 29 nr. 3 (1) regulerer tilfelle der rammeavtale er inngått med én enkelt leverandør. I disse tilfellene skal kontrakter basert på den aktuelle avtalen tildeles innenfor de vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen. Ved tildeling av slike kontrakter kan oppdragsgiver skriftlig konsultere leverandøren i

[1172] Arrowsmith, The law of public and utilities procurement, vol 2, 2018.

rammeavtalen og om nødvendig anmode denne om å supplere sitt tilbud, jf. artikkel 29 nr. 3 (2). Det er tilsvarende bestemmelser som artikkel 29 nr. 3 (1) og (2) i 2004/18/EF eller 2014/24 EU. Det er noen få nyanser, men det er materielt ingen forskjell.

Artikkel 29 nr. 4 (1) fastsetter at dersom en rammeavtale blir inngått med flere leverandører, må de sistnevnte være minst tre i antall, i den grad det foreligger et tilstrekkelig antall leverandører som oppfyller utvelgelseskriteriene, og/eller et tilstrekkelig antall gyldige tilbud som oppfyller tildelingskriteriene. En tilsvarende grense var inntatt i 2004/18/EF, men denne gjenfinnes ikke i 2014/24/EU. I henhold til sistnevnte direktiv kan oppdragsgiver dermed inngå parallelle rammeavtaler med to leverandører. Dette er en forskjell fra direktiv 2009/81/EF hvor den nedre grensen som nevnt er tre leverandører.

Artikkel 29 nr. 4 (2) til (4) a til d gir nærmere føringer for rammeavtale med flere leverandører. Det er i all hovedsak tilsvarende bestemmelser i 2004/18EF og 2014/24/EU. Det er noen ytterligere presiseringer i 2014/24/EU som skiller seg noe fra artikkel 29 nr. 4 (3). I tillegg er det inntatt en bestemmelse om tilbudsfristens lengde i minikonkurranser i artikkel 33 (5) b) i 2014/24/EU som ikke er inntatt i direktiv 2009/81/EF. Denne bestemmelsen angir imidlertid kun at tilbudsfristen skal være tilstrekkelig lang, noe som også følger av kravet til forholdsmessighet. For øvrig vises til NOU 2023: 26 punkt 24.21.2.1.

12.23.2 Gjennomføring.

Artikkel 29 er inntatt i FOSA §§ 6-1, 6-2 og § 6-3. Det er også tatt inn en bestemmelse om ASAP-forordningen i § 6-4(se nærmer om ASAP forordningen i punkt 7.2.3 ovenfor). FOSA § 6-1 (4) var tema i Kofa-2022-1688, der nemnda fant at det ikke forelå særlige omstendigheter som kunne begrunne at rammeavtalen i saken skulle vare i ti år.

Anskaffelsesutvalget pekte på at anskaffelsesdirektivet inneholder en omfattende regulering av rammeavtaler, og at det er viktig at lovens bestemmelser om rammeavtaler gjennomfører direktivforpliktelsene så langt det er nødvendig og hensiktsmessig.[1173] Utvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 33 i ny lov §§ 11-1 til 11-5 i ny anskaffelseslov. Utvalget anbefaler videre at det utarbeides konkret veiledning om hvilke forpliktelser som følger av vedleggene til direktivene, når det gjelder kunngjøring.

12.23.3 Arbeidsgruppens vurdering

Det følger av artikkel 29 nr. 1 at det er opp til den enkelte medlemsstat om det skal åpnes for rammeavtaler. Rammeavtaler er mye benyttet og det også innenfor forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Utvalget foreslår derfor at det fortsatt skal være adgang til å inngå rammeavtaler i ny lov om forsvars og sikkerhetsanskaffelser.

Arbeidsgruppen foreslår av forenklingshensyn å gjennomføre artikkel 29 i flere bestemmelser. Systematikken blir dermed den samme som i forslag til ny anskaffelseslov. Arbeidsgruppen foreslår en direktivnær innføring av bestemmelsene, men med enkelte tilpasninger til norsk lovtradisjon.

Artikkel 29 nr. 1 og nr. 2, jf. artikkel 1 nr. 11 foreslås innført i § 12-1 som en generell bestemmelse om rammeavtaler. I bestemmelsen foreslås at det benyttes begrepet "særlige omstendigheter" i stedet for

[1173] NOU 2023: 26 kapittel 24.21.3.

"ekstraordinære tilfeller" som er foreslått i lov om offentlige anskaffelser. Dette for å legge seg nær opp til en direktivnær formulering.

Artikkel 29 nr. 3 foreslås gjennomført i § 12-2 om rammeavtaler med en leverandør.

Artikkel 29 nr. 4 foreslås gjennomført i § 12-3 om rammeavtaler med flere leverandører. Arbeidsgruppen foreslås videre å innføre artikkel 29 nr. 4 bokstav a i § 12-4 om direkte tildeling.

En forskjell mellom direktiv 2009/81/EF og direktiv 2014/24/EU er at sistnevnte angir at det kun er oppdragsgivere som er identifisert i kunngjøringen som kan benytte rammeavtalen. En slik regel er, som nevnt ovenfor, ikke inntatt i direktiv 2009/81/EF. Direktiv 2009/81/EF artikkel 29 nr. 2 annet avsnitt angir kun at det er oppdragsgivere som er part i rammeavtalen, som kan benytte tildelingsmekanismene i rammeavtalen. Arbeidsgruppen mener likevel at dette ikke utgjør en realitetsforskjell. Det følger av artikkel 30 nr. 2 at en oppdragsgiver som ønsker å inngå en rammeavtale skal gjøre dette kjent i en kunngjøring av konkurransen. Når denne bestemmelsen sees i sammenheng med artikkel 29, tilsier dette at også etter direktiv 2009/81/EF må oppdragsgivere som skal benytte en rammeavtale, være identifisert i rammeavtalen. Arbeidsgruppen har derfor valgt å innføre en bestemmelse om at oppdragsgiver må være identifisert i kunngjøringen, i § 12-1 tredje ledd.

12.24 Artikkel 30 Kunngjøringer

12.24.1 Direktivet

Artikkel 30 gir regler om kunngjøringer. Bestemmelsen tilsvarer i hovedsak artikkel 36 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført med noen endringer i artikkel 48 til 50 i direktiv 2014/24/EU, og sistnevnte bestemmelser er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.33. I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er det foreslått mindre endringer i artikkel 30 som tilpasning til at det innføres flere prosedyrer og innkjøpsordninger i direktiv 2009/81/EF.

Implikasjonene av kunngjøringsplikt er adressert i forarbeidene til direktiv 2009/81/EF, og det heter at lovgiver tilstrebet en balanse mellom informasjonssikkerhet og prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.[1174] Det er forklart i direktivets fortale avsnitt 56 at det er hensiktsmessig for å sikre gjennomsiktighet at det fastsettes regler om offentliggjøring av relevante opplysninger før og etter anskaffelsesprosedyren. I fortalens avsnitt 58 står det at utviklingen av effektive konkurranseforhold gjør det nødvendig at anskaffelser kunngjøres i i EU.

I artikkel 30 nr. 1 åpnes det for at en oppdragsgiver kan offentliggjøre en veiledende kunngjøring om de anskaffelsene som den planlegger å gjennomføre. Veiledende kunngjøring er frivillig, men hvis det gjøres kan oppdragsgiver på nærmere vilkår forkorte tilbudsfristene etter artikkel 33 nr. 3 (punkt 12.27 nedenfor). Ifølge artikkel 30 nr. 1 (5) finner ikke reglene om veiledende kunngjøring anvendelse ved anskaffelser med forhandling uten forutgående kunngjøring i henhold til artikkel 28.

Veiledende kunngjøringer offentliggjøres enten av Kommisjonene, eller av oppdragsgiver selv i dens kjøperprofil slik definert i vedlegg VI nr. 2. Ifølge artikkel 30 nr. 1 bokstav a kan det for varekjøp gis veiledende kunngjøring om antatt samlet verdi for kontrakter som oppdragsgiver vil inngå i løpet av de neste 12 månedene. Vareområdene skal fastsettes med henvisning til CPV-nomenklaturen, som er

[1174] Kommisjonens Staff Working Document SEC (2007)1598 final punkt 3.3.2 diskuterer utfordringer for informasjonssikkerheten at kontrakten kunngjøres, se også 3.4.1, 3.5.1.

definert i artikkel 1 nr. 1. Ifølge bokstav b kan det gis veiledende kunngjøring for antatt samlet verdi av tjenestekontrakter som oppdragsgiver tenker å inngå over de neste 12 månedene. Etter bokstav c kan det gis veiledende kunngjøring om de vesentligste karakteristikker ved bygge- og anleggskontrakter som tenker å inngå. Det står i nr. 1 (2) at veiledende kunngjøring skal fremsendes til Kommisjonen eller offentliggjøres i kjøperprofilen hurtigst mulig etter godkjennelsen av prosjektet som oppdragsgiver skal inngå kontrakt på grunnlag av.

Ifølge artikkel 32 nr.1 skal kunngjøringer inneholde opplysninger som er nevnt i bilag VI, og her er det blant annet forklart hva som skal fremgå av veiledende kunngjøringer, og informasjon som er påkrevd om offentliggjøring skjer på oppdragsgivers kjøperprofil. Det står i artikkel 30 nr. 1 (3) at dersom en veiledende kunngjøring offentliggjøres i oppdragsgivers kjøperprofil, skal oppdragsgiver gi Kommisjonen en elektronisk meddelelse etter reglene i vedlegg VI nr. 3. Ifølge artikkel 32 nr. 5 (3) må veiledende kunngjøringer ikke offentliggjøres i kjøperprofilen før meddelelsen er sendt Kommisjonen. Tilsvarende følger av direktiv 2014/24/EU artikkel 48, 51 og 52.

Det står i artikkel 30 nr. 1 (4) at offentliggjøring av veiledende kunngjøring bare er obligatorisk om oppdragsgiver vil anvende de forkortede fristene i artikkel 33 nr. 3. Ifølge den bestemmelsen kan tilbudsfristen forkortes hvis det er offentliggjort en veiledende kunngjøring etter artikkel 30 nr. 1. Det står imidlertid i artikkel 33 nr. 3 (3) at det bare gjelder om den veiledende kunngjøringen inneholder informasjonen for alminnelig kunngjøring inntatt i bilag IV, såfremt slike opplysninger foreligger ved offentliggjøringen. Videre må forhåndsmeddelelsen være sendt minst 52 dager og høyst 12 måneder før kunngjøringen blir sendt. Tilsvarende følger av artikkel 27. nr. 2 og artikkel 28 nr. 3 i direktiv 2014/24/EU.

Ifølge artikkel 48 nr. 2 i direktiv 2014/24/EU kan ikke-statlige myndigheter bruke en veiledende kunngjøring som eneste kunngjøring på de vilkår som fremgår av bestemmelsen, og som er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023: 26 kapittel 24.33.2. Dette var regler som ble innført ved 2014-direktivene, og som ikke gjelder for direktiv 2009/81/EF. Det er heller ikke foreslått innført ved Kommisjonens endringsdirektiv.

Ifølge artikkel 30 nr. 2 skal oppdragsgiver som ønsker å inngå en kontrakt eller rammeavtale etter prosedyrene i artikkel 25 til 27 offentliggjøre en kunngjøring. I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er det gjort tilpasninger til at flere prosedyrer foreslås innført i direktiv 2009/81/EF.

Artikkel 32 at nr. 1 krever at kunngjøringen inneholder informasjonen nevnt i vedlegg IV, og i nr. 2 står det at kunngjøringene skal sendes Kommisjonen slik forklart i vedlegg VI nr. 3 eller på annen måte. Kunngjøringsplikten er utslag av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, og det er obligatorisk med mindre det foreligger unntak etter artikkel 28, eller det kan gjøres unntak fra direktivets anvendelse etter artikkel 12 til 13, eller på grunnlag av traktatfestede unntak som artikkel 346 TEUV eller 123 EØS. Et aktuelt eksempel på unntak for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er som forklart i fortalens avsnitt 27 kontrakter som er så sensitive at kontraktens eksistens må holdes hemmelig.

Ifølge artikkel 30 nr. 3 skal oppdragsgiver som har inngått en kontrakt eller rammeavtale, kunngjøre resultatet senest 48 dager etter inngåelsen av kontrakten eller rammeavtalen. Den plikten gjelder ikke for kontrakter som tildeles under en rammeavtale. Derimot gjelder plikten til å meddele kontraktsinngåelser også for uprioriterte tjenester etter artikkel 16. Det er forklart i fortalens avsnitt 56 at hensynet til gjennomsiktighet gjør det nødvendig at oppdragsgiver kunngjør relevante opplysninger også etter prosedyren. I direktiv 2014/24/EU er tidsfristen 30 dager etter kontraktsinngåelse. I

Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er det foreslått regler for kunngjøring av kontraktsinngåelse under dynamiske innkjøpsordninger.

Det står i artikkel 30 nr. 3 (3) at offentliggjøringen av visse opplysninger om inngåelse av kontrakten kan unnlates hvis frigivelse av slike opplysninger vil kunne hindre rettshåndhevelse, eller på annen måte være i strid med offentlige eller private interesser. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 35 nr. 4 i direktiv 2004/18/EF, men det er i artikkel 30 nr. 3 presisert at offentlige interesser kan omfatte forsvars- og sikkerhetsinteresser. Det er forklart i fortalens avsnitt 56 at arten av kontraktene som omfattes av direktiv 2009/81/EF gjør at rettslige bestemmelser som gjennomfører politiske mål om forsvar og sikkerhet er særlig relevant.

I sak C-185/23 *Protectus* står det at medlemsstatene kan gjøre unntak fra plikten til å begrunne forvaltningsvedtak om det er nødvendig for å beskytte statens sikkerhet. Det står at:

> «I visse tilfælde kan meddelelsen af disse beviser udgøre en direkte og særlig trussel mod bl.a. statens sikkerhed, idet den bl.a. kan bringe personers liv, sundhed eller frihed i fare eller afsløre de særlige efterforskningsmetoder, der anvendes af de nationale sikkerhedsmyndigheder, og således kan gribe alvorligt forstyrrende ind i, eller sågar forhindre, den fremtidige gennemførelse af disse myndigheders opgaver»[1175]

Tilsvarende må gjelde for begrunnelser ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Det innebærer at oppdragsgiver ikke har plikt til å kunngjøre opplysninger hvis det kan sette personers liv, helse, eller frihet i fare. Det kan for eksempel være aktuelt om det er en påviselig risiko for represalier fra kriminelle grupper eller lignende der politiet gjør innkjøp. Det samme vil være tilfellet om kunngjøring av opplysninger kan avsløre etterforskningsmetoder og dermed alvorlig hindre politiets eller andre rettshåndhevende organers i deres arbeid (se også 8.3.2 B og 8.4.2 C ovenfor)..

Unntaket etter artikkel 30 nr. 3 er ikke begrenset til informasjon som skal holdes hemmelig av hensyn til statens sikkerhet. Også andre hensyn vil kunne oppfylle vilkårene i den bestemmelsen, for eksempel fortrolige opplysninger eller andre sensitive opplysninger. Imidlertid viser ordlyden bare til opplysninger om inngåelse av kontrakt, og ikke opplysninger i kunngjøringen. Det er likevel antatt at sensitive opplysninger som nevnt i artikkel 30 nr. 3 også kan unntas fra kunngjøringen,[1176] og det kan uansett forankres i artikkel 346 TEUV eller artikkel 123 EØS. For anskaffelser etter de andre direktivene er det vanligvis ikke grunnlag for å unnta opplysninger fra kunngjøringen fordi opplysningene som gis der er såpass overordnede og kortfattede.[1177] Det vil kunne stille seg annerledes for enkelte anskaffelser innen forsvars- og sikkerhetssektoren som er særlig sensitive, og i så fall vil det å unnta enkelte opplysninger fra kunngjøringen kunne være et mindre inngripende tiltak enn å unnta anskaffelsen som sådan fra direktivet.

12.24.2 Gjennomføring

Artikkel 30 nr. 1 er gjennomført i FOSA § 9-2. Artikkel 30 nr. 2 er inntatt i FOSA § 9-3, mens artikkel 30 nr. 3 er gjennomført i FOSA § 9-5.

[1175] Sak C-185/23 *Protectus* avsnitt 90. Se også sak C-300/11 *ZZ* avsnitt 66.

[1176] Arrowsmith (2015) avsnitt 13-53, Trybus (2014) s. 364.

[1177] Arrowsmith (2015) avsnitt 13-53.

Artikkel 48 i direktiv 2014/24/EU er foreslått gjennomført i ny anskaffelseslov §§ 14-1 og 14-2, mens anskaffelsesdirektivets artikkel 50 er foreslått gjennomført i ny anskaffelseslov § 14-4, jf. NOU 2023: 26, kapittel 24.33.2.

12.24.3 Arbeidsgruppens vurdering

Innholdet i direktiv 2009/81/EF artikkel 30 dekker mange av de samme områdene som det klassiske anskaffelsesdirektivets artikkel 48, 49 og 50. Det foreligger noen materielle ulikheter, men majoriteten av reglene er innholdsmessig de samme. Ved å ta utgangspunkt i det klassiske anskaffelsesdirektivets bestemmelser, og dermed anskaffelsesutvalgets forslag til § 14-1, § 14-2 og § 14-4, tydeliggjøres det i større grad at veiledende kunngjøring er frivillig, selv om det som tidligere nevnt ikke foreligger noen materielle ulikheter mellom direktivene.

Arbeidsgruppen mener det bør foretas noen nødvendige tilpasninger for å speile de helt særegne forhold som gjelder for direktiv 2009/81/EF. Dette gjelder for det første at det ikke er adgang til forhåndskunngjøring etter direktiv 2009/81/EF. Dessuten er enkelte av konkurranseformene som nevnes i det klassiske innkjøpsdirektivet fra 2014, enn så lenge ikke tillatte prosedyrer etter direktiv 2009/81/EF. Videre bør direktivets frist på 48 dager for oppdragsgiver til å fremsende kunngjøringen av konkurranseresultatet legges til grunn, i stedet for 30 dager som gjelder etter det klassiske innkjøpsdirektivet, med henblikk på å gi oppdragsgiver den nødvendige fleksibilitet som ligger i direktiv 2009/81/EF. I tillegg bør formuleringen "forsvars- og sikkerhetshensyn" inntas som eksempel på offentlige interesser som gir oppdragsgiver rettslig adgang til å unnlate offentliggjøring av opplysninger om inngåelse av en kontrakt eller rammeavtale, ettersom dette er en regulering som er spesifikk for direktiv 2009/81/EF.

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 30 nr. 1 i § 16-1 om veiledende kunngjøring, artikkel 30 nr. 2 i § 16-2 om alminnelig kunngjøring, artikkel 30 nr. 3 om kunngjøring av kontraktsinngåelse i § 16-3.

Arbeidsgruppen har vurdert hvorvidt muligheten for å benytte veiledende kunngjøring skal avgrenses mot prosedyren forhandling uten forutgående kunngjøring (artikkel 28) slik direktiv 2009/81/EF artikkel 30 nr. 1 siste avsnitt gjør. Selv om en veiledende kunngjøring ikke har en særskilt funksjon ved denne prosedyren, ser arbeidsgruppen det likevel som hensiktsmessig at oppdragsgivere, om ønskelig, også kan foreta en veiledende kunngjøring i disse tilfellene. En slik veiledende kunngjøring vil da fungere som en frivillig kunngjøring i samsvar med direktiv 2009/81/EF artikkel 31 (punkt 12.25 nedenfor).

Arbeidsgruppen foreslår ikke å innføre en regel om at kunngjøringen skal skje snarest mulig etter at anskaffelsen er besluttet gjennomført. Sett hen til at veiledende kunngjøringer er frivillig, har brudd på denne regelen ingen konsekvenser. Det viktigste for oppdragsgiver er å overholde fristene som er gitt i direktiv 2009/81/EF artikkel 33 nr. 3 tredje avsnitt, dersom oppdragsgiver ønsker å forkorte fristene for inngivelse av tilbud. Regelen om muligheten for å forkorte tilbudsfristene, er innført i lovforslagets § 11-8 fjerde ledd bokstav b for begrenset anbudskonkurranse og § 11-10 tredje ledd for konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring.

12.25 Artikkel 31 Frivillig kunngjøring

12.25.1 Direktivet

Ifølge artikkel 31 kan oppdragsgiver i samsvar med artikkel 32 kunngjøre kontrakter som ikke omfattes av direktivets krav til kunngjøring. Direktiv 2004/18/EF hadde en tilsvarende regel om frivillig kunngjøring i artikkel 37.

Artikkel 31 er materielt sett identisk med artikkel 51 nr. 6 direktiv 2014/24/EU, bortsett fra at det er obligatorisk med elektronisk fremsendelse etter direktiv 2014/24/EU. Elektronisk fremsendelse skjer i praksis uansett etter dagens FOSA, og innføring av krav om elektronisk fremsendelse etter artikkel 51 nr. 6 i direktiv 2014/24/EF gjør derfor ingen forskjell i praksis til anskaffelser etter direktiv 2009/81/EF (se om artikkel 36 i 12.30 nedenfor).

12.25.2 Gjennomføring

Artikkel 31 er ikke gjennomført i FOSA, på samme måte som i opprinnelige FOA.

Anskaffelsesutvalget foreslår å gjennomføre direktiv 2014/24/EF artikkel 51 nr. 6 i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser § 14-5 fjerde ledd, jf. NOU 2023:26, punkt 24.33.5.

12.25.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen mener det er fornuftig å ta inn en bestemmelse som tydeliggjør at oppdragsgiver også kan gjennomføre frivillige kunngjøringer av kontrakter som i utgangspunktet ikke omfattes av kunngjøringsreglene (se også punkt12.24.3 ovenfor). Arbeidsgruppen foreslår derfor å innføre artikkel 31 i en egen bestemmelse i kapittel 16 om kunngjøring. Bestemmelsen er inntatt i forslagets § 16-6 om frivillige kunngjøringer. Dette avviker fra anskaffelsesutvalgets forslag hvor samme regel er inntatt som fjerde ledd i § 14-5 Krav til innholdet i kunngjøringer. Siden frivillige kunngjøringer ikke angår innholdet i kunngjøringen, men hvilke anskaffelser som oppdragsgiver kan velge å kunngjøre, kan det fremstå noe misvisende og regelen blir gjemt når det tas inn som en del av en bestemmelse om kunngjøringens innhold. Arbeidsgruppen mener derfor at forenklingshensyn tilsier at bestemmelsen tas inn som en egen bestemmelse i kapitlet om kunngjøringer.

12.26 Artikkel 32 – Utforming av og form på offentliggjøring av kunngjøringer

12.26.1 Direktivet

Artikkel 32 inneholder krav til utforming og offentliggjøring av kunngjøringer. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 36 i direktiv 2004/18/EF, som i hovedsak er videreført i artikkel 51 i direktiv 2014/24/EU. Den bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023: 26 kapittel 24.33.5.

Reglene om kunngjøringsplikt følger av artikkel 30, mens artikkel 32 gir nærmere regler om hvordan kunngjøringen skal skje. Plikten til kunngjøring må forstås i lys av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet, og EU-domstolen har i noen saker vist til reglene om hva en kunngjøring skal inneholde ved vurderingen av om gjennomsiktighetsprinsippet krav er oppfylt.[1178] I fortalens avsnitt

[1178] Se f.eks. sak C-171/15 *Connexxion Taxi* avsnitt 38.

58 står det at kunngjøringen må inneholde opplysninger som gjør det mulig for leverandørene å vurdere om konkurransen er av interesse for dem, og at det derfor må gis tilstrekkelig opplysninger om kontraktens gjenstand.

Kunngjøringen skal ifølge artikkel 32 nr. 1 inneholde opplysningene som fremgår av vedlegg IV og eventuelle andre opplysninger som oppdragsgiver anser nødvendig. I vedlegg IV står det hvilke opplysninger som skal inngå i veiledende kunngjøring, alminnelige kunngjøring og kunngjøring av kontraktsinngåelse. Ifølge artikkel 32 nr. 1 skal oppdragsgiver bruke standardskjemaer som vedtas av Kommisjonen i henhold til artikkel 67 nr. 2. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 51 nr. 1 i direktiv 2014/24/EU, der vedlegg V angir hvilke opplysninger de enkelte kunngjøringer skal inneholde. Det står blant annet at CPV-nomenklaturen skal anvendes, og det begrepet er definert i artikkel 1 nr. 1, og viktigheten av å bruke dette systemet er understreket i fortalen avsnitt 58.

Ifølge artikkel 32 nr. 2 skal kunngjøringer som oppdragsgiver sender til Kommisjonen fremsendes enten i elektronisk format slik beskrevet i vedlegg VI nr. 3, eller på annen måte. Kunngjøringer skal offentliggjøres i samsvar med vedlegg VI nr. 1 bokstav a og b, som forklarer at de sendes til EUs publikasjonskontor som sørger for offentliggjøringen. Hvis oppdragsgiver benytter hasteprosedyren foreskrevet i artikkel 33 nr. 7 skal kunngjøringen sendes per fax eller elektronisk slik forklart i vedlegg VI nr. 3. Tilsvarende regel finnes ikke i direktiv 2014/24/EU som har et langt mer digitalt regime, og det samme kan gjøres gjeldende for direktiv 2009/81/EF (se også punkt 12.30 nedenfor).

Ifølge artikkel 32 nr. 3 (1) skal elektroniske kunngjøringer publiseres senest fem dager etter den er sendt. Det samme følger av artikkel 51 nr. 2 i direktiv 2014/24/EU. I nr. 3 (2) står det at kunngjøringer som ikke sendes elektronisk skal offentliggjøres senest 12 dager etter den ble sendt, men 5 dager om det er hasteprosedyren i artikkel 33 nr. 7. Tilsvarende regel finnes ikke i direktiv 2014/24/EU fordi det som nevnt er basert på et mer digitalt regime.

Etter artikkel 32 nr. 4 skal kunngjøringer offentliggjøres i sin helhet på et EU-språk som velges av oppdragsgiver. Det skal offentliggjøres sammendrag på andre språk. Kommisjonens omkostninger med dette bæres av EU. Etter artikkel 32 nr. 5 skal kunngjøringer ikke publiseres på nasjonalt plan eller i oppdragsgivers kjøperprofil før de er sendt til Kommisjonen. Etter artikkel 52 i direktiv 2014/24/EU kan det ikke skje nasjonal kunngjøring før kunngjøringen er publisert i EU, med mindre det har gått 48 timer og oppdragsgiver fortsatt ikke har fått bekreftelse om kontrakten er kunngjort i EU.

Ifølge artikkel 32 nr. 5 kan nasjonale kunngjøringer ikke inneholde andre opplysninger enn dem som omfattes av kunngjøringen i EU eller på oppdragsgivers kjøperprofil. Veiledende kunngjøringer må ikke offentliggjøres på oppdragsgiver kjøperprofil før Kommisjonen er notifisert etter artikkel 30 nr. 1 (3). Tilsvarende følger av artikkel 52 i direktiv 2014/24/EU.

Det står i artikkel 32 nr. 6 at ikke-elektroniske kunngjøringer ikke skal være lenger enn om lag 650 ord. Tilsvarende følger ikke av det digitale regimet i direktiv 2014/24/EU. Etter artikkel 32 nr. 7 må oppdragsgiver kunne bevise datoen kunngjøringen er oversendt, og det gjelder også etter artikkel 51 nr. 5 i direktiv 2014/24/EU. Det står i artikkel 32 nr. 8 at Kommisjonen skal sende oppdragsgiver en bekreftelse på at kunngjøringen er offentliggjort, og at det skal regnes som bevis for offentliggjøringen. Det samme følger av artikkel 51 nr. 5 i direktiv 2014/24/EU.

12.26.2 Gjennomføring

Direktiv 2009/81/EF artikkel 32 er gjennomført i FOSA § 9-1.

Anskaffelsesutvalget foreslår å gjennomføre artikkel 51 i direktiv 2014/24/EU i forslag til ny anskaffelseslov § 14-5.

12.26.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen vurderer at artikkel 32 inneholder en del praktiske regler om hvordan kunngjøringen skal skje og at det ikke er nødvendig å innta hele denne bestemmelsen i loven. Hovedtrekkene er ivaretatt i dagens elektroniske løsning med kunngjøring på DOFFIN med videresendelse av kunngjøringen til TED. I tillegg anses det ikke nødvendig å innta begrensningen på 650 ord som følger av artikkel 32 nr. 6 da all kunngjøring nå skjer ved elektronisk oversendelse.

Arbeidsgruppen foreslår å innføre de delene av artikkel 32 som det er hensiktsmessig å lovfeste, i forslagets § 16-5.

Arbeidsgruppen foreslår også å opprettholde den forskjellen som er mellom direktiv 2009/81/EF artikkel 32 nr. 5 første ledd og direktiv 2014/24/EU artikkel 52 nr. 1, jf. ovenfor, for å sikre mest mulig fleksibilitet for oppdragsgiver. Det medfører at det for anskaffelser som følger ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser kan innholdet i kunngjøringen offentliggjøres nasjonalt allerede når kunngjøringen er sendt til TED.

12.27 Artikkel 33 – Fastsettelse av frister

12.27.1 Direktivet

Artikkel 33 regulerer fastsettelsen av frister for inngivelse av tilbud og søknader om deltakelse. En lignende regel følger av artikkel 38 i direktiv 2004/18/EF, og som er videreført i direktiv 2014/24/EU artikkel 47, men hvor det også er gjort noen strukturelle endringer ved at minimumsfristene er inntatt under bestemmelsene for de ulike prosedyrene (se også punkt 12.18 flg. ovenfor). Artikkel 47 er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.32.3. I Kommisjonens endringsforslag er det foreslått endringer i artikkel 33 som følge av at det innføres flere innkjøpsprosedyrer i direktiv 2009/81/EF.

Frister for å inngi søknad og tilbud skal ifølge vedlegg IV fremgå av kunngjøringen. For sent innkomne tilbud skal avvises fra konkurransen, mens det er antatt at det ikke gjelder en tilsvarende ubetinget avvisningsplikt ved for sent innkomne søknader om deltakelse.[1179]

Ved kjøp av forsvarsmateriell kan tiden være prekær, og det kan blant annet være presserende behov for hurtige leveranser. Dette gjenspeiles også av direktiv 2009/81/EF artikkel 23 nr. 1 bokstav d, der det står at oppdragsgiver kan kreve tilsagn fra leverandøren om å etablere eller opprettholde kapasiteten som er nødvendig som følge av en krise. Direktivet har flere regler som skal sikre hurtige anskaffelser der det er påkrevd, og det er først hvis disse reglene ikke kan ivareta statens vesentlige sikkerhetsinteresser at unntak etter 346 TEUV vil være nødvendig.[1180]

[1179] Se kommentarer til artikkel 38.

[1180] Se også Trybus (2014) s. 342.

Ifølge artikkel 33 nr. 1 er hovedregelen at oppdragsgiver ved fastsettelse av frister for mottak av søknader og tilbud tar hensyn til kontraktens kompleksitet og tiden som er nødvendig for å utarbeide tilbud. Det må ses i sammenheng med direktivets formål om å sikre konkurranse om offentlige kontrakter, der tilbyderne må settes i stand til å inngi konkurransedyktige tilbud. På den annen side kan behovet for hurtige leveranser gjøre at oppdragsgiver forholder seg til minimumsfristene, eller anvender regler om forkortede frister.

Fristen fastsatt av oppdragsgiver kan ikke være kortere enn *minimumsfristene* som følger av artikkel 33, med mindre hasteprosedyren i nr. 7 kommer til anvendelse. I artikkel 33 nr. 2 står det at fristen for mottak av søknader om deltakelse er minst 37 dager fra kunngjøringen er sendt. Ifølge artikkel 33 nr. 4 kan fristen forkortes med syv dager om oppdragsgiver sender kunngjøringen elektronisk slik forklart i vedlegg VI (se også punkt 12.24 ovenfor).

Etter artikkel 33 nr. 2 (2) er minimumsfristen for mottak av tilbud ved begrensede anbudskonkurranser 40 dager fra oppfordringen etter artikkel 34 er sendt. Den var 52 dager i artikkel 38 i direktiv 2004/18/EF, mens den er 30 dager i artikkel 28 i direktiv 2014/24/EU, men 25 dager om oppdragsgiver bruker elektronisk kommunikasjon. Direktiv 2009/81/EF har ikke minimumsfrister for inngivelse av tilbud i forhandlet prosedyre eller konkurransepreget dialog, men også her krever artikkel 33 nr. 1 at fristen må gjøre det mulig å lage og inngi tilbud. Ifølge artikkel 34 nr. 5 bokstav b skal fristen for inngivelse av tilbud angis i invitasjonen til å inngi tilbud.

Tilbudsfristen etter artikkel 33 nr. 2 (2) kan *forkortes* på to måter. For det første kan tilbudsfristen i en begrenset anbudskonkurranse avkortes til 36 dager og unntaksvis ned til 22 dager, om det er kunngjort en veiledende kunngjøring som inneholder alle opplysninger i en alminnelig kunngjøring. Det står i artikkel 33 nr. 3 at den veiledende kunngjøringen må være sendt minst 52 dager og høyst 12 måneder før kunngjøringen av konkurransen. Fristen for inngivelse av tilbud løper her fra datoen da oppfordringen til å inngi tilbud ble sendt. I direktiv 2014/24/EU artikkel 28 står det minst 35 dager og høyst 12 måneder før kunngjøringen ble sendt.

For det andre kan tilbudsfristen i en begrenset anbudskonkurranse forkortes med fem dager dersom det gis fri og full digital tilgang til anskaffelsesdokumentene allerede fra datoen for kunngjøringen. Dette er forklart i artikkel 33 nr. 5, og i artikkel 34 nr. 2 andre strekpunkt står det at oppdragsgiver i invitasjonen til å gi tilbud skal opplyse tilbyderne om hvordan de får tilgang til anskaffelsesdokumentene. I artikkel 33 nr. 5 står det at avkortningen med 5 dager kan kumuleres med regelen n i artikkel 33 nr. 4, som foreskriver at fristen for å inngi søknad om deltakelse kan forkortes med syv dager om kunngjøringen skjer elektronisk. Dermed kan summen av søknadsfrist og tilbudsfrist i slike elektroniske begrensede anbudskonkurranser forkortes med til sammen 12 dager. I direktiv 2014/24/EU skal det som hovedregel gis vederlagsfri, ubegrenset og full direkte elektronisk adgang til konkurransegrunnlaget på kunngjøringstidspunktet, men det gis visse unntaksmuligheter i artikkel 22. Hvis ikke forlenges tilbudsfristen med 5 dager i åpen, begrenset og forhandlet prosedyre

I artikkel 33 nr. 6 er det gitt regler om *forlengelse* av tilbudsfristen. I artikkel 34 nr. 3 og nr. 3 er det gitt frister for oversendelse av anskaffelsesdokumenter eller eventuelle opplysninger til anskaffelsesdokumentene. Ifølge artikkel 33 nr. 6 skal oppdragsgiver forlenge tilbudsfristen med det som er nødvendig om anskaffelsesdokumentene eller supplerende opplysninger ikke er sendt innen fristen, og det gjelder uansett årsak. Det samme gjelder om det er bilagsmateriale eller andre anskaffelsesdokumenter som bare kan besiktiges eller være til gjennomsyn på stedet. Det kan være aktuelt for sikkerhetsgraderte anskaffelser, der gjennomgang av gradert informasjon typisk skjer i

oppdragsgivers lokaler. Også hvis det gjøres endringer i konkurransegrunnlaget må oppdragsgiver vurdere om det er behov for at fristen forlenges.[1181]

Ifølge artikkel 33 nr. 7 kan oppdragsgiver i *hastetilfeller* redusere fristene ytterligere, og det tilsvarer artikkel 28 nr. 6 i direktiv 2014/24/EU. Med hastetilfeller menes at det ikke er mulig å overholde direktivets minimumsfrister. Direktiv 2014/24/EU presiser at det akutte behovet skal være «behørigt godtgjort» av oppdragsgiver. Tilsvarende gjelder for artikkel 33 nr. 7 i direktiv 2009/81/EF for det er tale om en unntaksregel som skal tolkes strengt og hvor bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt påligger oppdragsgiver (se også punkt 9.3.2 ovenfor)

Hvis vilkårene i artikkel 33 nr. 7 er oppfylt, kan fristen for søknad om deltakelse være minst 15 dager fra kunngjøringen ble sendt, men ned til 10 dager om kunngjøringen skjer elektronisk etter reglene i vedlegg VI nr. 3. Fristen for mottakelse av tilbud i en begrenset anbudskonkurranse kan reduseres til 10 dager fra invitasjonen til å inngi tilbud ble sendt. Bestemmelsen bør ses i sammenheng med andre mekanismer i direktivet som muliggjør hasteinnkjøp. Ifølge artikkel 28 nr. 1 c og d og nr. 5 kan det i nærmere angitte tilfeller inngås kontrakt uten kunngjøring om det ikke er mulig å overholde selv de forkortede reglene i artikkel 33 nr. 7.[1182]

12.27.2 Gjennomføring

Artikkel 33 er gjennomført i FOSA kapittel 10. Regler om minimumsfrister ved begrenset anbudskonkurranse følger av § 10-1. Minimumsfrister ved konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, følger av § 10-2. Videre følger det av § 10-3 regler om minimumsfrister ved konkurransepreget dialog. Det følger av § 10-4 regler om minimumsfrister i hastetilfeller. Endelig regulerer § 10-5 om vedståelsesfrist og § 10-6 om frist for begjæring om midlertidig forføyning. De to sistnevnte reglene følger ikke av direktiv 2009/81/EF artikkel 33.

Anskaffelsesutvalgets forslag til ny anskaffelseslov svarer i all hovedsak til dagens regulering i lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår nærmere bestemt å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 47 i ny anskaffelseslov § 13-11 i tillegg til at minimumsfrister er regulert i bestemmelsene om de ulike anskaffelsesprosedyrene i kapittel 10.

12.27.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen mener at det er hensiktsmessig å dele opp artikkelen i flere bestemmelser i kapittel 11 om prosedyrer. Gruppen foreslår å gjennomføre artikkel 33 nr. 1 og nr. 6 i forslag til lov § 10-11 om fastsettelse av frister. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023:26 kapittel 24.32.3.

Artikkel 33 nr. 2, 4 og 7 foreslås gjennomført i § 11-4 om frister for å inngi forespørsel om å delta i konkurransen. Bestemmelsen viser til dager. Med dager menes kalenderdager.

Artikkel 33 nr. 1, nr. 2 annet avsnitt, nr. 3 og nr. 7 i § 11-6 inngivelse av tilbud.

Artikkel 33 nr. 2 foreslås gjennomført i § 11-15. Om frister for å inngi forespørsel om deltagelse. Artikkel 33 nr. 5 foreslås gjennomført i § 14-6 om elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumenter.

[1181] Sak C-298/15 *Borta* avsnitt 76.

[1182] Se punkt 12.22 ovenfor.

I 2014/24/EU artikkel 47 nr. 3 andre og tredje avsnitt er det videre presisert at forlengelsene skal være forholdsmessige og at det ikke er plikt til å forlenge, der dette har uvesentlig betydning for utarbeidelsen av tilbud. Det kan diskuteres om tilsvarende gjelder for direktiv 2009/81/EF i lys av forholdsmessighetsprinsippet.

12.28 Artikkel 34 – Oppfordring til å gi tilbud

12.28.1 Direktivet

Artikkel 34 gjelder oppdragsgivers invitasjon til leverandørene om å inngi tilbud eller delta i forhandlinger/dialog. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 40 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført med en del redaksjonelle endringer i artikkel 54 direktiv 2014/24/EU. Den bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.33.8.

Direktiv 2009/81/EF tilbyr enn så lenge bare begrensede prosedyrer (punkt 12.18 ovenfor). Det står i artikkel 38 nr. 4 at oppdragsgiver ikke kan invitere andre enn leverandører som har inngitt søknad og oppfyller kravene som er satt til deltakelse. Disse kravene følger av artikkel 39 til 46, og der det eventuelt kan skje en utvelgelse ved overtallighet etter artikkel 38 nr. 3. Det følger av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet at kravene til deltakelse må være uformet tilstrekkelig klart og presist slik at enhver deltaker kan forstå dem på samme måte, og oppdragsgiver kan forsikre seg om at kravene er oppfylt (punkt 12.32 nedenfor).[1183]

Ifølge artikkel 34 nr. 1 skal oppdragsgiver sende invitasjon om deltakelse samtidig og skriftlig til utvalgte søkere. Det skal sikre at tilbyderne har like muligheter når de bestemmer seg for om de vil inngi tilbud, og i så fall ved utformingen av tilbudet. I artikkel 34 nr. 2 står det at invitasjonen skal vedlegges konkurransegrunnlaget, eller opplysninger om hvor leverandøren kan få elektronisk adgang til dokumentene. Det tilsvarer artikkel 54 nr. 1 i direktiv 2014/24/EU.

Artikkel 34 nr. 3 regulerer tilfeller der en annen enhet enn oppdragsgiver har hånd om anskaffelsesdokumentene. Da skal det i invitasjonen angis hvordan tilbyderen får tilgang til disse, eventuelle frister og vederlag som måtte gjelde. Tilsvarende regel finnes ikke i direktiv 2014/24/EU som har hovedregel om fri elektronisk adgang til anskaffelsesdokumentene.

I artikkel 34 nr. 4 står det at supplerende opplysninger til konkurransegrunnlaget må gis senest seks dager før utløpet av tilbudsfristen, forutsatt at det er bedt om opplysninger i tide. Ved hasteprosedyren i artikkel 33 nr. 7 er fristen fire dager. Artikkel 34 nr. 4 må forstås i lys av at leverandørene før tilbudsfristens utløp gjerne har mulighet til å stille spørsmål om konkurransegrunnlaget. EU-domstolen har i sak C-538/13 *e-Vigilio* sagt at det ved vurderingen av om konkurransegrunnlaget er uklart blant annet skal tas hensyn til om «den berørte tilbudsgiver inden afgivelsen af sit tilbud ikke anmodede om en afklaring hos den ordregivende myndighed».[1184]

I sak C-298/15 *Borta* heter det at grunnprinsippene er til hinder for at det gjøres vesentlige endringer i konkurransegrunnlaget før tilbudsfristen, men på nærmere vilkår kan det gjøres ikke-vesentlige endringer.[1185] I sak C-368/10 *Kommisjonen mot Nederland* kunne ikke supplerende opplysninger

[1183] Se f.eks. sak C-27/15 *Pizzo.*
[1184] Sak C-538/13 *e-Vigilio* avsnitt 56.
[1185] Sak C-298/15 *Borta* avsnitt 70 flg.

avhjelpe ulovlige merkehenvisninger i konkurransegrunnlaget.[1186] Sammenlignet med åpne konkurranser skal det gjerne noe mer til før endringer i konkurransegrunnlaget påvirker deltakelsen i begrensede konkurranser om konkurransegrunnlaget bare er gitt til prekvalifiserte og inviterte leverandører (se også 9.2.5 ovenfor).

Ifølge artikkel 34 nr. 5 skal invitasjonen inneholde informasjonen beskrevet i bokstav a til e. Det er uttrykk for prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Ifølge bokstav a skal det være en henvisning til kunngjøringen. Bokstav b foreskriver at slik som tilbudsfrist, hvordan tilbud skal inngis, og språkkrav skal fremgå av invitasjonen, men for konkurransepreget dialog etter artikkel 27 skal disse opplysningene gis i invitasjonen til å inngi tilbud, og ikke i invitasjonen til å delta i dialogen. Det står i bokstav c at det ved konkurransepreget dialog også skal opplyses om den innledende høringen og språket det skal foregå på. Det står i bokstav d at det skal angis hvilken dokumentasjon som kreves for å godtgjøre at kravene til deltakelse etter artikkel 38 sammenholdt med artikkel 41 og 42, er oppfylt. Ifølge bokstav e skal vekten eller rekkefølgen av tildelingskriteriene angis om det ikke er gjort i kunngjøringen.

12.28.2 Gjennomføring

Artikkel 34 er gjennomført ulike steder i FOSA. Artikkel 34 nr. 1, 2 og 4 er gjennomført i FOSA §§ 10-1, 10-2 og 11-8. Artikkel 34 nr. 3 og 5 er gjennomført i FOSA § 8-1 og 11-9.

Anskaffelsesutvalgets vurdering er at artikkel 54 i direktiv 2014/24/EU bør gjennomføres i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser § 14-8. Selv om direktivet ikke benytter betegnelsen «invitasjon», foreslår utvalget å videreføre denne terminologien. Den er innarbeidet i Norge og gir en dekkende beskrivelse av bestemmelsens innhold.

12.28.3 Arbeidsgruppens vurdering

Artikkel 34 nr. 1 til 3 gjennomføres i forslagets § 11-5 (begrenset anbudskonkurranse), § 11-9 (konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring) og § 11-16 (konkurransepreget dialog).

Artikkel 34 nr. 4 gjennomføres i forslagets § 14-8 tredje ledd om endringer i anskaffelsesdokumentene.

Artikkel 34 nr. 5 forslås ikke gjennomført som en egen bestemmelse om innholdet i invitasjonen til å inngi tilbud. Opplysningene som angis i denne bestemmelsen er opplysninger som det er naturlig at anskaffelsesdokumentene inneholder opplysninger om. Arbeidsgruppen vurderer det slik at direktivforpliktelsen etter artikkel 34 nr. 5 dermed er oppfylt. Hvilke opplysninger som konkurransegrunnlaget skal inneholder, er regulert i kapittel 14, se særlig § 14-1.

12.29 Artikkel 35 – Meddelelse til leverandører

12.29.1 Direktivet

Artikkel 35 gir regler om begrunnelse til søkere og tilbudsgivere. Bestemmelsen tilsvarer i hovedsak artikkel 41 direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 55 i direktiv 2014/24/EU, og den

[1186] Sak C-368/10 *Nederland mot Kommisjonen* avsnitt 54 til 57

bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023: 26 kapittel 24.33.9. I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er det foreslått endringer i artikkel 35 som gjenspeiler at flere anskaffelsesprosedyrer og innkjøpsordninger blir tilgjengelige i direktiv 2009/81/EF.

Ifølge artikkel 35 nr. 1 skal oppdragsgiver hurtigst mulig gi søkere og tilbudsgivere beskjed om hvilke meddelelser som truffet med hensyn til inngåelse av kontrakt eller rammeavtale, og det omfatter også en begrunnelse for at konkurransen eventuelt avlyses (17 nedenfor). Det står i fortalen avsnitt 56 at søkere og tilbudsgivere bør motta opplysninger om resultatet av prosedyren. Kravet til begrunnelse er et utslag av prinsippet om gjennomsiktighet,[1187] men det følger også av prinsippene om god forvaltningsskikk og retten til domstolsbeskyttelse.[1188] Artikkel 35 må derfor ses i lys av reglene om håndheving i direktivets avsnitt IV, særlig artikkel 57 (punkt 15.3 nedenfor) og artikkel 62.

Det står i artikkel 35 nr. 1 at begrunnelsen skal være skriftlig hvis oppdragsgiver får en anmodning om det. Ifølge artikkel 35 nr. 2 skal oppdragsgiver på anmodning fra en berørt part hurtigst mulig og senest innen 15 dager etter mottakelsen av en skriftlig anmodning gi begrunnelser som foreskrevet i bokstav a til c. Det står i bokstav a at alle forbigåtte søkere skal få en begrunnelse for hvorfor søknaden om prekvalifisering er forkastet. Bestemmelsen er identisk med direktiv 2014/24/EU/EU artikkel 55 nr. 2 bokstav a.

I bokstav b står det at alle forbigåtte tilbudsgivere skal få begrunnelse for at tilbud eventuelt har blitt avvist. Bestemmelsen ligner artikkel 41 nr. 2 andre strekpunkt i direktiv 2004/18/EF, og artikkel 55 nr. 2 bokstav b i direktiv 2014/24/EU, men det er gjort tilpasninger i direktiv 2009/81/EF. Dette ved at artikkel 35 nr. 2 henviser til at oppdragsgiver må forklare hvorfor kravene til informasjons- eller forsyningssikkerhet etter artikkel 22 og 23 ikke anses oppfylt.[1189] Det henvises også til artikkel 18 nr. 4 og 5, der oppdragsgiver må forklare hvorfor tilbudet ikke er tilsvarende som det etterspurt i kravspesifikasjonene. Kravet til begrunnelse gjelder tilsvarende for andre beslutninger om avvisning enn manglende oppfyllelse av artikkel 18, 22 og 23.[1190]

Ifølge bokstav c skal alle tilbudsgivere som har inngitt tilbud som kunne vært antatt, men som ikke har vunnet, få en begrunnelse om vinnende tilbuds karakteristika og relative fordeler, samt navnet på leverandøren(e) som vant. Bestemmelsen er identisk med artikkel 41 nr. 2 tredje strekpunkt i direktiv 2004/18/EF, og mer eller mindre identisk med ordlyden i artikkel 55 nr. 2 bokstav c i direktiv 2014/24/EU.

Det står i artikkel 35 nr. 2 at oppdragsgiver av nærmere angitte grunner kan beslutte ikke å meddele opplysninger som nevnt i nr. 1. Det samme gjelder for opplysninger nevnt i nr. 2, for det står der at kravet om å gi begrunnelse på forespørsel gjelder med forbehold om bestemmelsen i nr. 3. Bestemmelsen ligner artikkel 41 nr. 3 i direktiv 2004/18/EF, og artikkel 55 i direktiv 2014/24/EU, men der det i artikkel 35 nr. 3 er spesifikt vist til forsvars- og/eller sikkerhetsinteresser som begrunnelse for unntak fra begrunnelsesplikten. Det er forklart i fortalens avsnitt 56 at rettslig bestemmelser som gjennomfører politiske mål innen forsvar og sikkerhet er særlig relevant.

I fortalens avsnitt 65 er det forklart at det kan være aktuelt å utelukke upålitelige tilbydere på grunnlag av beskyttede kilder, og i så fall kan ikke begrunnelsen for utelukkelsen meddeles leverandøren. Det er

---

[1187] Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 20.

[1188] Sak C-66/22 *Futrifer* avsnitt 87, sak C-927/19 *Klaipedos* avsnitt 120.

[1189] Kommisjonens meddelelse Security og Supply avsnitt 11, Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 19 flg.

[1190] Sak C-927/19 *Klaipedos* avsnitt 120.

også forklart av Kommisjonen at dersom vilkårene i artikkel 35 nr. 3 er oppfylt, kan oppdragsgiver «decide not to communicate information, even if this means that the candidate or tenderer cannot be informed of the main reason for its rejection».[1191]

I saker som C-54/21 *Antea Polska* har EU-domstolen sagt at leverandører ikke har krav på innsyn i fortrolige opplysninger i andres tilbud (se også 12.4 ovenfor). Imidlertid vil prinsippene om god forvaltning og effektiv domstolsbeskyttelse innebære at tilbyderne normalt må få innsyn i de vesentligste opplysningene i andre leverandørers tilbud. Det har likevel «ikke indvirkning på de særlige omstændigheder vedrørende bestemte produktmarkeder eller markeder for følsomme tjenesteydelser, der undtagelsesvis kan begrunde afslag på oplysninger».[1192] Som det fremgår av omtalen til artikkel 30 ovenfor (punkt 12.24), kan hensynet til statens sikkerhet som forklart i sak C-185/23 *Protectus* være et eksempel på opplysninger som kan unntas begrunnelsesplikten etter artikkel 35 nr. 3.

Kommisjonen understreker at selv om leverandøren ikke får meddelt opplysninger, står den fritt til å angripe oppdragsgivers beslutninger for nasjonale klageorganer.[1193] Det er i samsvar med langvarig praksis fra EU-domstolen,[1194] og rettspraksis tilsier at domstolene i så fall må ha adgang til å kunne innhente opplysningene som oppdragsgiver nekter å meddele leverandøren om det anses nødvendig (se også punkt 12.4 ovenfor),[1195] og at det også gjelder informasjon av hensyn til statens sikkerhetsinteresser.[1196]

12.29.2 Gjennomføring

Direktiv 2009/81/EF artikkel 35 er gjennomført i norsk rett i FOSA §§ 11-16 jf. 9-5.

Anskaffelsesutvalget behandler underretning til leverandører i 2014/24/EU artikkel 55 i NOU 2023:26 kapittel 24.33.9. Utvalget har foreslått at artikkel 55 gjennomføres i ny anskaffelseslov. Det er gjort enkelte språklige tilpasninger slik at lovforslaget svarer til terminologien i dagens anskaffelsesforskrift. For eksempel mener utvalget at «meddelelse» er et bedre begrep enn «underretning». Utvalget foreslår også å videreføre betegnelsen «berørte leverandører» som avgrenser kretsen for hvilke leverandører som kan be om en nærmere begrunnelse og skal motta en meddelelse. Videre mener utvalget at bestemmelsen bør deles opp slik at den ikke blir for omfattende. Utvalget pekte også på at bestemmelsen har en side til reglene om håndheving. Det er for eksempel i anskaffelsesforskriften § 25-1 (1) uttrykkelig angitt at oppdragsgiver i meddelelsen skal gi en begrunnelse for valget, og opplyse om karensperioden. Utvalget har foreslått å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 55 i ny anskaffelseslov §§ 14-9 til 14-11.

12.29.3 Arbeidsgruppens vurdering

Anskaffelsesutvalget har i NOU 2023: 26 kapittel 24.33 foreslått at bestemmelsene om oppdragsgivers meddelelser til leverandørene tas inn i kapittelet om kunngjøring. Arbeidsgruppen ser det derimot som

---

[1191] Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 20.
[1192] Sak C-54/21 *Antea Polska* avsnitt 76.
[1193] Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 20.
[1194] Sak C-927/19 *Klaipedos* avsnitt 105 og 120 flg.
[1195] E-14/24 *Elmatica* avsnitt 36, HR-2025-1218-A *Elmatica.*
[1196] Sak C-185/23 *Protectus* avsnitt 93 flg., og sml. tvl. 22-1 som ikke uten videre tillater det.

fordelaktig å skille ut dette i et eget kapittel da meddelelser fra oppdragsgiver har en annen funksjon enn kunngjøringsreglene. Det foreslås å gjennomføre artikkel 35 nr. 1 i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 21-1 om meddelelse fra oppdragsgiver, artikkel 35 nr. 2 i § 21-2 om meddelelse etter forespørsel fra en berørt leverandør og artikkel 35 nr. 3 foreslås gjennomført i § 21-3 om opplysninger som unntas fra meddelelser.

Arbeidsgruppen har videre vurdert hvorvidt det er hensiktsmessig å gå tilbake til systemet med to begrunnelser slik anskaffelsesutvalget foreslår. Dette særlig med hensyn til begrunnelsen for tildeling hvor det legges opp til at det gis en begrunnelse i meddelelsen om tildeling og deretter en nærmere begrunnelse dersom leverandøren etterspør det. Dette særlig sett hen til håndhevingsreglenes krav til effektive klagemuligheter, jf. direktiv 2009/81/EF artikkel 55 nr. 2 (og tilsvarende krav i håndhevelsesdirektivet), noe som tilsier at den første begrunnelsen som gis mens karensperioden løper må være tilstrekkelig til at leverandøren gis en reell mulighet til å vurdere om det er grunnlag for å påklage tildelingen. Arbeidsgruppen stiller på denne bakgrunnen spørsmål ved om det er en forenkling og effektivisering av regelverket å gjeninnføre systemet med to begrunnelser. Arbeidsgruppen merker seg imidlertid at problemstillingen er sett og vurdert av anskaffelsesutvalget i NOU 2024: 9 kapittel 27.6.6 og at anskaffelsesutvalget overlater til departementet «å vurdere om utvalgets forslag til ny § 14-9 innebærer at hele eller deler av utvalgets forslag til § 14-10 bør sløyfes.» Arbeidsgruppen stiller seg bak dette og ber departementet også vurdere om hele eller deler av § 21-2 i forslaget til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser bør sløyfes.

12.30 Artikkel 36 – Kommunikasjon

12.30.1 Direktivet

Artikkel 36 fastsetter reglene for kommunikasjon, og bestemmelsen tilsvarer artikkel 42 i direktiv 2004/18/EF. Det har skjedd endringer ved vedtakelsen av direktivene i 2014, der artikkel 22 i direktiv 2014/24/EU foreskriver at kommunikasjonen som hovedregel skal skje elektronisk. Den bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023: 26 kapittel 24.16.

Det følger av artikkel 36 nr. 1 at oppdragsgiver kan velge om den vil kommunisere per brev, fax eller elektronisk slik beskrevet i nr. 4 og 5, eller telefonisk om vilkårene i nr. 6 er oppfylt. Det kan også skje ved en kombinasjon av disse kommunikasjonsformene. Til sammenligning krever artikkel 22 nr. 1 i direktiv 2014/24/EU at kommunikasjonen skjer elektronisk, men der det er gitt diverse unntak, for eksempel for å beskytte opplysninger av særlig følsom karakter.[1197] Direktiv 2009/81/EF er ikke til hinder for at medlemsstatene innfører obligatorisk krav om elektronisk kommunikasjon for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser tilsvarende reglene i direktiv 2014/24/EU. Det underbygges av avsnitt 57 i fortalen til direktiv 2009/81/EF, hvor det står at samfunnsutviklingen tilsier at elektroniske kommunikasjonsmidler likestilles med tradisjonelle kommunikasjonsmidler, og i avsnitt 60 står det at elektroniske midler er tidsbesparende.

Ifølge artikkel 36 nr. 2 skal kommunikasjonsmiddelet oppdragsgiver velger være allment tilgjengelig og ikke begrense økonomiske aktørers adgang til tildelingsprosedyren. Det er et utslag av grunnprinsippene, og det står i fortalens avsnitt 57 at det i størst mulig grad skal velges kommunikasjonsmidler som er forenlig med teknologien brukt i andre medlemsstater. Også artikkel

[1197] Artikkel 22 nr. 1 (4) i direktiv 2014/24/EU.

22 i direktiv 2014/24/EU krever at de elektroniske kommunikasjonsmidlene er ikke-diskriminerende og alminnelig tilgjengelig.

Ifølge artikkel 36 nr. 3 skal kommunikasjonen, informasjonsutvekslingen og lagringen av informasjon skje på en måte som sikrer at dataintegriteten og fortroligheten av søknadene eller tilbudene beskyttes. Det må ses i sammenheng med artikkel 6, som pålegger oppdragsgiver å beskytte fortrolige opplysninger i tilbudet. Ifølge artikkel 36 nr. 3 skal det også sikres at oppdragsgiver ikke kan få kjennskap til innholdet i tilbud eller søknader før innleveringsfristen. Det er også et utslag av grunnprinsippene, og kan illustreres av saker som C-6/15 *Dimarso* der EU-domstolen skriver at evalueringsmodellen som klar hovedregel må fastsettes før tilbudsåpning.[1198] Artikkel 22 nr. 3 krever tilsvarende beskyttelse av opplysninger.

Ifølge artikkel 36 nr. 4 skal verktøyene som benyttes ved elektronisk kommunikasjon være ikke-diskriminerende, allment tilgjengelige og kompatible med informasjons- og kommunikasjonsprodukter som er i alminnelig bruk. Tilsvarende følger av artikkel 22 nr. 1 (1) i direktiv 2014/24/EU, men der er det også innført et unntak som muliggjør bruk av hjelpemidler som ikke er allment tilgjengelige. Direktiv 2009/81/EF er ikke til hinder for at det innføres et tilsvarende unntak om det innføres krav om elektronisk kommunikasjon.

Artikkel 36 nr. 5 spesifiserer kravene til elektroniske kommunikasjonsmidler i bokstav a til d. Etter *bokstav a* må opplysninger om hvordan søknader og tilbud kan inngis være tilgjengelig for berørte parter. Videre skal elektroniske plattformer være forenlig med vedlegg VIII, som i bokstav a til h oppstiller en rekke krav for slike systemer. Ifølge *bokstav b* kan medlemsstatene innføre krav om elektronisk signatur så lenge det er forenlig med artikkel 5 i direktiv 1999/93/EF.[1199] I artikkel 22 nr. 6 er dette regulert mer detaljert. Etter *bokstav c* kan medlemsstatene innføre eller opprettholde frivillige akkrediteringsordninger.[1200] Bestemmelsen er ikke videreført i 2014/24/EU, og heller ikke direktiv 2009/81/EF pålegger medlemsstatene å innføre en slik regel.

Ifølge *bokstav d* skal leverandøren forplikte seg til at dokumenter som ikke finnes elektronisk, men som er påkrevd etter artikkel 39 til 44 og 46, skal forelegges oppdragsgiver innen fristen for inngivelse av søknad eller tilbud. Direktiv 2014/24/EU har ikke tilsvarende regler, for det har blitt stadig enklere å konvertere dokumenter til digitalt format, og det er videre gjort unntak for kravet til elektronisk kommunikasjon i en del tilfeller. Direktiv 2009/81/EF er ikke til hinder for at det innføres en tilsvarende ordning som i direktiv 2014/24/EU.

Artikkel 36 nr. 6 regulerer inngivelse av søknader om deltakelse. Ifølge artikkel 38 nr. 4 kan ikke oppdragsgiver invitere andre aktører enn dem som har inngitt søknad om deltakelse, og oppdragsgiver må vurdere søknadene før den inviterer leverandørene til å inngi tilbud etter artikkel 34. Det følger av artikkel 36 nr. 6 bokstav a at søknader kan inngis skriftlig eller per telefon. I så fall krever bokstav b at det blir gitt en skriftlig bekreftelse innen utløpet av innleveringsfristen. I bokstav c står det at oppdragsgiver kan kreve at søknader som inngis per fax bekreftes per post eller elektronisk hvis det er nødvendig av bevishensyn. I så fall skal det fastsettes en frist og fremgangsmåte i kunngjøringen. Direktiv 2014/24/EU har som nevnt en annen regulering basert på elektronisk kommunikasjon, og direktiv 2009/81/EF er ikke til hinder for at tilsvarende skal gjelde for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

[1198] Se også sak C-331/04 *ATI.*

[1199] Avsnitt 59 i fortalen.

[1200] Avsnitt 59 i fortalen.

12.30.2 Gjennomføring

Artikkel 36 er gjennomført i FOSA § 7-1 og 7-2. Anskaffelsesutvalget foreslår å regulere 2014/24/EU artikkel 22 i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser § 9-5 til 9-9.

12.30.3 Arbeidsgruppens vurdering

I Norge har det vært krav om bruk av elektronisk kommunikasjon for alle oppdragsgivere siden 1. juli 2018, og formålet med det er å effektivisere anskaffelsesprosessene. Arbeidsgruppens vurdering er at kravene om elektronisk kommunikasjonsform bør gjelde tilsvarende for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Det kan inntas spesifikke unntak som gir oppdragsgiver nødvendig grad av fleksibilitet så fremt det av forsvars- og sikkerhetshensyn er legitime behov for å fravike hovedregelen om fullelektronisk kommunikasjon. Arbeidsgruppen foreslår derfor å innføre bestemmelser som er lik bestemmelsene i forslag til ny anskaffelseslov, og har vurdert det slik at dette ligger innenfor rammene for direktiv 2009/81/EF. Det vises i så måte til gjennomgangen ovenfor. Det vises videre til NOU 2023:26 kapittel 24.16.

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 36 i § 10-6 til § 10-9.

12.31 Artikkel 37 – Protokoll og dokumentering

12.31.1 Direktivet

Artikkel 37 stiller krav til at oppdragsgiver utarbeider en individuell rapport for hver anskaffelse, og at oppdragsgiver dokumenterer elektroniske anskaffelsesprosesser. Artikkel 37 tilsvarer artikkel 43 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført med noen endringer i artikkel 84 i direktiv 2014/24/EU, og den bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.42.

Ifølge artikkel 37 nr. 1 skal oppdragsgiver utarbeide en individuell rapport for hver kontrakt eller rammeavtale for å bekrefte at prosedyren ble gjennomført på en gjennomsiktig og ikke-diskriminerende måte. I norsk rett brukes begrepet anskaffelsesprotokoll om en slik individuell rapport. Ifølge avsnitt 126 til fortalen i direktiv 2014/24/EU, er det avgjørende for å sikre at anskaffelser går riktig for seg at prosessen er sporbar og gjennomsiktig. Derfor bør vesentlige elementer og beslutninger i prosessen dokumenteres i protokollen, og der direktivene angir hvilke opplysninger som oppdragsgiver som et minimum må nedtegne i rapporten såfremt de er relevante for den konkrete anskaffelsen.

Det kan diskuteres om opplysninger som ikke omfattes av minimumsopplysningene i bokstav a til j, likevel må nedtegnes i protokollen om det er tale om forhold som er vesentlige for å bekrefte at prosedyren har skjedd på en gjennomsiktig og ikke-diskriminerende måte. Det foreligger ikke rettspraksis fra EU-domstolen som sier det er en slik plikt, og heller ikke juridisk litteratur synes å drøfte problemstillingen inngående. Anskaffelsesutvalget synes å mene at direktivet ikke krever nedtegnelser ut over minimumspunktene i direktivet, men det foreslås innført en nasjonal plikt om å protokollere andre vesentlige forhold enn dem opplistet i direktiv 2014/24/EU artikkel 84 nr. 1, jf. NOU 2023: 26 kapittel 24.42.2.

I direktiv 2014/24/EU artikkel 84 nr. 1 (2) er det gjort unntak fra protokollplikten der det inngås kontrakter under rammeavtaler i overensstemmelse med artikkel 33 nr. 3 eller 33 nr. 4 bokstav a. Disse bestemmelsene tilsvarer direktiv 2009/81/EF artikkel 29 nr. 3 og nr. 4 (2) første strekpunkt, men artikkel 37 gjør unntak fra protokollplikten for slike kontrakter. Det kan muligens diskuteres om

kontrakter som inngås under en rammeavtale omfattes av ordlyden i artikkel 37 nr. 1 om at det skal skrives protokoll for hver rammeavtale som inngås, og som ikke nødvendigvis omfatter avropene under inngåtte rammeavtaler. Imidlertid er ordlyden tilsvarende i artikkel 84 nr. 1, og det er her antatt at protokollplikten gjelder for kontrakter inngått etter minikonkurranser tilsvarende artikkel 33 nr. 4 bokstav b i direktiv 2014/24/EU, eller artikkel 29 nr. 4 (2) andre strekpunkt.[1201]

Det står i artikkel 37 nr. 1 at anskaffelsesprotokollen minst skal inneholde opplysningene i bokstav a til j. I direktiv 2014/24/EU artikkel 84 nr. 1 (3) står det at hvis opplysninger omfattet av protokollplikten allerede fremgår av kunngjøringen, kan oppdragsgiver nøye seg med å henvise til kunngjøringen. Ifølge fortalen avsnitt 126 skal det begrense oppdragsgivers administrative byrder. Tilsvarende følger ikke av direktiv 2009/81/EF, men det er vanskelig å se at det vil være i strid med direktivet om protokollen henviser til informasjon som allerede er offentliggjort i kunngjøringen.

Ifølge *bokstav a* skal den inneholde oppdragsgivers navn og adresse, samt kontraktens gjenstand og verdi. Det samme følger av direktiv 2004/18/EF artikkel 43 (1) bokstav a, som er videreført i direktiv 2014/24/EU artikkel 84 nr. 1 bokstav a. Dette er opplysninger som også skal fremgå av kunngjøringen i henhold til artikkel 32 og vedlegg IV.

Ifølge *bokstav b* skal den valgte anskaffelsesprosedyren angis i protokollen. Dette er opplysninger som også skal fremgå av en alminnelig kunngjøring etter artikkel 32 og vedlegg IV. Artikkel 37 nr. 1 bokstav b har ingen direkte gjenpart i direktiv 2004/185/EF artikkel 43 eller direktiv 2014/24/EU artikkel 84, men disse direktivene krever imidlertid at begrunnelsen for å anvende særlige prosedyreformer nedtegnes i protokollen.

Ifølge *bokstav c* skal protokollen angi begrunnelsen for at vilkårene for å anvende konkurransepreget dialog eventuelt er oppfylt (punkt 12.21 ovenfor). Det samme følger av direktiv 2004/18/EF artikkel 43 (1) bokstav g. Tilsvarende følger også av direktiv 2014/24/EU artikkel 84 bokstav e, som også bestemmer at vilkårene for å anvende konkurranse med forhandling nedtegnes i protokollen, men det står ikke i artikkel 37 fordi oppdragsgiver etter direktiv 2009/81/EF står fritt til å anvende den prosedyren (punkt 12.20 ovenfor).

Ifølge *bokstav d* skal protokollen angi begrunnelsen for å anvende forhandling uten kunngjøring etter artikkel 28. Det står også at oppdragsgiver må angi de særlige grunner som begrunner at 5-årsfristen i artikkel 28 nr. 3 bokstav a (2) og artikkel 28 nr. 4 bokstav b (3) eventuelt er overskredet. Det står videre at protokollen må angi begrunnelsen for en eventuell overskridelse av verdigrensen på 50 % i artikkel 28 nr. 4 bokstav a (2). Artikkel 28 tillater uttrykkelig at nevnte 5-årsfrister kan overskrides ved særlige tilfeller, men noe tilsvarende står ikke for verdigrensen på 50 % i artikkel 28 nr. nr. 4 bokstav a. Som nevnt er det vanskelig å legge til grunn at det ved artikkel 37 likevel åpnes for at verdigrensen kan fravikes (punkt 12.22 ovenfor). Bokstav d i artikkel 37 tilsvarer direktiv 2004/18/EF artikkel 43 (1) bokstav f, men i den bestemmelsen står det ingenting om at overskridelse av verdigrensen på 50 % i artikkel 31 nr. 4 bokstav a (2), eller fristen på tre år i artikkel 31 nr. 2 bokstav b, må nedtegnes i protokollen. Det samme gjelder artikkel 84 i direktiv 2014/24/EU, som ikke henviser til tidsgrensene i artikkel 32 (verdigrensen på 50 % er ikke videreført i artikkel 32).

Ifølge *bokstav e* skal rapporten angi begrunnelsen for at en rammeavtale etter artikkel 29 eventuelt har en varighet som er mer enn syv år (punkt 12.23 ovenfor). Etter direktiv 2004/18/EF artikkel 32 kan rammeavtaler ikke vare i mer enn fire år unntatt i særlige tilfeller, men artikkel 43 krever ikke at begrunnelsen for at det foreligger et særlig tilfelle angis i protokollen. Heller ikke artikkel 84 i direktiv 2014/24/EU krever at oppdragsgiver angir de særlige grunner som etter artikkel 33 kan begrunne en varighet på rammeavtalen ut over fire år. At dette likevel er et krav etter artikkel 37 i direktiv

[1201] Gomes' kommentarer til artikkel 84 i direktiv 2014/24/EU i Caranta mfl. (2021) med videre henvisninger.

2009/81/EF kan skyldes at det er gjort særlige tilpasninger til forsvars- og sikkerhetssektoren ved at direktivet tillater betydelig lengre rammeavtaler enn i klassisk sektor.

Ifølge *bokstav f* skal rapporten angi navnet på søkerne og begrunnelsen for valget av dem. Denne delen av bestemmelsen må ses i sammenheng med direktivets begrensede prosedyrer (punkt 12.18 flg. ovenfor), og der det fremgår av artikkel 38 at oppdragsgiver ikke kan ta med andre leverandører i tildelingsprosedyren enn dem som har søkt om deltakelse og som oppfyller kvalifikasjonskravene (punkt 12.32 nedenfor). Artikkel 43 i direktiv 2004/18/EF krever ikke at tilsvarende opplysninger nedtegnes i protokollen, men i direktiv 2014/24/EU nr. 1 bokstav b står det at resultatet av den kvalitative utvelgelsen skal nedtegnes i protokollen, og ifølge i) omfatter det navnet på de valgte søkere eller tilbudsgivere samt begrunnelsen for valget av dem.

Ifølge *bokstav g* skal navnet på forbigåtte søkere og begrunnelsen for tilsidesettelsen av dem angis. Også denne delen av protokollplikten må ses i sammenheng med at det bare er prekvalifiserte tilbydere som blir invitert til å inngi tilbud. Oppdragsgiver må i protokollen nedtegne navnet og begrunnelsen for at leverandører blir avvist, eller ikke blir valgt om det skjer nedvalg etter artikkel 38 nr. 3 (punkt 12.32 nedenfor). De berørte leverandørene vil før øvrig ha krav på begrunnelse for hvorfor deres søknad ble forkastet, jf. artikkel 35 (12.29 nedenfor). Bokstav g i artikkel 37 tilsvarer direktiv 2004/18/EF artikkel 43 (1) bokstav c, som er videreført i direktiv 2014/24/EU artikkel 84 nr. 1 bokstav b ii).

Ifølge *bokstav h* skal oppdragsgiver i protokollen nedtegne begrunnelsen for tilsidesettelsen av tilbud. Foruten artikkel 49 om unormalt lavt tilbud har ikke direktiv 2009/81/EF regler om avvisning av tilbud, men oppdragsgiver kan forbeholde seg rett til å avvise tilbud som ikke oppfyller konkurransegrunnlagets krav, og etter grunnprinsippene kan den også være forpliktet til å avvise avvikende tilbud (12.32 nedenfor). Avviste leverandører vil ha krav på begrunnelse eller artikkel 35 (punkt 12.29 ovenfor), og også i protokollen må det altså angis en begrunnelse, men det må antas at denne begrunnelsen kan være langt mer kortfattet og overordnet enn begrunnelsen som gis berørte leverandører. I alle tilfeller må oppdragsgiver i henhold til artikkel 6 beskytte fortrolige opplysninger (punkt 12.4 ovenfor). I direktiv 2004/18/EF artikkel 43 bokstav d er protokollplikten begrenset til tilbud som avvises fordi de er unormalt lave, og det samme gjelder artikkel 84 i direktiv 2014/24/EU. Artikkel 37 bokstav h i direktiv 2009/81/EF kan derfor fremstå som en noe videre plikt siden den ikke er begrenset til unormalt lave tilbud.

Ifølge 37 nr. 1 *bokstav i* skal oppdragsgiver i protokollen nedtegne navnet på tilbyderen som får tildelt kontrakten, og begrunnelsen for valg av tilbud. Valg av tilbud skal skje etter tildelingskriteriene i artikkel 47 (punkt 12.41 nedenfor), og berørte tilbydere har etter artikkel 35 krav på begrunnelse for valg av tilbud. Det må også her antas at begrunnelsen for valg av tilbud i protokollen kan være langt mer overordnet og kortfattet enn begrunnelsen som må gis berørte leverandører etter artikkel 35. Første del av artikkel 37 nr. 1 bokstav i tilsvarer direktiv 2004/18/EF (1) bokstav e, som er videreført i direktiv 2014/24/EU artikkel 84 nr. 1 bokstav d.

Ifølge artikkel 37 bokstav i skal oppdragsgiver, såfremt opplysningene foreligger, også nedtegne i protokollen opplysninger om hvor stor del av kontrakten eller rammeavtalen som leverandøren har til hensikt eller er forpliktet til å gi i underentreprise til tredjemann. Bestemmelsen må ses i sammenheng med reglene om underleverandører i artikkel 21, der leverandøren også kan pålegges å anvende underleverandørregimet i artikkel 50 til 53 (punkt 12.14 nedenfor). I direktiv 2004/18/EF artikkel 43 (1) står tilsvarende at andelen av kontrakten som leverandøren har til hensikt å utkontraktere til underleverandører skal angis i protokollen om opplysningene er kjent. Det står derimot ikke noe om at andelen som leverandøren er forpliktet til å sette ut til underleverandører skal angis i protokollen, for det er en særregulering i direktiv 2009/81/EF (punkt 12.14 nedenfor). Artikkel 43 i direktiv 2004/18/EF er videreført i artikkel 84 i direktiv 2014/24/EU, men ifølge den bestemmelsen skal også navn på hovedleverandør og eventuelle underleverandører angis i protokollen. Det må ses i

sammenheng med reglene om gjennomsiktighet i kontraktskjeden som følger av artikkel 71 i direktiv 2014/24/EU, som er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023: 26 kapittel 24.37.2.

Ifølge *bokstav j* skal oppdragsgiver i protokollen nedtegne begrunnelsen for hvorfor den har besluttet ikke å inngå kontrakt eller rammeavtale (se om avlysning i 17 nedenfor). Ifølge artikkel 35 nr. 1 har berørte leverandører krav på begrunnelse for at konkurransen avlyses, og det må også gis en begrunnelse for dette i protokollen, men også her må det antas at begrunnelsen kan være mer overordnet og kortfattet enn den som må gis etter artikkel 35. Artikkel 37 bokstav j tilsvarer direktiv 2004/18/EF artikkel 43 (1) bokstav h, som er videreført i direktiv 2014/24/EU artikkel 84 nr. 1 bokstav g.

I direktiv 2014/24/EU artikkel 84 nr. 1 bokstav h står det at oppdragsgiver skal angi begrunnelsen for hvorfor det eventuelt ikke er brukt elektroniske kommunikasjonsmidler. Dette fulgte ikke av direktiv 2004/18/EF, og følger heller ikke av direktiv 2009/81/EF, men regelen i direktiv 2014/24/EU må ses i sammenheng med at elektronisk kommunikasjon som hovedregel er obligatorisk etter det direktivet, med nærmere angitte unntak i artikkel 22. Det gjelder ikke for direktiv 2009/81/EF (punkt 12.30 ovenfor), og artikkel 37 har derfor ikke en tilsvarende regulering.

I direktiv 2014/24/EU artikkel 84 nr. 1 bokstav i skal oppdragsgiver videre nedtegne i protokollen påviste interessekonflikter og tiltak som er truffet for å avhjelpe dette. Dette fulgte ikke av direktiv 2004/18/EF artikkel 43, og følger heller ikke av direktiv 2009/81/EF. Bestemmelsen i direktiv 2014/24/EU må ses i sammenheng med artikkel 24 om plikten til å identifisere og avhjelpe interessekonflikter. En tilsvarende regel følger ikke av uttrykkelig av direktiv 2009/81/EF, men en plikt til å identifisere og avhjelpe interessekonflikter følger av grunnprinsippene (punkt 12.32 nedenfor). Det kan muligens problematiseres om eventuelle opplysninger om dette uansett må nedtegnes i protokollen etter artikkel 37 nr. 1 om at det skal utarbeides en rapport som bekrefter at prosedyren har skjedd på en gjennomsiktig og ikke-diskriminerende måte, men anskaffelsesutvalget har lagt til grunn at direktivene ikke krever at andre vesentlige opplysninger enn dem oppregnet av direktivet må nedtegnes i protokollen.

Det fremgår av artikkel 37 nr. 2 at oppdragsgiver skal treffe passende tiltak for å dokumentere at avviklingen av anskaffelsesprosedyrer som har skjedd elektronisk. Bestemmelsen etterlater et betydelig skjønn til oppdragsgiver med hensyn til hva som er passende tiltak, men Kommisjonen har blant annet skrevet om hva den mener er god praksis for dokumentering av anskaffelsesprosesser.[1202] En tilsvarende dokumentasjonsplikt som i artikkel 37 fulgte også av direktiv 2004/18/EF artikkel 43 (2). Denne plikten er utvidet og gjort mer detaljert i direktiv 2014/24/EU artikkel 84 (2), der dokumentasjonsplikten også gjelder ikke-elektroniske prosesser, og hvor det blant annet kreves at dokumentasjonen skal oppbevares i minst tre år. Den bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023: 26 kapittel 24.42.1.

Ifølge artikkel 37 nr. 3 skal anskaffelsesprotokollen eller hovedelementene i denne meddeles Kommisjonen hvis den ber om det. For EFTA-landene i EØS-avtalen er det ESA som kan kreve fremlagt slike opplysninger.

12.31.2 Gjennomføring

Artikkel 37 nr. 1 er inntatt i FOSA § 3-11, mens bokstav a-j er regulert i vedlegg 4 til FOSA. I direktiv 2009/81/EF og de øvrige anskaffelsesdirektivene brukes begrepet «rapport». I dagens anskaffelsesforskift samt FOSA, brukes ordet «protokoll». Dokumentasjonsplikten i artikkel 37 nr. 2 er sikret i FOSA § 3-2 (7), hvor det står at oppdragsgiver skal fortløpende sikre at de vurderinger og

[1202] Se Gomes' kommentarer til artikkel 84 i direktiv 2014/24/EU i Caranta mfl. (2021), fotnote 12 med videre henvisninger.

den dokumentasjon som har betydning for gjennomføring av konkurransen er skriftlig, slik at tredjepersoner eller klageorganer i ettertid kan få en god forståelse av oppdragsgivers vurdering og upartiskhet.

Anskaffelsesutvalget foreslår å videføre begrepet protokoll, ettersom det er et innarbeidet begrep i norsk anskaffelsesrett. Anskaffelsesutvalget foreslår å gjennomføre anskaffelsesdirektivet artikkel 84 i ny lov om offentlige anskaffelser. Utvalget foreslår videre enkelte språklige justeringer slik at bestemmelsen samsvarer med norsk lovtradisjon. Det følger av NOU 2023: 26 kapittel 24.42.2 at forslaget til ny bestemmelsen ikke er ment å innebær noen realitetsendringer fra dagens bestemmelse i anskaffelsesforskriften. Det er foreslått å gjennomføre artikkel 84 i 2014/24/EU i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 24-1 og 24-2.

12.31.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen vurderer i likhet med anskaffelsesutvalget at begrepet protokoll bør videreføres, da det er innarbeidet i norsk anskaffelsesrett. Det er også det begrepet som er foreslått i ny anskaffelseslov i NOU 2023: 26 kapittel 24.42. Arbeidsgruppen foreslår å innføre bestemmelsen i kapittel 24 § 24-1.

Arbeidsgruppen foreslår, av hensynet til forenkling og størst mulig likhet mellom lovene, å innføre tilsvarende bestemmelser som i ny anskaffelseslov §§ 24-1 og 24-2. Gjennomgangen ovenfor viser at det i det store og hele er materielt sett like regler i anskaffelsesdirektivet og direktiv 2009/81/EF.

Arbeidsgruppen er videre enig med anskaffelsesutvalget i at det er hensiktsmessig å videreføre plikten til å innta informasjon om andre vesentlige forhold, som i dag er regulert i anskaffelsesforskriften § 25-5 andre ledd bokstav p og FOSA vedlegg 4, selv om en slik plikt ikke følger av noen av direktivene. En slik regel er hensiktsmessig for å sikre at oppdragsgiver inntar opplysninger om andre viktig forhold i protokollen, dersom det er slike.

12.32 Artikkel 38 - Egnethetsundersøkelse, utvelgelse av leverandører og tildeling av kontrakt

12.32.1 Direktivet

I. Fremgangsmåten for tildeling

Artikkel 38 er direktivets alminnelige bestemmelse om prosedyreforløp, og den forklarer fremgangsmåten for tildeling av forsvars- og sikkerhetskontrakter.[1203] Tilsvarende følger av artikkel 44 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 56 i direktiv 2014/24/EU, men hvor det også er gjort noen materielle og redaksjonelle endringer. Sistnevnte bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.34.

Det står i artikkel 38 at før kontrakter tildeles etter kriteriene fastsatt i artikkel 47 (tildelingskriterier) og 49 (unormalt lave tilbud), skal oppdragsgiver prøve egnetheten til leverandørene som ikke er utelukket i henhold til artikkel 39 (avvisning på grunn av forhold ved leverandøren) eller 40 (egnethet til å utøve yrkesvirksomhet), i samsvar med kriteriene for leverandørens kvalifikasjoner i artikkel 41–46. Hvis oppdragsgiver har begrenset antallet leverandører som blir invitert til å inngi tilbud, skal

[1203] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 16.

utvelgelsen skje på grunnlag av ikke-diskriminerende kriterier oppstilt i henhold til artikkel 38 nr. 3. Direktivet angir med dette følgende rekkefølge for evalueringen:

1. Om leverandøren skal utelukkes etter artikkel 39 eller 40,
2. Om leverandøren skal avvises som følge av manglende oppfyllelse av krav fastsatt i samsvar med artikkel 41 til 46,
3. Utvelgelse av hvem som skal inviteres til å delta i konkurransen dersom det er satt grenser for antall leverandører som vil bli invitert til å inngi tilbud i henhold til artikkel 38 nr. 3,
4. Vurdering av om det foreligger grunnlag for å avvise tilbudet som unormalt lavt (og eventuelt andre avvisningsgrunner uten at det eksplisitt er nevnt),
5. Tildeling av kontrakt.

Artikkel 56 nr. 2 i direktiv 2014/24/EU åpner i større grad for at oppdragsgiver kan velge rekkefølgen for vurderingen i åpne anbudskonkurranser. Direktiv 2009/81/EF tilbyr inntil videre bare begrensede konkurranser slik at forskjellen med artikkel 56 i direktiv 2014/24/EU enn så lenge ikke har noen betydning. Imidlertid har Kommisjonen foreslått at åpen anbudskonkurranse skal innføres også for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, men uten at det er foreslått regler tilsvarende artikkel 56 nr. 2.[1204]

Oppdragsgiver må ved evalueringen av søknader og tilbud overholde grunnprinsippene, og i saker som C-538/13 *e-Vigilio* har EU-domstolen uttalt at oppdragsgiver er tildelt en aktiv rolle for å sikre overholdelsen av grunnprinsippene.[1205] Det ligger blant annet i dette at oppdragsgiver må etterprøve om det er noen interessemotsetninger med noen av tilbyderne, og den må treffe passende tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe inhabilitet. I den saken hadde en tilbyder påpekt at oppdragsgivers sakkyndige rådgiver var kollega med flere personer som inngikk i vinnende leverandørs tilbud, og EU-domstolen mente slike opplysninger utløste en undersøkelsesplikt for oppdragsgiver. Samtidig var det opp til nasjonal rett å fastsette kriteriene for partiskhet, og bestemme rettsvirkningene av en eventuell partiskhet.[1206] I direktiv 2014/24/EU er interessekonflikter regulert i artikkel 24, og hvor artikkel 57 nr. 4 bokstav e gir avvisningsrett om det ikke finnes mindre inngripende måter for å avhjelpe interessekonflikten.[1207]

Ifølge artikkel 56 nr. 1 *bokstav a* skal oppdragsgiver vurdere om tilbudene oppfyller kravene som er satt i anskaffelsesdokumentene. Tilsvarende står ikke i direktiv 2009/81/EF, men det følger av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet at oppdragsgiver skal vurdere om tilbudet oppfyller de kravene som oppdragsgiver har satt.[1208] I saker som C-336/12 *Manova* har EU-domstolen uttalt at oppdragsgiver må tolke og anvende konkurransens regler likt overfor enhver tilbyder, og at det påligger den «strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat». Dette er også lagt til grunn av Høyesterett i HR-2025-1098-A *Consto*.

At selvpålagte regler må overholdes, innebærer på den ene siden at oppdragsgiver ikke kan avvise tilbud som oppfyller kravene i anskaffelsesdokumentene. Dette følger av saker som C-278/14 *Enterprise Focused Solutions*, der det står at oppdragsgiver i henhold til prinsippene om

[1204] KOM (2025) 823 final.
[1205] Sak C-538/13 *e-Vigilio* avsnitt 42.
[1206] Sak C-538/13 *e-Viglio* avsnitt 45 til 46. I en norsk kontekst se Rt. 2007 s. 983 *SB Transport* avsnitt 78 flg.
[1207] NOU 2023:26 kapittel 24.18 og NOU 2024:9 kapittel 9.6.6.
[1208] Se også NOU 2024:9 kapittel 12.

likebehandling og gjennomsiktighet ikke kan «afvise et bud, som opfylder betingelserne i udbudsbekendtgørelsen, af årsager, som ikke fremgår af denne bekendtgørelse».[1209]

En annen side av kravet til å overholde selvpålagte regler er at oppdragsgiver som klar hovedregel må avvise tilbud som ikke oppfyller konkurransegrunnlagets ufravikelige krav. Det illustreres av saker som C-42/13 *Cartiera dell'Adda*, der EU-domstolen skriver at det påhviler oppdragsgiver «strengt at overholde de kriterier, den selv har fastsat, således at den er forpligtet til fra udbuddet at udelukke en økonomisk aktør, som ikke har fremsendt et dokument eller en oplysning, som var påkrævet, idet aktøren ellers ville blive udelukket fra udbuddet».[1210] I sak HR-2025-1098-A *Consto* synes ikke Høyesterett å ta endelig stilling til spørsmålet om manglende oppfyllelse av ufravikelige krav i *alle* tilfeller leder til en avvisningsplikt.[1211] Samtidig slås fast at dersom oppdragsgiver «har presisert i anskaffelsesdokumentene at manglende oppfyllelse av et krav vil føre til utelukkelse, vil utgangspunktet derimot være at et avvik fører til ubetinget avvisningsplikt».[1212]

Ufravikelige krav kan både være materielle og formelle ettersom oppdragsgiver i alle tilfeller skal overholde selvpålagte regler. Et eksempel på formelle krav er tilbudsfristen, der for sent innkomne tilbud skal avvises fra konkurransen,[1213] mens det er antatt at EU-retten ikke ubetinget krever avvisning der det bare er forespørsel om deltakelse som er for sent inngitt.[1214] Brudd på kravene til obligatorisk kommunikasjonsmiddel vil også lede til avvisning. Med mindre annet fremgår uttrykkelig av konkurransegrunnlaget vil derimot brudd på krav til tilbudets utforming, slik som sideantallsbegrensninger, språkkrav, rekkefølgekrav og lignende sjeldent gi avvisningsplikt, med mindre avvikene er så betydelige at tilbudet ikke er sammenlignbart med andre tilbud.[1215] Noe annet er at oppdragsgiver i slike tilfeller kan ha rett til å avvise tilbud som ikke oppfyller konkurransegrunnlagets krav, men grunnprinsippene må stadig overholdes.[1216]

EU-domstolen har slått fast at grunnleggende betingelser i anskaffelsesdokumentene er ufravikelig. Det illustreres av saker som C-243/89 *Storebælt*, der leverandøren hadde tatt forbehold mot risikoen for prosjekteringen, og uten at konkurransegrunnlaget åpnet for det. EU-domstolen skrev at grunnleggende betingelser i konkurransen må oppfylles av tilbyderne fordi det er en forutsetning for at det kan gjøres en objektiv sammenlikning under tildelingskriteriene.[1217] I *Consto* legger Høyesterett til grunn at grunnprinsippene ikke krever at ethvert avvik fra kravspesifikasjonen gir avvisningsplikt.[1218] Det står at et sentralt moment for spørsmålet om avvisningsplikt er om tilbudet inneholder avvik som er til hinder for en objektiv sammenligning av tilbudene, og om avviket gir leverandøren en reell konkurransefordel.[1219] Det betyr at avviket må være «av en viss betydning» før avvisningsplikt er aktuelt, og hvor Høyesterett konkluderer med at det norske regelverket om avvisningsplikt ved vesentlig avvik er i samsvar med EØS-retten.[1220]

[1209] Sak C-278/14 *Enterprise Focused Solutions* avsnitt 28.
[1210] Sak C-42/13 *Cartier del'Adda* avsnitt 42, sak C-336/12 *Manova* avsnitt 40, sak C-27/15 *Pizzo* avsnitt 49.
[1211] HR-2025-1098-A *Consto* avsnitt 50 og 54 flg.
[1212] HR-2025-1098-A *Consto* avsnitt 81.
[1213] NOU 2024:9 kapittel 12.2.2, NOU 2014:4 kapittel 25.4.2.
[1214] NOU 2014:4 kapittel 25.3.3.3 og FOA § 24-1 (2) a.
[1215] Sml. sak C-87/94 *Vallonske Busser*
[1216] Arnesen mfl. (2022) s. 352.
[1217] Sak C-243/89 Storebælt avsnitt 37, 39 og 40.
[1218] HR-2025-1098-A *Consto* avsnitt 79.
[1219] HR-2025-1098-A *Consto* avsnitt 80.
[1220] HR-2025-1098-A *Consto* avsnitt 81.

EU-domstolen har slått fast at prinsippet om likebehandling er til hinder for at oppdragsgiver tildeler kontrakt til en tilbudsgiver som har inngitt tilbud som ikke er selvstendige og uavhengige. I sak C-531/16 *Ecoservice* hadde to søsterselskaper inngitt tilbud i samme konkurranse. EU-domstolen skrev at selskapsrettslig forbindelse ikke er nok til at tilbud fra tilknytte selskaper skal settes ut av betraktning. Det er først når det er gitt koordinerte eller samordnede tilbud, som hverken er selvstendige eller uavhengige og som dermed gir en uberettiget konkurransefordel, at likebehandlingsprinsippet forbyr antakelse av tilbudene det gjelder.[1221] I sak C-416/21 *Landkreis Aichach-Friedberg* heter det at det samme gjelder hvis to selskaper som utgjør samme økonomiske enhet har avgitt hver sine tilbud i konkurransen, og i slike tilfeller må oppdragsgiver være særlig påpasselig med å sikre at likebehandlingsprinsippet overholdes.[1222]

Selv om oppdragsgiver ikke har avvisningsplikt, kan det likevel foreligge avvisnings*rett* ved avvik fra konkurransegrunnlagets krav. Så lenge det ikke er tale om ubetydelige avvik vil oppdragsgiver gjerne ha avvisningsrett ved manglende oppfyllelse av konkurransegrunnlagets krav.[1223] Forsvar- og sikkerhetsanskaffelser er gjerne sensitive, og hvor det kan stilles strenge krav til det leverandørene skal levere. Av den grunn skal det ofte mindre til før avvik må anses som mer enn ubetydelige, og som derfor kan gi oppdragsgiver rett til å avvise tilbud.

II. Kvalifikasjonskrav

Det står i artikkel 38 nr. 2 at oppdragsgiver kan fastsette minimumskriterier i samsvar med artikkel 41 og 42.[1224] Bestemmelsen tilsvarer artikkel 44 nr. 2 i direktiv 2014/24/EU, og lignende følger av artikkel 58 nr. 1 i direktiv 2014/24/EU, som er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.35.1. I direktiv 2014/24/EU er reglene om oppdragsgivers kvalifikasjoner noe annerledes bygd opp, og det er også innført nye regler om dokumentasjon i form av ESPD. Disse gjelder ikke for direktiv 2009/81/EF.

Artikkel 38 nr. 2 viser bare til artikkel 41 og 42, og ikke artikkel 40 om egnethet til å utøve den aktuelle virksomheten. I artikkel 38 nr. 1 nevnes artikkel 40 sammen med artikkel 39, og et synspunkt kan være at krav om at leverandøren driver lovlig har en nærmere sammenheng med utelukkelsesgrunnene enn kvalifikasjonskravene i artikkel 41 og 42. Tilsvarende fulgte av artikkel 44 nr. 2 i direktiv 2004/18/EF, mens artikkel 58 i direktiv 2014/24/EU angir at egnetheten til å utøve den aktuelle virksomheten er et kvalifikasjonskrav. Det synes ikke å være en realitetsendring sammenlignet med tidligere rett. I sak C-6/20 *Sotsiaalministeerium* skriver EU-domstolen at artikkel 46 i direktiv 2004/18/EF er «et kvalitativt udvælgelseskriterium i forhold til tilbudsgiverne, som skal give ordregiverne mulighed for at vurdere de nævnte tilbudsgiveres egnethed til at udføre den pågældende offentlige kontrakt».[1225] Ved denne vurderingen må oppdragsgiver som ellers overholde grunnprinsippene.

[1221] Sak C-531/16 *Ecoservice* avsnitt 29 og 38 til 39.

[1222] Sak C-416/21 *Landkreis Aichach-Friedberg* avsnitt 62.

[1223] Sml. FOSA § 11-13 (2) a.

[1224] Om kvalifikasjonskrav se Kommisjonens meddelelse Security of Information kapittel 3, og meddelelse om security of supply kapittel 3.3.

[1225] Sak C-6/20 *Sotsiaalministeerium* avsnitt 45.

Kvalifikasjonskrav er minimumskriterier for egnethet, som skal sikre at deltakerne i konkurransen er i stand til å oppfylle kontrakten det konkurreres om.[1226] Direktiv 2009/81/EF tilbyr enn så lenge bare begrensede prosedyrer, og det står i artikkel 38 nr. 4 at oppdragsgiver bare kan invitere tilbydere som har søkt om deltakelse og som har nødvendig kapasitet. Kvalifikasjonskravene må følgelig være oppfylt for at leverandøren kan inviteres til å inngi tilbud, og i motsatt fall må leverandøren avvises fra konkurransen. EU-domstolen har som nevnt sagt at det påligger oppdragsgiver strengt å overholde selvpålagte regler for deltakelse,[1227] og det samme skriver Høyesterett i *Flage Maskin*.

Det er opp til oppdragsgiver å avgjøre om det skal stilles kvalifikasjonskrav i den enkelte anskaffelse, men den må i så fall holde seg innenfor rammene av artikkel 40 til 46.[1228] I sak C-195/21 *LB* skriver EU-domstolen at oppdragsgiver har «et vidt skøn» innen direktivets rammer til å fastsette kvalifikasjonskrav,[1229] og Høyesterett viser til det samme i HR-2022-1964-A *Flage Maskin*.[1230] Reglene for kvalitativ utvelgelse må skilles fra evalueringen av tilbudene under tildelingskriteriene,[1231] og de er således «strictly limited to the suitability of the economic operators and concerns therefore only their standing, ability and reliability as such, not the products and services they propose for execution of the contract».[1232]

I både sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* understreker EU-domstolen at oppdragsgiver kan stille særlig høye krav til tilbydernes egnethet der statens sikkerhetsinteresser gjør det nødvendig. I saken mot Polen gjentar EU-domstolen at oppdragsgiver har et skjønn ved fastleggelsen av kvalifikasjonskrav, og der det påvises at direktivets regler om kvalifikasjonskrav gir et betydelig handlingsrom til å ivareta statens sikkerhetsinteresser.[1233] I direktiv 2009/81/EF er det gjort visse tilpasninger som synliggjør oppdragsgivers handlingsrom til å ivareta særlige behov innen forsvar- og sikkerhetsanskaffelser,[1234] men grunnprinsippene må stadig overholdes.[1235]

Det følger av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet at kvalifikasjonskravene må angis i forkant, og i artikkel 38 nr. 2 (3) er det presisert at kvalifikasjonskravene skal fremgå av kunngjøringen.[1236] I saker som C-27/15 *Pizzo* har EU-domstolen sagt at krav til deltakelse må være formulert klart, presist og utvetydig slik at alle rimelig velinformerte tilbydere kan forstå dem på samme måte. Det skal også gjøre det mulig for oppdragsgiver å kontrollere oppfyllelse av kravene. Kvalifikasjonskrav må ledsages av dokumentasjonskrav, og det er gitt nærmere regler for det i artikkel 40 til 46.[1237] Ordningen med ESPD som gjelder for 2014-direktivene, gjelder som nevnt ikke for direktiv 2009/81/EF.[1238]

[1226] Se f.eks. sak C-295/20 *Sanresa* avsnitt 62.
[1227] Se f.eks. sak C-27/15 *Pizzo* avsnitt 39.
[1228] Sak C-368/10 *Kommisjonen mot Nederland* avsnitt 105.
[1229] Sak C-195/21 *LB* avsnitt 50.
[1230] HR-2022-1964-A *Flage Maskin* avsnitt 45 flg.
[1231] Sak C-532/06 *Liniakis* avsnitt 25 til 32.
[1232] Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 5, Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 15.
[1233] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 88 og 92 flg.
[1234] Avsnitt 67 og 68 til fortalen, artikkel 39 nr. 2 bokstav d og e, artikkel 42 nr. 1 bokstav h og j.
[1235] Sak C-195/21 *LB* avsnitt 49, sak C-6/20 *Sotsiaalministeerium* avsnitt 48 og 52.
[1236] Jf. også vedlegg IV om kunngjøring punkt 17 og avsnitt 61 i fortalen.
[1237] Sak C-27/15 *Pizzo* avsnitt 36, HR-2022-1964-A *Flage Maskin* avsnitt 47 flg.
[1238] Om ESPD se f.eks. sak C-631/21 *Taxi Horn.*

Tolkningen av kvalifikasjonskrav skal søke forståelsen til en normalt påpasselig og opplyst tilbyder. Høyesterett har i *Flage Maskin* sagt at det skal tas utgangspunkt i kvalifikasjonskravets ordlyd, men at det kan «være nødvendig å tolke og utfylle det generelle kvalifikasjonskravet med andre objektive momenter om hva kontrakten går ut på».[1239] EU-retten vil nok kunne sette grenser hvor for langt konkurransegrunnlaget kan *utfylles*. EU-domstolen har lagt til grunn at regler om deltakelse verken kan bero på en utvidende eller innskrenkende tolkning i lys av nasjonal rett, for det kan være særlig skadelig for utenlandske tilbydere.[1240] Poenget til Høyesterett i *Flage Maskin* er imidlertid at tolkningen av kvalifikasjonskravet ikke «må begrenses til den umiddelbare, isolerte forståelsen av hvordan det er formulert», men må suppleres med andre deler av konkurransegrunnlaget og formålet som forfølges. Også Høyesterett understreker at det ikke kan «legges til grunn en snevrere eller videre forståelse av kravene enn hva en samlet vurdering av konkurransegrunnlaget faktisk gir grunnlag for».[1241]

I prinsippet om likebehandling ligger et prinsipp om gjensidig anerkjennelse av yrkeskvalifikasjoner og kvalifikasjonsbevis. I avsnitt 64 i fortalen står det at de «relevante fellesskapsbestemmelsene om gjensidig godkjenning av diplomer, vitnemål eller andre formelle kvalifikasjonsbevis får anvendelse når det er nødvendig å dokumentere en bestemt kvalifikasjon». Det kommer også til uttrykk i for eksempel artikkel 40 når det står at oppdragsgiver kan kreve bevis for bestemt registrering eller autorisasjon i leverandørens hjemstat. I saker som C-6/20 *Sotsiaalministeerium* og sak C-86/21 *Sharengo* har EU-domstolen bekreftet at prinsippet om gjensidig anerkjennelse innebærer at oppdragsgiver må godta kvalifikasjonsbevis fra leverandørens hjemstat. Som det vil fremgå av omtalen til artikkel 42 nedenfor, gjelder imidlertid ikke prinsippet om gjensidig anerkjennelse fullt ut for sikkerhetsklareringer.

Proporsjonalitetsprinsippet er et generelt prinsipp i EØS-retten.[1242] Det kommer til uttrykk i artikkel 38 nr. 2 (2), der det står at kvalifikasjonskrav skal være relatert til og stå i forhold til kontraktens gjenstand. EU-domstolen har i flere saker sagt at det er i unionens interesse at et størst mulig antall tilbydere kan delta i konkurranser om offentlige anskaffelser.[1243] Krav til deltakelse skal derfor ikke være strengere enn nødvendig for å oppnå oppdragsgivers formål.

Proporsjonalitetsprinsippet er ikke uten videre til hinder for at det stilles strengere kvalifikasjonskrav enn regulatoriske minimumskrav i nasjonal rett. Det illustreres av sak C-195/21 *LB,* der det var stilt krav til teknisk byggeleders kompetanse som var strengere enn det som fulgte av den nasjonale plan- og bygningsloven i saken.[1244] EU-domstolen skrev at det er tillatt for oppdragsgiver å stille strengere krav så lenge det er begrunnet i kontraktens gjenstand, og står i et rimelig forhold til denne, og i den saken antok domstolen at oppdragsgiver ikke hadde overskredet sin skjønnsmargin.[1245] I forsvars- og sikkerhetsanskaffelser vil det ofte være grunn til å stille særlig strenge kvalifikasjonskrav, og som derfor kan gjøre det aktuelt å stille strengere krav enn eventuelle regulatoriske minimumskrav i nasjonal rett.

[1239] HR-2022-1964-A *Flage Maskin* avsnitt 51.
[1240] Sak C-27/15 *Pizzo* avsnitt 46, forente saker C-403/23 og C-404/23 *Luxone* avsnitt 63, C-171/15 *Connexxion Taxi* avsnitt 41 flg.
[1241] HR-2022-1964-A *Flage Maskin* avsnitt 51.
[1242] Se f.eks. sak C-486/21 *Sharengo* avsnitt 101 med videre henvisninger, sak C-6/20 *Sotsiaalministeerium* avsnitt 52.
[1243] Sak C-358/12 *Consorzio Stabile Libor* avsnitt 29 og sak C-298/15 *Borta* avsnitt 48.
[1244] Sak C-195/21 *LB* avsnitt 27 og 32.
[1245] Sak C-195/21 *LB* avsnitt 51 til 52.

Det står i artikkel 38 nr. 4 at oppdragsgiver bare kan invitere tilbydere som har anmodet om deltakelse, og det er videreført i artikkel 65 (2) i direktiv 2014/24/EU. I rettspraksis har det oppstått spørsmål om leverandørene kan endre leverandørsammensetning etter utløpet av fristen for å melde interesse. I sak C-396/14 *MT Højgaard* var det satt et tak for antallet tilbydere som ville blir invitert til å inngi tilbud. Blant de inviterte deltakerne var en sammenslutning, men etter at den ene deltakeren gikk konkurs tillot oppdragsgiver at den andre deltakeren fikk være med videre på egen hånd. Den vant konkurransen, men tildelingsbeslutningen ble angrepet av konkurrenter som mente det var i strid med likebehandlingsprinsippet at oppdragsgiver tillot endringer i leverandørsammensetningen etter prekvalifiseringen.

EU-domstolen i storkammer skrev i *MT Højgaard* at det er opp til medlemsstatene å fastsette regler om forhold som ikke er regulert i direktivet, men de må overholde grunnprinsippene. Prinsippet om likebehandling innebærer at det i utgangspunktet bare er prekvalifiserte tilbydere som kan inviteres til å inngi tilbud. Det «forudsætter en juridisk og materiel identitet mellem de prækvalificerede økonomiske aktører og de økonomiske aktører, der afgiver tilbuddene».[1246] Samtidig sa EU-domstolen at i hensynet til å sikre konkurranse i en begrenset prosedyre gjør at det kan lempes på kravet til kontinuitet. Den ene deltakeren i en virksomhetssammenslutning kan derfor få fortsette på egen hånd om denne oppfyller kvalifikasjonskravene, og det for øvrig ikke fører til en forringelse av de øvrige tilbydernes konkurransemessige stilling.[1247] EU-domstolen har gjentatt dette i senere avgjørelser,[1248] og der den i sak C-697/17 *Telekom Italia* fant at det ikke er i strid med kravet om juridisk og materiell identitet om en prekvalifisert tilbyder overtar en annen prekvalifisert tilbyder ved fusjon.[1249]

III. Utvelgelse av leverandører ved overtallighet

Det står i artikkel 38 nr. 3 at i begrensende konkurranser, som er det eneste direktivet tilbyr inntil videre (punkt 12.18 ovenfor), kan oppdragsgiver på nærmere vilkår begrense antallet leverandører som blir invitert til å inngi tilbud eller delta i dialog (shortlisting). Bestemmelsen tilsvarer artikkel 44 nr. 3 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 65 i direktiv 2014/24/EU, og som er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.35.8. I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er det foreslått tilpasninger i artikkel 38 nr. 3 som reflekterer at flere konkurranseformer skal tillates etter direktivet.

Utvelgelseskriterier skal gjøre det mulig å effektivisere anskaffelsesprosessen til fordel for både oppdragsgiver og leverandør. Dette ved at antallet tilbud eller løsninger ved overtallighet begrenses til antallet som oppdragsgiver bestemmer. Det står i artikkel i artikkel 38 nr. 3 at oppdragsgiver skal angi minste antall deltakere som vil bli invitert til å inngi tilbud, men antallet skal ikke være lavere enn tre, og det gjelder alle prosedyreformer. Til sammenlikning er minimumsantallet etter direktiv 2014/24/EU fem ved begrenset anbudskonkurranse, og tre ved øvrige prosedyrer.

Ifølge artikkel 38 nr. 3 første strekpunkt må utvelgelseskriteriene angis i kunngjøringen, og det er et uttrykk for prinsippet om gjennomsiktighet. Det er diskutert om oppdragsgiver også må angi

---

[1246] Sak C-396/14 *MT Højgaard* avsnitt 40.

[1247] Sak C-396/14 *MT Højgaard* avsnitt 39 til 44.

[1248] Sak C-697/17 *Telekom Italia,* forente saker C-403/23 og C-404/23 *Luxone* avsnitt 59.

[1249] Sak C-697/17 *Telekom Italia* avsnitt 45 flg., men hvor det tas forbehold om at fusjonen ikke har ført til samordnet opptreden i strid med saker som C-531/16 *Specializuotas transportas.*

eventuelle kriterier for vekting og evalueringsmetode.[1250] Artikkel 38 nr. 3 krever ikke at utvelgelseskriteriene må vektes, slik artikkel 47. nr. 2 gjør for tildelingskriteriene. Sak C-6/15 *Dimarso* tilsier at oppdragsgiver heller ikke er pliktig til å meddele i forkant evalueringsmoden som anvendes, men denne må som klar hovedregel fastsettes før åpningen av prekvalifiseringssøknadene.

Det står i artikkel 38 nr. 3 at kriteriene for utvelgelse må være objektive og ikke-diskriminerende. Oppdragsgiver kan typisk bruke noen av eller alle kvalifikasjonskravene, men ordlyden er ikke begrenset til slike krav. Det er noe omdiskutert hvorvidt oppdragsgiver kan bruke for eksempel loddtrekning eller tildelingskriterier ved utvelgelsen, men det er også argumentert for at kriteriene må gjelde leverandørens kvalifikasjoner.[1251]

Hvis det er nok antall søkere kan oppdragsgiver begrense antallet leverandører som blir invitert til å inngi tilbud til minimumsantallet angitt i kunngjøringen. Det står i direktivet at oppdragsgiver eventuelt kan fastsette også et øvre tak, men at det ikke er gjort kan neppe bety at alle kvalifiserte tilbydere i så fall må inviteres til å inngi tilbud.[1252] Det ville gitt mindre mening å oppstille utvelgelseskriterier hvis antallet ikke kan begrenses fordi det ikke også er uttrykkelig angitt et øvre tak. Det synes derfor å være nok for at oppdragsgiver kan gjøre en utvelgelse at det angis et minimumsantall.

Hvis antallet kvalifiserte søkere er mindre enn minimumsantallet står oppdragsgiver fritt til å gå videre i konkurransen med de kvalifiserte søkerne.[1253] Men om oppdragsgiver mener antallet egnede søkere er for lavt til å sikre reell konkurranse, kan den utstede en ny kunngjøring. Artikkel 38 nr. 3 gjør det i så fall mulig for oppdragsgiver å invitere kvalifiserte deltakere fra både første og andre runde. Imidlertid kan oppdragsgiver isteden velge å avlyse konkurransen med for få kvalifiserte deltakere, og starte prosessen helt på nytt.

IV. Nedvalg

I artikkel 38 nr. 5 er det gitt nærmere regler for de tilfeller oppdragsgiver har forbeholdt seg muligheten til å redusere antallet tilbud eller løsninger det skal forhandles om. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 44 nr. 4 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 66 i direktiv 2014/24/EU, og den bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.35.9. I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er det foreslått tilpasninger i denne delen av bestemmelsen som reflekterer at flere konkurranseformer foreslås tillatt etter direktivet.

Muligheten til å begrense antallet tilbud eller løsninger underveis i konkurransen er foreskrevet i artikkel 26. nr. 3 og artikkel 27. nr. 4. Det står i fortalen avsnitt 63 at hensynet til fleksibilitet og de høye transaksjonskostnadene ved forhandlede prosedyrer gjør at oppdragsgiver bør kunne gjennomføre prosessen i flere faser, med gradvis reduksjon av antall tilbud eller løsninger som skal forhandles eller diskuteres.

Ifølge artikkel 38 nr. 5 skal nedvalgt skje på grunn av tildelingskriteriene, og hvor det i siste fase må gjenstå et tilstrekkelig antall tilbud til at det sikres reell konkurranse. Dette er behandlet nærmere i omtalen til artikkel 26 og 27 (punktene 12.20 og 12.21 ovenfor). I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver EU-domstolen at muligheten til å redusere antallet løsninger eller tilbud underveis i konkurransen er blant virkemidlene oppdragsgiver har til å begrense antallet søkere som får tilgang til

[1250] Van Garsse (2021) avsnitt 65.10 flg.
[1251] Van Garsse (2021) avsnitt 65.14 flg.
[1252] Van Garsse (2021) avsnitt 65.09.
[1253] Artikkel 38 nr. 3 (2) og sak C-138/08 *Hochtief and Linde-Kca-Dresden* avsnitt 41.

sensitive opplysninger, og som dermed gjør det mulig for oppdragsgiver å ivareta sikkerhetsinteresser gjennom anskaffelsesprosedyren.[1254]

12.32.2 Gjennomføring

Artikkel 38 i direktiv er gjennomført i FOSA §§ 8-4, 8-6, 8-10, 8-11 og 11-1. Regler om avvisning av tilbud finnes i FOSA § 11-13, som i sitt materielle innhold tilsvarer § FOA § 24-8.

Artikkel 56 i direktiv 2014/24/EF er foreslått inntatt i ny lov om offentlige anskaffelser. Anskaffelsesutvalget foreslår å gjennomføre artikkel 65 og 66 i henholdsvis §§ 17-12, 10-13 og 10-18.

12.32.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 38 på følgende måte:

Artikkel 38 nr. 1 og nr. 4 gjennomføres i lovforslagets § 17-1.

Artikkel nr. 2 gjennomføres delvis i lovforslagets § 19-1 om kvalifikasjonskrav og i § 17-1 om generelle regler for valg av leverandør og tildeling av kontrakt.

Artikkel 38 nr. 3 gjennomføres i lovforslagets § 19-6.

Artikkel 38 nr. 5 gjennomføres i forslag til ny lov § 11-12 (forhandlinger i flere faser for konkurranse med forhandling) og § 11-18 (dialog i faser)

Det er som vist ovenfor, en forskjell mellom direktiv 2014/24/EU og direktiv 2009/81/EF når det gjelder antallet leverandører som minimum skal inviteres til å inngi tilbud. Arbeidsgruppen mener at det er viktig å beholde den fleksibiliteten som ligger i at direktiv 2009/81/EF åpner for kun å invitere tre deltakere videre i konkurransen. Arbeidsgruppen foreslår derfor å opprettholde regelen om at minimumstallet er tre uavhengig av hvilken konkurranseform som benyttes.

FOSA har i dag avvisningsregler som omfatter avvisning som følge av formalfeil, forhold ved leverandøren, og som følge av forhold ved tilbudet. Noen av reglene er en gjennomføring av direktivbestemmelser, mens øvrige bestemmelser er utslag av de generelle EU-rettslige prinsippene som for eksempel likebehandlingsprinsippet. Noen kan være rene nasjonale reguleringer der Norge har utnyttet handlingsrommet som ligger i 2009/81/EF.

I rapporten har arbeidsgruppen valgt å innta grundige vurderinger knyttet til avvisningsreglene som kommer direkte til uttrykk i 2009/81/EF, samt foreslått ny utforming av avvisningsreglene i nytt lovutkast basert på direktivbestemmelsene. Omtalen av disse fremkommer under de aktuelle artiklene i rapporten. Disse utgjør i hovedsak ingen endring av gjeldende rett, men arbeidsgruppen har lagt opp til en mere direktivnær utforming, gjort enkelte presiseringer og omformuleringer, samt kodifisert klar EU-domstolspraksis.

Arbeidsgruppen har i tillegg foreslått avvisningsregler i nytt lovutkast som ikke følger direkte av direktivet. Disse har også vært grundig behandlet, men det er ikke inntatt uttrykkelig omtale av disse i nærværende rapport. For en omtale av disse viser arbeidsgruppen til anskaffelsesutvalgets gjennomgang, vurderinger og forslag som knytter seg til de tilsvarende avvisningsbestemmelsene i lovutkast for klassisk sektor slik disse fremkommer i NOU 2024:9 som arbeidsgruppen i det vesentligste har sluttet

[1254] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 97.

seg til ved sin behandling. Dette er avvisningsregler som er utslag av de grunnleggende EU-rettslige prinsipper, helt eller delvis kodifisering av EU-domstolspraksis, eller der utvalget har ment at Norge bør benytte handlingsrommet som direktivet gir bedre.

12.33 Artikkel 39 - Utelukkelse på grunn av leverandørens personlige forhold

12.33.1 Direktivet

I. Overordnet

I artikkel 39 er det angitt generelle utelukkelsesgrunner, der det i nr. 1 er gitt regler om utelukkelsesplikt, mens det i nr. 2 er gitt regler om utelukkelsesrett. Bestemmelsen gjenspeiler artikkel 45 i direktiv 2004/18/EF, men det er gjort visse sektorspesifikke tilpasninger i artikkel 39 til direktiv 2009/81/EF.

Direktiv 2014/24/EU viderefører i hovedsak reglene om utelukkelse i direktiv 2004/18/EF, men det er også gjort noen endringer og presiseringer som vil bli adressert løpende nedenfor. Reglene er også gjort anvendelig forsyningssektoren på de vilkår som fremgår av artikkel 80 i direktiv 2014/25/EU, og for konsesjonskontrakter på de vilkår som følger av artikkel 38 i direktiv 2014/23/EU. Disse bestemmelsene er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2024:9 kapittel 9.

Det følger av EU-domstolens praksis at direktivet i utgangspunktet regulerer uttømmende utelukkelse på grunn av leverandørens faglige kvalifikasjoner, det vil si «hans faglige hæderlighed, solvens og økonomiske og finansielle kapacitet».[1255] Likevel er ikke direktivet til hinder for at EØS-statene supplerer direktivets utelukkelsesgrunner med regler som skal ivareta direktivets grunnleggende mål og prinsipper, men da under overholdelse av proporsjonalitetsprinsippet.[1256] Direktivet er heller ikke til hinder for at EØS-statene vedtar avvisningsregler som skal gjennomføre utelukkelsesreglene, for eksempel krav om dokumentasjon på fravær av utelukkelsesgrunner.[1257]

Direktivet er ikke til hinder for at EU-lovgiver vedtar ytterligere utelukkelsesgrunner. Det er for så vidt gjort i betydelig grad gjennom sanksjonsregelverket, der medlemsstatene forbys å tildele offentlige kontrakter til personer og selskaper som rammes av sanksjonene.[1258] Sanksjonsregelverket til EU er ikke del av EØS-avtalen, men gjennomføres i norsk rett ved ensidig tilpasning.[1259] Imidlertid må EFTA-statene i EØS her stå fritt til å utelukke leverandører som rammes av sanksjonsreglene på lik linje med forpliktelsene som påhviler EU-landene. I sanksjonsforskrift Ukraina er det i § 8n forbud mot å tildele offentlige kontrakter omfattet av blant annet direktiv 2009/81/EF til nærmere angitte fysiske og juridiske personer.[1260] Det er presisert at forbudet også gjelder for kontrakter som kan unntas direktivets anvendelsesområde etter artikkel 13 bokstav a til d, f til h og j i direktiv 2009/81/EF.

I det følgende behandles først utelukkelsesplikt (II), før utelukkelsesrett (III) og dokumentasjon (IV), mens særlige spørsmål om tredjepersoner og underleverandører behandles til slutt (V).

II. Utelukkelsesplikt

[1255] Sak C-213/07 *Michaniki* avsnitt 41. Se også Kommisjonens Guidance Note on Security of Supply avsnitt 21.
[1256] C-213/07 Michaniki avsnitt 44, se også sak C-416/16 *Landkreis Aichach-Friedberg* avsnitt 57.
[1257] Sak C-74/09 *WISAG* avsnitt 43 til 44. Se også Kommisjonens Guidance Note on Security of Supply avsnitt 21.
[1258] Se forordning (EU) nr. 833/2014 og tilhørende endringsforordninger og beslutninger.
[1259] Se f.eks. HR-2023-1246-A *Droneforbud* avsnitt 39.
[1260] Forskrift 15. august 2014 nr. 1076.

I artikkel 38 nr. 1 står det at kontrakter tildeles på grunnlag av tildelingskriteriene «etter at egnetheten til de markedsdeltakerne som ikke er utelukket i henhold til artikkel 39 eller 40, er blitt vurdert». Ifølge 39 nr. 1 skal oppdragsgiver utelukke leverandører som ved endelig dom er kjent skyldig i forbrytelsene opplistet i bokstav a til e. Det fremgår av fortalen avsnitt 65 at offentlige kontrakter ikke bør tildeles aktører som er kjent skyldig i forbrytelsene opplistet i artikkel 39 nr. 1. Foruten direktiv 2005/60/EF, er ikke sekundærretten som det vises til i artikkel 39 nr. 1 inntatt i EØS-avtalen, men gjennom innlemmelsen av direktiv 2009/81/EF blir de likevel relevante i en anskaffelsesrettslig kontekst.[1261]

Artikkel 39 nr. 1 *bokstav a* gir utelukkelsesplikt der leverandøren er rettskraftig dømt for «deltaking i en kriminell organisasjon, som definert i artikkel 2 nr. 1 i Rådets felles handling 98/733/JIS». Tilsvarende fulgte av direktiv 2004/18/EF art. 45 nr. 1 bokstav a, og som er videreført i direktiv 2014/24EU artikkel 57 nr. bokstav a, men hvor det nå vises til «artikkel 2 i Rådets rammebeslutning 2008/841/JIS». Rammebeslutningen det nå vises til erstatter Rådes felles aksjon fra 1998,[1262] og skal styrke blant annet FNs arbeid mot grensekryssende organisert kriminalitet.[1263] Organisert kriminalitet har sammenheng med de øvrige forbrytelsene opplistet i artikkel 45 nr. 1, som i mange tilfeller begås av kriminelle grupper.

Artikkel 39 nr. 1 *bokstav b* foreskriver utelukkelsesplikt for leverandører som er rettskraftig dømt for «korrupsjon, som definert i artikkel 3 i rettsakt av 26. mai 1997og i artikkel 2 nr. 1 i rammebeslutning 2003/568/JIS». Tilsvarende fulgte av artikkel 45 nr. 1 bokstav b i direktiv 2004/18/EF. Utelukkelsesgrunnen er videreført i direktiv 2014/24/EU artikkel 57 nr. 1 bokstav b, som fortsatt viser til rettsakten fra 1997 og rammebeslutningen fra 2003, men hvor det nå også vises til «korrupsjon som definert i den nasjonale rett som gjelder for den offentlige oppdragsgiveren eller markedsdeltakeren». Med dette er utelukkelsesplikten utvidet sammenlignet med den i direktiv 2009/81/EF, som kun viser til definisjoner i EU-rettsakter. Domfellelse for korrupsjon etter nasjonale regler vil imidlertid uansett rammes av utelukkelsesretten i direktiv 2009/81/EU. EØS-statene står fritt til å bestemme at handlinger som gir utelukkelsesrett etter art. 39 nr. 2 skal føre til utelukkelsesplikt i nasjonal rett, og direktivet er derfor ikke til hinder for at det innføres utelukkelsesplikt for korrupsjon som tilsvarer plikten i direktiv 2014/24/EU.

Artikkel 39 nr. 1 *bokstav c* gir utelukkelsesplikt ved «bedrageri, som definert i artikkel 1 i Konvensjonen om vern av De europeiske fellesskaps finansielle interesser». Tilsvarende fulgte av direktiv 2004/18/EF artikkel 45 nr. 1 bokstav c, og som er videreført i artikkel 57 nr. 1 bokstav c. Utelukkelsesplikten er begrenset til bedrageri mot EU, slik definert i svikkonvensjonen, og gjelder ikke for bedrageri mot andre enn EU. Imidlertid vil domfellelse for svik mot andre enn EU rammes av artikkel 39 nr. 2 bokstav c, og utelukkelsesrett kan også begrunnes i bokstav d og e. EØS-statene står som nevnt fritt til å bestemme at handlinger som gir utelukkelsesrett etter art. 39 nr. 2, skal lede til utelukkelse etter nasjonal rett. Direktivet er derfor ikke til hinder for at nasjonal rett foreskriver utelukkelsesplikt for alle typer bedrageri.

Artikkel 39 nr. 1 *bokstav d* gir utelukkelsesplikt for leverandører dømt for «terroristhandlinger eller straffbare handlinger knyttet til terroristvirksomhet, som definert i henholdsvis artikkel 1 og 3 i

---

[1261] Arnesen mfl. (2022) s. 343.

[1262] 2008/841/RIA fortalen punkt 2.

[1263] United Nations Convention Against Transnational Organized Crime (Palermo-konvensjonen), som EU ble tilsluttet ved Rådets avgjørelse 2004/579/EF, jf. også fortalen punkt 6 i 2008/841/JIS.

rammebeslutning 2002/475/JIS, eller tilskyndelse eller medvirkning til eller forsøk på å begå en straffbar handling, som omhandlet i artikkel 4 i nevnte rammebeslutning.» Denne utelukkelsesplikten fulgte ikke av direktiv 2004/18/EF nr. 1, men den er inntatt i direktiv 2014/24/EU artikkel 57 nr. 1 bokstav d.

Artikkel 39 nr. 1 *bokstav e* foreskriver utelukkelsesplikt der leverandøren er dømt for «hvitvasking av penger og finansiering av terrorisme, som definert i artikkel 1 i direktiv 2005/60/EF». Tilsvarende fulgte av direktiv 2004/18/EF artikkel 45 nr. 1 bokstav d, men hvor det ble vist til artikkel 1 i direktiv 91/308/EØF. I direktiv 2014/24/EU artikkel 57 nr. 1 bokstav e er det derimot en likelydende utelukkelsesplikt som i artikkel 39 nr. 1 bokstav e i direktiv 2009/81/EF. Direktiv 2005/849/EU har erstattet direktiv 2005/60/EF.

I direktiv 2014/24/EU artikkel 57 nr. 1 er utelukkelsesplikten utvidet til også å gjelde «barnearbeid og andre former for menneskehandel, som definert i artikkel 2 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/36/EU». Denne gjelder ikke for direktiv 2009/81/EF, men at en leverandør er dømt for barnearbeid eller andre former for menneskehandel gir utvilsomt utelukkelsesrett etter artikkel 39 nr. 2 bokstav c, d og e (se nedenfor). EØS-statene står fritt til å bestemme at handlinger som gir utelukkelsesrett etter art. 39 nr. 2, skal lede til utelukkelse etter nasjonal rett. Direktivet er derfor ikke til hinder for at barnearbeid og andre former for menneskehandel medfører utelukkelsesplikt etter nasjonal rett.

I direktiv 2014/24/EU artikkel 57 nr. 2 er det også oppstilt utelukkelsesplikt hvis oppdragsgiver har kjennskap til at leverandøren ikke har oppfylt forpliktelser om betaling av skatter og trygde- eller pensjonspremier om dette er fastslått ved endelig forvaltningsvedtak eller dom. Dette gjelder ikke lenger fra det tidspunktet leverandøren har oppfylt disse forpliktelsene.[1264] Direktiv 2009/81/EF gir ikke en tilsvarende utelukkelsesplikt, men manglende innbetaling av skatter og avgifter gir utelukkelsesrett etter artikkel 39 nr. 2 bokstav f og g. Direktivet er ikke til hinder for at manglende betaling av skatter og avgifter gir utelukkelsesplikt inntil forpliktelsene er dokumentert oppfylt.[1265]

Etter artikkel 39 nr. 1 gjelder utelukkelsesplikten der «oppdragsgiver får kjennskap til at en kandidat eller anbyder er dømt ved en endelig dom». Med rettskraftig dom menes avgjørelse «avsagt i samsvar med nasjonal lovgivning og har rettskraftig virkning».[1266] Tidspunktet for når en avgjørelse er rettskraftig beror dermed på nasjonal rett.[1267] Det er lite som tyder på at utelukkelsesplikten er begrenset til forbrytelser som er begått innen EØS, slik at også domfellelse for opplistede forbrytelser begått i tredjeland kan gi utelukkelsesplikt. Derimot er det omstridt om utelukkelsesplikt er betinget av at dommen er avsagt av en domstol i EØS. Anskaffelsesutvalget legger til grunn at utelukkelsesplikten ikke gjelder ved domfellelser i tredjeland.[1268] Det vil i så fall innebære at leverandører fra tredjeland, som er rettskraftig dømt i en domstol utenfor EØS, ikke vil rammes av utelukkelsesplikten.

Det er ikke opplagt at anskaffelsesutvalgets konklusjon er riktig. Det står ingenting i noen av direktivene om at straffedommen må være avsagt i et EØS-land for at det skal føre til utelukkelsesplikt. Selv om utelukkelse i slike situasjoner kan ha en fjernere tilknytning til bekjempelse

---

[1264] Artikkel 57 nr. 2 (3) og forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina.*
[1265] C-74/09 *WISAG* avsnitt 53.
[1266] Fortalen punkt 65.
[1267] C-398/12 *Straffesak mot M* og C-178/16 *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani et RTI Mantovani e Guerrato* avsnitt 36.
[1268] NOU 2024:9 kapittel 9.2.2.

av grensekryssende kriminalitet innad i EØS, vil formålet om at kontrakter ikke skal tildeles leverandører dømt for opplistede forbrytelser gjøre seg tilsvarende gjeldende der leverandøren er dømt i et tredjeland. Dette underbygges av at utelukkelsesplikten gjelder der leverandøren er dømt av en domstol i EØS for å ha begått opplistede forbrytelser i et tredjeland. At direktivet kan gjelde i tredjeland kan være et kontekstuelt argument for at utelukkelsesplikten også gjelder ved domfellelser i tredjeland.[1269] Samtidig kan andre kontekstuelle argumenter trekke i en annen retning for reglene om kontroll i artikkel 39 nr. 1 og nr. 2 viser til *medlemsstaten* der leverandøren er etablert. Det kan likevel bare være en naturlig følge av at EU ikke kan pålegge tredjeland å gi informasjon på et annet lands forespørsel.[1270]

Selv om ordlyd, kontekst og formål kan tilsi at utelukkelsesplikten i prinsippet gjelder ved domfellelser i tredjeland, ligger det i begrepet «rettskraftig dom» at grunnleggende rettssikkerhetsgarantier som tilsvarer kravene nedfelt i EMK og EØS-rettslige grunnrettigheter må være er oppfylt. Det vil derfor ikke gi utelukkelsesplikt om domfellelsen er et resultat av for eksempel politisk forfølgelse, eller dommer som er avsagt i den hensikt å begrense konkurransekraften til europeiske leverandører ved at de utestenges fra offentlige anskaffelser.

I norsk rett har det vært diskutert om forelegg skal sidestilles med rettskraftig dom. Ved gjennomføringen av direktivene fra 2014 endte det med at forelegg ble sidestilt med rettskraftig dom.[1271] Det er neppe påkrevd etter direktivet, men det er også vanskelig å se at direktivet forbyr at forelegg sidestilles med rettskraftig dom. Det fremstår som et gjennomføringstiltak som effektiviserer utelukkelsesplikten, og ikke som en utvidelse av utelukkelsesplikten i direktivets forstand.[1272]

Kravet til rettskraftig dom begrenser byrdene for oppdragsgiver med hensyn til undersøkelser, men det gir også leverandøren en viss beskyttelse gjennom rettssikkerhetsgarantiene som er iboende i konseptet rettskraftig dom. Ved forelegg gir leverandøren avkall på rettssikkerhetsgarantiene, hvilket også er forenlig med EMK.[1273] Dersom forelegg ikke skal sidestilles med rettskraftig dom kan det sette leverandørene under et press til å vedta forelegget for å gardere seg mot utelukkelsesplikt. Motsatt vil det at et forelegg sidestilles med rettskraftig dom, kunne medføre at det blir en høyere terskel for å vedta et forelegg. Videre kan det etter omstendighetene være vanskelig å avgjøre hva som i andre land tilsvarer forelegg etter norsk rett. Det bidrar til at det kan være noe ulike syn på hva som er den mest hensiktsmessige løsningen.

Utelukkelsesplikten gjelder der en søker eller tilbudsgiver er rettskraftig dømt. Et eget spørsmål er om det også er utelukkelsesplikt om personer i leverandørens ledelse er rettskraftig dømt for opplistede forbrytelser. I direktiv 2014/24/EU artikkel 57 nr. 1 står det at utelukkelsesplikten også gjelder der en rettskraftig dømt person er medlem i leverandørens administrasjons- ledelses- eller tilsynsorgan, eller har myndighet til å representere, kontrollere eller treffe beslutninger.[1274] Tilsvarende følger ikke av

---

[1269] Se forutsetningsvis artikkel 12, 13 bokstav d, artikkel 28 nr. 5.

[1270] I klassisk sektor ville det for øvrig være underlig om leverandører fra GPA-land, som ikke er rettighetshavere i direktiv 2009/81/EF, eller fra land tilsluttet andre frihandelsavtaler med EU, ikke skal utestenges om de er rettskraftig dømt for korrupsjon mv. i hjemlandet. Anskaffelsesutvalget har antakelig ikke ment å uttale seg om disse situasjonene.

[1271] Se NOU 2024:9 kapittel 9.9.2, NOU 2014:4 kapittel 25.10.

[1272] Sml. C-178/16 *Impresa di Construzioni* avsnitt 36, C-74/09 *WISAG.* Motsatt Pascal Friton og Janis Zöll 2021 kapittel 57.15.

[1273] Jf. f.eks. sak D*eweer v. Belgia* (6903/75)

[1274] Om hva som ligger i disse begrepene, se Hammersvik (2014) Tilgi våre synder, kapittel 3.2.

tidligere direktiver, og da heller ikke direktiv 2009/81/EF. Hvorvidt det er plikt til identifikasjon kan nok diskuteres, men fravær av regler om identifikasjon kan gjøre utelukkelsesplikten enkel å omgå.

Artikkel 39 nr. 1 (4) viser at det uansett er tillatt med nasjonale regler om identifikasjon. Det står her at oppdragsgiver kan innhente informasjon om «foretaksledere og personer som er bemyndiget til å representere, treffe beslutninger om eller kontrollere kandidaten eller anbyderen». Tilsvarende følger av sak C-178/16 *Impresa di Costruzioni ,* der at det står at EU tar «udgangspunkt i den forudsætning, at juridiske personer optræder igennem deres repræsentanter», og derfor kan for eksempel adferden til en administrerende direktør «tilregnes virksomheten».[1275] Det kan ikke oppstilles *automatisk* identifikasjon mellom selskap i samme konsern, slik at det må ses hen til blant annet graden av tilknytning mellom leverandøren og det straffedømte selskapet,[1276] men hvor identifikasjon kan finne sted der for eksempel kontrollerende morselskap er rettskraftig dømt for en opplistet forbrytelse.[1277]

Etter direktivet er det først når «oppdragsgiver får kjennskap» til at leverandøren er rettskraftig dømt at det inntrer utelukkelsesplikt. Ifølge artikkel 39 nr. 1 (4) skal oppdragsgiver «hvis det er relevant» etterspørre dokumentasjon på at det ikke foreligger utelukkelsesplikt ved å be om dokumentasjon i form av en straffeattest eller erklæring som beskrevet i artikkel 39 nr. 3. Ordlyden tilsier at det ikke er noen generell undersøkelsesplikt, for til forskjell fra direktiv 2014/24/EU artikkel 59 nr. 4 krever ikke direktiv 2009/81/EF at det innhentes dokumentasjon fra vinnende leverandør. Likevel er det antatt at det kan være en viss undersøkelsesplikt hvis oppdragsgiver på annen måte blir kjent med at leverandøren er rettskraftig dømt for en opplistet forbrytelse.[1278] Dersom oppdragsgiver gjennom kontrollen blir oppmerksom på at det foreligger en utelukkelsesplikt, skal den utelukke leverandøren.

Et eget spørsmål er om utelukkelsesplikten gjelder ved lovlige direkte anskaffelser. Dersom anskaffelsen kan unntas etter artikkel 12 og 13 i direktiv 2009/81/EF, må det antas at utelukkelsesplikten ikke gjelder, for i disse situasjonene gjelder ikke direktivet.[1279] Mer tvilsomt er spørsmålet ved anskaffelser etter artikkel 28, for eksempel der eneleverandøren er rettskraftig dømt for en opplistet forbrytelse.

Etter artikkel 39 nr. 1 gjelder utelukkelsesplikten overfor «enhver ansøger eller tilbudsgiver».[1280] Ordet "enhver" kan trekke i retning av at utelukkelsesplikten også gjelder i situasjoner omfattet av artikkel 28. På den annen side kan begrepene ansøker eller tilbudsgiver trekke i en annen retning. Ifølge artikkel 1 nr. 15 og 16 omfatter det leverandører som har bedt om deltakelse eller har levert tilbud i «en begrenset anbudskonkurranse eller et kjøp etter forhandling eller i en konkurransedialog». Det kan diskuteres om kjøp etter forhandling bare sikter til prosedyren i artikkel 26, men definisjonen i artikkel 1 nr. 20 utelukker ikke at også artikkel 28 omfattes for definisjonen har ikke et vilkår om kunngjøring. På den annen side har lovgiver valgt en mindre generisk ordlyd i artikkel 39 nr. 1 enn i artikkel 39 nr. 2,[1281] som bruker begrepet økonomisk operatør og som gjelder enhver leverandør som

---

[1275] Sak C-178/16 *Impresa di Construzioni* avsnitt 34 og 35.

[1276] Sml. f.eks. C-538/07 *Assitur*, C-144/17 *Lloyd's of London,* Arnesen mfl. (2022) s. 343-344, NOU 2024:9 kapittel 9.3 med videre henvisninger.

[1277] Sml. sak C-531/16 *Ecoservices* avsnitt 28 flg., også sak C-416/16 *Landkreis Aichach-Friedberg* avsnitt 62.

[1278] T-457/10 *Evropaiki Dynamiki* avsnitt 49, NOU 2024:9 kapittel 9.2.1., sml. også sak C-416/16 *Landkreis Aichach-Friedberg* avsnitt 60.

[1279] Sml. også sanksjonsforskriften § 8n.

[1280] Ordet enhver er ikke fanget opp i den norske oversettelsen.

[1281] Sml. sak C-395/18 *Tim* avsnitt 35.

tilbyr varer og tjenester på markedet.[1282] Utelukkelsesplikten synes derfor å være mer begrenset enn utelukkelsesretten, og det kan være et argument for at den heller ikke gjelder ved forhandlet kjøp uten kunngjøring.

Til forskjell fra direktiv 2009/81/EF foreskriver artikkel 57 nr. 1 i direktiv 2014/24/EU at økonomiske aktører skal utelukkes fra deltakelse i en anskaffelsesprosedyre. Etter sin ordlyd kan det også omfatte tilfeller der kontrakt tildeles uten forutgående kunngjøring. Fortalens punkt 100 kan også tilsi at utelukkelsesplikten i prinsippet gjelder i eneleverandørtilfeller, for i eksemplifiseringen av tvingende grunner for fravikelse vises det til kjøp av vaksiner eller nødutstyr «som bare kan kjøpes fra en markedsdeltaker som en av de obligatoriske begrunnelsene for utelukkelse ellers gjelder for».[1283] Det illustrerer samtidig at dersom det bare finnes én leverandør, og denne er rettskraftig dømt for en opplistet forbrytelse, vil eneleverandørsituasjonen uansett begrunne unntak fra utelukkelsesplikten om det er tvingende nødvendig å anskaffe varene eller tjenestene fra eneleverandøren.

Etter artikkel 39 nr. 1 (3) kan det fastsettes unntak fra utelukkelsesplikten, og der vilkårene for dette ifølge den norske oversettelsen er «ut fra tvingende hensyn knyttet til en allmenn interesse». I dansk språkversjon står det «ud fra bydende hensyn til almenvellet», mens det i den engelske versjonen står «overriding requirements in the general interest». Ettersom det er tale om en unntaksbestemmelse, skal den tolkes restriktivt. Ordlyden tilsier at det gjelder en høy terskel før det er adgang til å gjøre unntak, men vesentlige sikkerhetsinteresser vil typisk kunne utgjøre tvingende hensyn i allmennhetens interesser (se like nedenfor).

Artikkel 39 nr. 1 (3) tilsvarer artikkel 45 nr. 1 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 57 nr. 3 i direktiv 2014/24/EU. I norsk språkversjon står det at unntak kan gjøres på grunn av «tvingende allmenne hensyn». I dansk oversettelse står «væsentlige samfundsinteresser», mens i engelsk «overriding reasons relating to the public interest». Selv om ordlyden ikke er identisk, synes innholdet å være det samme som i direktiv 2004/18/EF.

I fortalen til direktiv 2014/24/EU er det i punkt 100 forklart at unntaket tar sikte på ekstraordinære tilfeller, hvilket underbygger at det er en høy terskel for at unntaket får anvendelse. Som nevnt brukes det som eksempel at det er presserende behov for vaksiner eller nødutstyr som bare kan kjøpes av en bestemt straffedømt leverandør. Anskaffelsesutvalget nevner i tillegg kontrakter som blir inngått «for å sikre liv, forsyningssikkerhet, ødeleggelser på eiendom og for å ivareta andre viktige samfunnsinteresser», samtidig som det presiseres at «rene økonomiske hensyn vil som den klare hovedregel ikke være tilstrekkelig», jf. NOU 2024:9 punkt 9.5. Forståelsen av tvingende allmenne hensyn i klassisk sektor viser at vesentlige sikkerhetsinteresser innen forsvar og sikkerhet kan begrunne unntak fra utelukkelsesplikten. Når direktivet selv tillater unntak, begrenser det behovet for å påberope artikkel 346 TEUV eller artikkel 123 EØS.

De særlige forhold som kjennetegner forsvars- og sikkerhetsanskaffelser gjør at unntaket fra utelukkelsesplikten kan vise seg mer aktuelt innen denne sektoren sammenlignet med andre sektorer. Om utelukkelsesplikten skulle gjelde i eneleverandørsituasjoner er det forklart ovenfor at det uansett virker kurant å påberope tvingende allmenne hensyn om det bare finnes én leverandør av materiell som oppdragsgiver trenger. Selv om unntaket ikke er begrenset til situasjoner der det bare finnes én

[1282] Jf. artikkel 1 nr. 14 og 13.

[1283] Se eksemplifiseringen av tvingende grunner som synes å vise til et eneleverandørtilfelle for vaksiner eller nødutstyr «*som bare kan kjøpes fra en markedsdeltaker som en av de obligatoriske begrunnelsene for utelukkelse ellers gjelder for*».

leverandør, skal det antakelig mye til for at det er nødvendig å påberope unntaket for tvingende allmenne hensyn i situasjoner der det finnes andre leverandører som ikke rammes av en obligatorisk utelukkelsesgrunn, og som kan levere etterspurte varer og tjenester på markedsmessige vilkår. Det kan f.eks. være tilfelle dersom man ikke oppnår samme forsyningssikkerhet ved å benytte alternativ leverandør.

Direktiv 2009/81/EF har ikke regler om *utelukkelsesperiode.* Dels er det ikke angitt noen *minimumsperiode*. Imidlertid følger det av artikkel 39 at leverandører som er rettskraftig dømt skal utestenges med mindre det foreligger tvingende allmenne hensyn. Det ligger i dette at leverandøren må utestenges inntil det vil være disproporsjonalt å utestenge vedkommende, typisk fordi det er truffet selvrensingstiltak.

Det er heller ingen regler om maksimumsperiode for utelukkelse i direktiv 2009/81/EF. Til sammenlikning har direktiv 2014/24/EU artikkel 57 nr. 7 oppstilt regler om maksimal utestengelsesperiode, som er fem år fra rettskraftig dom. Dette gjelder ikke om lengre tid er fastsatt i dom, typisk ved rettighetstap. Maksimal utelukkelsesperiode regulerer heller ikke vandelskrav for nasjonale tillatelseskrav, der det kan tenkes at dommer som ligger lenger tilbake i tid gjør leverandøren uskikket til å oppnå tillatelse for å drive virksomhet underlagt nasjonale tillatelseskrav.

Reglene om maksimal utestengelsesperiode fremstår positivrettslige og kan ikke uten videre overføres til direktiv 2009/81/EF. Samtidig vil tidsreglene i direktiv 2014/24/EU kunne være indikativ for når tiden i seg selv gjør det disproporsjonalt å utestenge leverandøren. Forsvars- og sikkerhetshensyn kan likevel utgjøre særlige hensyn som kan begrunne lengre utestengelse enn i klassisk sektor. Straffedommer lengre tilbake i tid kan også være et hinder for nødvendig sikkerhetsklarering slik at den straffedømte leverandøren uansett ikke er kvalifiser til å delta.

Endelig er det spørsmål om leverandørene kan redusere utestengelsesperioden gjennom selvrensing. I direktiv 2014/24/EU artikkel 57 er det gitt regler om det, og en del antar at dette uansett følger av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet,[1284] men det er ikke alle som virker enige i det.[1285] Uansett står EØS-statene fritt til å tillate selvrensing som begrunnelse for redusert utestengelsesperiode. I veilederen om forsyningssikkerhet skriver kommisjonen at:

> «Member States are free to determine the procedural treatment of the grounds for exclusion. They may, in particular, provide conditions for the reinstatement of candidates and tenderers that have prior convictions excluding them from participation in public procurement. Such rules on 'self-cleaning' must, of course, comply with the basic principles of European Union law, particularly with the principles of equal treatment and non-discrimination.»[1286]

Det viser at direktivet tillater at medlemsstatene innfører tilsvarende regler om selvrensning som følger av direktivene fra 2014.

III. Utelukkelsesrett

[1284] Se f.eks. Arrowsmith i Arrowsmith, Sue. Self-Cleaning – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law? I: Self-Cleaning in Public Procurement Law. 2009, s. 1-3

[1285] Steinickes kommentarer til artikkel 39 avsnitt 5 i EU public procurement law: Brussels commentary (2018).

[1286] Kommisjonens Guidance Note Security of Supply s. 7.

Artikkel 39 nr. 2 angir frivillige (fakultative) utelukkelsesgrunner, som i hovedsak tilsvarer artikkel 45 i direktiv 2004/18/EF, men hvor det i artikkel 39 nr. 2 er gjort noen tilpasninger som skal muliggjøre ivaretakelse av forsvars- og sikkerhetshensyn. Artikkel 57 nr. 4 viderefører en del utelukkelsesgrunner, men tilføyer også ytterligere grunner som i stor grad synes å kodifisere rettspraksis.

EU-domstolen har tolket formuleringen i direktiv 2004/18/EF artikkel 45 nr. 2 om at en økonomisk operatør «kan utelukkes fra deltakelse» slik at medlemsstatene står fritt til å bestemme om de frivillige utelukkelsesgrunnene skal innføres i nasjonal rett.[1287] Tilsvarende ble i flere dommer også sagt for artikkel 57 nr. 4 i direktiv 2014/24/EU, inntil EU-domstolen gjorde et uttrykkelig prejudikatsfravik i sak C-66/22 *Futrifer.* Her sier EU-domstolen at medlemsstatene må gjennomføre de fakultative utelukkelsesgrunnene i nasjonal rett. Begrunnelsen er forankret i ordlyd, kontekst og formål til direktiv 2014/24/EU, og det er ikke gitt at tilsvarende gjelder etter direktiv 2009/81/EF, som har tilsvarende ordlyd som direktiv 2004/18/EF, og hvor det er langvarig praksis for at medlemsstatene står fritt til å bestemme om de frivillige utelukkelsesgrunnene skal innføres.

EU-domstolen har også slått fast at 2014-direktivene gir oppdragsgiver plikt til å vurdere leverandørenes pålitelighet,[1288] og det samme gjelder for underleverandører.[1289] Beslutningen om å utelukke leverandører skal begrunnes, og det følger også av artikkel 35 i direktiv 2009/81/EF. Ifølge EU-domstolen i sak C-66/22 *Futrifer* skal oppdragsgiver også begrunne hvorfor leverandører som rammes av en frivillig utelukkelsesgrunn etter direktiv 2014/24/EU *ikke* utelukkes.[1290]

Det fremgår av artikkel 39 nr. 2 (2) at medlemsstatene på grunnlag av nasjonal rett og i overensstemmelse med EU-retten fastsetter gjennomføringsbestemmelser til de frivillige utelukkelsesgrunnene. EU-domstolen har om den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 2004/18/EF sagt at medlemsstatene har et skjønn ved gjennomføringen av de frivillige utelukkelsesgrunnene,[1291] og at disse kan presiseres og tydeliggjøres i nasjonal rett.[1292] Dette kan være særlig aktuelt for utelukkelse på grunn av alvorlige misgjerninger, der EØS-statene innen rammene av direktivet kan presisere nærmere hvilke rettsbrudd som gir utelukkelsesgrunn (se like nedenfor).

Formålet med de frivillige utelukkelsesgrunnene er hovedsakelig å sikre oppdragsgivers tillit til leverandørens faglige og økonomiske integritet og pålitelighet,[1293] og meningen er ikke å straffe leverandører som har begått misgjerninger.[1294] Som nevnt står det i forarbeidene at det for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser var behov for å gjøre visse tilpasninger i reglene som i klassisk sektor gjaldt for kvalitativ utvelgelse. Det gjentas i fortalen avsnitt 67 at forsvars- og sikkerhetssektoren er av en følsom karakter, og som gjør at leverandørenes pålitelighet er særlig viktig, og som vil avhenge av markedsdeltakernes evne til å svare på kravene som oppdragsgiver stiller til informasjons- og forsyningssikkerhet. Det er også synliggjort i flere av utelukkelsesbestemmelsene som behandles nedenfor. I saker som C-683/22 *Morandi-broen* er det forklart oppdragsgiver kan stille særlig høye

[1287] Se f.eks. sak C-171/15 *Connexxion Taxi* avsnitt 29 med videre henvisninger
[1288] F.eks. sak C-683/22 *Morandi-broen* avsnitt 97.
[1289] Sak C-395/18 *Tim* avsnitt 46.
[1290] Sak C-66/22 *Futrifer* avsnitt 90.
[1291] Sak C-178/16 *Impresa di Construzioni* avsnitt 30 og 32.
[1292] Sak C-101/18 *Idi* avsnitt 37.
[1293] Sak C-267/18 *Delta Antrepriza* avsnitt 26.
[1294] Sak C-416/21 *Landkreis Aichach-Friedberg* avsnitt 44 til 46.

krav til leverandørens egnethet og pålitelighet, og det vil kunne gjelde desto mer for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.[1295]

Det står avsnitt 67 i fortalen til direktiv 2009/81/EF at oppdragsgiver kan utelukke leverandører på et hvilket som helst trinn i prosedyren, men grunnprinsippene må stadig overholdes. EU-domstolen har i flere saker sagt at proporsjonalitetsprinsippet «fortjener særlig opmærksomhed i forbindelse med anvendelsen af de fakultative udelukkelsesgrunde».[1296] Det er særlig absolutistiske regler uten rom for en individuell vurdering som EU-domstolen har slått ned på med henvisning til proporsjonalitetsprinsippet.[1297]

Et eget spørsmål er om gjennomsiktighetsprinsippet krever at utelukkelsesgrunnene må angis i anskaffelsesdokumentene for at oppdragsgiver kan påberope dem.[1298] Ifølge artikkel 32 nr. 1 skal kunngjøringen inneholde informasjonen som fremgår av vedlegg IV. I dette vedleggets punkt 17 står det at utvelgelseskriterier om økonomiske aktørers personlige forhold som kan føre til utelukkelse skal angis, men i avsnitt 62 i fortalen står det at en generell henvisning i kunngjøringen er tilstrekkelig. I sak C-171/15 *Connexxion Taxi* skriver EU-domstolen om den tilsvarende bestemmelsen under direktiv 2004/18/EF at oppdragsgiver strengt skal overholde selvpålagte regler om utelukkelse, og det begrunnes med en henvisning til blant annet vedleggets punkt om at utelukkelsesgrunner skal angis i kunngjøringen. I forslag til avgjørelse skriver generaladvokaten at gjennomsiktighetsprinsippet var overholdt da oppdragsgiver ikke anvendte «nogen udelukkelsesgrunde, som ikke var anført i det beskrivende dokument».[1299]

Tilsvarende skriver EU-domstolen i sak C-470/13 *Generali-Providencia* at gjennomsiktighetsprinsippet ikke var brutt da oppdragsgiver hadde angitt utelukkelsesgrunnene i kunngjøringen.[1300] Det er i samsvar med sak C-27/15 *Pizzo,* der EU-domstolen i avsnitt 37 skriver at gjennomsiktighetsprinsippet krever at de materielle og prosessuelle betingelser for deltakelse i en konkurranse «skal være klart definerede på forhånd og offentliggjort» slik at for at disse kan «have et nøjagtigt kendskab til procedurens krav og være sikre på, at samme krav gælder for alle ansøgere».

I sak C-295/20 *Sanresa* har EU-domstolen sagt at selv om spesielle kontraktsvilkår i prinsippet skal angis i anskaffelsesdokumentene, ble ikke prosedyren ulovlig ved at oppdragsgiver hadde unnlatt å vise til en EU-forordning «når betingelsen for gennemførelsen af den omhandlede kontrakt klart følger af en EU-ordning, som finder anvendelse på den aktivitet, der er genstand for kontrakten». Det er tvilsomt om det kan anlegges en tilsvarende tilnærming ved fakultative utelukkelsesgrunner som gjennomfører direktivets regler om dette, særlig om det er gjort tilpasninger i nasjonal rett.[1301] Der nasjonal rett gjennomfører utelukkelsesgrunnene direktivnært kan det derimot hevdes at disse må forutsettes kjent for leverandører i EØS. Samtidig gjør EU-domstolens strenge formulering av gjennomsiktighetskravet at det er tvilsomt om de frivillige utelukkelsesgrunnene kan påberopes om de ikke fremgår av anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver bør derfor være påpasselig med å gjøre dette, og i det minste henvise til nasjonale gjennomføringsregler om utelukkelse.

[1295] Sak C-683/22 *Morandi-broen* avsnitt 96, sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 92.

[1296] Sak C-682/21 *HSC Baltic* avsnitt 38. Dette fremgår uttrykkelig av fortalen punkt 101 i direktiv 2014/24/EU, men som påpekt i fotnote 9 i forslag til avgjørelse i sak C-171/15 *Connexxion Taxi* gjenspeiler dette EU-domstolens praksis.

[1297] Arnesen mfl. (2022) kapittel 15.3.4.

[1298] I Kofa er det lagt til grunn at det ikke er et krav, og at det holder at disse er angitt i forskriften, jf. Kofa-2006/123 *Ikon.*

[1299] Forslag til avgjørelse i sak C-171/15 *Connexxion Taxi* avsnitt 58.

[1300] Avsnitt 33.

[1301] Sml. forente saker C-403/23 og C-404/23 *Luxone avsnitt 63.*

Etter artikkel 39 nr. 2 *bokstav a* kan oppdragsgiver utelukke leverandører som «er konkurs eller under avvikling, er under tvangsakkord eller frivillig gjeldsordning, har innstilt sin virksomhet eller befinner seg i en lignende situasjon som følge av en tilsvarende prosess med hjemmel i nasjonale lover og forskrifter». Bestemmelsen tilsvarer artikkel 45 nr. 2 bokstav a, som er videreført med redaksjonelle endringer i artikkel 57 nr. 4 bokstav b i direktiv 2014/24/EU, og som er beskrevet av anskaffelsesutvalget i NOU 2024:9 kapittel 16.5.

Ifølge artikkel 39 nr. 2 *bokstav b* kan oppdragsgiver utelukke en leverandør som «er gjenstand for konkursbehandling, for tvangsavvikling eller tvangsakkord eller for en frivillig gjeldsordning eller enhver annen tilsvarende prosess med hjemmel i nasjonale lover og forskrifter». I den danske oversettelsen heter det «hvis bo er begæret» tatt under konkursbehandling mv., og tilsvarende heter det i engelsk språkversjon at den økonomiske aktøren «is the subject of proceedings for a declaration of bankruptcy». Mens bokstav a rammer leverandører som er konkurs mv., omfatter bokstav b de tilfeller der en slik prosess er begjært. Dette omfatter også tilfeller der leverandøren selv inngir begjæring om tvangsakkord.[1302] I direktiv 2014/24/EU er det en tilsvarende bestemmelse i artikkel 57 nr. 4 bokstav b. Det som tidligere var to bestemmelser har med det blitt til én bestemmelse, men uten at det er tale om realitetsendringer. Om innholdet i denne bestemmelsen vises det til NOU 2024:9 kapittel 16.5.

Etter artikkel 39 nr. 2 *bokstav c* kan oppdragsgiver avvise en leverandør som ved rettskraftig dom er dømt i henhold til nasjonal rett for en straffbar handling som reiser tvil om leverandørens faglige troverdighet. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 45 nr. 2 bokstav c i direktiv 2004/18/EF, men det er i direktiv 2009/81/EF artikkel 39 presisert at eksempler på slike domfellelser er «krenkelse av eksisterende lovgivning om eksport av forsvars- og/eller sikkerhetsutstyr». I fortalens avsnitt 65 står det at domfellelse for ulovlige avtaler som har vært gjenstand for endelig dom skal anses som en overtredelse som gjelder leverandørens vandel, mens beslutninger som har tilsvarende virkning som dom (for eksempel overtredelsesgebyr) vil kunne være en alvorlig forsømmelse etter bokstav d. I sak C-178/16 *Impresa di Costruzioni* skriver EU-domstolen at domfellelse for utstedelse av falske fakturaer anses som en straffbar handling som reiser tvil om den faglige hederlighet. I samme dom skriver EU-domstolen at leverandøren kan bli identifisert med straffbare handlinger begått av en ledelsesperson, og at utelukkelse også kan påberopes etter at lederen har fratrådt stillingen.

Direktiv 2014/24/EU har ikke videreført utelukkelsesgrunnen som følger av artikkel 45 nr. 2 bokstav c i direktiv 2004/18/EF og direktiv 2009/81/EF. Samtidig følger det av artikkel 57 nr. 4 bokstav c at oppdragsgiver kan avvise leverandører som har begått alvorlige forsømmelser som kan så tvil om dennes integritet, og som også omfatter tilfeller der en leverandør er rettskraftig dømt for en overtredelse.[1303]

Ifølge artikkel 39 nr. 2 *bokstav d* kan oppdragsgiver utelukke en leverandør «har gjort seg skyldig i alvorlig yrkesmessig forsømmelse» som oppdragsgiver beviselig har konstatert. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 45 nr. 2 bokstav d i direktiv 2004/18/EF. Samtidig er det i direktiv 2009/81/EF artikkel 39 nr. 2 bokstav d nevnt som eksempel på slike forsømmelser «overtredelse av forpliktelser knyttet til informasjonssikkerhet eller forsyningssikkerhet under en tidligere kontrakt».[1304] Dette gjelder også brudd på forpliktelser overfor en annen oppdragsgiver uavhengig av hvilken stat den er

[1302] Jf. C-101/18 *Idi.*

[1303] Sml. også C-124/17 *Vossloh Laeis* avsnitt 34-42.

[1304] Jf. også avsnitt 67 til fortalen.

lokalisert.[1305] I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* mente Kommisjonen at «at enhver lækage af oplysninger [kan] anses for en alvorlig forsømmelse i forbindelse med udøvelsen af et erhverv».[1306] I den dommen gjentar EU-domstolen at det kan stilles særlige høye krav til tilbydernes egnethet og pålitelighet.[1307]

Bestemmelsen om utelukkelsesrett ved alvorlige forsømmelser er videreført i direktiv 2014/24/EU artikkel 57 nr. 4 bokstav c. Ordlyden er noe endret ved at det nå uttrykkelig står at forsømmelsene må så tvil om leverandørens integritet, men dette synes å være en kodifisering av vurderingstemaet angitt i rettspraksis.[1308] I sak C-465/11 *Forposta* skriver EU-domstolen at begrepene feil i forbindelse med utøvelsen av ervervet kan presiseres og tydeliggjøres i nasjonal rett, men det må skje innen rammene av direktivet og under overholdelse av grunnprinsippene.[1309] Det ble her sagt at begrepet feil omfatter «enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende operatørs faglige troværdighed».[1310] Samtidig ble det presisert at alvorlig feil «i almindelighed anses for at henvise til en adfærd hos den pågældende økonomiske aktør, hvilket angiver en misligholdelseshensigt eller uagtsomhed af en vis alvor hos denne».[1311] Om dette er tilfellet beror på en konkret og individuell vurdering. Der det er tale om virksomhetssammenslutninger, må det gjøres en individuell vurdering av den enkelte deltaker i sammenslutningen.[1312] Også for denne utelukkelsesgrunnen vil leverandøren kunne identifiseres med ledende personell.[1313]

I fortalens avsnitt 66 nevnes brudd på nasjonale regler som gjennomfører EUs direktiver om likebehandling mellom menn og kvinner med hensyn til ansettelse og arbeidsvilkår nevnt som eksempler på alvorlige feil. Dette synes å være et uttrykk for at brudd på lovgivning om arbeidsmiljø kan gi utelukkelsesrett, slik direktiv 2014/24/EU artikkel 57 nr. 4 bokstav a gir uttrykk for. Det er i samsvar med at brudd på regler om arbeidsvilkår som regel vil være et alvorlig regelbrudd, men der proporsjonalitetsprinsippet må overholdes slik at det blir gjort en individuell vurdering av regelbruddets alvor og oppdragsgivers behov for tillit i den enkelte anskaffelse. Ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er det gjennomgående påkrevd at leverandøren nyter stor grad av tillit, og brudd på regler om arbeidsmiljø kan svekke denne tilliten, særlig om leverandøren ikke har truffet mulige avhjelpende tiltak (selvrensing). Direktivet er etter dette ikke til hinder for at det i nasjonal rett innføres en tilsvarende utelukkelsesrett som i direktiv 2014/24/EU artikkel 57 bokstav a.

I fortalens avsnitt 65 er ulovlige avtaler nevnt som eksempel på alvorlige forsømmelser. EU-domstolen har i flere saker funnet at brudd på konkurranseregler kan utgjøre en alvorlig forsømmelse som kvalifiserer til utelukkelse etter tilsvarende regler for andre sektorer.[1314] Dette er lagt til grunn i for eksempel sak C-570/13 *Generali-Providencia*, og der EU-domstolen i avsnitt 37 at direktiv 2014/24/EU artikkel 57 nr. 4 bokstav d fastsetter «klart og præcist denne udelukkelsesgrund». Det

---

[1305] Kommisjonens Guidance Note on Security of Supply avsnitt 19.
[1306] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 34.
[1307] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 92, sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 91, sak C-683/22 Morandi-broen avsnitt 96.
[1308] Sak C-465/11 *Forposta* avsnitt 27, C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 88 og 91, C-171/15 *Connexxion Taxi* avsnitt 28, forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* avsnitt 21, forslag til avgjørelse i sak C-267/18 *Delta* avsnitt 27.
[1309] Sak C101/18 *Idi* avsnitt 37.
[1310] Avsnitt 27.
[1311] Avsnitt 30.
[1312] Sak C-682/21 *HSC Baltic* avsnitt 41 og 50.
[1313] Sak C-178/16 *Impresa di Construzioni.*
[1314] Sak C-425/18 *Consorzio Nazionale Servizi*.

tilsier at sistnevnte bestemmelse om utelukkelse på grunn av konkurransebegrensende avtaler er en presisering av det som uansett følger av generalklausulen om utelukkelse på grunn av alvorlige forsømmelser. Dette virker også å være tilfellet under direktiv 2014/24/EU, der EU-domstolen i sak C-416/21 *Landkreis Aichach-Friedberg* synes å forutsette at artikkel 57 nr. 4 bokstav d også omfattes av bokstav c i samme direktiv.[1315] Direktiv 2009/81/EF er følgelig ikke til hinder for at det i nasjonal rett innføres en utelukkelsesrett som tilsvarer artikkel 57 nr. 4 bokstav d i direktiv 2014/24/EU.

I rettspraksis er det slått fast at vesentlig mislighold av en offentlig kontrakt kan utgjøre en alvorlig feil, noe som for tidligere direktivet ble sagt i sak C-465/11 *Forposta*. Direktiv 2014/24/EU artikkel 57 nr. 4 bokstav g synes å være en kodifisering av dette. Det underbygges av sak C-41/18 *Meca,* som reiste spørsmål om utelukkelse på grunn av tidligere mislighold i kontrakt under direktiv 2014/24/EU, og der EU-domstolen skrev at «ordlyden af artikel 57, stk. 4, i direktiv 2014/24 tilstrækkeligt tæt på ordlyden af artikel 45, stk. 2, i direktiv 2004/18, som den ophævede, for at den fortolkning, som den forelæggende ret har anmodet om, kan lade sig inspirere af Domstolens praksis vedrørende denne sidstnævnte bestemmelse». Direktiv 2009/81/EF er derfor ikke til hinder for at det i nasjonal rett innføres en utelukkelsesrett tilsvarende artikkel 57 nr. 4 bokstav g.

Det følger av artikkel 39 nr. 2 bokstav d at den gjelder alvorlige feil som oppdragsgiver beviselig har konstatert. I Kommisjonens veileder om forsyningssikkerhet står det i avsnitt 19 at «the rather strong terms 'has been guilty' and 'proven' indicate that the contracting authority/entity has to rely on objective and verifiable information if it wants to exclude a candidate/tenderer from the procedure on these grounds.» Slike bevismidler kan for eksempel være en rettsavgjørelse, eller bøter ilagt av kompetente myndigheter.[1316] Det kan også opereres med svartelister så lenge det gjøres en individuell vurdering før oppføringen på listen, der leverandøren må ha mulighet til å imøtegå oppføringen.[1317] Samtidig har EU-domstolen i flere avgjørelser vist til at oppdragsgiver ikke uten videre kan basere seg på andre oppdragsgiveres vurderinger, men må gjøre en selvstendig vurdering.[1318]

Etter artikkel 39 nr. 2 *bokstav e* kan oppdragsgiver utelukke enhver leverandør som «er funnet, på grunnlag av enhver form for bevis, herunder beskyttede datakilder, ikke å inneha den pålitelighet som er nødvendig for å utelukke risiko for medlemsstatens sikkerhet». Dette er en forsvars- og sikkerhetsspesifikk utelukkelsesgrunn, som ikke gjenfinnes i andre direktiver om offentlige innkjøp. Bestemmelsen må ses i sammenheng med at forsvars- og sikkerhetsanskaffelser inngår i en sensitiv sektor som berører nasjonale sikkerhetsinteresser. I fortalens avsnitt 67 står det at «påliteligheten til markedsdeltakere som blir tildelt kontrakter» er av avgjørende betydning, og hvor det er presisert at denne «påliteligheten avhenger særlig av markedsdeltakernes evne til å svare på krav som pålegges av oppdragsgiver/offentlig oppdragsgiver med hensyn til forsyningssikkerhet og informasjonssikkerhet».

I fortalens avsnitt 65 er det forklart at oppdragsgiver kan utelukke leverandører som «ikke er tilstrekkelig pålitelige til at det kan utelukkes risiko for medlemsstatens sikkerhet». Det er opp til den enkelte EØS-stat å bestemme beskyttelsesnivå og identifiserer vesentlige sikkerhetsinteresser i den enkelte sak,[1319] og artikkel 39 nr. 2 bokstav e gir oppdragsgiver et nokså vidt skjønn til å avgjøre om

---

[1315] Avsnitt 45.

[1316] Sak C-178/16 *Impresa di Construzioni* avsnitt 46 – 47, sak C-470/13 avsnitt 37, C-425/18 *Consorzio Nazionale Servizi* avsnitt 33.

[1317] Sak C-682/21 *HSC Baltic*.

[1318] Sak C-267/18 *Delta* og sak C-41/18 *Meca*.

[1319] C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* (75), C-511/18 mv. *La Quadrature du Net* (135).

identifiserte sikkerhetsinteresser kan settes på spill om kontrakten helt eller delvis tildeles leverandøren. Utelukkelse kan være aktuelt selv om leverandøren har sikkerhetsklarering fra kompetent myndighet.[1320] I fortalens avsnitt 65 er det som eksempler nevnt at «slik risiko kan skyldes visse egenskaper ved produktene som kandidaten leverer, eller kandidatens eierstruktur». At eierstruktur utgjør en sikkerhetsrisiko kan være særlige aktuelt der leverandøren eies av personer eller selskaper i tredjeland som oppdragsgivers stat ikke har noe sikkerhetssamarbeid med.

Bokstav e krever at leverandøren ikke besitter *pålideligheten* som er nødvendig av nevnte sikkerhetsinteresser. I engelsk språkversjon er begrepet «reliability» brukt. Etter en normal språklig forståelse er pålitelighet knyttet til om noen er til å stole på, og det kan knytte seg til slikt som troverdighet, men ordet kan også brukes i en videre betydning og gjelde egenskaper som nøyaktighet, driftssikker osv. Det kan imidlertid diskuteres om ordet pålitelighet i bokstav e sikter til leverandørens hederlighet og dermed har en mer snever betydning.

Artikkel 39 har overskriften leverandørens «personlige forhold», og bestemmelsen inngår i direktivets regler om kvalitativ utvelgelse. Denne delen av konteksten trekker i retning av at bestemmelsen gjelder forhold ved leverandøren som gjør den upålitelig, og i saker om utelukkelse på grunn av misligheter har EU-domstolen sagt at formålet med utelukkelsesreglene er å sikre etterprøving av om leverandørene har tilstrekkelig integritet og pålitelighet. Det synes imidlertid som at begrepet pålitelighet i bokstav e skal forstås i en noe videre betydning enn slikt som manglende troverdighet eller kritikkverdige forhold. Fortalens avsnitt 65 bruker visse trekk ved produktet som eksempel på sikkerhetsrisiko, og det synes å gå ut over leverandørens personlige forhold i snevrer forstand. Avsnitt 67 i fortalen forklarer videre at det er sentralt at leverandørene kan oppfylle oppdragsgivers krav til informasjonssikkerhet og forsyningssikkerhet, noe som også trekker i retning av at pålitelighet i bokstav e skal forstås som noe mer enn slikt som troverdighet eller kritikkverdige forhold. Bestemmelsens formål om å utelukke enhver sikkerhetsrisiko for medlemsstaten tilsier også at begrepet pålitelighet bør forstås nokså vidt.

I Kommisjonens meddelelse står det at pålitelighet kan være særlig aktuelt for informasjonssikkerhet, men at det også spiller en rolle for forsyningssikkerhet fordi dette «depends clearly on both the reliability of the supplier and the quality of the equipment to be delivered».[1321] Det er dels en gjentakelse av det som står i fortalen, og det kan diskuteres hvordan egenskaper ved utstyret som leveres sier noe om leverandørens «personlige forhold» som er overskriften til artikkel 39. Begrepet pålitelighet er også brukt i artikkel 42 nr. 4, og i Kommisjonens meddelelse heter det at «since reliability is a vague concept, contracting authorities/entities have both a considerable degree of flexibility for their assessment, but also a special responsibility to handle it with care.»[1322]

Selv om oppdragsgiver har et vidt skjønn under bokstav e, gir bestemmelsen ikke «unlimited discretion to contracting authorities».[1323] Ordlyden innebærer at «any exclusion of a candidate or tenderer must be based on risks to the security of the Member State.»[1324] Det må videre foreligge «objective and verifiable elements indicating lack of reliability that causes risks to the security of the

[1320] Kommisjonens Guidance Note Security of Information avsnitt 9.
[1321] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 20.
[1322] Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 13.
[1323] Kommisjonens meddelelse Security of Information Security of Supply avsnitt 20.
[1324] Kommisjonens meddelelse Security of Information Security of Information avsnitt 9.

State».[1325] Samtidig følger det av artikkel 39 nr. 2 bokstav e at oppdragsgiver «på grunnlag av enhver form for bevis, herunder beskyttede datakilder» kan utelukke leverandører den anser upålitelig. Dette må ses i sammenheng med at forsvars- og sikkerhetsanskaffelser ifølge fortalens avsnitt 65 har en sensitiv karakter om gjør at det bør være mulig å utelukke leverandører når oppdragsgiver «har opplysninger, eventuelt fra beskyttede kilder, som slår fast at disse markedsdeltakerne ikke er tilstrekkelig pålitelige til at det kan utelukkes risiko for medlemsstatens sikkerhet.»

I Kommisjonens veileder er det presisert at «the use of protected data sources as a means of evidence will certainly be limited to very exceptional cases.»[1326] Samtidig heter det at der oppdragsgiver har grunn til å betvile påliteligheten til en leverandør med sikkerhetsklarering fra hjemstaten kan «protected data sources may indeed be an important — if not the only — means to establish that security risks cannot be excluded.»[1327] Oppdragsgiver må i så fall være «prepared to demonstrate, if necessary in a special review procedure, the plausibility of its decision».[1328] Kravene til håndheving må likevel ses i sammenheng med artikkel 123 EØS bokstav a (punktene 8.3.2 og 8.4.2 ovenfor).

Artikkel 39 nr. 2 *bokstav f* gir utelukkelsesrett der leverandøren ikke har innbetalt «trygdeavgifter i samsvar med lovbestemmelsene i den stat der markedsdeltakeren er etablert, eller i oppdragsgivers/offentlig oppdragsgivers hjemstat». Bestemmelsen tilsvarer artikkel 45 nr. 2 bokstav e i direktiv 2004/18/EF.

Artikkel 39 nr. 2 *bokstav g* gir oppdragsgiver utelukkelsesrett hvis leverandøren ikke har «oppfylt sine forpliktelser om innbetaling av skatter og avgifter i samsvar med lovbestemmelsene i den stat der markedsdeltakeren er etablert, eller i oppdragsgivers/ offentlig oppdragsgivers hjemstat». Bestemmelsen tilsvarer artikkel 45 nr. 2 bokstav e i direktiv 2004/18/EF.

Formålet med bokstav f og g er å sikre at leverandøren er pålitelig, troverdig og påpasselig.[1329] Også hensynet til likebehandling kan tilsi utelukkelse av leverandører som ikke har betalt skatte- og avgifter. I forslag til avgjørelse i forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* skrev generaladvokaten at utelukkelsesreglene også tjener til å unngå at leverandøren «på grundlag af manglende betaling af sit skattetilsvar eller sociale sikringsbidrag får en uberettiget fordel frem for konkurrenterne med hensyn til at få tilslag på en offentlig kontrakt.»[1330]

I direktiv 2014/24/EU er reglene om utelukkelse for manglende betaling av skatter og avgifter samlet i artikkel 57 nr. 2. Her står det at oppdragsgiver har utelukkelsesplikt om det er slått fast i rettskraftig dom eller endelig forvaltningsvedtak at leverandøren ikke har oppfylt forpliktelser til å betale skatter og trygdeavgifter. Det er utelukkelsesrett hvis oppdragsgiver med ethvert passende middel kan vise at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser med hensyn til betaling av skatter og trygdeavgifter. Dette gjelder ikke etter at leverandøren har gjort opp for seg. Bestemmelsen er nærmere behandlet i NOU 2024:9 kapittel 9.4.

Artikkel 39 nr. 2 bokstav f eller har g ingen minimumsbeløp for utestående skatte- og avgiftskrav. I sak C-358/12 *Libor* skrev EU-domstolen at innføring av minimumsbeløp i nasjonal rett utgjorde en lemping av den tilsvarende utelukkelsesgrunnen etter direktiv 2004/18/EF artikkel 45 nr. 2 bokstav f.

[1325] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 20.
[1326] Kommisjonens Guidance Note on Security of Supply avsnitt 20.
[1327] Kommisjonens Guideance note on Security of Information avsnitt 9.
[1328] Kommisjonens Guideance note on Security of Information avsnitt 9.
[1329] Sak C-358/12 *Libor* avsnitt 32 flg.
[1330] Forslag til avgjørelse avsnitt 24.

At terskelen for skatter- og avgifter var høyere enn for trygdeavgifter gjorde ikke at minimumsbeløpet for trygdeavgifter var uforholdsmessig i den saken.

I forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* skrev EU-domstolen at fristen for når forpliktelsene skal være oppfylt fastsettes kan fastsettes av nasjonal rett eller av oppdragsgiveren, men fristen må være fastsatt og kommunisert på en måte som sikrer at leverandøren får kjennskap til den.[1331] I samme dom står det at leverandøren har oppfylt forpliktelsene om den innen angitt frist «fuldstændigt har gennemført betalinger til afvikling af deres gæld i forbindelse med social sikring, skatter og afgifter».

Artikkel 39 nr. 2 *bokstav h* gir utelukkelsesrett der leverandøren «har gjort seg skyldig i grov fordreining av de opplysninger som kreves i henhold til dette avsnitt, eller har unnlatt å gi slike opplysninger». Bestemmelsen tilsvarer artikkel 45 nr. 2 bokstav g i direktiv 2004/18/EF.

I sak C-387/14 *Esaproject* skrev EU-domstolen at bestemmelsen kan presiseres og tydeliggjøres i nasjonal rett. Kriteriet svikaktig betyr ikke at leverandøren forsettlig har gitt uriktige opplysninger, men det kreves «at han har udvist en vis form for grad af uagtsomhed, dvs. en uagtsomhed, der kan have afgørende indflydelse på beslutningerne om udelukkelse, udvælgelse eller tildeling af den offentlige kontrakt».[1332]Et eksempel på slik informasjon kan være «undlades at oplyse den ordregivende myndighed om den forhenværende administrerende direktørs strafbare handlinger».[1333]

Artikkel 39 har som sagt ikke regler om utelukkelsesperiode eller regler om selvrensing. På samme måte som for utelukkelsesplikt kan det medlemsstatene vedta regler om det i nasjonal rett for så vidt gjelder utelukkelsesrett (se II rett ovenfor).

IV. Dokumentasjon

I artikkel 39 nr. 3 bokstav a står det at oppdragsgiver som bevis for at leverandøren ikke befinner seg i en situasjon som beskrevet i artikkel nr. 39 nr. 1 eller artikkel 39. nr. 2 bokstav c skal godta fremlagte straffeattester i hjemlandet eller oppholdslandet. Dersom slike attester ikke utstedes kan de erstattes av en erklæring avgitt under ed eller en høytidelig forsikring for kompetente myndigheter mv.

Etter artikkel 39 nr. 3 bokstav a skal det som bevis for at leverandøren ikke befinner seg i en situasjon som beskrevet i nr. 2 bokstav a og b dokument fra kompetent rettslig eller administrativ myndighet. Dersom det ikke utstedes slike dokumenter, kan det erstattes med erklæring under ed eller høytidelig forsikring.

Ifølge artikkel 39 nr. 3 bokstav b skal medlemsstatene som bevis for at leverandørene ikke er i en situasjon som beskrevet 39 nr. 2 bokstav f og skal det godkjennes en attest fra kompetente myndigheter.[1334]

Ifølge artikkel 39 nr. 4 skal medlemsstatene utpeke relevante myndigheter for å utstede dokumentene omhandlet i nr. 3, og underrette Kommisjonen/ESA om det. Det berører ikke gjeldende regler om databeskyttelse.

[1331] C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* avsnitt 31 til 32. Se også sak C-199/15 *Ciclat Soc.*

[1332] Avsnitt 71.

[1333] Sak C-178/16 *Impresa di Construzioni* avsnitt 48.

[1334] Se sak C-74/09 *WISAG.*

V. Særlig om tredjepersoner og underleverandører

Oppdragsgiver skal kontrollere om leverandører rammes av en utelukkelsesgrunn, men et annet spørsmål er om det samme skal gjøres overfor tredjepersoner som leverandøren påberoper kapasiteten til, og overfor underleverandører som leverandøren vil bruke i kontraktsgjennomføringen.

Ifølge artikkel 63 i direktiv 2014/24/EU skal oppdragsgiver kontrollere om tredjepersoner som leverandøren påberoper kapasiteten til rammes av utelukkelsesgrunner i artikkel 57. Direktiv 2009/81/EF har ikke en tilsvarende bestemmelse, men utelukkelsesretten gjelder ifølge ordlyden overfor enhver økonomisk aktør, og der formålet om å kunne utelukke upålitelige aktører gjør seg like mye gjeldende overfor tredjepersoner som påberopes av leverandøren.[1335] Direktivet er derfor ikke til hinder for at oppdragsgiver kontrollerer at tredjepersoner som påberopes for oppfyllelse av kvalifikasjonskrav rammes av en utelukkelsesgrunn.

Utelukkelsesplikten gjelder derimot «enhver ansøker eller tilbudsgiver», og disse begrepene er definert i artikkel 1 nr. 15 og 16. Etter ordlyden omfattes ikke tredjepersoner som verken har avgitt oppfordring til å delta eller har inngitt tilbud. Direktivet kan imidlertid vanskelig forby at nasjonal rett foreskriver at utelukkelsesplikten også skal gjelde tredjepersoner.

I direktiv 2014/24/EU bestemmer artikkel 63 at oppdragsgiver skal kreve at leverandøren bytter ut en enhet som den påberoper kapasiteten til, men som rammes av en utelukkelsesgrunn. I sak C-210/20 *Rad Services* skriver EU-domstolen at proporsjonalitetsprinsippet kan innebære at leverandøren får mulighet til å skifte ut tredjeparten som rammes av en utelukkelsesgrunn fremfor at leverandøren utelukkes. Samtidig understreker EU-domstolen at en slik utskifting ikke kan føre til en vesentlig endring av tilbudet.[1336] I sak C-223/16 *Casertana Costruzioni* skrev EU-domstolen at artikkel 63 utgjør en vesentlig endring av rettstilstanden, og at den derfor ikke er et tolkningsmoment for artikkel 48 nr. 3 i direktiv 2004/18/EF. Det er dermed opp til nasjonal rett å gi regler om utskifting av underleverandører, men da under overholdelse av grunnprinsippene. *Casertana Costruzioni* kan imidlertid tilsi at det ikke kan tillates utskifting av tredjepart hvis det vil være en vesentlig endring av prekvalifiseringssøknaden, se omtalen av artikkel 42 (punkt 12.36 nedenfor).

Etter artikkel 71 i direktiv 2014/24/EU kan oppdragsgiver også kontrollere om underleverandører rammes av utelukkelsesgrunner. Artikkel 21 nr. 5 i direktiv 2009/81/EF tilsier at oppdragsgiver kan gjøre det samme etter det direktivet for det forutsettes der at oppdragsgiver kan forbeholde seg retten til å avvise underleverandører etter samme kriterier som ble brukt for tildelingen av hovedkontrakten, og det kan omfatte utelukkelsesgrunner (punkt 12.14 ovenfor). Når det gjelder utelukkelsesretten følger det også av ordlyden til artikkel 39 nr. 2 som foreskriver at enhver økonomisk aktør kan utelukkes,[1337] mens utelukkelsesplikten er begrenset til søkeren eller tilbudsgiveren. Artikkel 21 nr. 5 bekrefter imidlertid at utelukkelsesplikten også kan gjøres gjeldende mot underleverandører.

Ifølge artikkel 71 nr. 6 bokstav b i direktiv 2014/24/EU kan oppdragsgiver kreve at leverandøren skifter ut underleverandører som rammes av en utelukkelsesgrunn. Direktiv 2009/81/EF har ikke en tilsvarende regulering, og det er derfor opp til nasjonal rett å regulere dette under overholdelse av grunnprinsippene. Saker som C-398/14 *MT Højgaard,* sak C-91/08 Wall, sak C-223/16 *Casertana*

[1335] Sml. sak C-395/18 *Tim* avsnitt 35 flg.

[1336] Sak C-210/20 *Rad Services* avsnitt 34 flg. og 42.

[1337] Sak C-395/18 *Tim* avsnitt 35 flg. Se også direktiv 2009/81/EF vedlegg IV om kunngjøring punkt 10.

*Costruzioni*og sak C-161/13 *Idrodinamica* illustrerer at utskifting av underleverandør ikke kan lede til en vesentlig endring av prekvalifiseringsøkand, tilbud, tildelingsbeslutning eller kontrakt.

12.33.2 Gjennomføring

Artikkel 39 i direktiv 2009/81/EF er gjennomført i FOSA § 11-2, og bestemmelsen er gjentatt i ARF § 38-8. Utelukkelse er behandlet i kapittel 16.2 i veilederen til FOSA.

Artikkel 57 i direktiv 2014/24/EU er gjennomført i FOA kapittel 24, der reglene om utelukkelse følger av §§ 24-2 til 24-7. Anskaffelsesutvalget foreslår å gjennomføre direktiv 2024/24/EU artikkel 57 i §§ 16-2 til § 16-9.

12.33.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår i likhet med anskaffelsesutvalget å gjennomføre artikkel 39 i flere bestemmelser i lovforslaget slik at bestemmelsene blir mer tilgjengelig.

Arbeidsgruppen foreslår å innføre artikkel 39 på følgende måte:

Artikkel 39 nr. 1 foreslås gjennomført i forslag til ny lov § 18-3.

Artikkel 39 nr. 2 foreslås gjennomført i forslag til ny lov §§ 18-2 og 18-5.

Artikkel 39 nr. 3 foreslås gjennomført i § 18-8.

Artikkel 39 nr. 4 foreslås ikke gjennomført som en egen lovbestemmelse.

Et formål med nye lover om offentlige anskaffelser er at reglene i de ulike lovene bør være like, der det faktisk er regler med det samme innholdet som gjelder. Dette er viktig ut fra forenklingshensyn. Samtidig er det et viktig hensyn å innføre regler fra anskaffelsesdirektivet som er en kodifisering av gjeldende rett og som derfor vil være anvendelig på forsvars- og sikkerhetsanskaffelser uavhengig av om de er lovfestet eller ikke. Det innebærer at avvisningsbestemmelsene som ikke finnes i direktiv 2009/81/EF, men i anskaffelsesdirektivet og som enten er en presisering av avvisningsbestemmelsene som finnes i direktiv 2009/81/EF og direktiv 2004/18/EF, eller en kodifisering av rettspraksis, også bør innføres i direktiv 2009/81/EF.

På denne bakgrunnen foreslår arbeidsgruppen å innføre en rett til å avvise en leverandør som har begått brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold, se lovforslagets § 18-5 bokstav a. I tillegg foreslås det at direktiv 2009/81/EF artikkel 39 nr. 2 bokstav c og d innføres ved å innta tilsvarende bestemmelser som forslag til ny anskaffelseslov § 16-5 bokstav c, d, g og e da disse bestemmelsene anses å være presiseringer som det ligger innenfor direktivets handlingsrom å innføre.

Gjennomgangen ovenfor viser at det på dette området har skjedd en regelverksutvikling fra reglene slik de er innført i direktiv 2009/81/EF til de reglene som er innført i direktiv 2014/24/EU. Gjennomgangen ovenfor viser også at det ikke er rettslige hinder for at denne regelverksutviklingen gjenspeiles i en ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Arbeidsgruppen foreslår derfor at avvisningsreglene i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser legges så nært opp til anskaffelseslovutvalgets forslag til bestemmelser i ny lov om offentlige anskaffelser som mulig. Noen forskjeller vil det likevel måtte være. Dette gjelder blant annet at det ikke er rom for å innføre maksimumsperioder for avvisning etter avvisningsgrunnene i artikkel 39 da dette er en positivrettslig regel. Forsvars- og sikkerhetshensyn tilsier også at oppdragsgivere ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser bør ha en stor fleksibilitet ved vurderingen av hvor lenge det er nødvendig å

avvise en leverandør på grunn av de forholdene som rammes av en avvisningsbestemmelse. Arbeidsgruppen foreslår derfor at det ikke innføres regler om dette i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

I artikkel 39 nr.1 angis det at dersom en leverandør er rettskraftig dømt for en rekke angitte straffbare forhold, skal leverandøren avvises. Felles for de angitte forholdene, er at det vises til overtredelser av EUs regelverk knyttet til korrupsjon, bedrageri osv. som ikke er innført i norsk rett. I FOSA § 24-2 annet ledd er det derfor ikke vist til disse regelverkene og det er i Nærings- og fiskeridepartementets veileder til reglene om offentlige anskaffelser (2017) kapittel 36.3.6 angitt at begrepene skal forstås i samsvar med den norske straffeloven. Tilsvarende er lagt til grunn for reglene inntatt i FOSA. Anskaffelseslovutvalget har også vurdert om det skal vises til EUs regelverk eller om den norske strafferettslige betydningen av begrepene skal legges til grunn i nytt regelverk. Utvalget viser i NOU 2024: 9 punkt 9.2.2 til at det gir «lite mening å kun oppstille avvisningsplikt for direktivets straffbare forhold etter norsk rett, når disse rettsaktene i hovedsak ikke er gjennomført i norsk rett. Utvalget viser også til at flere EU-land har vist til nasjonale definisjoner. I tillegg er dette innarbeidede begreper i norsk rett og hensynet til bekjempelse av kriminalitet er viktig.» Utvalget konkluderer deretter med at det fortsatt bør være den norske strafferettslige betydningen av begrepene som legges til grunn. Arbeidsgruppen slutter seg til denne vurderingen.

I direktiv 2014/24/EU artikkel 57 nr. 1 er, som nevnt ovenfor, utelukkelsesplikten utvidet til også å gjelde «barnearbeid og andre former for menneskehandel, som definert i artikkel 2 i europaparlaments- og rådsdirektiv 2011/36/EU». En tilsvarende bestemmelse er ikke inntatt i diretiv 2009/81/EF. Samtidig gir dette rett til å avvise etter artikkel 39 nr. 2 bokstav c, d og e, jf. ovenfor, og det er opp til nasjonal rett å vurdere om forhold som gir rett til å avvise, etter direktiv 2009/81/EF skal innføres som en plikt til å avvise i nasjonal rett. Barnearbeid og andre former for menneskehandel er alvorlige brudd på grunnleggende menneskerettigheter. Arbeidsgruppen mener derfor at det bør innføres en regel som i anskaffelsesregelverket for øvrig, der det foreligger en plikt til å avvise en leverandør som er rettskraftig dømt for disse forholdene.

I FOSA (og i anskaffelsesloven) er forelegg sidestilt med rettskraftig dom. Anskaffelseslovutvalget diskuterer i NOU 2024: 9 punkt 9.2.2 om det fortsatt bør være slik. Anskaffelseslovutvalget konkluderer med at det er adgang til å likestille forelegg med rettskraftig dom, noe arbeidsgruppen slutter seg til. Anskaffelseslovutvalget påpeker likevel at en likestilling av forelegg med rettskraftig dom, vil være i samsvar med hensynene bak bestemmelsen, som er å motvirke kriminalitet og skape like konkurransevilkår. For anskaffelsesutvalget var dette avgjørende og forslaget til ny anskaffelseslov legger derfor opp til en likestilling mellom forelegg og rettskraftig dom.

Arbeidsgruppen har også vurdert hvorvidt forelegg bør sidestilles med rettskraftig dom. Slik det fremgår ovenfor, er det ikke klart at det å sidestille forelegg med rettskraftig dom er hensiktsmessig. Arbeidsgruppen mener derfor at det bør være en større fleksibilitet til å vurdere hvorvidt et forelegg skal føre til avvisning. Arbeidsgruppen foreslår derfor at det kun er en rett og ikke en plikt til å avvise en leverandør i de tilfellene hvor leverandøren har vedtatt et forelegg.

Direktiv 2009/81/EF er, som vist ovenfor, ikke til hinder for at det innføres en plikt til å avvise en leverandør i de tilfellene oppdragsgiver har kjennskap til at leverandøren ikke har oppfylt forpliktelser om betaling av skatter og trygde- eller pensjonspremier om dette er fastslått ved endelig forvaltningsvedtak eller dom, slik innført i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser § 16-2. Samtidig vurderer arbeidsgruppen det slik at oppdragsgivere ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

kan ha behov for fleksibilitet i forhold til om leverandører med skatte- og avgiftsrestanser skal avvises. Arbeidsgruppen foreslår derfor at regelen i § 24-2 (3) bokstav a beholdes ved at det kun er en avvisningsrett i disse tilfellene.

Arbeidsgruppen har også vurdert om det er hensiktsmessig å innføre regler om identifikasjon i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. En slik bestemmelse er i dag inntatt i FOSA § 24-3. Arbeidsgruppen mener at det er hensiktsmessig å videreføre denne bestemmelsen. Som påpekt ovenfor kan fravær av regler om identifikasjon gjøre utelukkelsesplikten enkel å omgå. Arbeidsgruppen kan her slutte seg til anskaffelseslovutvalgets vurderinger inntatt i NOU 2024: 9 punkt 9.3.2.

Arbeidsgruppen foreslår at det innføres regler om selvrensing tilsvarende de som er foreslått av anskaffelseslovutvalget i utkast til ny lov om offentlige anskaffelser § 16-7. Disse reglene er hensiktsmessig og et utslag av prinsippet om forholdsmessighet. En leverandør som har gjennomført tiltak som er egnet til å forebygge nye hendelser og gjennom dette har vist at har den nødvendige integriteten for å være kontraktspart, bør kunne delta i konkurranser om offentlige kontrakter igjen. De tiltakene som foreslå i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 18-7 første ledd, er momenter i den helhetsvurderingen som må gjøres for å vurdere om leverandøren har den nødvendige integriteten som kontraktspart.

En av bestemmelsene som er inntatt i direktiv 2014/24/EU som ikke gjenfinnes i direktiv 2008/91/EF er artikkel 57 nr. 4 bokstav d som gir rett til å avvise "hvis den ordregivende myndighed har tilstrækkelig plausible indikationer til at konkludere, at den økonomiske aktør har indgået en aftale med andre økonomiske aktører med henblik på konkurrencefordrejning." Arbeidsgruppen har vurdert hvorvidt dette er en bestemmelse som også kan innføres i lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Flertallet, medlemmene Dragsten, Arve, Karlstrøm og Sikkeland mener bestemmelsen er en kodifisering og presisering av regelen i direktiv 2009/81/EF artikkel 39 nr. 2 bokstav d om alvorlige feil i forbindelse med utøvelsen av leverandørens virksomhet. Flertallet viser her blant annet til EU-domstolens saker C-570/13 *Generali-Providencia* og C-416/21 *Landkreis Aichach-Friedberg* omtalt ovenfor. Flertallet foreslår derfor å gjennomføre en tilsvarende regel som artikkel 57 nr. 4 bokstav d i direktiv 2024/14/EU.

Mindretallet arbeidsutvalgsmedlemmer Gulsvik og Mengshoel viser til at det er uomtvistet at ulovlig konkurransesamarbeid gir avvisningsrett etter direktiv 2009/81/EF artikkel 39 nr. 2 bokstav d, hvor oppdragsgiver da har den normale bevisbyrden når det utøves rett til avvisning. Mindretallet forstår direktiv 2014/24/EU artikkel 57 nr. 4 bokstav d som innføre en særskilt regel som senker beviskravene for å avvise en tilbyder som har drevet ulovlig konkurransesamarbeid. "Tilstrekkelig plausible indikasjoner" gir et lavere beviskrav, som mindretallet forstår er innført fordi det er svært krevende for en oppdragsgiver å skulle bevise at noen har drevet ulovlig konkurransesamarbeid, med mindre det foreligger et vedtak fra konkurransetilsynet eller tilsvarende myndigheter. Artikkel 57 nr. 4 bokstav d i direktiv 2014/24/EU fremstår som en positivrettslig endring som kommisjonen ikke har foreslått å innføre i sitt forslag til endringer i direktiv 2009/81. Mindretallet mener følgelig at denne bestemmelsen ikke bør innføres i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

12.34 Artikkel 40 - Egnethet til å utøve yrkesvirksomhet

12.34.1 Direktivet

Det følger av artikkel 38 at kontrakter skal tildeles på grunnlag av tildelingskriteriene etter at oppdragsgiver har vurdert at leverandørene blant annet ikke er utelukket etter artikkel 40, som gjelder egnetheten til å utøve aktiviteten kontrakten gjelder. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 46 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i artikkel 2014/24/EU artikkel 58 nr. 2, men reglene for kvalifiseringen av leverandører er noe annerledes bygd opp i dette direktivet (punkt 12.32 ovenfor), og disse er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.35.

Artikkel 40 er et kvalifikasjonskrav, der manglende oppfyllelse skal lede til avvisning.[1338] Kvalifikasjonskrav må angis i anskaffelsesdokumentene, og de må formuleres på en tilstrekkelig klar, presist og utvetydig måte til at enhver normalt forstandig og opplyst leverandør kan forstå kravene på samme måte.[1339] Det er et generelt krav at kvalifikasjonskrav er relatert til og står i forhold til kontraktens gjenstand.[1340]

Artikkel 40 (1) gjelder der det i leverandørens hjemstat er krav om registrering i faglige register eller handelsregister for å kunne utøve en aktuell virksomhet, Oppdragsgiver kan i så fall kan kreve at leverandøren er opptatt i påkrevd register. I vedlegg VII er det inntatt en oversikt over registre i de ulike medlemsstatene, der del A gjelder bygge- og anleggskontrakter, del B gjelder varekontrakter mens del C gjelder tjenestekontrakter. Det står i artikkel 40 og note 1 til vedlegg VII at listen bare er veiledende, og at begrepet «registre» også skal forstås som nasjonale registre som har erstattet registrene oppført i vedlegg VII. Ifølge artikkel 40 (1) *in fine* skal medlemsstatene jevnlig underrette Kommisjonen og andre medlemsstater om endringer gjort i listene inntatt i vedlegg VII, og dokumentasjonen i disse listene.

Artikkel 40 (1) gir nærmere regler om hvordan oppdragsgiver kan kreve at leverandøren dokumenterer at den er opptatt i påkrevd register. Det står at leverandøren kan anmodes om å godtgjøre at den er opptatt i påkrevd register, men uten at det sies noe om hvordan slik godtgjøring kan skje. Som et alternativ til dette står det i artikkel 40 (1) at leverandøren kan avgi en erklæring under ed om at den er opptatt i påkrevd faglig register. Et ytterligere alternativ er at det fremlegges en attest som angitt i vedlegg VII, der det som nevnt vises til ulike faglige registre blant medlemsstatene. Sak C-6/20 *Sotsiaalministeerium* gjaldt den tilsvarende bestemmelsen etter artikkel 46 i direktiv 2004/18/EF, og der EU-domstolen oppsummerer rettstilstanden med at leverandøren skal kunne bevise at den er «egnet til at udføre en offentlig kontrakt ved at henvise til dokumenter, såsom et attest eller en optagelse i det faglige register eller handelsregistret, udstedt af de kompetente myndigheder i den medlemsstat, hvor tilbudsgiveren er etableret».[1341]

Artikkel 40 (2) regulerer tilfeller der leverandøren må ha en bestemt autorisasjon eller være medlem av en bestemt organisasjon i sitt hjemland for kunne å utføre en aktuell tjeneste. Oppdragsgiver kan i så fall kreve bevis for at leverandøren har slik autorisasjon eller slikt medlemskap. I sak C-295/20

[1338] Se diskusjonen under omtalen av artikkel 38 i punkt 12.32 ovenfor og henvisningen til f.eks. sak C-6/20 *Sotsiaalministeerium* avsnitt 48.

[1339] Artikkel 38 nr. 2, vedlegg V om kunngjøring punkt 17, sak C-27/15 *Pizzo* avsnitt 37 flg., HR-2022-1964-A *Flage Maskin* avsnitt 47 flg. med videre henvisninger.

[1340] Sak C-195/21 *LB* avsnitt 48.

[1341] Sak C-6/20 *Sotsiaalministeerium* avsnitt 49.

Sanresa fant EU-domstolen at krav om at leverandøren måtte innhente samtykke fra kompetente myndigheter til å transportere farlig avfall ikke var et autorisasjonskrav etter artikkel 58 nr. 1 bokstav a i direktiv 2014/24/EU.[1342]

Ifølge artikkel 40 (3) berører bestemmelsen ikke etableringsfriheten eller tjenestefriheten som er sikret i EU-retten. Det må ses i sammenheng med at krav om tillatelse, registreringer mv. for å utføre en virksomhet som regel vil utgjøre en restriksjon på primærrettens regler om fri bevegelighet og som derfor må kunne rettferdiggjøres,[1343] men i en del tilfeller vil slike krav reguleres av direktiv 2006/123/EF om tjenester i det indre marked, som i stor grad kodifiserer EU-domstolens praksis.

Både artikkel 40 (1) og (2) viser til registreringer og autorisasjoner i leverandørens *hjemstat*. I sak C-6/20 *Sotsiaalministeerium* krevde oppdragsgiver at leverandørene på tilbudstidspunktet også hadde autorisasjon fra oppdragsgivers stat. EU-domstolen fant at et slikt krav var i strid med prinsippet om gjensidig anerkjennelse, som springer ut av kravet om likebehandling.[1344] I sak C-486/21 *Sharengo* gjentok EU-domstolen at prinsippet om gjensidig anerkjennelse er til hinder for at det kreves opptak i faglige registre mv. i landet der kontrakten skal utføres når leverandøren har påkrevd registrering i hjemstaten.[1345]

I motsetning til artikkel 41 nr. 2 og artikkel 43 nr. 2, står det ingenting i artikkel 40 om at leverandøren har rett til å lene seg på tredjeparts kapasitet for oppfyllelse av krav til registrering eller autorisasjon. Tilsvarende gjelder for artikkel 63 i direktiv 2014/24/EU, som ikke viser til artikkel 58 nr. 2. Anskaffelsesutvalget har med henvisning til Kofa-sak 2022/549 lagt til grunn at leverandøren ikke har rett til å påberope tredjeparters ressurser for å oppfylle krav til leverandørens egnethet til å utøve virksomheten.[1346] Det fremstår som en tvilsom slutning.

Retten til å lene seg på tredjeparts ressurser ble etablert av EU-domstolen i sak C-389/92 *Ballast Nedam Groep I*. I den saken ble et holdingselskap nektet godkjenning som entreprenør fordi selskapet ikke selv sto for utførelsen av bygge- og anleggsarbeider, men brukte datterselskapers erfaring til å godtgjøre sine kvalifikasjoner. EU-domstolen konkluderte med at et holdingselskap ikke kan avvises fra konkurranser alene med den begrunnelse at arbeidene utføres av datterselskap, men den tilføyde at tilbudsgiver må kunne godtgjøre at den reelt disponerer over datterselskapets ressurser. I sak C-5/97 *Bellast Nedam Group II* ble det presisert at oppdragsgiver ved vurderingen av leverandørens egnethet er forpliktet til å hensynta datterselskapet ressurser så lenge leverandøren reelt disponerer over disse. Dette er gjentatt i en rekke etterfølgende saker, hvor det også er presisert at det er tale om en rettighet for leverandørene som i prinsippet gjelder uavhengig av den rettslige forbindelsen mellom leverandøren og tredjeparten som påberopes.[1347]

Dersom leverandøren ikke har rett til å påberope tredjeparts ressurser under artikkel 40 vil det for eksempel kunne innebære at holdingselskaper ikke kan delta i konkurranser om de ikke er registrert i faglige registre, typisk fordi selskapet ikke selv står for utførelsen av arbeider eller tjenester. Det er vanskelig å forene en slik tolkning med direktivenes tilblivelseshistorikk, og EU-domstolens uttalelser

[1342] Sak C-295/20 *Sanresa* avsnitt 43.
[1343] Se f.eks. sak 76/81 *Transporoute et travaux* avsnitt 14, C-6/20 *Sotsiaalministeerium* avsnitt 54.
[1344] Sak C-6/20 *Sotsiaalministeerium* 48 og 52.
[1345] Sak C-486/21 *Sharengo* avsnitt 91.
[1346] NOU 2023:26 kapittel 24.35.6.1.
[1347] Se f.eks. sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 35 til 36, sak C-927/19 *Klaipedos* avsnitt 150 flg.

om at muligheten til å påberope tredjeparters ressurser er en rettighet for leverandørene som utgjør en generell regel i EU-lovgivningen om offentlige kontrakter.[1348]

I forslag til avgjørelse i sak C-6/20 *Sotsiaalministeerium* drøfter generaladvokaten kort retten til å lene seg på tredjeparts kapasitet, uten at han problematiserer at artikkel 46 i direktiv 2004/18/EF ikke sier noe om hvorvidt leverandøren har rett til å lene seg på tredjeparter for oppfyllelse av krav til egnethet til å utføre virksomheten.[1349] I sak C-486/21 *Sharengo* behandles spørsmålet av EU-domstolen. I den saken hadde oppdragsgiver stilt krav om at alle deltakerne i en virksomhetssammenslutning som innga tilbud måtte være opptatt i et bestemt register. Det ble stilt spørsmål til EU-domstolen, som anvendte direktiv 2014/23/EU om konsesjonskontrakter.

I direktiv 2014/23/EU står det ikke at oppdragsgiver kan stille kvalifikasjonskrav om egnetheten til å utføre virksomheten, men EU-domstolen mente at det ikke var til hinder for at det kan stilles slike krav.[1350] EU-domstolen viser deretter til at leverandører har rett til å lene seg på tredjeparters kapasitet, og den viser da til artikkel 39 nr. 2 i direktiv 2014/23/EU og rettspraksis fra andre direktiver som slår fast en slik rett. I fortsettelsen heter det i avsnitt 100 at:

> «Det fremgår således, at dette direktivs artikel 38 giver en økonomisk aktør et vidt spillerum til at omgive sig af andre enheder, som bl.a. gør det muligt for denne at råde over den formåen, som denne ikke har. I denne henseende kan denne bestemmelse ikke fortolkes således, at den pålægger en økonomisk aktør alene at ansøge om bistand fra enheder, der hver især er egnet til at udøve det samme erhverv. En økonomisk aktør, der benytter sig af andre enheders formåen, søger nemlig enten at øge sin allerede eksisterende kapacitet, der eventuelt er utilstrækkelig mængde- eller kvalitetsmæssigt, eller at skaffe sig kapacitet eller kompetencer, som han ikke råder over.»

EU-domstolen mente at det ville være uforholdsmessig å kreve at alle deltakerne i sammenslutningen skal være i stand til å utøve den aktuelle virksomheten. Tilsvarende betraktninger kan anvendes der leverandøren påberoper tredjeparts ressurser, og det er tredjeparten som skal står for utførelsen av oppgavene hvor det er stilt krav til faglig egnethet. Hvis leverandøren selv ikke skal stå for utførelsen som krever registrering eller autorisasjon, for eksempel fordi det er et holdingselskap, kan det fremstå som uforholdsmessig om leverandøren skal være avskåret fra å påberope kapasiteten til tredjeparten som skal stå for utførelsen av arbeidet.

Etter artikkel 63 nr. 2 i direktiv 2014/24/EU kan oppdragsgiver i nærmere angitte tilfeller bestemme at visse sentrale oppgaver utføres av leverandøren selv, eller av en bestemt deltaker i en virksomhetssammenslutning. Sak C-324/14 *Partner Apelski* kan tilsi at direktiv 2014/24/EU her innfører en endring som ikke kan gjøres gjeldende for anskaffelser under tidligere direktiver, og da heller ikke for direktiv 2009/81/EF.[1351] I samme dom står det imidlertid at retten til å påberope tredjeparters ressurser unntaksvis kan begrenses, og hvor det i særlige tilfeller kan kreves at aktøren som leverandøren påberoper direkte og personlig skal delta i utførelsen av kontrakten. Dersom utførelsen av disse oppgavene krever registrering eller autorisasjon som behandlet i artikkel 40, vil det kunne kreves at aktøren som leverandøren påberoper oppfyller slike krav.

[1348] Sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 35.

[1349] Forslag til avgjørelse i sak C-6/20 *Sotsiaalministeerium* avsnitt 87 til 88.

[1350] Sak C-486/21 *Sharengo* avsnitt 86 flg.

[1351] Sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 82 flg, se også sak C-27/15 *Pizzo* avsnitt 31 flg.

12.34.2 Gjennomføring

Artikkel 40 første og andre avsnitt er gjennomført i FOSA § 8-13 første og andre avsnitt. Artikkel 40 tredje avsnitt er ikke gjennomført i FOSA. Denne regelen er det heller ingen plikt til å gjennomføre.

Anskaffelsesutvalget behandler den tilsvarende regelen i direktiv 2014/24/EU artikkel 58 som en del av kvalifikasjonskravene. Det vises til i NOU 2023: 26 kapittel 24.35.1, men der det fremgår ovenfor at anskaffelsesutvalgets konklusjon om at leverandøren ikke har rett til å lene seg på tredjepersoners kapasitet neppe er riktig i lys av EU-domstolens praksis.

12.34.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen viser til vurderingen i kapittel 24.35.1 i NOU 2023: 26 og arbeidsgruppen ser det som hensiktsmessig å foreslå tilsvarende regulering som anskaffelsesutvalgets. Det foreslås dermed at artikkel 40 gjennomføres i § 19-2 i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

12.35 Artikkel 41 - Økonomisk og finansiell evne

12.35.1 Direktivet

I. Kvalifikasjonskrav om økonomisk og finansiell kapasitet

Det følger av artikkel 38 at kontrakter tildeles på grunnlag av tildelingskriteriene etter at oppdragsgiver har vurdert om leverandørene oppfyller kravene til blant annet økonomisk og finansiell kapasitet i artikkel 41. Den bestemmelsen tilsvarer artikkel 47 i direktiv 2004/18/EF, og tilsvarende regler finnes i direktiv 2014/24/EU artikkel 58 nr. 3, men der det som nevnt under omtalen av artikkel 38 nr. 2 også er gjort noen endringer i struktur og regler for dokumentasjon (punkt 12.32 ovenfor).

Ifølge artikkel 38 nr. 2 kan oppdragsgiver kreve at leverandørene oppfyller minimumskriterier for egnethet etter artikkel 41, som gjelder leverandørenes økonomiske og finansielle evne. EU-domstolen har sagt at den tilsvarende bestemmelsen i direktiv 2004/18/EF «overlader et meget vidt skøn til de ordregivende myndigheder».[1352] Krav til økonomisk og finansiell kapasitet skal sikre leverandørens evne til å gjennomføre kontrakten, og oppdragsgiver kan derfor kreve at leverandørene har reell rådighet over tilstrekkelig økonomiske midler gjennom hele kontraktsperioden.[1353]

Selv om oppdragsgiver har et betydelig skjønn må grunnprinsippene overholdes ved fastsettelsen av kvalifikasjonskravene, og ved evalueringen av om leverandørene oppfyller disse. Det følger av artikkel 38 nr. 2 at kravene må fremgå av kunngjøringen, og de må være relatert til kontraktsgjenstanden og stå i forhold til denne.[1354] EU-domstolen har understreket at krav til finansiell og økonomisk kapasitet må formuleres klart, presist og utvetydig slik at alle normalt påpasselig og informerte tilbydere forstår kravene på samme måte når de utarbeider forespørsel om deltakelse.[1355]

I forsvars- og sikkerhetsanskaffelser kan økonomisk og finansiell evne ha betydning for statens sikkerhetsinteresser. For det første kan det ha betydning for informasjonssikkerheten, noe som illustreres av at leverandørens økonomi for eksempel er et relevant moment ved vurderingen av

[1352] Sak C-76/16 *Ingsteel* avsnitt 32.
[1353] Sak C-76/16 *Ingsteel* avsnitt 37 til 38.
[1354] Sak C-76/16 *Ingsteel* avsnitt 33, sak C-218/11 *Édukövízig og Hochtief Construction* avsnitt 29.
[1355] Sak C-76/16 *Ingsteel* avsnitt 34.

leverandørklarering.[1356] For det andre kan økonomiske forhold ha betydning for forsyningssikkerhet ved at forsyningslinjer vil kunne avbrytes om leverandøren går konkurs eller må innstille virksomheten. Polske myndigheter anførte en slik risiko som del av begrunnelsen for den direkte anskaffelsen i sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen*. Til dette sa EU-domstolen at oppdragsgiver kan ivareta slike sikkerhetsinteresser ved å stille kvalifikasjonskrav til leverandørens finansielle og økonomiske kapasitet, og som kan redusere risikoen for at valgte leverandør kommer i økonomiske vanskeligheter.[1357]

II. Dokumentasjonskrav

I artikkel 41 gis det nærmere regler om hvilken dokumentasjon oppdragsgiver kan kreve at leverandørene skal fremlegge for å godtgjøre oppfyllelse av krav til økonomisk og finansiell kapasitet. Den tilsvarer artikkel 47 i direktiv 2004/18/EF, men uten at ordningen med ESPD i direktiv 2014/24/EU gjelder for direktiv 2009/81/EF.

Ifølge artikkel 41 nr. 1 kan oppdragsgiver alminneligvis kreve en eller flere av opplysningene opplistet i bokstav a til c. EU-domstolen har sagt at denne formuleringen gir oppdragsgiver et betydelig skjønn, men dokumentasjonen som etterspørres må være objektivt egnet til å godtgjøre leverandørens økonomiske og finansielle kapasitet.[1358] Grunnprinsippene må overholdes også ved formuleringen av dokumentasjonskrav, og ifølge artikkel 41 nr. 4 skal oppdragsgiver angi disse i kunngjøringen, og de må være ikke-diskriminerende og proporsjonale.[1359]

Ifølge *bokstav a* kan det kreves erklæringer fra en bank eller en relevant ansvarsforsikring. I sak C-76/16 *Ingsteel* fant EU-domstolen at krav om å oppnå et banklån som er øremerket kontraktens gjennomførelse objektivt er egnet til å opplyse om tilbudsgiverens økonomiske evne til å gjennomføre kontrakten.[1360] Om det objektivt sett ikke er mulig for en tilbyder å innhente påkrevde erklæringer fra en bank, vil leverandøren etter artikkel 41 nr. 5 kunne fremlegge alternativ dokumentasjon som viser at kravene til økonomisk og finansiell kapasitet er oppfylt (se like nedenfor).[1361]

Ifølge *bokstav b* kan oppdragsgiver be om at leverandørene fremlegger virksomhetens balanse, eller utdrag av denne hvis lovgivningen i leverandørens hjemstat foreskriver offentliggjøring av balansen.[1362] I sak C-218/11 *Édukövízig og Hochtief* skrev EU-domstolen at krav til økonomisk kapasitet ikke kan formuleres som en generell henvisning til balansen da det må henvises til ett eller flere særlige elementer i balansen.[1363] I den saken hadde en ungarsk oppdragsgiver stilt krav til balansen som tyske konsernselskaper vanskelig kunne oppfylle på grunn av en regulering i tysk rett som avvek fra den ungarske regnskapslovgivningen. EU-domstolen skrev at ettersom medlemsstatens regnskapslovgivning ikke er harmonisert er det ikke diskriminerende å stille dokumentasjonskrav som noen tilbydere vil være ute av stand til å levere på grunn av lovgivningen i hjemlandet. Tilbyderne vil i

---

[1356] Se f.eks. klareringsforskriften § 33.
[1357] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 88.
[1358] Sak C-218/11 *Édukövízig og Hochtief Construction* avsnitt 29.
[1359] Sak C-76/16 *Ingsteel* avsnitt 34, sak C-218/11 *Édukövízig og Hochtief Construction* avsnitt 28 til 29.
[1360] Sak C-76/16 *Ingsteel* avsnitt 36.
[1361] Sak C-76/16 *Ingsteel* avsnitt 45 til 48.
[1362] Det er i så fall dokumentasjon som kan være kurant å be om ettersendes om det er utelatt fra prekvalifiseringssøknaden, jf. sak C-336/12 *Manova* avsnitt 39 og artikkel 45 i direktiv 2009/81/EF (12.39 nedenfor).
[1363] Sak C-218/11 *Édukövízig og Hochtief Construction* avsnitt 27.

slike tilfeller ha rett til å fremlegge ethvert annet dokument som viser at kravet til økonomisk og finansiell kapasitet er oppfylt.[1364]

Ifølge *bokstav c* kan oppdragsgiver be om en erklæring om leverandørens samlede omsetning, eller omsetningen innenfor det virksomhetsområde som kontrakten gjelder. Det kan maksimalt etterspørres slike opplysninger for de tre siste disponible regnskapsår, men det kan også være avhengig av hvor leverandøren er etablert, eller når den startet sin virksomhet. I sak C-176/98 *Hols Italia* hadde oppdragsgiver krevd dokumentasjon for årsomsetning for årene 1993 til 1995, men der en leverandør ikke var i stand til å oppfylle dette fordi den først ble opptatt i foretaksregisteret i 1996. Leverandøren påberopte da ressursene til eieren av et morselskap for å godtgjøre at kravet til finansiell og økonomisk kapasitet var oppfylt. EU-domstolen gjentok her at tilbyderne har rett til å påberope tredjeparts ressurser så lenge de reelt disponerer over ressursene, og den rettigheten er kodifisert i artikkel 40 nr. 2 (se like nedenfor).[1365]

Det fremgår av artikkel 41 nr. 4 at oppdragsgiver skal angi i kunngjøringen hvilken dokumentasjon angitt i 41 nr. 1 som den krever fremlagt, «samt hvilken anden dokumentation der skal fremlægges». Den siterte delen av bestemmelsen viser at artikkel 41 ikke uttømmende regulerer hvilken dokumentasjon som oppdragsgiver kan etterspørre for godtgjøring av krav til økonomisk og finansiell kapasitet, og det er også bekreftet av EU-domstolen når det gjelder den likelydende bestemmelsen i direktiv 2004/18/EF.[1366] Oppdragsgiver har derfor et betydelig skjønn til å velge dokumentasjonskrav den mener er nødvendig for å oppfylle krav til økonomisk og finansiell kapasitet, men stadig under overholdelse av grunnprinsippene.[1367]

Ifølge artikkel 41 nr. 5 kan leverandøren fremlegge ethvert dokument som godtgjør dens finansielle og økonomiske kapasitet om den av «en gyldig grunn» ikke er i stand til å fremlegge dokumentasjonen oppdragsgiver har krevd. I sak C-76/16 *Ingsteel* mente leverandøren at det ikke var mulig å få en slik erklæring fra slovenske banker som oppdragsgiver hadde etterspurt i kunngjøringen, og selskapet fremla derfor alternativ bankdokumentasjon. Generaladvokaten skrev at hvis det er umulig å fremskaffe dokumentasjonen oppdragsgiver har etterspurt, vil det utgjøre en gyldig grunn til å fremlegge alternativ dokumentasjon, men han understreker at det må bero på en objektiv vurdering.[1368]

EU-domstolen var i *Ingsteel* enig med generaladvokaten, og den skrev at nasjonal domstol måtte etterprøve om det var «objektivt umuligt» å fremlegge etterspurt dokumentasjon. Det er først hvis det er objektivt umulig å fremlegge etterspurt dokumentasjon at det skal vurderes om den alternative dokumentasjonen er passende til å godtgjøre kravene til finansiell og økonomisk kapasitet.[1369] Det viser at det skal mye til før leverandøren har en gyldig grunn til å fremlegge alternativ dokumentasjon. Det tilkommer oppdragsgiver å vurdere om den alternative dokumentasjonen er egnet til å godtgjøre at kvalifikasjonskravene er oppfylt, men skjønnsutøvelsen skal kunne prøves av domstolene.[1370]

[1364] Sak C-218/11 *Édukövízig og Hochtief Construction* avsnitt 30, artikkel 41 nr. 5 i direktiv 2009/81/EF.

[1365] Se også sak C-927/19 *Klaipedos* avsnitt 68 flg. og 73 flg. om den tilsvarende bestemmelsen i artikkel 58 i direktiv 2014/24/EU.

[1366] Sak C-76/16 *Ingsteel* avsnitt 32, sak C-218/11 *Édukövízig og Hochtief Construction* avsnitt 28. Det samme gjelder artikkel 58 i direktiv 2014/24/EU, jf. sak C-927/19 *Klaipedos* avsnitt 71 og NOU 2023: 26 punkt 24.35.3.

[1367] Sak C-218/11 *Édukövízig og Hochtief Construction* avsnitt 28 til 29.

[1368] Forslag til avgjørelse i sak C-76/16 *Ingsteel* avsnitt 47 flg.

[1369] Sak C-76/16 *Ingsteel* avsnitt 45 til 48.

[1370] Artikkel 41 nr. 5, forslag til avgjørelse i sak C-76/16 *Ingsteel* avsnitt 59 til 60.

Domstolene skal da etterprøve om oppdragsgivers krav til egnethet er relatert til og står i forhold til kontraktsgjenstanden, og anvendes uten forskjellsbehandling.[1371]

III. Retten til å påberope andres ressurser

Det står i artikkel 41 nr. 2 at en økonomisk aktør kan basere seg på andre aktørers kapasitet. Tilsvarende følger av artikkel 47 nr. 2 i direktiv 2004/18/EF, og den retten er videreført med noen endringer i artikkel 63 i direktiv 2014/24/EU, og som er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.35.6.

Opprinnelsen for leverandørenes rett til å påberope tredjeparts ressurser er sak C-389/92 *Ballast Nedam*,[1372] og i sak C-176/98 *Holst Italia* skrev EU-domstolen at denne retten også gjelder for krav til økonomisk og finansiell kapasitet. Det heter i den dommen at leverandører ikke kan avvises alene fordi de skal oppfylle avtalen ved å benytte ressurser som den ikke eier selv, men som tilhører en eller flere andre juridiske personer.[1373] Det kan dermed ikke kreves at leverandøren som oppdragsgiver inngår kontrakt med skal være i stand til å utføre kontrakten med egne midler, så lenge leverandøren kan stille nødvendige garantier for at kontrakten vil bli utført.[1374]

Retten til å påberope tredjeparts ressurser er kodifisert i artikkel 42 nr. 2 i direktiv 2009/81/EF. Formuleringen om at det er hensiktsmessig å påberope tredjepersoners kapasitet utgjør ingen begrensning i leverandørens rett til å lene seg på andres ressurser. EU-domstolen har slått fast at det er tale om en generell rettighet for leverandørene, som skal sikre størst mulig konkurranse om offentlige kontrakter og lette deltakelsen for små og mellomstore virksomheter.[1375]

Det står i artikkel 42 nr. 2 at leverandører kan påberope tredjeparts ressurser uansett den juridiske forbindelsen mellom dem. Det er en kodifisering av saker som *Holst Italia*, hvor det heter at retten til å lene seg på andres ressurser gjelder uavhengig av tredjepartens juridiske forbindelse til leverandøren. EU-domstolen har sagt at leverandøren står fritt til å velge både den juridiske karakteren av forbindelsen mellom dem og «beviset med hensyn til eksistensen av disse forbindelser».[1376]

Det følger av artikkel 42 nr. 2 at leverandøren skal godtgjøre at han råder over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring. Også det er en kodifisering av rettspraksis, og EU-domstolen har understreket at direktivet bare angir et eksempel når det vises til en forpliktelseserklæring.[1377] Leverandøren står fritt å bruke andre bevis som godtgjør at leverandøren råder over tredjepartens ressurser, uten at oppdragsgiver på forhånd kan utelukke bestemte bevis.[1378]

Oppdragsgiver må i tråd med artikkel 38 nr. 1 for det første etterprøve om tredjeparten oppfyller kvalifikasjonskravene, og for det andre om leverandøren «virkelig råder over de ressourcer af enhver

---

[1371] Sak C-76/16 *Ingsteel* avsnitt 46.
[1372] Arnesen (2022) s. 348 til 349.
[1373] Sak C-176/98 *Holst Italia* avsnitt 26.
[1374] Se forslag til avgjørelse i sak C-234/14 *Ostas celtnieks* avsnitt 38 med videre henvisninger.
[1375] Sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 35 til 36.
[1376] Sak C-234/14 *Ostas celtnieks* avsnitt 28, sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 52, sak C-94/12 *Swm Costruzioni* avsnitt 28 til 29.
[1377] Sak C-234/14 *Ostas celtnieks* avsnitt 29.
[1378] Sak C-176/98 *Holst Italia* avsnitt 30, sak C-234/14 *Ostas celtnieks* avsnitt 27.

art, som han påberåber sig, i den af kontrakten omfattede periode».[1379] Leverandøren kan ikke rent formelt påberope andres ressurser for å oppfylle kvalifikasjonskravene,[1380] og det kan heller ikke oppstilles en presumsjon om at leverandøren råder over ressursene.[1381] Leverandøren må godtgjøre at den «rent faktisk disponerer over disse enheders midler».[1382] Når det gjelder utskifting av tredjeparter som rammes av en utelukkelsesgrunn eller ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, vises det til omtalen av artikkel 42 (punkt 12.36 nedenfor) og omtalen av artikkel 39 (punkt 12.33.1 V ovenfor)

Ifølge artikkel 41 nr. 3 kan en sammenslutning av økonomiske aktører basere seg på deltakernes ressurser eller andre enheters ressurser. Bestemmelsen må ses i sammenheng med artikkel 5 nr. 2 der det står at grupper av økonomiske aktører har rett til delta i konkurranser, uten at oppdragsgiver kan kreve at slike grupper inntar en bestemt rettslig form for å delta i konkurransen.[1383]

En sammenslutning kan velge å oppfylle kravene selv med ansatte og materielle ressurser som den har fått overført fra deltakerne, eller den kan basere seg på ressursene til noen av deltakerne, eller til enhver annen tredjepart. Ved påberopelse av deltakernes ressurser må sammenslutningen godtgjøre at de aktuelle deltakerne oppfyller kvalifikasjonskravet, og at ressursene står til rådighet for sammenslutningen.[1384] I sak C-234/14 *Ostas celtnieks* hadde oppdragsgiver krevd at sammenslutninger av leverandører inngikk et interessentskap før kontraktsinngåelsen. EU-domstolen fant at en slik bestemmelse var i strid med retten til å påberope andres ressurser uavhengig av den rettslige forbindelsen mellom leverandøren og tredjeparten.[1385]

Oppdragsgiver kan også prøve om deltakerne i en virksomhetssammenslutning rammes av utelukkelsesgrunner i artikkel 39.[1386] I forente saker C-403/23 og C-404/23 *Luxone* skriver EU-domstolen at oppdragsgiver må overholde proporsjonalitetsprinsippet. Misligheter begått av en av deltakerne vil ikke nødvendigvis kunne ramme hele virksomhetssammenslutningen hvis lederen av denne ikke har hatt noen kontrollbeføyelser over deltakeren som rammes av en utelukkelsesgrunn. Det må gjøres en individuell vurdering av hver enkelt deltaker, og der oppdragsgiver skal ta «hensyn til de midler, som tilbudsgiveren havde til rådighed for at kontrollere, om der forelå en tilsidesættelse hos den enhed, hvis formåen tilbudsgiveren agtede at basere sig på».[1387] En utskifting av deltakerne i virksomhetssammenslutningen kan imidlertid være en vesentlig endring, som kan være i strid med likebehandlingsprinsippet om gjenværende deltakere får en konkurransefordel eller om det påvirker grunnleggende betingelser for oppdragsgivers beslutning om tildeling (se omtalen av artikkel 42 i punkt 12.36 nedenfor).[1388]

[1379] Sak C-176/98 *Holst Italia* avsnitt 28, forslag til avgjørelse i sak C-234/14 *Ostas celtnieks* avsnitt 41, sak C-234/14 *Ostas celtnieks* avsnitt 26.

[1380] Sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 37 til 38, sak C-631/21 *Taxi Horn* avsnitt 51.

[1381] Sak C-176/98 *Holst Italia* avsnitt 30, sak C-234/14 *Ostas celtnieks* avsnitt 27.

[1382] Sak C-94/12 *Swm Costruzioni* avsnitt 33.

[1383] Artikkel 41 nr. 3 synes å ha en skrivefeil når det vies til artikkel 4 om grunnprinsipper, og ikke artikkel 5 som blant annet beskriver sammenslutninger av økonomiske aktører i. I artikkel 42 nr. 3 er det vist til artikkel 5. Feilen i artikkel 41 kan skyldes kopiering fra direktiv 2004/18/EF, for artikkel 4 i det direktivet tilsvarer artikkel 5 i direktiv 2009/81/EF.

[1384] Sml. sak C-631/21 *Taxi Horn* avsnitt 52 til 55.

[1385] Sak C-234/14 *Ostas celtnieks* avsnitt 31 til 43.

[1386] Forente saker C-403/23 og C-404/23 *Luxone* avsnitt 64.

[1387] Forente saker C-403/23 og C-404/23 *Luxone* avsnitt 66.

[1388] Sak C-396/14 *MT Højgaard*, sak C-161/13 *Idrodinamica.*

12.35.2 Gjennomføring

Artikkel 41 i direktiv 2009/81/EF er gjennomført i FOSA § 8-11.

Anskaffelsesutvalget foreslår å gjennomføre artikkel 60 i direktiv 2014/24/EU i ny lov om offentlige anskaffelser § 17-7.

12.35.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 41 nr. 1, 4 og 5 i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 19-3 om dokumentasjon på leverandørens finansielle og økonomiske stilling. Artikkel 41 nr. 2, sammen med artikkel 42 nr. 2 foreslås gjennomført i § 19-7.

Arbeidsgruppen anser at noen av reglene som er innført i anskaffelsesdirektivene fra 2014, er regler som er strengere enn det som er handlingsrommet i direktiv 2009/81/EF. Det anbefales derfor ikke å innføre tilsvarende bestemmelser i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, herunder krav i artikkel 63 nr. 1 første til tredje avsnitt i direktiv 2014/24/EU om enkelte ytterligere plikter for oppdragsgiver. Arbeidsgruppen anser det som viktig at fleksibiliteten direktiv 2009/81/EF gir oppdragsgiver til å fastsette krav til for eksempel omsetning, beholdes. Arbeidsgruppen foreslår en direktivnær tilnærming til lovteksten og foreslår dessuten å innføre en egen bestemmelse om dokumentasjon for økonomisk og finansiell stilling og ikke en ren henvisning til direktiv 2009/81/EF slik anskaffelsesutvalget foreslår å innføre en felles bestemmelse om dokumentasjon som viser til bilag til anskaffelsesdirektivet. Dette både fordi det er en forskjell mellom direktiv 2009/81/EF og direktiv 2024/14/EU på dette punktet, og at arbeidsgruppen mener det ikke er en forenkling å vise til bestemmelser i direktivet da det fører til at bestemmelsen blir vanskeligere tilgjengelig for de som anvender regelverket.

Når det gjelder regler om en leverandørs adgang til å støtte seg på andre virksomheters kapasiteter for å oppfylle kvalifikasjonskravene om økonomisk og finansiell stilling har det vært en regelverksutvikling fra direktiv 2004/18/EF til direktiv 2014/24/EU (begge klassisk sektor). Dette medfører at det ikke er fullt ut sammenfall mellom reglene som gjelder for å støtte seg på andre virksomheters kapasitet mellom direktiv 2009/81/EF og direktiv 2014/24/EU.

Arbeidsgruppen mener at flere av de reglene som er innført i sistnevnte direktiv, kun er en kodifisering av gjeldende rett. Dette gjelder særlig regelen om at oppdragsgiver har plikt til å kontrollere at den støttende virksomheten oppfyller kvalifikasjonskravene, og at det ikke foreligger avvisningsgrunner for denne. Dette er en naturlig følge av støtten. Oppdragsgiver vil ikke kunne avgjøre hvorvidt leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravet med støtte fra den støttende virksomheten uten at dette kontrolleres.

I direktiv 2014/24/EU er det også inntatt henholdsvis en adgang til å kreve at den støttende virksomheten er solidarisk ansvarlig og en plikt eller rett til å kreve at leverandøren skifter ut den støttende virksomheten dersom denne ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, eller dersom det foreligger avvisningsgrunner. Disse reglene finnes ikke i direktiv 2009/81/EF, jf. ovenfor. Arbeidsgruppen mener at dette er regler som er av mer positivrettslig art og foreslår derfor ikke å innføre disse i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Det vises her også til EU-domstolens sak C-324/14 *Partner Apelski* som direkte gjelder krav til tekniske og faglige evner hvor EU-domstolen påpeker at nye regler i direktiv 2014/24/EU om at en leverandør som støtter seg på andres faglige kvalifikasjoner, er det den støttende virksomheten som også må utføre disse arbeidene, er positivrettslige endringer av

anskaffelsesregelverket. Arbeidsgruppen mener likevel at det er regler som kunne ha vært hensiktsmessig å innføre også for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser og at departementet bør vurdere om det nye regelverket som er på vei, vil kunne gi rom for disse reglene.

12.36 Artikkel 42 – Teknisk og/eller faglig evne

12.36.1 Direktivet

I. Kvalifikasjonskrav om teknisk kompetanse

Det følger av artikkel 38 at kontrakter tildeles på grunnlag av tildelingskriteriene etter at oppdragsgiver har vurdert om leverandørene oppfyller kriteriene for blant annet faglig eller teknisk evne fastsatt etter artikkel 42. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 48 i direktiv 2004/18/EF, og lignende regler finnes i direktiv 2014/24/EU artikkel 58 nr. 4, men hvor dette direktivet som nevnt har noen endringer i oppbygning og regler for dokumentasjon (punkt 12.32 ovenfor).

Ifølge artikkel 38 nr. 2 kan oppdragsgiver på grunnlag av artikkel 42 stille minimumskrav til leverandørens egnethet, og som må være oppfylt for å bli invitert til å inngi tilbud. Oppdragsgiver har et vidt skjønn ved fastsettelsen av kvalifikasjonskrav,[1389] men grunnprinsippene må overholdes. Det står i artikkel 38 nr. 2 at kravene må kravene fremgå av kunngjøringen, og det er også gjentatt i artikkel 42 nr. 5. Det følger av grunnprinsippene og artikkel 38 nr. 2 at krav til teknisk kompetanse må være objektive og ikke-diskriminerende, og at de må være relatert til og stå i forhold til kontraktsgjenstanden (punkt 12.32 ovenfor).

I artikkel 42 nr. 4 står det at for bygge- og anleggskontrakter, tjenestekontrakter og varekontrakter som involverer montering eller installasjon, kan oppdragsgiver stille krav til leverandørens faglige dyktighet, effektivitet, erfaring og pålitelighet.[1390] I artikkel 42 nr. 1 er det angitt en rekke dokumentasjonskrav som sier noe om hvilke krav som kan stilles til oppdragsgiver kvalifikasjoner.

I forsvars- og sikkerhetsanskaffelser kan leverandørenes tekniske kompetanse være av sentral betydning for ivaretakelse av statens sikkerhetsinteresser. Det illustreres også av sak C-474/12 *Schiebel Aircraft* der EU-domstolen skriver at å sikre påliteligheten hos personer skal drive våpenhandel er en vesentlig sikkerhetsinteresse.[1391] I både sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver EU-domstolen at det kan stilles strenge krav til leverandørens egnethet, og at det reduserer behovet for å påberope unntak etter artikkel 346 TEUV/ artikkel 123 EØS sammenholdt med direktivets unntaksregler.

I saken mot Polen viser EU-domstolen at direktivet i klassisk sektor gir betydelig handlingsrom til å ivareta statens vesentlige sikkerhetsinteresser ved at oppdragsgiver blant annet kan stille krav til leverandørens tekniske kompetanse.[1392] Det gjelder desto mer for direktiv 2009/81/EF, der det i artikkel 42 er gjort visse tilpasninger til forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Ifølge fortalens avsnitt 68 tilkommer det oppdragsgiver å stille krav til teknisk kompetanse som er påkrevd for å delta i konkurransen, og vurdere om tilbyderne oppfyller disse.

I forsvars- og sikkerhetsanskaffelser kan det for det første være særlig aktuelt å stille kvalifikasjonskrav om *informasjonssikkerhet*. Det vil typisk gjelde evnen til å håndtere klassifiserte

---

[1389] Sak C-195/21 *LB* avsnitt 50, HR-2022-1964-A *Flage Maskin* avsnitt 43 flg.

[1390] Karakteren av denne bestemmelsen er noe omdiskutert, se Steincke og Groesmeyer (2008) s. 1199.

[1391] Sak C-474/12 *Schiebel Aircraft* avsnitt 37.

[1392] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 95 flg.

opplysninger, Både under anskaffelsen og i gjennomføringen av kontrakten kan det være aktuelt å meddele klassifiserte opplysninger. Direktivet har flere mekanismer for informasjonssikkerhet (se også punktene 12.5 og 12.15 ovenfor), og artikkel 42 må forstås i lys av disse. Gjennom direktivets begrensede prosedyrer kan oppdragsgiver sikre at det bare er klarete leverandører som får invitasjon til å inngi tilbud, og hvor tilbydere som ikke er pålitelige kan utelukkes etter artikkel 39. Oppdragsgiver kan etter artikkel 7 pålegge leverandøren å beskytte klassifiserte opplysninger meddelt under prosedyren, og etter artikkel 20 og 22 kan det sikres at slike opplysninger også beskyttes Ved gjennomføringen av kontrakten.

For det andre kan det være særlig aktuelt å stille kvalifikasjonskrav om leverandørens evne til å ivareta *forsyningssikkerhe*t. Det må også her ses hen til direktivets øvrige regler for forsyningssikkerhet i forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (se også punkt 12.16 ovenfor). Oppdragsgiver kan både i kravspesifikasjonen og som kontraktskrav stille strenge krav til forsyningssikkerhet,[1393] og det er også synliggjort i artikkel 20 og 23. Forsyningssikkerhet er også egnet som tildelingskriterium.[1394] Etter artikkel 39 bokstav d og e kan oppdragsgiver utelukke leverandører som har begått alvorlige feil eller utgjør en sikkerhetsrisiko blant annet av hensyn til forsyningssikkerhet. Artikkel 42 kan sikre at leverandøren er egnet til å oppfylle strenge krav til forsyningssikkerhet, og det illustreres av blant annet bokstav h om forsyningskilder.

II. Dokumentasjonskrav

Ifølge artikkel 42 nr. 1 kan leverandørens tekniske kompetanse godtgjøres på en eller flere av måtene forklart i bokstav a til j. Disse bestemmelsene angir dokumentasjonskrav som kan variere avhengig av kontraktens art.

Artikkel 42 er modellert etter artikkel 48 i direktiv 2004/18/EF, og EU-domstolen har slått fast at artikkel 48 uttømmende regulerer hvilke dokumentasjonskrav som kan stilles etter direktiv 2004/18/EF.[1395] Det er imidlertid noen formuleringer i artikkel 42 i direktiv 2009/81/EF som avviker fra formuleringer i artikkel 48 i direktiv 2004/18/EF, men som har likheter med artikkel 47 i dette direktivet.

I artikkel 42 nr. 1 står det at teknisk kapasitet «kan alminneligvis godtgjøres» på noen av måtene i bokstav a til j. Tilsvarende følger ikke av artikkel 48 i direktiv 2004/18/EF, men det står derimot i artikkel 47 om økonomisk og finansiell kapasitet. Videre står det i artikkel 42 nr. 5 at oppdragsgiver skal angi i kunngjøringen hvilken dokumentasjon i nr. 1 som kreves fremlagt «og hvilken anden dokumentation der skal fremlægges». I direktiv 2004/18/EF artikkel 48 nr. 6 står det bare at oppdragsgiver skal angi dokumentasjonen nevnt i bestemmelsen, uten tilføyelsen om annen dokumentasjon, mens i artikkel 47 nr. 4 står det derimot at oppdragsgiver også skal angi annen dokumentasjon. I artikkel 42 nr. 6 står det at leverandører som av en gyldig grunn ikke er i stand til å fremlegge dokumentasjonen oppdragsgiver etterspør, kan fremlegge et hvert annet dokument som oppdragsgiver finner egnet. Tilsvarende følger ikke av artikkel 48 i direktiv 2004/18/EF, mens artikkel 47 nr. 5 har et tilsvarende ekvivalensforbehold.

[1393] Artikkel 20 og 23, sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen.*

[1394] Sak C-448/01 *Wienstrom* avsnitt 70 og sak C-324/93 *Evans* avsnitt 44.

[1395] Sak C-76/16 *Ingsteel* avsnitt 32, sak C-218/11 *Édukövízig og Hochtief Construction* avsnitt 28.

Artikkel 42 i direktiv 2009/81/EF har altså flere likheter med artikkel 47 i direktiv 2004/18/EF, og som avviker fra artikkel 48 i det samme direktivet. I sak C-76/16 *Ingsteel* skriver EU-domstolen følgende:

> «[artikel] 47 i direktiv 2004/18 overlader et meget vidt skøn til de ordregivende myndigheder, hvilket bl.a. fremgår af udtrykket »almindeligvis« i denne bestemmelse. Som det fremgår af Domstolens praksis, giver direktivets artikel 47, stk. 4, i modsætning til dette direktivs artikel 48, som fastsætter en lukket ordning, der begrænser de fremgangsmåder for vurdering og undersøgelse, som de pågældende myndigheder råder over, og således disses muligheder for at stille krav, udtrykkeligt de ordregivende myndigheder mulighed for at vælge, hvilke bevisdokumenter der skal fremlægges af ansøgerne eller tilbudsgiverne med henblik på at godtgøre deres økonomiske og finansielle formåen. Da artikel 44, stk. 2, i direktiv 2004/18 henviser til denne artikel 47, foreligger samme valgfrihed for så vidt angår minimumskriterierne for økonomisk og finansiel formåen».[1396]

Når EU-domstolen konkluderer med at artikkel 47 i direktiv 2004/18/EF ikke uttømmende regulerer regler om dokumentasjonen, begrunnes det med formuleringer i artikkel 47 nr. 1 og nr. 4, som gjenfinnes i artikkel 42 nr. 1 og nr. 5 i direktiv 2009/81/EF. Det kan tilsi at oppdragsgiver har en tilsvarende valgfrihet under artikkel 42 til å velge dokumentasjonskrav for teknisk og faglig kompetanse, som den har for økonomisk og finansiell kapasitet etter artikkel 41. Valgfriheten er uansett ikke ubegrenset, for kravene i artikkel 38 nr. 2 og grunnprinsippene må stadig overholdes.[1397]

Ifølge artikkel 42 nr. 1 *bokstav a* punkt i) kan oppdragsgiver be om lister over tidligere arbeider, vareleveranser eller tjenesteleveranser de siste fem år, og der det er stilt nærmere krav til hva som skal fremgå av attestene. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 48 nr. 2 i direktiv 2004/18 EF, men der tidsgrensen for relevant referanser er tre år for varer og tjenester. Bestemmelsen er videreført med enkelte justeringer i artikkel 58 og 60 i direktiv 2014/24/EU (se like nedenfor).

I sak C-295/20 *Sanresa* skriver EU-domstolen at leverandørens tekniske og faglige kompetanse skal baseres på en retrospektiv evaluering av den erfaring som leverandøren har opparbeidet seg ved gjennomføringen av tidligere kontrakter.[1398] I forslag til avgjørelse i sak C-387/14 *Esaproject* skriver generaladvokaten at en tilbyder ikke opparbeider seg erfaring bare ved å være formelt part til en avtale.[1399] I dommen skriver EU-domstolen at erfaring kun oppnås ved direkte deltakelse i kontraktsutførelsen, og leverandørens erfaring må derfor vurderes på grunnlag av dens konkrete deltakelse og effektive bidrag i gjennomføringen av kontrakten.[1400] Det samme er lagt til grunn av Høyesterett i HR-2022-1964-A *Flage Maskin*.[1401]

I direktiv 2014/24/EU bilag VII står det at oppdragsgiver kan ta hensyn til eldre referanseprosjekter enn henholdsvis fem og tre år om det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse. Det står ikke i direktiv 2009/81/EF, men dersom at oppdragsgiver etter artikkel 42 nr. 5 kan be om annen dokumentasjon enn i nr. 1 (se like ovenfor), bør tilsvarende være tillatt etter dette direktivet.

[1396] Sak C-76/16 Ingsteel avsnitt 32, sak C-218/11 *Édukövízig og Hochtief Construction* avsnitt 28.

[1397] Sml. sak C-218/11 *Édukövízig og Hochtief Construction* avsnitt 29.

[1398] Sak C-295/20 *Sanresa* avsnitt 48.

[1399] Forslag til avgjørelse i sak C-387/14 *Esaproject* avsnitt 50 flg.

[1400] Sak C-387/14 Esaproject avsnitt 62 til 63. Om leverandørens mulighet til å kumulere egen erfaring se forslag til avgjørelse i samme sak avsnitt 62 flg.

[1401] HR-2022-1964-A *Flage Maskin* avsnitt 58.

Etter bokstav bokstav a punkt ii) kan oppdragsgiver be leverandøren levere en liste over de viktigste vareleveransene eller tjenestene som er utført i løpet av de siste fem årene. Dersom mottaker var en offentlig oppdragsgiver skal erfaringen godtgjøres ved attester som er utstedt eller undertegnet av den aktuelle oppdragsgiveren. Dersom mottaker var en privat kjøper, skal erfaringen godtgjøres ved attester fra kontraktsparten, men hvis det ikke er mulig kan det skje ved en erklæring fra leverandøren selv. Direktiv 2014/24/EU har en tilsvarende bestemmelse i bilag XII, del II a) ii. Det er imidlertid noen forskjeller mellom disse bestemmelsene. For det første er det i direktiv 2009/81/EF en tidsbegrensning fem år, mot tre år i direktiv 2014/24/EU. For det andre er det i direktiv 2009/81/EF krav til dokumentasjon for at oppdragene er gjennomført, og en tilsvarende regel gjenfinnes ikke i direktiv 2014/24/EU.

Ifølge artikkel 42 nr. 1 *bokstav b* kan oppdragsgiver be om opplysninger om involverte teknikere eller tekniske organer, og da særlig dem som er ansvarlig for kvalitetskontrollen. Det gjelder uavhengig av om disse personene hører til den økonomiske aktørs virksomhet eller ikke, hvilket er i samsvar med praksis om at leverandøren kan påberope tredjeparters ressurser (se III nedenfor). Bestemmelsen tilsvarer artikkel 48 nr. 1 bokstav b i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i direktiv 2014/24/EU gjennom artikkel 58, 60 og vedlegg XII del II bokstav b.

I sak C-368/10 *Kommisjonen mot Nederland* skriver EU-domstolen at begrepet «kvalitet» under reglene om tekniske kompetanse henviser til «den tekniske kvalitet af tjenesteydelser eller leveringer, som minder om de tjenesteydelser eller leveringer, som udgør den omhandlede kontraktsgenstand». Det ble forklart med at bestemmelsen gir oppdragsgiver mulighet til å kreve opplysninger om hvordan leverandøren «kontrollerer og sikrer kvaliteten af disse tjenesteydelser eller leveringer».[1402] EU-domstolen mente at krav til sosial bærekraft ikke var knyttet til leveransens kvalitet.

Artikkel 42 nr. 1 *bokstav c* er særlig relevant for å ivareta forsyningssikkerheten i forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.[1403] Ifølge denne bestemmelsen kan oppdragsgiver be om en beskrivelse av leverandørens tekniske utstyr, tiltak for kvalitetssikring, virksomhetenes undersøkelses- og forskningsfasiliteter, samt interne bestemmelser om immaterielle rettigheter. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 48 nr. 1 bokstav c, men der det artikkel 41 nr. 1 bokstav c er inntatt et særlig punkt om interne regler vedrørende immaterielle rettigheter. Det er forklart i fortalen avsnitt 44 i fortalen at forsyningssikkerhet kan innebære krav til blant annet «interne regler mellom datterforetak og morforetaket med hensyn til immaterialretter». Kommisjonen skriver at oppdragsgiver for eksempel kan «define as a selection criterion the requirement that the candidate has IP management standards ensuring a specific level of protection».[1404]

Ifølge artikkel 42 nr. 1 *bokstav d* kan oppdragsgiver gjøre en kontroll av leverandørens tekniske kapasitet og om nødvendig virksomhetens undersøkelses- og forskningsfasiliteter og leverandørens kontrolltiltak. En slik kontroll kan også utføres på oppdragsgivers vegne av et kompetent offisielt organ i leverandørens hjemstat dersom organet samtykker til det. Til sammenligning fant EU-domstolen i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* at oppdragsgiver i kontrakten kunne kreve at leverandøren må akseptere «sikkerhedskontroller, besøg eller inspektioner i sine virksomhedslokaler» selv om de er lokalisert i en annen medlemsstat enn oppdragsgivers stat.[1405]

[1402] Sak C-368/10 *Kommisjonen mot Nederland* avsnitt 107.

[1403] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 23.

[1404] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 23.

[1405] Sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* avsnitt 86.

Direktiv 2014/24/EU har en tilsvarende bestemmelse i bilag XII, del II e), men hvor det er noen forskjeller til artikkel 42 nr. 1 bokstav d i direktiv 2009/81/EF. I direktiv 2014/24/EU er det en presisering av at varene eller tjenestene skal være komplekse eller unntaksvis tjene særlige formål. I direktiv 2014/24/EU gjelder i tillegg kontroll av "tjenesteleverandørens" tekniske kapasitet, mens direktiv 2009/81/EF gjelder kontroll av "leverandørens" tekniske kapasitet.[1406]

Ifølge artikkel 42 nr. 1 *bokstav e* kan oppdragsgiver etterspørre informasjon om de faglige kvalifikasjonene til leverandørens medarbeidere, og da særlig dem som skal utføre kontrakten, Det gjelder for bygge- og anleggskontrakter, tjenestekontrakter eller varekontrakter som involverer montering, men ikke varekontrakter uten montering. I direktiv 2014/24/EU vedlegg XII del II bokstav f står det at de faglige kvalifikasjonene til medarbeiderne kan anvendes som kvalifikasjonskrav forutsatt at de ikke evalueres som et tildelingskriterium.[1407]

Ifølge artikkel 42 nr. 1 *bokstav f* kan oppdragsgiver be om en angivelse av miljøstyringssystemene som leverandøren kan anvende ved utførelsen av bygge- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter. Miljøledelse innebærer at en virksomhet systematisk og bevisst jobber med miljøhensyn ved driften av virksomheten.[1408] Det er presisert at det bare kan kreves hvor det er relevant, og der det følger av artikkel 38 nr. 2 at kravet må være relatert til anskaffelsen. Det følger også av ordlyden til bokstav f som viser til «utførelsen av kontrakten». Det kan følgelig ikke bes om dokumentasjon for leverandørens generelle policy for miljøstyring dersom denne ikke har betydning for utførelsen av kontrakten med oppdragsgiver.[1409]

I artikkel 44 er det gitt særlige regler for dokumentasjon av miljøledelsesstandarder. Dersom det kreves fremlagt attester fra uavhengige organer for at leverandøren oppfyller visse miljøledelsesstandarder, skal det henvises til fellesskapsordningen EMAS, eller til relevante europeiske eller internasjonale standarder som oppfyller angitte krav til sertifisering. Det er presisert at oppdragsgiver skal anerkjenne attester fra organer i andre medlemsstater, noe som er et uttrykk for prinsippet om gjensidig anerkjennelse. Det er videre inntatt et ekvivalensforbehold ved at oppdragsgiver må akseptere også andre former for dokumentasjon for tilsvarende miljøledelsesstandarder.

Ifølge artikkel 42 nr. 1 *bokstav g* kan oppdragsgiver kreve fremlagt erklæring fra tjenesteyteren eller entreprenøren om årlig gjennomsnittlig antall ansatte, og antallet ledere gjennom de siste tre år. Bestemmelsen synes bare aktuell for bygge- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter, og hvor det ikke kan bes om opplysninger som er eldre enn 3 år.

Artikkel 42 nr. 1 *bokstav h* er særlig relevant for å ivareta forsyningssikkerheten i forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.[1410] Det står her at oppdragsgiver kan etterspørre en beskrivelse av leverandørens verktøy, materiell og teknisk utstyr, noe som samsvarer med artikkel 48 nr. 1 bokstav h i direktiv 2004/18/EF,[1411] men i fortsettelsen er det gjort noen særlige tilpasninger til forsvars- og sikkerhetssektoren. Det står at oppdragsgiver også kan be om beskrivelser av personalantall, knowhow og/eller de forsyningskilder som den økonomiske aktøren disponerer over til oppfyllelse av

---

[1406] FOA § 16-6 (3) er bestemmelsen gjennomført med ordlyden "leverandørens produksjonskapasitet eller tekniske kapasitet".

[1407] Se også Kommisjonens meddelelse Security of Supply punkt 3.3.

[1408] NOU 2023:26 s. 33.

[1409] Arrowsmith (2014) s. 1228

[1410] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 23.

[1411] Direktiv 2014/24/EU har en tilsvarende artikkel i bilag XII, del II, bokstav i.

kontrakten. Det kan omfatte kapasitet til å dekke økt behov hos oppdragsgiver som følge av en krise, eller til å sikre at vedlikehold, modernisering eller tilpasninger av leveranser under kontrakten. Det bør ses i sammenheng med andre mekanismer i direktivet for forsyningssikkerhet.[1412]

Bokstav h foreskriver at oppdragsgiver kan be om opplysninger om tilgang på blant annet materiell, personell og forsyningskilder «med en angivelse av den geografiske plasseringen når dette er utenfor unionens territorium». I Kommisjonens meddelelse er det forklart at dette betyr «that location in third countries can be relevant for the assessment of a candidate's or tenderer's capability to perform the contract». Det står at oppdragsgiver kan avvise leverandører hvis «the geographical location of non-EU sources could compromise their ability to comply with its requirements».[1413]

Når det gjelder produksjonslokaliteter i EØS skriver Kommisjonen at «geography may play a role, but only in terms of distances and delivery times, not in terms of national territory».[1414] Det er i samsvar med saker som C-71/92 *Kommisjonen mot Spania*, der EU-domstolen fant at det var i strid med dagjeldende direktiver når det etter spansk rett skulle legges vekt på entreprenørens personell, utstyr og økonomiske midler som leverandøren disponerte over på spansk område.[1415] Som nevnt i punktene 8.4.2 og 8.5.2 ovenfor kan imidlertid hensyn til informasjons- og forsyningssikkerhet tilsi at særlig sensitive kontrakter må utføres i oppdragsgivers stat, og i så fall kan det begrunne unntak etter artikkel 346 TEUV/ artikkel 123 EØS. I forslag til avgjørelse i sak C-187/16 *Kommisjonen mot Østerrike* og sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver generaladvokaten at krav om produksjon på oppdragsgivers territorium kunne være et mindre inngripende tiltak enn en direkte anskaffelse. I saken mot Polen var imidlertid enkelte av dokumentene så sensitive at vesentlige sikkerhetsinteresser kunne begrunne direkte tildeling til den nasjonale leverandøren.

Ifølge artikkel 41 nr. 1 *bokstav i* kan oppdragsgiver for varekontrakter be om fremleggelse av prøver, beskriver mv., eller attester fra kvalitetskontrollinstitutter som angitt. I artikkel 43 er det gitt nærmere regler for dokumentering av standarder for kvalitetsstyringssystemer (punkt 12.37 nedenfor). Direktiv 2014/24/EU har en tilsvarende regulering i bilag XII, del II, bokstav k.

Artikkel 41 nr. 1 *bokstav j* er særlig relevant for muligheten til å ivareta informasjonssikkerheten i anskaffelsen.[1416] Det er en spesifikk regel for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, som har sammenheng med at det i slike anskaffelser gjerne gjelder strenge krav til informasjonssikkerhet.[1417] Oppdragsgiver kan stille kvalifikasjonskrav om at leverandøren har evnen til å håndtere, lagre og overføre klassifiserte opplysninger.[1418]

Det er forklart i fortalens avsnitt 68 at det er opp til medlemsstatene å fastlegge de tekniske kvalifikasjonene som kreves for å delta i konkurranser som involverer klassifiserte opplysninger, og vurdere om leverandørene oppnår påkrevd sikkerhetsnivå. Oppdragsgiver kan stille krav om at leverandørene allerede har sikkerhetsklarering, men ifølge tredje avsnitt kan den også gi leverandører som ennå ikke har sikkerhetsklarering, tid til å oppnå dette. I så fall skal den muligheten angis i

---

[1412] Som artikkel om forsyningssikkerhet 23, artikkel 28 nr. 1 bokstav c om hastekjøp i krisetilfeller, artikkel 28 nr. 3 og 4 om tilleggskjøp ved uforutsette omstendigheter, og mulighet for tilleggskjøp vil også typisk være foreskrevet i kontrakten. Se omtaler av disse bestemmelsene ovenfor.

[1413] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 24.

[1414] Kommisjonens meddelelse Security of Supply avsnitt 38.

[1415] Sak C-71/92 *Kommisjonen mot Spania* avsnitt 41 til 51.

[1416] Kommisjonens meddelelse Security of Informaton avsnitt 11.

[1417] Avsnitt 8 og 9 i fortalen til direktiv 2009/81/EF.

[1418] Jf. også avsnitt 43 til fortalen.

kunngjøringen sammen med fristen for å oppnå sikkerhetsklarering. Kommisjonen anbefaler at oppdragsgivere benytter denne muligheten hvor mulig for å tilrettelegge for nyetableringer.[1419]

For kvalifikasjonskrav om håndtering av klassifiserte opplysninger skriver Kommisjonen at «the only evidence for this ability will be security clearances granted by the national authority of the Member State where the candidate (and/or its relevant facilities) is established».[1420] Siden EU-retten ikke harmoniserer nasjonale regler om sikkerhetsklarering, kan medlemstatene bestemme at nasjonale regler om dette blir overholdt, og det samme følger av artikkel 21 (2).[1421] Likevel står det i bokstav j andre avsnitt at medlemsstatene skal anerkjenne de sikkerhetsgodkjennelser som de mener svarer til dem som utstedes under egen lovgivning, men uten at det pålegges noen automatisk godkjenning.

Det er forklart i fortalens avsnitt 68 at medlemsstatene i mange tilfeller har bilaterale sikkerhetsavtaler med regler om gjensidig godkjenning av sikkerhetsklareringer. I sikkerhetsavtalene står det at sikkerhetsmyndighetene i leverandørens hjemstat gjennomfører klareringsprosessen, og usteder en såkalt Facility Security Clearance. Det er en prosess som skjer mellom landenes sikkerhetsmyndigheter.[1422] Oppdragsgiver kan ifølge bokstav j (4) be nasjonale sikkerhetsmyndigheter i leverandørens hjemland om å etterprøve at leverandørens lokaler og installasjoner, prosedyrene som følges og metoden for håndtering av klassifiserte opplysninger, er i samsvar med de krav som stilles. I Kommisjonens meddelelse er det påpekt at leverandørene ikke har en kopi av sin klarering, og oppdragsgiver «can therefore only require from candidates a statement that they hold such a clearance or that they are prepared to take the necessary security measures to obtain such a clearance».[1423]

Hvis det ikke foreligger noen sikkerhetsavtale, er det ingen plikt til å anerkjenne andre lands sikkerhetsklareringer.[1424] Men i fortalen avsnitt 68 står det at selv der det foreligger en bilateral sikkerhetsavtale med leverandørens hjemland, kan oppdragsgiver stadig kontrollere leverandørens evne til å håndtere klassifiserte opplysninger. Ifølge artikkel 42 bokstav j (2) kan oppdragsgiver gjøre ytterligere undersøkelser hvis det anses nødvendig. Vurderingen som gjøres må som ellers overholde prinsippene om «ikke-diskriminering, likebehandling og forholdsmessighet».[1425] Det sentrale vurderingstemaet vil gjerne være om leverandøren har den påliteligheten som trengs til å håndtere sensitive opplysninger.[1426]

Som forklart i punkt 8.4.2 kan det i særlige omstendigheter være behov for å kreve at leverandøren har sikkerhetsklarering fra oppdragsgivers hjemstat. Det kan begrunne helt eller delvis unntak fra direktivet etter artikkel 346 TEUV eller artikkel 123 EØS. Direktivets mulighet til å stille kvalifikasjonskrav til håndtering av sensitive opplysninger reduserer likevel behovet for å gjøre unntak etter disse bestemmelsene.

[1419] Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 11.
[1420] Kommisjonens meddelelse Security of Informaton avsnitt 11 og 13.
[1421] Jf. også fortalen avsnitt 68.
[1422] Veileder om sikkerhetsgraderte anskaffelser punkt 2.3.3.
[1423] Veileder om sikkerhetsgraderte anskaffelser punkt 2.3.3.
[1424] Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 13, som påpeker at oppdragsgiver også i slike tilfeller må overholde proporsjonalitetsprinsippet.
[1425] Avsnitt 68 i fortalen.
[1426] Artikkel 39 nr. 2 bokstav e og artikkel 42 nr. 4, fortalens avsnitt 65 og 67, Kommisjonens meddelelse Security of Information avsnitt 13 (2).

III. Påberopelse av andres ressurser

Etter artikkel 42 nr. 2 kan en leverandør basere seg på andre enheters kapasitet uavhengig av den juridiske karakter av forbindelsen dem imellom, og etter 42 nr. 3 er det gitt tilsvarende regler som i artikkel 41 nr. 3 for sammenslutninger av leverandører. Leverandøren må også her godtgjøre at den reelt råder over ressursene til enheten som påberopes til å oppfylle kvalifikasjonskravene hvis kontrakten tildeles denne. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 48 nr. 3 og nr. 4 i direktiv 2004/18/EF.

I direktiv 2014/24/EU artikkel 63 nr. 1 er retten til å påberope tredjeparters ressurser begrenset for bygge- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter. Det står at for krav om utdanning og erfaring kan leverandøren bare påberope andre enheters kapasitet om de skal utføre arbeidet hvor de aktuelle ressursene er påkrevd. Etter artikkel 63 nr. 2 kan oppdragsgiver også begrense retten til å påberope tredjeparts ressurser ved å kreve at leverandøren selv står for utførelsen av sentrale oppgaver for angitte kontrakter. I sak C-324/14 *Partner Apelski* skrev EU-domstolen at artikkel 63 nr. 1 er en vesentlig endring som ikke kan anvendes for tidligere direktiver.

I sak C-94/12 *Swm Costruzioni* skriver EU-domstolen om artikkel 48 nr. 2 i direktiv 2004/18/EF at leverandørene i utgangspunktet har rett til å kumulere ressurser fra flere tredjeparter for å oppfylle et kvalifikasjonskrav som de enkelte aktører ikke oppfyller alene.[1427] Selv om leverandørene har en generell rett til å påberope tredjeparters ressurser, har EU-domstolen i saker om direktiv 2004/18/EF slått fast at dette direktivet ikke er til hinder for at rettigheten «i undtagelsestilfælde begrænses».[1428]

For det første har EU-domstolen i sak *Swm Costruzioni* slått fast at det kan være bygge- og anleggskontrakter som har slike særlige kjennetegn at kvalifikasjonskrav ikke kan oppfylles ved å «ved at samle ringere formåen fra flere økonomiske aktører».[1429] I så fall kan oppdragsgiver kreve at en enkelt økonomisk aktør eller et bestemt antall aktører, må oppfylle det aktuelle kvalifikasjonskravet. Det ble gjentatt i *Partner Apelski,* og hvor det står at slike krav må være «forbundet med og afpasset efter den pågældende kontrakts genstand».[1430] I sak C-387/14 *Esaproject* skriver EU-domstolen at muligheten for kumulering av ressurser kan begrenses hvis kontrakten er udelelig slik at en enkelt aktør alene må oppfylle kvalifikasjonskravet.[1431]

For det andre har EU-domstolen i sak C-324/14 *Partner Apelski* sagt at det ikke kan utelukkes at kompetansen som trengs til å utføre en kontrakt «under hensyntagen til en given kontrakts karakter og formål under særlige omstændigheder ikke kan overføres til tilbudsgiveren».[1432] I så fall kan tilbudsgiveren bare basere seg på en annen aktørs kompetanse som den enheten direkte og personlig deltar i utførelsen av arbeidet. I den saken var det tale om en komplisert vedlikeholdskontrakt for vei, og hvor det kunne kreves at tredjeparten som ble påberopt for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene tok direkte del i arbeidene, og ikke bare ga veiledning og opplæring til leverandøren.

EU-domstolens formulering om at retten til å lene seg på tredjeparter unntaksvis kan begrunnes utelukker ikke at det også i andre situasjoner enn de to beskrevet i *Swm Costruzioni* og *Partner Apelski* kan være aktuelt å begrense retten til å påberope en annen aktørs kapasitet. Hvis det er

---

[1427] Sak C-94/12 *Swm Costruzioni* avsnitt 29, se også sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 33 og 51

[1428] Sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 39, sak C-387/14 *Esaproject* avsnitt 48.

[1429] Sak C-94/12 *Swm Costruzioni* avsnitt 35.

[1430] Sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 40, 56.

[1431] Sak C-387/14 *Esaproject* avsnitt 52.

[1432] Sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 41.

grunnlag for å begrense den retten må oppdragsgiver i tråd med gjennomsiktighetsprinsippet beskrive hvordan kvalifikasjonskravene kan oppfylles.[1433]

Ifølge artikkel 63 i direktiv 2014/24/EU skal oppdragsgiver kontrollere om tredjepersoner som leverandøren påberoper rammes av utelukkelsesgrunner i artikkel 57, og om den oppfyller kvalifikasjonskravene. Det står i artikkel 63 at oppdragsgiver skal kreve at leverandøren skifter ut tredjeparter som ikke oppfyller kvalifikasjonskrav eller rammes av en utelukkelsesgrunn. I sak C-210/20 *Rad Service* er det bekreftet at oppdragsgiver skal ha adgang til å be om utskifting, men det tas samtidig forbehold om at det ikke fører til en vesentlig endring av tilbudet.[1434]

Som nevnt i kommentarene til artikkel 39 har ikke direktiv 2009/81/EF en tilsvarende bestemmelse om utskifting av tredjeparter som artikkel 63 i direktiv 2014/24/EU. Dermed er det i utgangspunktet opp til medlemsstatene å regulere dette, men da under overholdelse av grunnprinsippene. I sak C-223/16 *Casertana Costruzioni* anførte leverandøren at artikkel 47 nr. 2 og artikkel 48 nr. 3 i direktiv 2004/18 måtte tolkes i lys av artikkel 63 i direktiv 2014/24/EU. EU-domstolen gjentok uttalelsen fra *Partner Apelski* om at artikkel 63 utgjør en vesentlig endring av rettstilstanden, og den skulle derfor ikke anvendes som tolkningsmoment for reglene i tidligere direktiver om retten til å påberope tredjeparters ressurser.[1435] EU-domstolen anvendte derfor bestemmelsene i direktiv 2004/18/EF i lys av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet for å vurdere adgangen til å skifte ut uegnede tredjeparter.

EU-domstolen har i flere saker funnet at det er i strid med grunnprinsippene om det skjer endringer i leverandørsammensetningen.[1436] I for eksempel sak C-387/14 *Esaproject* fant EU-domstolen at tilføyelse av en ny tredjepart etter tilbudsfristens utløp påvirker «selve identiteten på den økonomiske aktør, der eventuelt vinder det pågældende offentlige udbud, samt kontrollen af denne aktørs formåen og således dennes egnethed til at gennemføre den pågældende kontrakt».[1437] Det var derfor i strid med forhandlingsforbudet å tilføre en ny tredjepart etter tilbudsfristens utløp.

I sak C-396/14 *MT Højgaard* skrev EU-domstolen at prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet krever at det bare er prekvalifiserte leverandører som kan inngi tilbud, og der endringer i leverandørens materielle og juridiske identitet bare kan tillates om det ikke fører til konkurranseulemper for de andre deltakerne.[1438] I sak C-161/13 *Idrodinamica* skrev EU-domstolen at endring av en leverandørsammenslutning som har fått tildelt kontrakten før kontraktsinngåelse, kan utgjøre en vesentlig endring om den gjelder grunnleggende elementer som har vært avgjørende for tildelingsbeslutningen.[1439] Sak C-91/08 *Wall* illustrerer at bytte av underleverandør etter kontraktsinngåelse kan være en vesentlig endring av kontrakten selv om muligheten er forskrevet i kontrakten så lenge den aktuelle underleverandøren var avgjørende for tildelingsbeslutningen.[1440] I sak C-223/16 *Casertana Costruzioni* viser EU-domstolen til flere dommer som gjelder ulike sider av forbudet mot vesentlige endringer, og der det ble konkludert med at utskifting av en tredjepart som i løpet av prosedyren hadde tapt sin påkrevde kvalifikasjon er «væsentlig ændring af

---

[1433] Sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 55 til 57.
[1434] Sak C-210/20 *Rad Services* avsnitt 44.
[1435] Sak C-223/16 *Casertana Costruzioni* avsnitt 20 til 28.
[1436] Sak C-42/13 *Cartier dell'Adda,* sak C-324/14 *Partner Apelski*, sak C-387/14 *Esaproject*, sak C-223/16 *Casertana Costruzioni.*
[1437] Sak C-387/14 *Esaproject* avsnitt 43, se også sak C-324/14 *Partner Apelski*.
[1438] Se også sak 697/17 *Telecom Italia*, og omtalen av artikkel 38 i 12.32 ovenfor.
[1439] Sak C-161/13 *Idrodinamica* avsnitt 39.
[1440] Se også saker som C-82/24 *Veolia Waters* avsnitt 37 med videre henvisninger.

sammenslutningens bud og selve dens identitet». Det begrunnes med at en slik endring etter tilbudsfristens utløp ville forplikte oppdragsgiver til å «foretage nye kontroller, samtidig med at denne sammenslutning indrømmes en konkurrencefordel, hvilken sammenslutning kunne søge at forbedre sit bud med henblik på at imødegå sine konkurrenters bud i den pågældende udbudsprocedure».[1441] EU-domstolen mente at det derfor ville være i strid med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet om det ble tillatt at tredjeparten som var nødvendig for å oppfylle kvalifikasjonskrav ble skiftet ut etter tilbudsfristen.

I *Casertana Costruzioni* skriver som nevnt EU-domstolen at artikkel 63 i direktiv 2014/24/EU ikke er relevant ved tolkningen av artikkel 48 nr. 3 i direktiv 2004/18/EF fordi den bestemmelsen endrer rettstilstanden. I sak C-210/20 *Rad Service* viser EU-domstolen til tidligere praksis når den skriver at utskifting av tredjepart etter artikkel 63 ikke skal føre til vesentlige endringer av tilbudet, men uten en nærmere drøftelse av om adgangen til å skifte ut tredjeparter er større under direktiv 2014/24/EU enn tidligere direktiver. Det er derfor noe uklart i hvilken utstrekning det kan være i strid med prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet å skrifte ut en tredjepart som ikke oppfyller kvalifikasjonskrav eller som rammes av en utelukkelsesgrunn.

Saker som *MT Højgaard* tilsier at det ikke kan tillates endringer av prekvalifiseringssøknaden om det gir leverandøren en konkurransefordel på bekostning av de andre deltakerne. I forslag til avgjørelse i *Esaproject* skriver generaladvokaten at det vil være en vesentlig endring om det «sker en ændring af selve identiteten på de aktører, der udfører arbejdet, eller i det mindste de aktører, hvis erfaring er nødvendig i denne forbindelse».[1442] Det kan illustrere at skifte av sentrale tredjeparter som skal stå for utførelsen av kontrakten er en vesentlig endring, men kan hende er det noe større adgang til å skifte ut andre tredjeparter, for eksempel aktører som påberopes for å oppfylle krav til økonomisk og finansiell kapasitet. Rettstilstanden er imidlertid noe usikker.

Ifølge artikkel 42 nr. 6 kan leverandører som har gyldige grunner til ikke å legge fram den dokumentasjonen oppdragsgiver har bedt om, dokumentere sine kvalifikasjoner med ethvert annet dokument som oppdragsgiver anser som egnet. Tilsvarende følger ikke av artikkel 48 i direktiv 2004/18/EF, men derimot gjelder en lik regel etter artikkel 47 nr. 5, og som er behandlet under omtalen av artikkel 41 ovenfor.

12.36.2 Gjennomføring

Artikkel 42 er gjennomført i FOSA § 8-12 om dokumentasjon av leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner. Bestemmelsen er i kapittel 8 om grunnlaget for konkurransen.

Anskaffelsesutvalget har i NOU 2023: 26 behandlet kvalifikasjonskrav og utvelgelse av leverandører, tilbud og løsninger (artikkel 58 til 66 i direktiv 2014/24/EU) under punkt 24.35. Utvalget foreslo å gjennomføre anskaffelsesdirektivets artikkel 58 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 17-1 til 17-4. Utvalget foreslo videre å gjennomføre direktiv 2014/24/EU artikkel 60 i ny lov om offentlige anskaffelser § 17-7 og artikkel 63 i ny lov om offentlige anskaffelser §§ 17-9 og 17-10.

[1441] Sak C-223/16 *Casertana Costruzioni* avsnitt 39.

[1442] Forslag til avgjørelse i sak C-387/14 *Esaproject* avsnitt 30, forslag til avgjørelse i sak C-223/16 *Casertana Costruzioni* avsnitt 48.

12.36.3 Arbeidsgruppens vurderinger

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 42 nr. 1, 5 og 6 i forslaget til lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 19-4, artikkel 42 nr. 2 og 3 i forslagets § 19-7 og artikkel 42 nr. 4 i forslagets § 19-1 tredje ledd.

Direktiv 2009/81/EF har, som vist ovenfor, ikke helt sammenfallende bestemmelser med direktiv 2014/24/EU og noen av forskjellene representerer realitetsforskjeller. For å sikre oppdragsgiver størst mulig fleksibilitet mener arbeidsgruppen derfor at det ikke er hensiktsmessig fullt ut å innføre tilsvarende regler for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser som foreslått innført i ny lov om offentlige anskaffelser. Arbeidsgruppen foreslår derfor kun å innføre bestemmelser som direkte gjennomfører direktivbestemmelsene i artikkel 42. På tilsvarende måte som for økonomisk og finansiell kapasitet, foreslås det også en egen bestemmelse om dokumentasjon av tekniske og farlige kvalifikasjoner i stedet for en felles regel om dokumentasjon som viser til direktivets bestemmelser, slik anskaffelsesutvalget foreslår.

Når det gjelder regler om en leverandørs adgang til å støtte seg på andre virksomheters kapasiteter for å oppfylle kvalifikasjonskravene om tekniske og faglige kvalifikasjoner har det vært en regelverksutvikling fra direktiv 2004/18/EF til direktiv 2014/24/EU (begge klassisk sektor). Dette medfører at det ikke er fullt ut sammenfall mellom reglene som gjelder for å støtte seg på andre virksomheters kapasitet mellom direktiv 2009/81/EF og direktiv 2014/24/EU.

Arbeidsgruppen mener at flere av de reglene som er innført i sistnevnte direktiv, kun er en kodifisering av gjeldende rett. Dette gjelder særlig regelen om at oppdragsgiver har plikt til å kontrollere at den støttende virksomheten oppfyller kvalifikasjonskravene, og at det ikke foreligger avvisningsgrunner for denne. Dette er en naturlig følge av støtten. Oppdragsgiver vil ikke kunne avgjøre hvorvidt leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravet med støtte fra den støttende virksomheten uten at dette kontrolleres. Arbeidsgruppen foreslår derfor å innføre disse reglene i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

I direktiv 2014/24/EU er det inntatt en bestemmelse om at dersom en leverandør utnytter andre enheters kapasitet for å oppfylle kravene til utdanning og faglige kvalifikasjoner eller kravene til relevant yrkeserfaring, skal disse enhetene utføre tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som krever slike kvalifikasjoner. En slik regel er ikke inntatt i direktiv 2009/81/EF. Arbeidsgruppen merker seg at EU-domstolen i sak C-324/14 *Partner Apelski* konkluderer med at dette er en positivrettslig endring i forhold til tidligere regelverk. Arbeidsgruppen foreslår derfor at denne bestemmelsen ikke innføres i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

I direktiv 2014/24/EU er det også inntatt henholdsvis en plikt eller rett til å kreve at leverandøren skifter ut den støttende virksomheten dersom denne ikke oppfyller kvalifikasjonskravene, eller dersom det foreligger avvisningsgrunner. Disse reglene finnes ikke i direktiv 2009/81/EF, jf. ovenfor. Arbeidsgruppen mener at dette også er regler som er av mer positivrettslig art og foreslår derfor ikke å innføre disse i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

12.37 Artikkel 43 – Standarder for kvalitetsstyringssystemer

12.37.1 Direktivet

Direktiv 2009/81/EF artikkel 43 regulerer dokumentering av kvalitetsstyringssystemer. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 49 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført med noen endringer i artikkel 62 i direktiv 2014/24/EU, og som er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.35.5.

Etter artikkel 42 kan oppdragsgiver stille krav som gjelder kvalitetssikring, som må oppfylle kravene i artikkel 38 nr. 2, og der artikkel 43 regulerer de tilfeller oppdragsgiver ber om attester fra uavhengige, godkjente organer for attestering av at leverandøren overholder kvalitetssikringssystemer. Oppdragsgiver skal ifølge artikkel 43 henvise til kvalitetssikringssystemer som bygger på europeiske standarder for godkjenning og sertifisering. Det står at oppdragsgiver skal godkjenne attester fra organer i andre medlemsstater, og det gjelder også etter artikkel 62 nr. 1 i direktiv 2014/24/EU.

I artikkel 43 er det også en ekvivalensklausul som bestemmer at oppdragsgiver skal godkjenne andre former for dokumentasjon for tilsvarende kvalitetssikringssystemer.

12.37.2 Gjennomføring

Artikkel 43 i direktiv 2009/81/EF er gjennomført i FOSA § 8-15.

Anskaffelsesutvalget forslo å gjennomføre artikkel 62 i direktiv 2014/24/EU i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, men utvalget foreslo å gjøre bestemmelsen kortere og i samsvar med norsk lovgivningsteknikk. Utvalget foreslo også å benytte begrepet miljøledelse istedenfor miljøstyring, som er direktivets ordlyd. Miljøledelse er et innarbeidet begrep i norsk anskaffelsesrett og er allerede benyttet i dagens anskaffelsesforskrift.

12.37.3 Arbeidsgruppens vurderinger

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 43 i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 19-5 om standarder for kvalitetssikring og miljøledelse. I direktiv 2014/24/EU artikkel 62 er det angitt en rett til å kreve at leverandøren fremlegger sertifikater som viser at leverandøren oppfyller visse kvalitetssikringsstandarder. En tilsvarende rett til å kreve at leverandøren innehar selve sertifikatet, følger ikke av direktiv 2009/81/EF. Arbeidsgruppen vurderer det også slik at dette er en positivrettslig endring som ikke kan innføres i direktiv 2009/81/EF. Arbeidsgruppen foreslår derfor at det innføres en regel som gjenspeiler innholdet i direktiv 2009/81/EF artikkel 43 i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 19-5. Arbeidsgruppen foreslår å følge anskaffelsesdirektivets system og samle reglene om standarder for kvalitetssikringssystemer og miljøledelsesstandarder i samme bestemmelse.

12.38 Artikkel 44 – Miljøstyringsstandarder

12.38.1 Direktivet

Direktiv 2009/81/EF artikkel 44 regulerer de tilfeller hvor oppdragsgiver har stilt krav til oppfyllelse av miljøledelsesstandarder i artikkel 43 nr. 1 bokstav f, og at det skal godtgjøres ved attestering av uavhengige organer. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 50 i direktiv 2004/18/EU, og som er videreført

med noen endringer i direktiv 2014/24/EU artikkel 62, og den bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023: 26 kapittel 24.35.5.

Miljøledelse innebærer at en virksomhet systematisk og bevisst jobber med miljøhensyn ved driften av virksomheten. Oppdragsgiver kan kreve at leverandøren oppfyller standarder for som er basert på felleskapsordningen for miljøstyring og miljørevisjon (EMAS). Det kan også vises til miljøstyringsstandarder basert på relevante europeiske eller internasjonale standarder, og som er sertifisert av organer som overholder fellesskapsretten eller relevante europeiske eller internasjonale standarder for sertifisering.

Direktiv 2009/81/EF artikkel 44 regulerer tilfeller der oppdragsgiver krever at det fremlegges attester – utstedt av uavhengige organer – som bekrefter at markedsdeltageren overholder visse miljøstyringsstandarder, ved å vise til felleskapsordningen for miljøstyring og miljørevisjon (EMAS) eller til miljøstyringsstandarder basert på relevante europeiske eller internasjonale standarder sertifisert av organer som overholder fellesskapsretten eller relevante europeiske eller internasjonale standarder for sertifisering. Artikkelen fastsetter videre at oppdragsgiver skal anerkjenne likeverdige attester fra organer etablert i andre medlemsstater. Den skal også godta annen dokumentasjon på likeverdige miljøstyringstiltak som leverandøren oppfyller.

Oppdragsgiver skal anerkjenne tilsvarende attester fra organer i andre medlemsstater. Den skal også anerkjenne andre former for dokumentasjon som leverandøren fremlegger. Tilsvarende følger av artikkel 62 i direktiv 2014/24/EU, men hvor det er presisert at plikten til å godkjenne alternativ dokumentasjon bare gjelder om oppdragsgiver påviselig ikke hadde adgang til slike sertifikater, eller ikke hadde mulighet til å skaffe dem innen fristen, av grunner som ikke kan tilskrives leverandøren.

12.38.2 Gjennomføring

Artikkel 44 i direktiv 2009/81/EF er gjennomført i FOSA § 8-16 (2).

Anskaffelsesutvalget foreslo i NOU 2023: 26 punkt 24.35.5 å gjennomføre artikkel 62 i ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsen er allerede gjennomført i dagens anskaffelsesregelverk, men utvalget foreslo å gjøre bestemmelsen kortere og i samsvar med norsk lovgivningsteknikk. Utvalget foreslo også å benytte begrepet miljøledelse istedenfor miljøstyring, som er direktivets ordlyd. Miljøledelse er et innarbeidet begrep i norsk anskaffelsesrett og er allerede benyttet i dagens anskaffelsesforskrift. Bestemmelsen er foreslått innført i ny lov om offentlige anskaffelser § 17-8.

12.38.3 Arbeidsgruppens vurderinger

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 44 i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 19-5 om standarder for kvalitetssikring og miljøledelse. I direktiv 2014/24/EU artikkel 62 er det angitt en rett til å kreve at leverandøren fremlegger sertifikater som viser at leverandøren oppfyller visse miljøledelsesstandarder. En tilsvarende rett til å kreve at leverandøren innehar selve sertifikatet, følger ikke av direktiv 2009/81/EF. Arbeidsgruppen vurderer det også slik at dette er en positivrettslig endring som ikke kan innføres i direktiv 2009/81/EF. Arbeidsgruppen foreslår derfor at det innføres en regel som gjenspeiler innholdet i direktiv 2009/81/EF artikkel 44 i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 19-5. Arbeidsgruppen foreslår å følge

anskaffelsesdirektivets system og samle reglene om standarder for kvalitetssikringssystemer og miljøledelsesstandarder i samme bestemmelse.

Arbeidsgruppen kan videre slutte seg til anskaffelsesutvalget vurdering om at begrepet miljøledelse bør benyttes i lovteksten i stedet for miljøstyring. Det vises her til NOU 2023: 26 punkt 24.35.5.

12.39 Artikkel 45 – Tilleggsdokumentasjon og tilleggsopplysninger

12.39.1 Direktivet

Artikkel 45 regulerer muligheten til å be om supplerende dokumentasjon fra leverandørene. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 51 i direktiv 2004/18/EF, og som er videreført med endringer i artikkel 56 nr. 3 i direktiv 2014/24/EU. Den bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.34.1.2.

Artikkel 45 inngår i direktivets kapittel VII avdeling 2 om kvalitativ utvelgelse, og foreskriver at oppdragsgiver kan be leverandørene supplere eller utdype dokumentasjon fremlagt etter artikkel 39 til 44. Bestemmelsen er følgelig begrenset til reglene om kvalitativ utvelgelse, og den regulerer ikke avklaring av tilbud. Tilsvarende fulgte av artikkel 51 i direktiv 2004/18/EF, og i sak C-599/10 *Slovensko* skrev EU-domstolen at spørsmål om avklaring av dokumenter som ikke gjelder kvalitativ utvelgelse må avgjøres etter grunnprinsippene i artikkel 2. Det ble slått fast at direktivet tillater at oppdragsgiver ber om avklaringer av tilbud så lenge grunnprinsippene overholdes (se like nedenfor).[1443]

I direktiv 2014/24/EU er det innført en generell regel om avklaring i artikkel 56 nr. 3, som ikke er begrenset til dokumenter om kvalitativ utvelgelse. Etter direktiv 2009/81/EF vil grunnlaget for avklaring av andre dokumenter enn dem som gjelder kvalitativ utvelgelse fortsatt reguleres av grunnprinsippene i artikkel 4 (punkt 12.3.1 ovenfor), og ikke artikkel 45 som bare gjelder dokumenter inngitt etter artikkel 39 til 44. Det har imidlertid ikke praktisk betydning fordi oppdragsgiver i alle tilfeller må overholde grunnprinsippene.[1444] Medlemsstatene kan derfor ved gjennomføringen av direktiv 2009/81/EF gi en generell regel om avklaring tilsvarende artikkel 56 nr. 3 i direktiv 2014/24/EU, men der oppdragsgiver må overholde grunnprinsippene i det enkelte tilfellet.[1445]

Avklaringsadgangen er særlig relevant i *anbudskonkurranser,* for den prosedyren kjennetegnes av forhandlingsforbudet.[1446] Ifølge EU-domstolen innebærer forhandlingsforbudet at etter tilbudsfristens utløp kan tilbudet «i princippet ikke længere ændres, hverken på den ordregivende myndigheds initiativ eller ansøgerens initiativ».[1447] Det er samtidig fastslått i en rekke saker at oppdragsgiver unntaksvis og i enkelttilfeller kan gjøre avklaringer av tilbud i anbudskonkurranser på nærmere vilkår (se like nedenfor).

I sak C-336/12 *Manova* skrev EU-domstolen at rettspraksis om avklaring av tilbud i anbudskonkurranser «kan overføres til ansøgeres anmodninger om at deltage i en udbudsforretning

---

[1443] Sak C-599/10 *Slovensko* avsnitt 22, 24 og 40. Se også sak C-87/94 *Kommisjonen mot Belgia* (Vallonske busser) avsnitt.

[1444] Forente saker C-523/16 og C-536/16 *MA.T.I SUD* avsnitt 39*,* artikkel 56 nr. 3 i direktiv 2014/24/EU og Arrowsmith (2014) s. 833 til 834. Se også sak C-309/18 *Lavrogna*, der EU-domstolen i en sak om direktiv 2014/24/EU viser til praksis under tidligere direktiver.

[1445] Se også forente saker C-523/16 og C-536/16 *MA.T.I SUD* avsnitt 44 flg.

[1446] Forslag til avgjørelse i sak C-87/94 *Vallonske Busser* avsnitt 29, x.x.x ovenfor.

[1447] Sak C-599/10 *Slovensko* avsnitt 36.

under prækvalifikationsfasen i et begrænset udbud».[1448] Det er sentralt for artikkel 45 i direktiv 2009/81/EF, som altså gjelder leverandørens kvalifikasjoner, og der direktivet enn så lenge bare tilbyr begrensede prosedyrer (punkt 12.18 ovenfor). Det kan diskuteres om oppdragsgiver har noe større fleksibilitet til å gjøre avklaringer ved prekvalifisering til andre prosedyrer enn begrenset anbudskonkurranse.[1449] Sak C-396/14 *MT Højgaard* tilsier imidlertid at det ikke kan gjøres vesentlige endringer i en søknad om prekvalifisering etter fristen for inngivelse er utløpt (punktene 12.32 II og 12.36.1 III ovenfor).[1450] I HR-2022-1964-A *Flage Maskin* skriver for øvrig Høyesterett at det ved evalueringen av om kvalifikasjonskrav er oppfylt, må tilbudet sammenholdes med den informasjonen som leverandøren eventuelt har gitt etter anmodning om avklaringer fra oppdragsgiver.[1451]

For tilbud inngitt i en *konkurranse med forhandling* (artikkel 26) vil ikke spørsmål om avklaringsadgangen ha samme betydning som i anbudskonkurranser. Det skyldes at ifølge artikkel 26 skal oppdragsgiver forhandle med tilbyderne om tilbudene, slik at forhandlingsforbudet ikke her utgjør noen skranke for hvilke avklaringer som kan gjøres. Som beskrevet i punkt 12.20 ovenfor har ikke direktiv 2009/81/EF tilsvarende regler som direktiv 2014/24/EU om at oppdragsgiver skal avslutte forhandlingene med å sette en felles frist for endelige tilbud, og som er underlagt forhandlingsforbud. Imidlertid må oppdragsgiver i henhold til artikkel 26 nr. 2 og artikkel 4 behandle tilbyderne likt under forhandlingene.[1452] Videre må oppdragsgiver overholde selvpålagte regler. Det ligger i dette at hvis konkurransegrunnlaget foreskriver at det skal være forhandlingsforbud om endelige tilbud i en forhandlet prosedyre, må det overholdes av oppdragsgiver. eventuelle avklaringer må i slike tilfeller skje innen rammene av grunnprinsippene som beskrevet nedenfor.[1453]

For løsninger inngitt i en *konkurransepreget dialog* står det i artikkel 27 nr. 6 at etter dialogen er erklært avsluttet, kan tilbudene på oppdragsgivers anmodning presiseres, avklares og tilpasses. Slike avklaringer kan ikke føre til at grunnleggende elementer i tilbudet eller invitasjonen til å inngi tilbud endres hvis det innebærer en fare for konkurransevridning eller forskjellsbehandling. Som beskrevet i punkt 12.21 ovenfor er det grunn til å anta at avklaringsadgangen etter denne bestemmelsen er videre enn avklaringsadgangen ved anbudskonkurranser.[1454]

Det følger av artikkel 45 at oppdragsgiver kan be om at leverandørene supplerer eller utdyper dokumentasjon som er inngitt, men uten at det står noe om hva som kan være foranledningen for slike avklaringer. I artikkel 56 i direktiv 2014/24/EU står det til sammenligning at avklaringer kan skje om opplysninger eller dokumenter fra leverandørene fremstår ufullstendige, er beheftet med feil eller hvis spesifikke dokumenter mangler. Dette samsvarer med rettspraksis etter tidligere direktiver, der EU-domstolen har slått fast at leverandørens opplysninger på nærmere vilkår kan rettes eller suppleres «bl.a. fordi de åbenlyst blot kræver en præcisering eller for at bringe åbenlyse indholdsmæssige fejl til ophør».[1455]

Ifølge artikkel 45 kan oppdragsgiver be leverandørene om å «supplere» eller «utdype» dokumentasjon den har forelagt oppdragsgiver. Artikkel 56 nr. 3 i direktiv 2014/24/EU gir til sammenligning flere alternativer når det står at oppdragsgiver kan be om at leverandørene sender, supplerer, presiserer eller

---

[1448] Sak C-336/12 *Manova* avsnitt 38.

[1449] Arrowsmith (2014) s. 992.

[1450] Se også forslag til avgjørelse i sak C-387/14 *Esaproject* avsnitt 32 flg.

[1451] HR-2022-1964-A *Flage Maskin* avsnitt 52.

[1452] Se om likebehandling i den avsluttende fasen i Arrowsmith (2014) s. 1028.

[1453] Sak C-87/94 *Vallonske busser* avsnitt 35 og 55, sak C-336/12 *Manova* avsnitt 40.

[1454] Se også Arrowsmith (2014) s. 929.

[1455] Sak C-599/10 *Slovensko* avsnitt 40. Se også sak C-336/12 *Manova* avsnitt 32, sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 63.

fullstendiggjør relevante opplysninger eller dokumenter. Dette gjenspeiler rettspraksis under tidligere direktiver, der EU-domstolen i for eksempel sak C-336/12 *Manova* skriver at oppdragsgiver på nærmere vilkår kan be leverandøren ettersende dokumenter til en søknad om prekvalifisering (se like nedenfor).[1456] I forente saker C-523/16 og C-536/16 *MA.T.I SUD* skriver EU-domstolen at medlemsstatene kan regulere rammene for avklaringer nærmere i nasjonal rett så lenge grunnprinsippene overholdes.[1457]

I forslag til avgjørelser har generaladvokater uttalt seg nærmere om hva som menes med begreper som supplering og avklaring. I forslag til avgjørelse i sak C-87/94 *Vallonske busser* skriver generaladvokaten at ordet presisering betyr «en meddelelse af detaljer, som mere klart beskriver den pågældende genstand, eller definerer den mere nøjagtigt».[1458] Ifølge samme forslag til avgjørelse betyr supplere «en tilføjelse af oplysninger, der ikke tidligere var disponible».[1459] Begge begreper avgrenses mot erstatning av opplysninger som allerede er gitt, og begrenses derfor til opplysninger som allerede er gitt i tilbudet.[1460] I forslag til avgjørelse i sak C-324/14 *Partner Apelski* skriver generaladvokaten at supplerende opplysninger for eksempel kan være «en præcisering eller en korrektion af åbenlyse indholdsmæssige fejl, uden at anmode om eller acceptere eventuel ændring af tilbuddet».[1461]

I forslag til avgjørelse i sak C-387/14 *Esaproject* skriver generaladvokaten at begrepene supplere eller utdype er forholdsvis smidige, og han synes å mene at det er grunnprinsippene som i praksis utgjør skranken for avklaringsadgangen (se like nedenfor).[1462] Det underbygger at forskjellen i begrepsbruk mellom artikkel 45 i direktiv 2009/18/EF og artikkel 56 nr. 3 i direktiv 2014/24/EU ikke har betydning da resultatet uansett blir det samme gjennom grunnprinsippene.

EU-domstolen har gjentatte ganger understreket at enhver avklaring må overholde grunnprinsippene. Det ble slått fast allerede i sak C-87/94 *Vallonske Busser*, og i den saken skrev EU-domstolen at det ikke kan tillates endringer i tilbudet etter tilbudsfristen som er til skade for andre tilbydere.[1463] I sak C-599/10 *Slovensko* fant EU-domstolen at tilbud i en begrenset anbudskonkurranse unntaksvis og i enkelttilfeller kan rettes eller suppleres «forudsat at ændringen ikke fører til, at der i virkeligheden fremsættes et nyt tilbud».[1464] Oppdragsgiver må behandle alle tilbyderne likt uten å gi fordeler til enkelte på bekostning av andre, og på grunnlag av likebehandlingsprinsippet oppstilte EU-domstolen noen saksbehandlingskrav. Anmodninger om avklaringer må sendes alle virksomheter i samme situasjon, og må omfatte alle punkter i tilbudet som trenger avklaring.[1465]

EU-domstolen har i en rekke saker gjentatt uttalelsene fra *Slovensko*,[1466] men det er gjerne forbudet mot å fremsette et nytt tilbud som utgjør den sentrale skranken i praksis. Konturene av denne skranken

---

[1456] Sak C-336/12 *Manova* avsnitt 39 flg.

[1457] Forente saker C-523/16 og C-536/16 *MA.T.I SUD* avsnitt 46 flg.

[1458] Forslag til avgjørelse i sak C-87/94 *Vallonske busser* avsnitt 37.

[1459] Forslag til avgjørelse i sak C-87/94 *Vallonske busser* avsnitt 37.

[1460] Forslag til avgjørelse i sak C-87/94 *Vallonske busser* avsnitt 38.

[1461] Forslag til avgjørelse i sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 47. I forslag til avgjørelse i sak C-87/*94 Vallonske busser* avsnitt 46 skriver generaladvokaten at det ikke var tale om korrigering av feil i den saken fordi opplysningene som ble gitt i avklaringsrunden var fremskaffet gjennom undersøkelser som var gjort *etter* tilbudsfristen.

[1462] Forslag til avgjørelse i sak C-387/14 *Esaproject* avsnitt 25 flg.

[1463] Sak C-87/94 *Vallonske busser* avsnitt 58 og 59, se også forslag til avgjørelse i samme sak avsnitt 37 flg.

[1464] Sak C-599/10 *Slovensko* avsnitt 40.

[1465] Sak C-599/10 *Slovensko* avsnitt 41 til 44.

[1466] Sak C-336/12 *Manova*, sak C-42/13 *Cartier Dell' Adda,* sak C-324/14 *Partner Apelski,* sak C-387/14 *Esaproject*, C-199/15 *Ciclat,* sak C-131/16 *Archus*, forente saker C-523/16 og C-536/16 *MA.T.I. SUD.*

gjenfinnes allerede i forslag til avgjørelse i sak C-87/94 *Vallonske busser,* der generaladvokaten skriver at leverandørene ikke skal gis mulighet til å erstatte opplysningene som allerede er fremsatt i tilbudet. I sak C-336/12 *Manova* skriver EU-domstolen at i den saken var grunnprinsippene ikke til hinder for at oppdragsgiver kunne be om at prekvalifiseringssøknaden ble supplerte med «offentliggjorte balanceoplysninger, som det objektivt kan kontrolleres forelå forud for udløbet af fristen for anmodning om deltagelse i et udbud».[1467] I sak C-324/14 *Partner Apelski* skriver EU-domstolen at grunnprinsippene er til hinder for at det gjøres *vesentlige endringer* i leverandørens tilbud som gjør at det i realiteten fremsettes et nytt tilbud, og at leverandøren ikke skal gis mulighet til å «udfylde sit oprindelige tilbud».[1468] I sak C-387/14 *Esaproject* fant EU-domstolen at leverandøren etter tilbudsfristens utløp ikke kunne påberope ressursene til en tredjepart som ikke fremgikk av det opprinnelige tilbudet.[1469]

I forslag til avgjørelse i sak C-387/14 *Esaproject* oppsummerer generaladvokaten rettspraksis med at oppdragsgiver anmodning om avklaringer må gjelde opplysninger eller dokumenter som har en viss forankring i det opprinnelige tilbudet.[1470] I forslag til avgjørelse i sak C-652/22 *Kolin* legger generaladvokaten seg på samme linje, og han skriver at når «der fremlægges nye dokumenter vedrørende en tilbudsgivers tekniske og faglige formåen, hvori der henvises til arbejder, som ikke var nævnt i det oprindelige tilbud, er der ikke tale om en berigtigelse, en præcisering eller en uddybelse. Der er snarere tale om en væsentlig ændring af dette tilbud, uden hvilken buddet ville blive forkastet».[1471]

Etter artikkel 45 «kan» oppdragsgiver anmode om supplerende opplysninger, men denne adgangen kan begrenses i nasjonal rett eller i konkurransegrunnlaget.[1472] I sak C-42/13 *Cartier Dell' Adda* skriver EU-domstolen at artikkel 51 i direktiv 2004/18/EF ikke gir oppdragsgiver mulighet til å «tillade nogen som helst afhjælpning af undladelser, som i henhold til udbudsmaterialets udtrykkelige bestemmelser skal føre til udelukkelse fra dette udbud».[1473] Dette er gjentatt i flere andre saker.[1474]

I sak C-599/10 *Slovensko* skriver EU-domstolen at direktiv 2004/18/EF ikke inneholder noen bestemmelser som pålegger oppdragsgiver å be om avklaringer fra tilbyderne. På grunnlag av praksis fra Retten om Kommisjonens anskaffelser er det lagt til grunn at oppdragsgiver visse tilfeller likevel kan ha plikt til å gjøre avklaringer.[1475] I sak C-27/15 *Pizzo* skrev EU-domstolen at hvis en betingelse for utelukkelse ikke uttrykkelig fremgikk av konkurransegrunnlaget, men fulgte av nasjonal rettspraksis «kan den ordregivende myndighed give den udelukkede tilbudsgiver en tilstrækkelig frist til at afhjælpe sin undladelse».[1476] Det kan være nærliggende at oppdragsgiver i slike tilfeller ikke kan avvise tilbyderen uten at den får mulighet til å rette tilbudet.[1477] Imidlertid kan sak C-309/18 *Lavrogna*

[1467] Sak C-336/12 *Manova* avsnitt 39. Se også sak C-199/15 *Ciclat* og Arrowsmith (2014) s. 695.
[1468] Sak C-324/14 *Partner Apelski* avsnitt 69.
[1469] Sak C387/14 *Esaproject* avsnitt 41 flg.
[1470] Sak C-387/14 *Esaproject* avsnitt 28 flg., som er gjentatt av generaladvokaten i forslag til avgjørelse i sak C-652/22 *Kolin* avsnitt 65 flg.
[1471] Forslag til avgjørelse i sak C-652/22 *Kolin* avsnitt 70. Saken ble avvist av EU-domstolen, se 9.2.2 ovenfor.
[1472] Sak C-309/18 *Lavrogna* avsnitt 21.
[1473] Sak C-42/13 *Cartier Dell' Adda* avsnitt 46.
[1474] Se f.eks. sak C-199/15 *Ciclat* avsnitt 30, forente saker C-523/16 og C-536/16 *MA.T.I SUD* avsnitt 49.
[1475] NOU 2023:26 24.34.1.3 med videre henvisninger.
[1476] Sak C-27/15 *Pizzo* avsnitt 50.
[1477] Se også forslag til avgjørelse i sak C-27/15 *Pizzo* avsnitt 66.

illustrere at EU-domstolen begrenser seg til å si at oppdragsgiver har avklaringsrett, og ikke avklaringsplikt.

12.39.2 Gjennomføring

Artikkel 45 er gjennomført i FOSA § 12-4.

Anskaffelsesutvalget foreslår å gjennomføre artikkel 56 nr.3 i ny lov om offentlige anskaffelser § 15-2. Anskaffelsesutvalget anbefaler departementet å kodifisere EU-domstolens praksis vedrørende avklaringsadgangen hvis det kommer ytterligere tydeliggjøring fra EU-domstolen.

12.39.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 45 i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 17-2 om oppdragsgivers adgang til å be om avklaring i kapittel 17 overordnet om tildeling av kontrakt.

Arbeidsgruppen vurderer det slik at bestemmelsene i artikkel 56 nr. 3 i direktiv 2014/24/EU er en regel som følger av de grunnleggende prinsippene til likebehandling og gjennomsiktighet i direktiv 2009/81/EF artikkel 4. Arrowsmith[1478] uttaler at art 56 nr. 3 ikke endrer eksisterende anskaffelsesregler, men at bestemmelsen bare klargjør hva som allerede følger av de generelle prinsippene. Arbeidsgruppen er enig i det. Dette gir rom for å innføre tilsvarende regler i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser som i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser. Arbeidsgruppen mener det også er hensiktsmessig å innta tilsvarende regler i ny forsvars- og sikkerhetsanskaffelseslov og foreslår å innføre tilsvarende regel som i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser. Bestemmelsens anvendelsesområde utvides dermed i forhold til hva som følger av artikkel 45 i direktiv 2009/81/EF slik at avklaringsadgangen også omfatter andre deler av leverandørens dokumenter enn dokumentasjon av kvalifikasjonskravene.

12.40 Artikkel 46 – Offisielle lister over godkjente markedsdeltakere samt sertifisering utført av offentligrettslig eller privatrettslige organer

12.40.1 Direktivet

Direktiv 2009/81/EF artikkel 46 åpner for at medlemsstatene kan opprette offisielle lister over godkjente leverandører eller innføre sertifisering av leverandører ved sertifiseringsorganer. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 52 i direktiv 2004/18/EF, og som er videreført i artikkel 64 i direktiv 2014/24/EU, og den bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023:26 kapittel 24.35.7.

Dersom leverandøren står oppført på en slik liste eller er sertifisert som godkjent leverandør i en annen medlemsstat, er formodningen at leverandøren oppfyller de relevante kvalifikasjonskravene eller utvelgelseskriteriene, eller at det ikke foreligger relevante avvisningsgrunner. Dersom oppdragsgiver bestrider dette, skal det gis en begrunnelse. Det følger videre av bestemmelsen at oppdragsgiver

[1478] Vol. 1, punkt 8-41.

uansett kan kreve at leverandørene fremlegger en attest for at de oppfyller sine forpliktelser til å betale trygde- og pensjonspremier og skatt.

Formålet med bestemmelsen er at offisielle lister og sertifiseringer kan tre istedenfor annen dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav eller fravær av avvisningsgrunner. Det er imidlertid en rekke utfordringer ved bruk av slike lister. Listene og sertifiseringsordningene dokumenterer bare at leverandøren oppfyller et bestemt og generelt minstenivå. Ettersom det må vurderes konkret for den enkelte anskaffelse hvilken dokumentasjon oppdragsgiver etterspør, vil det vanligvis være behov for ytterligere dokumentasjon selv om leverandøren er oppført på en liste eller er sertifisert som godkjent. Anskaffelsesutvalget skriver i NOU 2023: 26 punkt 24.35.7.1 at det etter innføringen av det europeiske egenerklæringsskjemaet, er dokumentasjonsbyrden redusert, slik at behovet for slike lister fremstår mindre. Argumentet treffer imidlertid ikke direktiv 2009/81/EF da dette direktivet ikke har regler om det europeiske egenerklæringsskjemaet, slik at dokumentasjonsbyrden ikke er redusert på samme måte innenfor forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Materielt sett er direktiv 2009/81/EF artikkel 46 identisk med direktiv 2014/24/EU artikkel 64, med unntak av direktiv 2009/81/EF artikkel 46 tredje ledd. Det foreligger noen språklige justeringer i den danske versjon av 2014 direktivets artikkel 64 fjerde ledd uten at det innebærer en realitetsendring. Som nevnt, er det i direktiv 2009/81/EF ikke vist til samtlige avvisningsgrunner og kvalifikasjonskrav, slik som i 2014-direktivet. Dette kan potensielt få betydning for hvilke avvisningsgrunner og krav som det er formodning om at er oppfylt ved opptak på listen etter direktiv 2009/81/EF. Ettersom det uansett skal fremgå av attester hvilke opplysninger som har dannet grunnlag for opptak på listen, så har dette trolig ikke den store materielle betydning.

12.40.2 Gjennomføring

Artikkel 46 er gjennomført i FOSA § 8-14. FOSA § 8-14 samsvarer med tidligere FOA § 17-11, som gjennomførte direktiv 2004/18/EF artikkel 52.

Anskaffelsesutvalget foreslår å gjennomføre deler av artikkel 64 i ny lov om offentlige anskaffelser. Artikkel 64 åpner for at medlemsstatene kan opprette offisielle lister over godkjente leverandører og sertifisering, og får primært anvendelse når slike lister skal opprettes eller er opprettet. En slik liste er ikke opprettet i Norge. Anskaffelsesutvalget har derfor bare ansett det nødvendig å gjennomføre reglene for hvordan oppdragsgiver skal forholde seg til leverandører som er registrert i offisielle lister i andre medlemsstater eller sertifisert av et kompetent sertifiseringsorgan. Dette samsvarer i hovedsak med reguleringen i dagens anskaffelsesforskrift.

12.40.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen vurderer på samme måte som anskaffelsesutvalget at det kun er nødvendig å gjennomføre deler av artikkel 46 i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Arbeidsgruppen foreslår derfor å innføre en tilsvarende regel som anskaffelsesutvalget har foreslått i NOU 2023:26. Det foreslås å gjennomføre artikkel 46 i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 19-8 om offisielle lister over godkjente leverandører og sertifisering i kapittel 19 kvalifikasjonskrav og utvelgelse av leverandør.

12.41 Artikkel 47 – Kriterier for kontraktstildeling

12.41.1 Direktivet

Direktiv 2009/81/EF artikkel 47 regulerer kriterier for kontraktstildeling. Bestemmelsen tilsvarer i hovedsak artikkel 53 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført med en noe annen struktur i artikkel 67 i direktiv 2024/14/EU, og den bestemmelsen er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023: 26 kapittel 24.36.1.

Det står i artikkel 38 nr. 1 at kontrakter skal tildeles på grunnlag av kriteriene i artikkel 47, men først etter at den har vurdert leverandørens egnethet, for det er et vilkår for å bli invitert til å inngi tilbud. Tildelingskriteriene anvendes også ved nedvalg etter artikkel 38 nr. 5. Ifølge avsnitt 69 til fortalen skal tildeling av kontrakter skje på grunnlag av objektive kriterier og under overholdelse av grunnprinsippene og på reelle konkurransevilkår. Det er forklart der at det derfor bare er to (hoved)tildelingskriterier, og det er det økonomisk mest fordelaktige tilbud, eller lavest pris. Det følger også av artikkel 47 som foreskriver disse to kriteriene i nr. 1 bokstav a til b. I direktiv 2014/24/EU er strukturen noe annerledes ved at dikotomien i tidligere direktiver er erstattet med kriteriet det økonomisk mest fordelaktige tilbud, men det utgjør ingen realitetsendring.

Det følger av prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet at tildelingskriteriene må fastsettes i forkant.[1479] Ifølge fortalens avsnitt 70 er det nødvendig av hensyn til prinsippet om gjennomsiktighet å sikre at alle leverandører kan være rimelig informerte om de kriteriene som gjelder for tildelingen. Det står at oppdragsgiver derfor skal angi tildelingskriteriene i forkant, og det følger av vedlegg IV at de skal angis i kunngjøringen. I saker som C-252/10 P *EMSA* er det sagt at eventuelle underkriterier som benyttes i essens må korrespondere med kriterier som allerede er meddelt tilbyderne.

Bokstav a gjelder tildeling på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Det står i fortalen avsnitt 71 at oppdragsgiver må vurdere hvilke tilbud som har det beste forholdet mellom pris og kvalitet. Det kan fastsettes både økonomiske og kvalitative kriterier som gjør det mulig å finne det beste tilbudet, men kriteriene må fastsettes ut fra kontraktsgjenstanden slik definert i kravspesifikasjonene. Det følger også av rettspraksis,[1480] der EU-domstolen i sak C-513/99 *Concordia Bus Finland* slo fast at tildelingskriterier må ha en tilknytning til kontraktsgjenstanden. I saker som C-448/01 *Wienstrom* heter det at tildelingskriteriene skal muliggjøre en objektiv sammenligning av tilbudene, og i sak C-532/06 *Linikakis* slås det fast at tildelingskriterier må gjelde tilbudet og ikke leverandørens generelle kvalifikasjoner.

I bokstav a er det gitt en ikke-uttømmende liste over kriterier som kan inngå i vurderingen av det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Sammenlignet med artikkel 53 i direktiv 2004/18/EF er det i artikkel 47 tilføyd at forsyningssikkerhet, interoperabilitet og operasjonelle karakteristika kan være blant tildelingskriteriene. Det er forhold som kan gjøre seg særlig gjeldende ved forsvar- og sikkerhetsanskaffelser, og som ifølge fortalen avsnitt 9 og 51 har nødvendiggjort en del sektorspesifikke tilpasninger i direktiv 2009/81/EF. At forsyningssikkerhet kan være et tildelingskriterium følger av saker som C-324/93 *Evans*, C-448/01 *Wienstrom* og C-234//03 *Conste*.[1481] I sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* skriver EU-domstolen at leverandørens strenge overholdelse av tildelingskriterier og oppdragsgivers løpende kontroll med dette ville kunne forebygge

[1479] Se f.eks. sak C-448/01 *Wienstrom* avsnitt 57.
[1480] Arnesen mfl. (2022) kapittel 15.4.6.
[1481] Sak C-448/01 *Wienstrom* avsnitt 70 og sak C-324/93 *Evans* avsnitt 44.

lekkasjer og misbruk,[1482] og tilsvarende betraktning kan anvendes for forsyningssikkerhet. I en del tilfeller vil nok informasjonssikkerhet være et såpass binært vurderingstema at det er mindre egnet som tildelingskriterium.

I *bokstav b* er lavest pris angitt som det andre mulige tildelingskriterium. I artikkel 67 i direktiv 2014/24/EU inngår det blant kriteriene som er mulig under kriteriet det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Der er også lavest kostnad angitt som mulig kriterium, men det kan også inngå i det økonomisk mest fordelaktige tilbudet, og derfor er det ingen realitetsforskjell. Lavest pris kan være særlig aktuelt ved hyllevarer, men kan også brukes i andre tilfeller. Det står i artikkel 47 nr. 1 at direktivets regler om tildeling ikke påvirker nasjonale prisreguleringer.

Det står i artikkel 47 nr. 2 at oppdragsgiver i anskaffelsesdokumentene skal angi den relative vekten av kriteriene om tilbud skal tildeles det økonomisk mest fordelaktige tilbud. Vekten kan fastsettes ved en ramme som har passende maksimalt utslag. Det står i fortalen avsnitt 70 at det må sikres at tilbyderne får opplysninger om vekten av tildelingskriteriene på et så tidlig tidspunkt at leverandørene har disse opplysningene når de utformer tilbud. I artikkel 34 nr. 5 bokstav e står det at vekten av tildelingskriteriene skal angis i invitasjonen til å delta om det ikke allerede er opplyst i kunngjøringen.

I sak C-331/01 *ATI* er det sagt at oppdragsgiver ikke må meddele vekten av underkriterier i forkant, men det forutsetter at vektingen (i) ikke endrer tildelingskriteriene, (ii) ikke er uventet for tilbyderne, og (iii) ikke er diskriminerende. I sak C-6/15 *Dimarso* skriver EU-domstolen at heller ikke evalueringsmetoden må angis i forkant, men anvendelsen av den må ikke endre tildelingskriteriene eller vekten av disse, og evalueringsmetoden må fastsettes før tilbudsåpning med mindre annet er umulig av påviselige grunner.

Ifølge artikkel 47 nr. 2 (3) kan oppdragsgiver når den mener at det ikke kan foretas en vekting, angi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge med det viktigste først. Det står i fortalen avsnitt 70 at oppdragsgiver i særlige tilfeller som de kan begrunne nærmere, har mulighet til å prioritere kriteriene fremfor å vekte dem. At vekten ikke kan fastsettes i forkant kan særlig skyldes kontraktens kompleksitet. Regelen tilsvarer artikkel 53 nr. 2 i direktiv 2004/18/EF, som er videreført i direktiv 2014/24/EU artikkel 67 nr. 5.

12.41.2 Gjennomføring

Artikkel 47 er gjennomført i FOSA § 13-2.

Anskaffelsesutvalget behandler direktiv 2014/24/EU artikkel 67 i NOU 2023:26 kapittel 24.36. Utvalget foreslo å gjennomføre direktivbestemmelsen i ny lov om offentlige anskaffelses §§ 18-1 til 18-4.

12.41.3 Arbeidsgruppens vurdering

Selv om direktiv 2014/24/EU fraviker noe fra reguleringen i direktiv 2009/81/EF artikkel 47, er det arbeidsgruppens vurdering at det ikke er realitetsforskjeller mellom bestemmelsene. Den presiseringen som foretas i direktiv 2014/24/EU artikkel Arbeidsgruppen foreslår å innføre tilsvarende bestemmelse

[1482] Sak C-601/21 *Kommisjonen mot Polen* avsnitt 105.

som i NOU 2023: 26 kapittel 24.36. Det foreslås å gjennomføre artikkel 47 i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser kapittel 20 § 20-1.

12.42 Artikkel 48 – Bruk av elektroniske auksjoner

12.42.1 Direktivet

Artikkel 48 gjelder elektronisk auksjon. Bestemmelsen tilsvarer artikkel 54 i direktiv 2004/18/EF, som var tema i sak C-324/14 *Partner Apelsk*i. Den er videreført i artikkel 35 i direktiv 2014/24/EU, og det er behandlet av anskaffelsesutvalget i NOU 2023: 26 kapittel 24.23. I Kommisjonens forslag til endringsdirektiv er det foreslått innført dynamisk innkjøpsordning også i direktiv 2009/81EF.

Det fremgår av artikkel 48 nr. 1 at t medlemsstatene kan tillate at oppdragsgiver avholder elektroniske auksjoner på de nærmere vilkår som er angitt i bestemmelsen. De få endringer som er gjort i 2014-direktivet er for å strømlinjeforme bestemmelsen (f.eks. ved å ta inn definisjonen direkte i bestemmelsen og flytte tekniske krav til bilag). Andre endringer er gjort for å tilpasse til muligheten for å kunngjøre konkurranse ved forhåndskunngjøring og den nye terminologi knyttet til det overordnede MEAT-tildelingskriterium. I 2014-direktivet gjøres det obligatorisk å innføre regler om elektroniske auksjoner mens det under tidligere direktiver var det frivillig om slike regler skulle innføres.

12.42.2 Gjennomføring

Artikkel 48 er gjennomført i FOSA § 13-5. Anskaffelsesutvalget viser til at bestemmelsen bør innføres i ny lov om offentlige anskaffelser. Selv om direktivet ikke benytter betegnelsen "invitasjon" foreslår utvalgte å videreføre denne terminologien.

12.42.3 Arbeidsgruppens vurdering

Det følger av direktiv 2009/81/EF artikkel 48 nr. 1 at det er frivillig å innføre reglene om elektronisk auksjon. Arbeidsgruppen har derfor vurdert om prosedyren skal innføres. Det som taler imot, er at prosedyreformen er lite brukt og det kan stilles spørsmål ved om det er behov for den. Samtidig ser arbeidsgruppen det som hensiktsmessig at oppdragsgivere skal ha muligheten til også å velge denne prosedyreformen dersom oppdragsgiver anser det hensiktsmessig. Arbeidsgruppen foreslår derfor å innføre reglene om elektronisk auksjon i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Arbeidsgruppen viser til at det ikke er store forskjeller mellom reguleringen av elektronisk auksjon i direktiv 2009/81/EF og direktiv 2014/24/EU. Arbeidsgruppen foreslår derfor å innføre tilsvarende bestemmelser som foreslått i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser, se NOU 2023: 26 kapittel 24.33.8.2, kun justert for at dynamisk innkjøpsordning ikke er innført i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Arbeidsgruppen foreslår å innføre artikkel 48 i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 12-7 om forberedelse av en elektronisk auksjon, § 12-8 om gjennomføring av elektronisk auksjon og § 12-9 om Avslutning av en elektronisk auksjon.

12.43 Artikkel 49 – Unormalt lave tilbud

12.43.1 Direktivet

Artikkel 49 i direktiv 2009/81/EF gjelder unormalt lavt tilbud. Bestemmelsen speiler artikkel 55 i direktiv 2004/18/EF og tilsvarer artikkel 69 i direktiv 2014/24/EU. Anskaffelsesutvalget behandler artikkel 69 i NOU 2024: 9 kapittel 11.

Ifølge artikkel 38 nr. 1 skal kontrakt tildeles på grunnlag av kriteriene i artikkel 47 og 49, og der artikkel 49 regulerer oppdragsgiver behandling av unormalt lave tilbud. Tilsvarende fulgte av direktiv 2004/18/EF artikkel 55, som i hovedsak er videreført i artikkel 69 i direktiv 2014/24/EU. I sak C-669/20 *Veridos* skriver EU-domstolen at tolkningen av artikkel 49 i direktiv 2009/81/EF kan overføres til artikkel 69 i direktiv 2014/24/EU så langt bestemmelsene i det vesentligste er identiske.[1483]

Ifølge artikkel 49 nr. 1 skal oppdragsgiver før den avviser et tilbud fordi det er unormalt lavt skriftlig skal be leverandøren om nærmere opplysninger. Det samme fulgte av artikkel 55 i direktiv 2004/18/EF, mens artikkel 69 nr. 1 i direktiv 2014/24/EU ikke er begrenset til de tilfeller oppdragsgiver vurderer avvisning av tilbudet som er unormalt lavt. Det kan diskuteres i hvilken grad det utgjør en endring av rettstilstanden, for EU-domstolen har i flere saker om tidligere direktiver sagt at oppdragsgiver har plikt til å utpeke tilbud som den finner mistenkelig. Det gjentas i *Verdios* avsnitt 36 hvor det står at artikkel 38 og 49 i direktiv 2009/81/EF fastsetter oppdragsgivers plikt til å utpeke tilbud som er mistenkelige. På den annen side kan plikten etter artikkel 69 nr. 1 i direktiv 2014/24/EU forstås i lys av avvisingsplikten som innføres i artikkel 69 nr. 3 (2) der tilbudet er unormalt lavt fordi det ikke overholder plikter om arbeidsmiljø mv. beskrevet i artikkel 18 nr. 2. En tilsvarende avvisningsplikt gjelder ikke for direktiv 2009/81/EF, og det kan også tilsi at plikten til å identifisere unormalt lave tilbud er mindre vidtgående enn i direktiv 2014/24/EU.

Det står i artikkel 49 nr. 1 at dersom et tilbud fremstår unormalt lavt i forhold til ytelsen, skal oppdragsgiver skriftlig be om nærmere opplysninger før den kan avvise tilbudet, og hvor det foreskrives nærmere saksbehandlingsregler for slike avklaringer. I *Veridos* skriver EU-domstolen at begrepet unormalt lavt ikke er definert i EU-retten, men at rettspraksis har fastsatt rammene for dette begrepet. Det tilkommer medlemsstatene å fastsette metoder for beregningen av terskelen for når et tilbud er unormalt lavt, men metoden som benyttes må være objektiv og ikke-diskriminerende.[1484] Det er opp til oppdragsgiver å «udpege de bud, der giver anledning til mistanke».

I tråd med ordlyden i artikkel 49 skal tilbudets unormalt lave karakter vurderes i forhold til ytelsen, og der EU-domstolen har sagt at oppdragsgiver skal gjøre en vurdering «under hensyntagen til de samlede kendetegn ved det pågældende udbuds genstand»,[1485] og hvor det kan tas hensyn til alle relevante omstendigheter ved ytelsen.[1486] Det kan gjøres en sammenligning med andre tilbud for å avdekke mistenkeligheter, men det kan ikke være oppdragsgivers eneste kriterium.[1487]

Hvis oppdragsgiver mistenker at tilbudet er unormalt lavt, skal den innlede en kontradiktorisk prosedyre med leverandøren. Det skal gi leverandøren mulighet til å bevise holdbarheten av tilbudet, og oppdragsgiver skal skriftlig anmode om opplysninger som den finner relevante. I artikkel 41 nr. 1 (2) er det angitt en del opplysninger som oppdragsgiver typisk kan etterspørre om den mistenker at

---

[1483] Sak C-669/20 *Veridos* avsnitt 31, se også forslag til avgjørelse i samme sak avsnitt 24 og 30 flg.
[1484] Sak C-669/20 *Veridos* avsnitt 34 med videre henvisninger.
[1485] Sak C-699/20 *Veridos* avsnitt 35 og 37.
[1486] Sak C-669/20 *Veridos* avsnitt 34 og 35.
[1487] Sak C-669/20 *Veridos* avsnitt 37.

tilbudet er unormalt lavt, uten at bestemmelsen er uttømmende. Disse opplysningene kan særlig omhandle a) besparelser ved byggemetoden, produksjonsprosessen eller tjenestene som ytes, b) de valgte tekniske løsninger og/eller eventuelle særlig gunstige vilkår som leverandøren har til rådighet for å utføre arbeidet, levere varene eller yte tjenestene, c) den nyskapende karakteren ved arbeidet, varene eller tjenestene som er foreslått av leverandøren, d) overholdelse av bestemmelser om vern av arbeidstakere og arbeidsvilkår som gjelder på stedet der arbeidet, tjenesten eller leveringen skal finne sted, e) leverandørens mulighet til å få statsstøtte. I direktiv 2014/24/EU artikkel 69 er det henvist til artikkel 18 nr. 2, som gjelder forpliktelser innenfor miljø- sosial- og arbeidsmiljølovgivning. Tilsvarende kan etterspørres etter artikkel 49 ettersom listen i bokstav a til e ikke er uttømmende.

Ifølge artikkel 49 nr. 2 skal oppdragsgiver etter at tilbudsgiveren er konsultert, undersøke tilbudets sammensetning under de begrunnelser som er gitt. I *Veridos* skriver EU-domstolen at oppdragsgiver skal vurdere relevansen av de nærmere opplysninger den mottar, og på grunnlag av det treffe en beslutning om «hvorvidt den vil medtage disse tilbud eller forkaste dem».[1488] I artikkel 49 nr. 3 står det at dersom tilbudet er unormalt lavt fordi tilbyderen har fått statsstøtte, kan tilbudet bare avvises hvis leverandøren innen en angitt frist ikke kan godtgjøre at statsstøtten er tildelt på lovlig vis. Hvis tilbudet avvises, skal Kommisjonen/ESA underrettes. Det har vært diskutert om det er adgang til å avvise alene fordi støtten ikke er notifisert til og godkjent av ESA/kommisjonen. I artikkel 69 nr. 4 i direktiv 2014/24/EU er det presisert at tilbudet bare kan avvises om det ikke kan godtgjøres at støtten er uforenlig med det indre marked som omhandlet i artikkel 107 TEUV. Det er antatt at tilbudet under denne bestemmelsen ikke kan avvises alene fordi det er gitt støtte som ikke er notifisert.[1489]

Ifølge direktiv 2014/24/EU artikkel 69 nr. 3 (2) skal oppdragsgiver som nevnt avvise tilbud som er unormalt lavt fordi det ikke overholder forpliktelsene nevnt i artikkel 18 nr. 2. Tilsvarende følger ikke av direktiv 2009/81/EF, men dette direktivet er neppe til hinder for at det innføres en tilsvarende avvisningsplikt så lenge oppdragsgiver må følge saksbehandlingsreglene i artikkel 49.

12.43.2 Gjennomføring

Artikkel 49 i direktiv 2009/81/EF er gjennomført i FOSA § 11-14. Anskaffelsesutvalget behandler avvisning i kapittel 24.36.3.2 i NOU 2023: 26.

12.43.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å innføre direktiv 2009/81/EF artikkel 49 i forslag til lov om offentlige anskaffelser § 18-10 og § 18-11.

Det er, som vist under kapittel 12.49.1, noen materielle forskjeller mellom artiklene i direktiv 2009/81/EF og direktiv 2014/24/EU. I sistnevnte direktiv er oppdragsgivere forpliktet til å undersøke tilbud som fremstår unormalt lave, uansett om vedkommende vurderer å avvise tilbudet eller ei. Denne plikten må imidlertid sees i sammenheng med at oppdragsgiver etter dette direktivet er forpliktet til å avvise unormalt lave tilbud i de tilfellene hvor den nærmere undersøkelsen avdekker at tilbudet er unormalt lavt fordi tilbyderen ikke oppfyller forpliktelser etter diverse regelverk knyttet til miljø, arbeidsforhold mv. En slik plikt foreligger ikke etter direktiv 2009/81/EF.

[1488] Sak C-699/20 *Veridos* avsnitt 36.

[1489] NOU 2014:4 kapittel 25.4.8.2 og NOU 2024:9 kapittel.

Arbeidsgruppen anser det ikke som hensiktsmessig at oppdragsgiver pålegges en plikt til å undersøke alle unormalt lave tilbud og viser til at det heller ikke foreslås å innføre en plikt for oppdragsgiver til å avvise et tilbud som er unormalt lavt, slik foreslått i forslag til lov om offentlige anskaffelser. Arbeidsgruppen påpeker imidlertid at en oppdragsgiver som avdekker at et tilbud er unormalt lavt på grunn av brudd på regler om miljø, arbeidsvilkår og sosiale forhold, bør benytte avvisningsadgangen med mindre det er gode grunner til likevel å inngå kontrakt med den aktuelle leverandøren. Manglende overholdelse av denne typen regelverk kan også i det konkrete tilfellet indikere at leverandøren ikke har den nødvendige tillit som kreves ut fra forsvars- og sikkerhetshensyn. Samtidig ser arbeidsgruppen at nettopp forsvars- og sikkerhetshensyn kan tilsi at det er nødvendig å inngå kontrakt med en leverandør til tross for at leverandøren har brutt enkelte av de reglene som etter 2014-direktivet gir avvisningsplikt. Arbeidsgruppen mener derfor at oppdragsgivere ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser må ha fleksibiliteten til å selv gjøre en vurdering av om det er hensiktsmessig å avvise tilbudet i det konkrete tilfellet, herunder om det skal gjøres en nærmere vurdering av et tilbud som virker unormalt lavt.

Arbeidsgruppen har også gjort en vurdering av hvorvidt det i forslag til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser skal benyttes formuleringen at støtten er «gitt på lovlig vis» slik direktiv 2009/81/EF benytter, eller om formuleringen foreslått av anskaffelsesutvalget som er hvorvidt «støtten er i samsvar med EØS-avtalen artikkel 61». Arbeidsgruppen vurderer at anskaffelsesutvalgets forslag til ordlyd innebærer en begrensning sammenlignet med direktivet, som omfatter enhver støtte som er gitt på lovlig vis. Det anses som lite hensiktsmessig å utelukke annen lovlig støtte enn den som er gitt i medhold av EØS-avtalens artikkel 61 på et område der særlig artikkel 123 vil kunne være en relevant unntaksbestemmelse.

Del IV Håndheving

13 Innledning

En sentral del av anskaffelsesutvalgets mandat var å se nærmere på innretningen av erstatningsreglene ved brudd på anskaffelsesregelverket. Anskaffelsesutvalget foretok en grundig gjennomgang av håndhevingsregimet og har foreslått betydelige endringer i retning av mer pre-kontraktuell håndheving innenfor både klassisk sektor og forsyningssektoren. Som følge av avgrensingen av anskaffelsesutvalgets arbeid mot forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, samt det faktum at håndhevingsdirektivene[1490] ikke er gitt anvendelse på forsvars- og sikkerhetsområdet, har arbeidsgruppen derfor sett nærmere på det gjeldende håndhevingsregimet innenfor forsvars- og sikkerhetsområdet, og vurdert om anskaffelsesutvalgets forslag til endringer i håndhevingsregime også skal foreslås for forsvars- og sikkerhetssektoren.

Arbeidsgruppen deler anskaffelsesutvalgets vurderinger av viktigheten av et velfungerende håndhevingssystem, som en grunnleggende forutsetning for at anskaffelsesregelverket skal oppnå sitt formål, slik dette fremkommer i NOU 2024: 9 kapittel 16 Innledning. Det er imidlertid en rekke særtrekk med forsvars- og sikkerhetssektoren, herunder særtrekk med både oppdragsgiver- og leverandørsiden innenfor disse sektorene, som tilsier at de hensyn som har begrunnet anskaffelsesutvalgets forslag til nytt håndhevingsregime for øvrige sektorer, ikke nødvendigvis vil gjøre seg gjeldende innenfor forsvars- og sikkerhetssektoren. Mens det innenfor øvrige sektorer er en rekke ulike typer oppdragsgivere, og et stort antall leverandører i varierende størrelse innenfor ulike bransjer og segmenter, er det for eksempel innenfor forsvarssektoren et fåtall leverandører som alle er underlagt Forsvarsdepartementets kontroll, og langt færre leverandører som leverer til denne sektoren, og til dels *større* leverandører enn i øvrige sektorer. Antallet oppdragsgivere utenfor forsvarssektoren som gjennomfører sikkerhetsanskaffelser, er også begrenset. Omfanget av anskaffelser i forsvars- og sikkerhetssektoren må derfor sies å være begrenset sammenlignet med øvrige sektorer, noe som i seg selv tilsier at det ikke nødvendigvis er behov for endringer av dagens regime. Til dette kommer at anskaffelser innenfor forsvars- og sikkerhetssektoren ofte gjelder anskaffelser som skal ivareta viktige samfunnshensyn. Dette kan medføre til dels kompliserte og krevende vurderinger, for eksempel bruk av unntaksbestemmelser som EØS artikkel 123 mv., som best egner seg for ordinær domstolsbehandling med muntlighet og viktige prosessregler og rettssikkerhetsgarantier som beskyttes gjennom tvisteloven.

Det har heller ikke vært påpekt et særskilt behov innenfor denne sektoren for å gjøre noe med innretningen av erstatningsreglene slik mandatet for Anskaffelsesutvalget var utformet. Det er så vidt arbeidsgruppen bekjent, ikke særlig omfang av erstatningssaker som følge av brudd på forskrift om

[1490] Direktiv 89/665/EØF for klassisk sektor og direktiv 92/13/EØF for forsyningssektorene.

forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, noe som i seg selv kan tilsi at det utvises forsiktighet med å endre på et etablert og godt innarbeidet system for håndheving av brudd på slike anskaffelser.

Arbeidsgruppen vil foreslå å fortsette dagens håndhevingsregime uten store endringer. Det vil si at arbeidsgruppen ikke vil følge anskaffelsesutvalgets forslag til nytt håndhevingsregime, hvor det blant annet foreslås at klager til Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) gis suspensiv virkning, og at avgjørelser fra nemnda gjøres bindende. Dette skyldes at hensynene som har begrunnet anskaffelsesutvalgets forslag til endringer, ikke gjør seg gjeldende på samme måte innenfor forsvars- og sikkerhetssektoren, jf. ovenfor.

Anskaffelsesutvalget har videre foreslått et nytt tilsyn som skal føre tilsyn med etterlevelsen av anskaffelsesregelverket, herunder særlig tilsyn med ulovlige direkteanskaffelser. Arbeidsgruppen mener det ikke er samme behov for et slikt tilsyn innenfor forsvars- og sikkerhetssektoren, som følge av de samme nevnte forhold ovenfor. Arbeidsgruppen vurderer det videre slik at i de tilfellene der en oppdragsgiver innenfor forsvars- og sikkerhetssektoren for eksempel går til en direkte anskaffelse med hjemmel i EØS-avtalen artikkel 123 (dvs. en direkteanskaffelse), vil en slik vurdering av om vilkårene for unntaksbestemmelsen er oppfylt, være en svært krevende øvelse, som et statlig tilsyn vil være mindre innrettet og egnet for å utføre.

14 Dagens håndhevingssystem – forsvars- og sikkerhetssektoren

14.1 Dagens norske håndhevingsregime

I dag er det de alminnelige domstoler som oppfyller Norges håndhevingsforpliktelser etter forsvars- og sikkerhetsdirektivet (direktiv 2009/81/EF) blant annet gjennom å kunne sette til side ulovlige tildelingsbeslutninger, treffe midlertidige avgjørelser og tilkjenne erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket. Som nevnt gjelder ikke håndhevingsdirektivene[1491] for forsvars- og sikkerhetssektoren. direktiv 2009/81/EF inneholder likevel håndhevingsregler som etter sin ordlyd har et tilnærmet identisk innhold som håndhevingsreglene i håndhevingsdirektivene. Arbeidsgruppen legger til grunn at håndhevingsreglene i direktiv 2009/81/EF artikkel 55-62 i det vesentligste må forstås på samme måte som de tilsvarende reglene i håndhevingsdirektivene.[1492]

I nasjonal rett har Norge operert med et sektoruavhengig håndhevingssystem gjennom lov om offentlige anskaffelser[1493], hvor de samme håndhevingsreglene gjelder for hele anskaffelsesregelverket. Norge har også valgt å etablere et særskilt klageorgan, Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA), som blant annet har kompetanse til å ilegge gebyr for ulovlige direkteanskaffelser, samt avgi rådgivende uttalelser, også innenfor forsvars- og sikkerhetssektoren. I praksis er det slik at den reelle håndhevelsen av anskaffelsesregelverket skjer i KOFA. Årlig er det imidlertid begrenset med saker som omfattes av FOSA som behandles i KOFA eller domstolen, se tidligere inntatt tabeller i rapporten ovenfor.

[1491] Direktiv 89/665/EØF, Direktiv 92/13/EØF og Direktiv 2007/66/EF.

[1492] Dette synes også å være oppfatningen i internasjonal litteratur, se for eksempel Michael Steinicke & Peter L. Vesterdorf, *EU Public Procurement Law – Brussel Commentary*, Hart (2018), som i sine kommentarer til direktiv 2009/81/EF art. 55-62 bare har henvist til sine kommentarer til de korresponderende bestemmelsene i håndhevingsdirektivet.

[1493] LOV-2016-06-17-73 Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).

Anskaffelsesutvalget har i NOU 2024: 9 kapittel 18 gitt en oversikt over dagens norske håndhevingssystem herunder klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) og øvrige relevante myndigheter og instanser. Arbeidsgruppen viser til denne som en helhetlig og dekkende beskrivelse av KOFA samt øvrige relevante myndigheter og instanser. I likhet med anskaffelsesutvalget anser ikke arbeidsgruppen det nødvendig med en egen beskrivelse av dagens norske domstolsystem.

14.2 EØS-rettslige krav til håndhevingssystemet

I EU-retten er det som et klart utgangspunkt opp til medlemsstatene å regulere hvordan de EU-rettslige reglene skal kunne håndheves i nasjonal rett.[1494] Som nevnt gjelder ikke håndhevingsdirektivene for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, men direktiv 2009/81/EF regulerer en del forhold knyttet til håndheving, samtidig som det er overlatt ikke-ubetydelig handlingsrom til medlemsstatene for regulering av bla. sakskostnader, beviskrav, form på saksbehandling mv.

Medlemsstatenes handlingsrom begrenses imidlertid av EU-rettens overordnede krav til effektiv rettsbeskyttelse av de rettigheter som EU-retten gir opphav til. Dette har EFTA domstolen gitt sin tilslutning til at også gjelder i EØS-rettslig sammenheng[1495]. Anskaffelsesutvalget skriver nærmere om dette herunder effektivitetsprinsippet og ekvivalensprinsippet i sin utredning i NOU 2024: 9 kapittel 19.1 som arbeidsgruppen legger til grunn at også gjelder tilsvarende for forsvars- og sikkerhetsområdet.

14.3 Håndhevingssystemet i øvrige nordiske land - forsvars- og sikkerhetssektoren

14.3.1 Innledning

Anskaffelsesutvalget har i NOU 2024: 9 kapittel 21.2 foretatt en sammenligning av de nordiske håndhevingssystemene. Arbeidsgruppen mener denne gir en god og dekkende oversikt over relevante forskjeller. Anskaffelsesutvalget har vist til at Norge på flere punkt skiller seg fra øvrige nordiske land, og at det gjennomgående synes som at det er vanskeligere for leverandørmarkedet å få stoppet kontraktsinngåelser i Norge enn i øvrige nordiske land. Det er påpekt at Norge skiller seg ut med klart høyere økonomiske kostnader knyttet til å få stoppet kontraktinngåelser. Det erkjennes samtidig at slike sammenligninger er krevende som følge av ulike lands innretninger av rettssystemet samt omkringliggende regelverk. Nærmere gjennomgang av likheter og ulikheter mellom de nordiske håndhevingssystemene, fremgår av Anskaffelsesutvalgets redegjørelse i NOU 2024: 9.

14.3.2 Svensk rett[1496]

Anskaffelser underlagt forsvars- og sikkerhetsområdet er i svensk rett regulert i LUFS[1497]. LUFS regulerer både direktivstyrte og ikke-direktivstyrte anskaffelser. De svenske reglene som er underlagt direktiv 2009/81/EF tilsvarer i det vesentligste til reglene som fremkommer der. Svensk lovgiver har ikke benyttet direktivets mulighet for å bestemme at en bestemt instans skal ha eksklusiv jurisdiksjon

[1494] Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen 2022 side 289 flg.
[1495] Se for eksempel sak E-11/12 Koch.
[1496] Omtalen av det svenske håndhevingssystemet baserer seg på utredning fra Advokatfirmaet Schjødt AS og NOU 2024: 9 kapittel 20.3.
[1497] Lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

eller at forsvars- og sikkerhetsinteresser skal anses som en del av de allmenninteressene som avveies ved en beslutning om midlertidig forføyning eller å la en kontrakt bestå selv om vilkårene for ugyldighet er oppfylt.

Anskaffelsesreglene håndheves i hovedsak gjennom klager til de alminnelige forvaltningsdomstolene, mens krav om erstatning må fremsettes for de ordinære domstolene. For forvaltningsdomstolene er det klare utgangspunktet at partene bærer egne omkostninger med saken, det er ingen klagegebyr og svært kostnadseffektive saksbehandlingsregler. I tillegg har de et eget tilsyn, Konkurrensverket, som fører tilsyn med etterlevelsen av regelverket og kan ilegge overtredelsesgebyr. Anskaffelsesutvalget har gitt en dekkende oversikt over reglene for forvaltningsdomstolene, samt hvordan etterfølgende erstatningskrav må føres for de ordinære svenske domstoler samt Konkurrensverkets kompetanse i NOU 2024: 9 kapittel 20.3. Det samme håndhevingssystemet gjelder også for forsvars- og sikkerhetssektoren og arbeidsgruppen viser derfor til denne fremstillingen i sin helhet, med unntak av at Konkurrensverkets kompetanse ikke gjelder LUFS.

Det gjelder også en særlig unntaksregel fra hovedregelen om karensfristens utløp i LUFS i de tilfeller der regjeringen beslutter unntak fra LUFS ved anskaffelse av våpen, ammunisjon og krigsmateriell i tilfeller som begrunnes i vesentlige sikkerhetsinteresser, se nærmere om dette i LUFS § 10.

14.3.3 Dansk rett[1498]

I Danmark reguleres offentlige anskaffelser primært av udbudsloven[1499] og tilbudsloven[1500], samt en rekke *bekentgørelser* som gjennomfører de ulike anskaffelsesdirektivene. Forsvars- og sikkerhedsbekendtgørelsen[1501] gjelder for anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet, herunder forsvarsutstyr og sikkerhetstjenester, som gjelder nasjonale eller internasjonale sikkerhetshensyn.

Udbudloven gjelder overordnet for alle offentlige anskaffelser i Danmark som er underlagt anskaffelsesdirektivene - uansett sektor. Det foreligger imidlertid unntak fra denne loven i Udbudsloven § 23, som fastsetter at udbudsloven ikke kommer til anvendelse på direktiv 2009/81/EF. Det fremgår av §§ 13 og 14 i Udbudsloven at lov om Klagenævnet for Udbud[1502] kommer til anvendelsefor anskaffelser underlagt direktiv 2009/81/EF. Dette følger også direkte av lov om Klagenævnet for Udbud § 1 stk. 2 at loven får anvendelse ved håndheving av udbudsloven og regler utstedt i tråd med udbudsloven, som inkluderer forsvars- og sikkerhedsbekendtgørelsen.

Dette medfører at anskaffelser underlagt dette direktivet, kan påklages til Klagenævnet for Udbud eller bringes direkte inn for domstolene. Se NOU 2024:9 for dekkende beskrivelse av de danske klageorganer. På forsvars- og sikkerhetsområdet er det eneste forskjellen fra håndhevelse av øvrig anskaffelsesregelverk at det i Forsvars- og sikkerhedsbekendtgørelsen § 14 stk. 3 fremkommer at en kontrakt ikke kan kjennes uten virkning, dersom det truer større forsvars- eller sikkerhetsprogrammer

[1498] Omtalen av det svenske håndhevingssystemet baserer seg på utredning fra Advokatfirmaet Schjødt AS og NOU 2024: 9 kapittel 20.2.
[1499] Lovbekendtgørelse nr. 10 af 06/01/2023.
[1500] Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 07/12/2007.
[1501] Bekendtgørelse om ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet (BEK nr. 1077 af 29/06/2022).

av betydning for en medlemsstats sikkerhet. Danmark har ikke et tilsyn som overvåker etterlevelsen av anskaffelsesregelverket slik Sverige har.

14.3.4 Finsk rett[1503]

Håndhevingsreglene i finsk rett er regulert i Lag om offentlig upphandling och koncession (LOUK) 2016. Det er Marknadsdomstolen som er det sentrale håndhevingsorganet for brudd på anskaffelsesregelverket, som er en forvaltningsdomstol tilsvarende som i Sverige. Søksmål med krav om erstatning for tap foranlediget av brudd på anskaffelsesreglene må anlegges ved de ordinære domstolene. Finland har i likhet med Sverige etablert en egen tilsynsmyndighet, Konkurrens- og konsumentverket. Forsvars- og sikkerhetsområdet faller imidlertid også i Finland utenfor tilsynets kompetanseområde.

Det har vært et mål at reglene ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser samsvarer med reglene om håndheving for det øvrige anskaffelsesregelverket. På samme måte som reglene om håndheving i direktiv 2009/81/EF i stor grad svarer til reglene i de øvrige anskaffelsesdirektivene, er det begrenset med nasjonale tilpasninger som er gjort i lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling.

14.4 Anskaffelsesutvalgets forslag til endringer i håndhevingssystemet for klassisk sektor, forsyningssektor og konsesjonskontrakter

14.4.1 Nærmere om anskaffelsesutvalgets hovedgrep

Anskaffelsesutvalget hovedgrep i nytt lovforslag presentert i NOU 2024: 9 kapittel 16, er å flytte håndheving av brudd på anskaffelsesregelverket til det pre-kontraktuelle stadiet. Forslaget er dekkende oppsummert innledningsvis i NOU 2024: 9 kapittel 16, og hovedpunktene gjengis som følger:

- Klagenemndas avgjørelser gjøres bindende.
- Klage til Klagenemnda innen utløpet av karensperioden suspenderer oppdragsgivers mulighet til å inngå kontrakten. Suspensjonen varer inntil klagenemnda har avgjort saken, eller klagenemnda kommer frem til at den oppheves.
- Det overlates til domstolene å ta stilling til om det er grunnlag for å holde oppdragsgiver erstatningsansvarlig for tilbudskostnader eller tapt fortjeneste. Samtidig avskjæres muligheten for å kreve erstatning for tapt fortjeneste som følge av feil som kunne og burde vært anført alt før kontrakten ble inngått.
- Konkurransetilsynet fører tilsyn med at oppdragsgivere overholder kunngjøringsplikten.
- Konkurransetilsynet kan fremme sak til KOFA om at en kontrakt skal kjennes «uten virkning».
- Konkurransetilsynet kan også ilegge overtredelsesgebyr mot ulovlig direkteanskaffelser, og eventuelle klager over Konkurransetilsynets vedtak overprøves av KOFA.

[1503] Omtalen av det finske håndhevingssystemet baserer seg på utredning fra Advokatfirmaet Schjødt AS og NOU 2024: 9 kapittel 20.4.

14.4.2 Arbeidsgruppens vurdering av om anskaffelsesutvalgets forslag til håndheving skal foreslås på forsvars- og sikkerhetsområdet

Som nevnt innledningsvis er det arbeidsgruppens vurdering at de særlige hensyn som gjør seg gjeldende på forsvars- og sikkerhetsområdet begrunner at dagens eksisterende håndhevingsmodell bør videreføres for dette området. Særlig krevende er vurderinger av EØS-avtalens unntaksbestemmelser i artikkel 123, og som derfor best egner seg for en prøving i domstolen med muntlig behandling, og rettssikkerhetsgarantier som fremkommer i tvisteloven.

Det fremstår heller ikke som om at det er et behov for å gjøre håndhevingen mer tilgjengelig eller senke terskelen for privat håndhevelse. Det er relativt få saker for både KOFA og domstol etter FOSA, og heller ikke mange tilfeller av etterfølgende erstatningssøksmål for brudd på FOSA.

Når det gjelder anskaffelsesutvalgets forslag til et nytt tilsyn med brudd på anskaffelsesregelverket, er arbeidsgruppens vurdering at et slik tilsyn ikke bør ha kompetanse på forsvars- og sikkerhetsområdet. Dette er samme løsning som både Sverige og Finland har lagt seg på. Det er de samme hensyn som gjør seg gjeldende her, jf. ovenfor, som for at arbeidsgruppen ønsker å videreføre dagens domstolsmodell som håndhevingsorgan, og som eneste mulighet for å ilegge suspensjon.

En videreføring av dagens håndhevingsmodell medfører at brudd på anskaffelsesregelverket på forsvars- og sikkerhetsområdet, fortsatt kan klages inn til KOFA, som kan avgi rådgivende uttalelser, men altså ikke ilegge suspensjon for inngåelse av slike kontrakter, eller avgi bindende avgjørelser.

Anskaffelsesutvalget har foreslått å innføre en regel om mulighet for å få midlertidig forføyning mot ulovlige direkte anskaffelser. Dette forslaget er omtalt i NOU 2024: 9 kapittel 29.6.3. Anskaffelsesutvalget uttaler at det er usikkert om dagens absolutte forbud mot midlertidige forføyninger etter at kontrakt er inngått, er i overensstemmelse med håndhevingsdirektivet og det EØS-rettslige effektivitetsprinsippet.[1504] Utvalget påpeker at det kan tenkes tilfeller av ulovlige direkteanskaffelser hvor det bør være mulig å få stanset kontraktoppfyllelsen og at dette for eksempel gjelder i tilfeller hvor kontraktoppfyllelsen er i en helt innledende fase, eller hvor stansing av andre grunner ikke vil innebære nevneverdig ulempe for oppdragsgiver og/eller valgte leverandør (ut over tapet av kontrakten).[1505] Utvalget foreslår videre at sanksjonen «uten virkning» bare skal være tilgjengelig i seks måneder etter kontraktsinngåelse.

Arbeidsgruppens flertall, medlemmene Dragsten, Arve, Sikkeland og Karlstrøm, slutter seg til anskaffelsesutvalgets vurdering og mener det bør innføres tilsvarende regler for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Flertallet kan ikke se at en innføring av en slik regel vil medføre en stor økning i søksmål om sanksjonen «uten virkning» da det fortsatt vil være en relativ høy terskel for å bringe denne typen saker inn for domstolen. Flertallet kan uansett ikke se at det er negativt om antall saker om ulovlige direkte anskaffelser øker ut fra dagens svært lave antall av slike saker. Videre vil en domstol måtte gjøre en forholdsmessighetsvurdering av en eventuell skade eller ulempe som en forføyning vil medføre. Dette innebærer, slik flertallet ser det, at det vil være en høy terskel for å beslutte midlertidig forføyning der dette negativt kan påvirke forsvars- eller sikkerhetsinteresser.

Mindretallet, medlemmene Gulsvik og Mengshoel, mener denne regelen ikke bør gjennomføres. Anskaffelsesutvalget foreslo denne endringen med begrenset drøftelse. Bestemmelsen innebærer en

[1504] Strømsnes 2024.

[1505] Se også LH-2018-99424, hvor oppdragsgiver åpent trenerte saken for å unngå at det skulle være noe igjen av kontrakten som kunne bli kjent uten virkning.

dramatisk omlegging av håndhevelsesreglene, uten at det er gjort noen vurdering av konsekvensene, herunder om søksmål uten virkning vil bli vesentlig mer attraktivt. Mindretallet påpeker den særlige risikoen for uønskede konsekvenser av å stanse kontraktsoppfyllelse av kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet, og mener derfor at det uansett ikke bør åpnes for midlertidig forføyning her.

Arbeidsgruppen er i likhet med Anskaffelsesutvalget kommet frem til at det bør gjelde en frist for å fremme søksmål om erstatning, og viser til Anskaffelsesutvalgets vurdering av dette i NOU 2024: 9 kapittel 34.7.8. I hovedsak foreslås dette som følge av at oppdragsgiver har et behov for å bli ferdig med anskaffelsen og saken på et tidspunkt for å kunne gå viere.

Når det gjelder anskaffelsesutvalget forslag til bestemmelse om at erstatning for tapt fortjeneste forutsetter at leverandøren har forsøkt å avverge tapet gjennom bruk av klagemulighetene (i henhold til nytt forslag om håndhevingssystem), ønsker ikke arbeidsgruppen å foreslå tilsvarende på forsvars- og sikkerhetsområdet, som følge av at en slik regulering forutsetter, eller i alle fall henger nøye sammen med, anskaffelsesutvalgets forslag til nytt håndhevingssystem, som arbeidsgruppen ikke har valgt å følge for forsvars- og sikkerhetsområdet.

14.4.3 Kort om anskaffelsesutvalgets forslag til håndhevingsregler ved anskaffelser under EØS-terskelverdi

Anskaffelsesutvalget foreslår i NOU 2024: 9 kapittel 21.10.4. Utvalget var delt i sitt syn på hvordan håndhevingsreglene for anskaffelser under EØS-terskelverdiene skulle utformes. Flertallet la til grunn at de foreslåtte nasjonale reglene er for enkle til at det er hensiktsmessig med de føringene for håndheving som følger av håndhevingsdirektivene. Flertallet la til grunn at det burde innføres en forenklet kontroll av om oppdragsgivers fremgangsmåte er i overensstemmelse med regelverket for disse anskaffelsene. Flertallet foreslo derfor at det ikke skal gjelde krav til karensperiode og suspensjon for disse anskaffelsene. Flertallet foreslo derimot at klagenemndas avgjørelser skal være bindende også for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Siden det ikke er kunngjøringsplikt, foreslås det også at reglene som gjelder sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser ikke gjøres gjeldende for anskaffelser under EØS-terskelverdien.

Mindretallet var delt i synet på hvilke håndhevingsregler for anskaffelser under EØS-terskelverdi som bør innføres for bygge- og anleggsanskaffelser. Dissensene knyttet seg til at det er foreslått å innføre kunngjøringsplikt for visse bygge- og anleggsanskaffelser. Denne kunngjøringsplikten har arbeidsgruppen ikke foreslått å innføre for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. For øvrig var mindretallet enig med flertallet om håndhevelsesreglene under EØS-terskelverdi.

14.5 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppens flertall, bestående av medlemmene Dragsten, Arve, Karlstrøm, Mengshoel og Sikkeland mener det bør innføres et tilsvarende håndhevingsregime for anskaffelser under EØS-terskelverdien som anskaffelsesutvalgets flertall har foreslått. Dette med unntak av at klagenemndas avgjørelser ikke bør gjøres bindende for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Flertallet er enig i at det forenklede regelverket som er foreslått innført for disse anskaffelsene tilsier at det ikke innføres regler om karensperiode og suspensjon. Flertallet mener at det særlig innenfor forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er viktig å ha fleksible regler for disse anskaffelsene, herunder at anskaffelsene skal kunne gjennomføres raskt. Det er videre ikke noe i veien for at oppdragsgiver frivillig setter en

karensperiode eller velger å avvente en behandling i domstolen dersom en leverandør begjærer en midlertidig forføyning. I tillegg har leverandørene fortsatt mulighet til å få en rådgivende uttalelse fra KOFA og kan også kreve erstatning dersom vilkårene for dette, er til stede.

Mindretallet, medlemmet Gulsvik, mener at det også må være mulig å håndheve brudd mot anskaffelser som følger regelverkets del I. Dette gjelder særlig med de høyere terskelverdiene som er i dag for varer- og tjenester, som er foreslått øket, og den høye terskelverdien for bygge- og anleggsanskaffelser.

15 Håndhevingsregimet i Direktiv 2009/81/EF

15.1 Artikkel 55 – klagegjenstand og klageinteresse

15.1.1 Direktivet

Overordnet gir direktiv 2009/81/EF artikkel 55 bestemmelser som skal sikre at rettighetshaverne kan forfølge brudd på anskaffelsesregelverket, ved at medlemsstatene må sikre at det foreligger reelle klagemuligheter på oppdragsgivers beslutninger.

Artikkel 55 nr. 1 angir for det første anvendelsesområdet for direktivets håndhevelsesregime, ved å angi at de oppstilte klageprosedyrene bare kan finne anvendelse på kontrakter som omfattes av direktivet slik de er angitt i artikkel 2. Det henvises samtidig til at klageprosedyrene ikke får anvendelse på kontrakter som er unntatt etter unntaksbestemmelsene i artikkel 12 og 13.

Artikkel 55 nr. 2 fastslår videre at medlemsstatene skal treffe de nødvendige tiltak for å sikre at oppdragsgivers beslutning så «effektivt og navnlig så hurtigt som muligt» kan påklages ved brudd på anskaffelsesregelverket, i samsvar med kravene som følger av artikkel 56 til 62. Dette er et uttrykk for EU-rettens overordnede krav til effektiv rettsbeskyttelse av rettigheter etter EU-retten. Den samme bestemmelsen fremgår i håndhevingsdirektivene artikkel 1 nr. 1 fjerde avsnitt, og må forstås på samme måte.

Artikkel 55 nr. 2 gir også anvisning på hva som kan være gjenstand for klage etter håndhevingsreglene; *beslutninger* som treffes av offentlige oppdragsgivere. Anskaffelsesutvalget har i NOU 2024: 9 kapittel 23 redegjort for hva som kan være gjenstand for klage etter den tilsvarende bestemmelsen i håndhevingsdirektivet. Arbeidsgruppen legger til grunn at den samme forståelsen må legges til grunn også for den tilsvarende bestemmelse i direktiv 2009/81/EF artikkel 55. Hovedtrekkene oppsummeres kort her.

Overordnet har EU-domstolen i sak C-26/03 *Stadt Halle* fastslått at rettighetshaverne må sikres klagemuligheter for alle handlinger og beslutninger en oppdragsgiver utfører gjennom anskaffelsesprosessen, og som kan utløse rettsvirkninger. I avgjørelsen la EU-domstolen til grunn at disse utgangspunktene gjelder uavhengig av om handlingen skjer i eller utenfor den formelle konkurransegjennomføringen. Det avgrenses i avgjørelsen likevel mot oppdragsgivers handlinger av mer forberedende karakter.

Anskaffelsesutvalget har i NOU 2024: 9 kapittel 23.2 gjennomgått praksis fra EU-domstolen som omhandler klageadgangen for ulike typetilfeller av beslutninger som kan treffes i en anskaffelsesprosess. EU-domstolen har lagt til grunn at følgende beslutninger kan påklages etter håndhevingsreglene:

- C-26/03 *Stadt Halle* (avsnitt 36): Oppdragsgivers valg om ikke å iverksette konkurranse fordi kontrakten antas å falle utenfor anskaffelsesdirektivet, er en beslutning som må kunne være gjenstand for klage.
- C-391/15 *Marina del Mediterráneo* (avsnitt 27-28): Oppdragsgivers beslutning om å tillate en tilbyder å delta i konkurransen.
- C-100/12 *Fastweb* (avsnitt 26): Oppdragsgivers beslutning om å avvise en tilbyder.
- C-81/98 *Alcatel Austria* (avsnitt 43): Oppdragsgivers beslutning om å tildele kontrakt.
- C-92/00 *HI* (avsnitt 57): Oppdragsgivers beslutning om å avlyse en konkurranse.
- C-682/21 *HSC Baltic* (avsnitt 64): Oppdragsgivers beslutning om å føre opp en tilbyder på en nasjonal liste over upålitelige tilbydere som var utestengt fra å delta i offentlige konkurranser.

Det er etter ordlyden i direktiv 2009/81/EF artikkel 55 nr. 2 bare klager som er begrunnet i tilsidesettelse av EU-rettslige rettigheter som kan påklages. Dette innebærer at håndhevingsadgangen ved brudd på rent nasjonale anskaffelsesregler beror på hva som følger av nasjonal rett i den enkelte medlemsstat.

Artikkel nr. 3 er en gjentakelse av det generelle prinsippet om ekvivalens. Dette medfører at nasjonal lovgivning må sikre at rettigheter som følger av direktivet, ikke er mindre gunstige enn tilsvarende og sammenlignbare rettigheter som følger av andre nasjonale regler.

Artikkel 55 nr. 4 gir regler om hvem som skal anses å ha rettslig klageinteresse til å klage på oppdragsgivers beslutninger. Det fastsettes at medlemsstatene *i det minste* må sikre at personer som har eller har hatt en interesse i å oppnå en bestemt kontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge av en påstått overtredelse. Anskaffelsesutvalget har foretatt en gjennomgang av den tilsvarende bestemmelsen i håndhevingsdirektivet i NOU 2024: 9 kapittel 24. Gjennomgangen viser at klageadgangen etter ordlyden er vid, og ikke begrenset til direktivenes begrep «økonomiske aktører» eller til at man må ha levert inn forespørsler om å delta i en konkurranse. Medlemstatene står for øvrig fritt til å gi en videre klageadgang til også andre aktører. Anskaffelsesutvalget har foretatt en gjennomgang av ulike typetilfeller som har vært behandlet i EU-domstolspraksis, hvor følgende eksempler fra EU-domstolspraksis er gjennomgått:

- Leverandører som har deltatt i konkurransen om en kontrakt
- Leverandører som er blitt avvist fra konkurransen
- Leverandører som blir møtt med at de skulle ha vært avvist fra konkurransen
- Leverandørfellesskap og deltakere i et leverandørfellesskap
- Potensielle leverandører
- Oppdragsgivere
- Andre aktører som interesseorganisasjoner og foreninger

For nærmere omtale av disse vises det til NOU 2024: 9 kapittel 24.1 følgende.

Arbeidsgruppen kan ikke se at det i direktiv 2009/81/EF er særlige hensyn som begrunner forskjeller mellom forsvars- og sikkerhetssektoren og øvrige sektorer i hvilken krets som må anses å ha rettslig klageinteresse.

Direktiv 2009/81/EF artikkel 55 nr. 5 gir medlemsstatene en rett til å pålegge den som ønsker å klage, en plikt til først å underrette oppdragsgiver om dette. Det presiseres samtidig i bestemmelsen at dersom en slik plikt innføres, kan plikten ikke berøre karensfristen som følger av direktivbestemmelsene. Underretning vil dermed for eksempel ikke gi noen automatisk suspensjon av

oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt. For leverandørene er det derfor viktig å være oppmerksom på at en slik underretning ikke har fristavbrytende virkninger.

Videre gir artikkel 55 nr. 6 medlemsstatene adgang til i nasjonal rett å pålegge klager en plikt til å først klage til oppdragsgiver. Dersom det i nasjonal rett pålegges en slik plikt, må nasjonalstaten samtidig innføre en automatisk suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt når slik klage mottas. Denne suspensjonsvirkningen skal vare i ti eller femten dager (avhengig av valgt kommunikasjonsform i nasjonal rett) etter at oppdragsgiver har avgitt et svar på klagen, regnet fra dagen etter av oppdragsgiver har sendt svaret. Ordlyden i direktivet tilsier at det er en spesiell suspensjonsvirkning som inntrer, og ikke en forlengelse av karensperioden.

For både nr. 5 og nr. 6 er det overlatt til medlemsstatene å treffe avgjørelse om hvilket kommunikasjonsmiddel som må benyttes i forbindelse med klager på avgjørelser truffet av oppdragsgiver.

15.1.2 Gjennomføring

Artikkel 55 er ikke direkte gjennomført i anskaffelsesloven, men anskaffelsesloven §§ 8 og 9 angir at sak om brudd på regelverket kan reises for tingretten, og at også rettsmiddelet midlertidig forføyning kan benyttes for å få stoppet kontraktsinngåelsen. Direktivforpliktelsene anses i så måte å være gjennomført i norsk rett.

Søksmålsadgangen er regulert i tvisteloven §§ 1-3 til 1-4, som må anses å oppfylle direktivets minstekrav.

Norge har ikke benyttet muligheten for å pålegge plikt for klager til å underrette oppdragsgiver først dersom man ønsker å fremsette en klage. Heller ikke muligheten for å pålegge en klager plikt til å klage til oppdragsgiver først, er benyttet i norsk rett.

15.1.3 Arbeidsgruppens vurdering

Etter arbeidsgruppens vurdering er det ikke behov for en særskilt gjennomføring av direktivets artikkel 55 ut over å videreføre de bestemmelser og det håndhevingssystemet som allerede eksisterer på anskaffelsesrettens område. Som følge av at forslaget til håndheving innenfor forsvars- og sikkerhetssektoren er å videreføre dagens system, til forskjell fra det Anskaffelsesutvalget har foreslått for øvrige deler av anskaffelsesregelverket, foreslår arbeidsgruppen at den nye lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser gis med et eget kapittel med bestemmelser om håndheving, som viderefører reglene i dagens anskaffelseslov. I likhet med anskaffelsesutvalget mener også arbeidsgruppen at det er hensiktsmessig med en presisering av klagegjenstanden (*beslutninger truffet av oppdragsgiver),* som bør gjennomføres med en egen formulering i tråd med det som fremgår av dagens klagenemndsforskrift; at klagen må gjelde «unnlatelser, handlinger eller beslutninger under gjennomføringen av anskaffelser etter anskaffelsesloven eller forskrifter gitt med hjemmel i denne».

15.2 Artikkel 56 – krav til klagebehandlingen, midlertidige avgjørelse mv.

15.2.1 Direktivet

Artikkel 56 oppstiller visse minstekrav om og til de rettsmidler som klageadgangen etter artikkel 55 må inneholde.

Artikkel 56 nr. 1 bokstav a pålegger nasjonalstatene å gi regler som sikrer at håndhevingsorganene må ha myndighet til å treffe både midlertidige og endelige avgjørelser med sikte på å avverge eller begrense følgene av brudd på anskaffelsesregelverket. Det kreves at nasjonal rett gir håndhevingsorganene kompetanse til blant annet særlig å (1) treffe beslutning om midlertidige forføyning, herunder å sikre utsettelse av oppdragsgivers kontraktstildeling (og andre beslutninger som oppdragsgiveren treffer), samt (2) å treffe beslutninger om å tilsidesette ulovlig fattede beslutninger som oppdragsgiveren treffer som ledd i anskaffelsesprosedyren, herunder ved å fjerne diskriminerende krav i anskaffelsesdokumentene.

Det nærmere innholdet i disse reglene er grundig omtalt av Anskaffelsesutvalget i NOU 2024: 9 kapittel 29 og 30. Det gjøres oppmerksom på at den tilsvarende bestemmelsen i håndhevingsdirektivet artikkel 2 er delt opp i to ulike bestemmelser: kravene om midlertidige forføyninger mv. er inntatt i artikkel 2 nr. 1 bokstav a, mens kravene om endelige avgjørelser fremgår av artikkel 2 nr. 1 bokstav b.

I tillegg fastsetter direktiv 2009/81/EF artikkel 56 nr. 1 bokstav b at nasjonal lovgivning i stedet for slike virkemidler som er fastsatt i bokstav a, kan velge å gi håndhevingsorganene myndighet til å treffe andre tiltak for å rette opp identifiserte brudd på regelverket og avverge ytterligere skade. I ordlyden nevnes som eksempel på slike tiltak det å kunne ilegge oppdragsgiveren en mulkt i tilfeller der overtredelsen ikke er rettet opp eller forebygd. Det er videre fastsatt at slik mulkt enten kan ilegges som ledd i en midlertidig forføyning, eller ved en endelig avgjørelse i saken.

I artikkel 56 nr. 1 annet ledd er det dessuten fastsatt at medlemsstatene må sikre at håndhevingsorganene har kompetanse til å tilkjenne skadeserstatning til personer som er kommet til skade som følge av brudd på anskaffelsesreglene. En slik erstatningsadgang må sikres uavhengig av medlemsstatens valg av tiltak etter første ledd. Se nærmere om erstatning i punkt 15.7 nedenfor.

Artikkel 56 nr. 2 fastsetter at medlemsstatene kan velge å gi ulike håndhevingsorganer myndighet for ulike tiltak etter bestemmelsen. Det betyr at ett håndhevingsorgan kan tildeles kompetansen til å treffe midlertidige avgjørelser, mens ett annet håndhevingsorgan kan ha myndighet til å tilkjenne erstatning.

Artikkel 56 nr. 3 stiller krav om at medlemsstatene må sikre at oppdragsgiver ikke har lovlig adgang til å inngå kontrakt så lenge klageorganet behandler klage over tildelingsbeslutninger. Dette innebærer i praksis et krav om at det skal gjelde regler om suspensjon ved klage over slike beslutninger. Ut over dette (for andre typer beslutninger) fastsetter artikkel 56 nr. 4 at det ved klager ikke gjelder et krav om automatisk suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt. Et unntak fra dette er imidlertid de tilfeller hvor tilbyderne i nasjonal rett er pålagt å klage til oppdragsgiver før de iverksetter rettslige skritt, jf. det som er fremholdt om artikkel 55 nr. 6 over.

I artikkel 56 nr. 5 fremgår det at klageorganet kan ta hensyn til sannsynlige følger av tiltakene for de berørte interesser, herunder offentlige interesser og særlig forsvars- og/eller sikkerhetsinteresser. Det kan altså legges opp til i nasjonal lovgivning at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering, som kan medføre at tiltak for å stoppe kontraktsinngåelse ikke blir iverksatt.

Artikkel 56 nr. 6 gir medlemsstatene adgang til å fastsette krav om at det ikke kan tilkjennes skadeserstatning ved brudd på anskaffelsesregelverket før den omstridte beslutningen er tilsidesatt av et kompetent håndhevingsorgan. I praksis innebærer dette at en medlemsstat kan velge å fastsette som et vilkår for erstatningssøksmål at tildelingsbeslutningen først er tilsidesatt av et kompetent klageorgan. Dette vil typisk være praktisk for land som opererer med forvaltningsdomstoler som tar stilling til bruddet, mens man er henvist til de sivile domstolene for å kreve erstatning (for eksempel som i Sverige).

I artikkel 56 nr. 7 er det inntatt bestemmelser om klageadgangen ved inngåtte kontrakter. Etter første ledd er det overlatt til nasjonal rett å fastsette hvilken virkning håndhevingsorganets myndighetsutøvelse etter artikkel 56 nr. 1 (midlertidige og endelige avgjørelser) skal få for kontrakter som allerede er inngått. Dette gjelder imidlertid ikke for ulovlige direkteanskaffelser, hvor virkningene uttrykkelig er regulert i artikkel 60 til 62, og bestemmelsen gjør derfor unntak i det nasjonale handlingsrommet for disse bestemmelsene. I andre ledd fremgår det at det i nasjonal rett kan fastsettes at håndhevingsorganets kompetanse kan begrenses til å tilkjenne erstatning når kontrakten allerede er inngått, forutsatt at kontrakten ble inngått etter utløpet av en korrekt fastsatt karensperiode og at oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt ellers ikke var suspendert.

I artikkel 56 nr. 8 fremgår det at medlemsstatene skal påse at avgjørelser som treffes av et kompetent håndhevingsorgan, skal kunne håndheves effektivt.

Artikkel 56 nr. 8 fastsetter videre at dersom klagebehandling gjennomføres av et organ som ikke er en rettsinstans, skal deres avgjørelser alltid begrunnes skriftlig. I tillegg er medlemsstatene i slike tilfeller forpliktet til å sørge for tilstrekkelig adgang til overprøving av en domstol eller et annet domstollignende organ som oppfyller kravene i traktatens artikkel 234.

Bestemmelsen stiller videre i nr. 9 de samme krav til uavhengigheten til medlemmene av slike ikke-rettslige instanser, som de krav som etter nasjonal rett gjelder for dommere i domstolene. Det er fastsatt som et minimum at i alle fall lederen (formannen) for den aktuelle instansen må inneha de samme faglige og juridiske kvalifikasjoner som det som gjelder for dommere i domstolene. I tillegg fastsetter bestemmelsen at beslutninger fattet av den uavhengige instans, i kraft av de midler som fastsettes av hver enkelt medlemsstat, skal være juridisk bindende.

Det er særlig grunn til å merke seg at direktivbestemmelsen i nr. 10 krever at medlemsstatene sikrer at de aktuelle instansene som har ansvar for klagebehandlingen, kan garantere for et tilfredsstillende fortrolighetsnivå for klassifiserte opplysninger, og eventuelt andre opplysninger som fremkommer i sakskorrespondansen. Medlemsstatene pålegges også å sikre at klageinstansen opptrer i samsvar med forsvars- og sikkerhetsinteresser under hele behandlingen av saken.

Direktivet åpner i artikkel 56 nr. 10 for at medlemsstatene kan begrense myndigheten for håndheving til en bestemt instans som alene skal ha jurisdiksjon for klagebehandlingen på dette området. Det antas at dette også omfatter stedlig jurisdiksjon. Medlemsstatene kan også begrense myndighet for håndheving til enkeltpersoner hos klageinstansene som har tillatelse til å behandle graderte opplysninger. Det kan videre pålegges særlige sikkerhetstiltak for håndtering av dokumenter i klagesaken hos instansen.

Bestemmelsen pålegger medlemsstatene å fastsette hvordan klageinstanser skal opptre for å overholde kravene om fortrolighet, men understreker at fremgangsmåten – samlet sett – må innrettes i samsvar med retten til rettferdig rettergang.

15.2.2 Gjennomføring

Norge har gjennomført direktivforpliktelsen om klageadgang for brudd på anskaffelsesregelverket gjennom at slike klager kan reises for tingretten enten ved alminnelig søksmål, eller ved begjæring om midlertidig forføyning for å stoppe kontraktsinngåelsen etter at kontrakt er tildelt. Klagegjenstand er tilstrekkelig regulert gjennom tvistelovens regler om søksmålsgjenstand som i det alt vesentligste må anses å være i samsvar med Norges EØS-rettslige forpliktelser. Norske domstoler har etter LOA § 10 kompetanse til å tilkjenne erstatning som følge av brudd på anskaffelsesregelverket. Etter norsk rett (FOSA § 13-4) gir begjæringer om midlertidig forføyning suspensjonsvirkning dersom slike inngis til tingretten og forkynnes for oppdragsgiver innenfor karensfristen. Norge har ikke valgt en modell med mulighet for mulkt som midlertidig eller endelig løsning.

Videre har Norge ikke benyttet seg av handlingsrommet som medlemsstatene har for å pålegge klager å inngi klage til oppdragsgiver før domstolsystemet benyttes. Norge har benyttet muligheten for å fastsette at det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering som vilkår for forføyning.

Norge har som nevnt, innført en utvidet form for klagebehandling gjennom opprettelse av Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA). Det fremgår av klagenemndsforskriften at avgjørelser fra KOFA skal være skriftlig.

For både KOFA og domstoler foreligger det krav i norsk lovgivning til juridisk kompetanse for rettens leder, og krav til at medlemmer av disse er habile til å treffe avgjørelse i saken. Det er videre krav i norsk rett til en rettferdig rettergang, og både KOFA og domstol er underlagt regler om taushetsplikt, og således er plikt til fortrolighet gjennomført i norsk rett. Samtidig er det på det rene at en generell taushetsplikt ikke alltid vil være tilstrekkelig for å håndtere klassifisert informasjon. Dersom domstolene skal behandle slik informasjon, må det både sørges for at informasjonen håndteres i tråd med de krav som gjelder for den klassifiserte informasjonen, herunder krav til systemer der slik informasjon behandles. I tillegg må det, i alle fall for klassifiserte opplysninger, sørges for at personell som får tilgang til informasjonen er sikkerhetsklarert og/eller autorisert på riktig nivå. Arbeidsgruppen er ikke kjent med at det har vært noe utpreget utfordring at Norge ikke har benyttet adgangen til å innta særregler om dette.

Norge har ikke benyttet seg av adgangen til å utpeke særskilte domstoler for behandling av saker underlagt direktiv 2009/81/EF.

15.2.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen er av den oppfatning at Norge har gjennomført direktivforpliktelsene etter artikkel 56 i norsk rett.

Arbeidsgruppen er videre av den oppfatning at dagens klageordning fungerer, og ser ikke behov for å gjøre endringer i dagens system.

Artikkel 56 er gjennomført i ulike deler av henholdsvis anskaffelsesloven og tvisteloven. Som følge av at Anskaffelsesutvalget har foreslått en endring av håndhevingsregimet, og foreslått nye lovbestemmelser inntatt i ny lov om offentlige anskaffelser, foreslår arbeidsgruppen at det inntas egne regler som fastsetter dagens klageordning i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Arbeidsgruppen ser ikke grunn for å benytte ytterligere av handlingsrom i artikkel 56 som er overlatt til medlemsstatene. Det har imidlertid vært vurdert om verneting for klager på brudd på

anskaffelsesregelverket skal begrenses, for eksempel til Oslo tingrett. Arbeidsgruppen oppfordrer departementet til å vurdere dette nærmere. Det kan være gode grunner, både praktiske og økonomiske, for å gjøre dette. Hvis en domstol utpekes som særlig verneting for saker underlagt den nye lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, vil det enklere og rimeligere også kunne legges til rette for å ivareta fortrolige opplysninger og annet sensitivt innhold i slike anskaffelser. Det er imidlertid et større spørsmål som må drøftes og vurderes i samråd med øvrige relevante departement og instanser.

15.3 Artikkel 57 og 58 - Karensperiode

15.3.1 Direktivet

Direktivets artikkel 57 fastsetter at de personer som har søksmålsadgang skal ha tilstrekkelig frist som sikrer en effektiv klageadgang på oppdragsgivers tildelingsbeslutninger. Krav til karensperiode gjelder bare oppdragsgivers tildelingsbeslutninger. Øvrige forutgående beslutninger sikres effektiv klageadgang ved en slik karensperiode etter tildelingsmeddelelsen, og det er derfor ikke behov for egne karensperioder for slike forutgående avgjørelser. Fristene i artikkel 57 fastsettes i kalenderdager og skal fastsettes i henhold til fristforordningen ved fastsettelse av karensperiode[1506].

Artikkel 57 angir videre krav til karensperiode. Bestemmelsen fastsetter at kontraktsinngåelse ikke kan skje før tidligst etter utløpet av en frist på minst ti kalenderdager regnet fra dagen etter den dato hvor tildelingsmeddelelsen er sendt til berørte tilbydere eller søkere. En minimumsfrist på ti dager gjelder bare dersom tildelingsmeddelelsen har skjedd per telefax eller ved elektronisk kommunikasjon. Dersom meddelelsen har skjedd ved annet kommunikasjonsmiddel er fristen femten dager, eller i det minste 10 kalenderdager regnet fra når tildelingen er mottatt av de berørte.

Direktivet angir selv hvilken gruppe som anses som *berørte*, og angir disse til å være tilbydere som ikke endelig er utelukket. Med endelig utelukket angir direktivet at det menes at en utelukkelse er konstatert lovlig av en uavhengig klageinstans eller at en utelukkelse ikke lengre kan være gjenstand for en klageprosedyre.

Bestemmelsen stiller krav til hva som skal fremgå av tildelingsmeddelelsen. For det første skal det gis en kort redegjørelse for de relevante grunnene i henhold til direktivets artikkel 35 stk.2 og med forbehold om artikkel 35 stk. 3 (punkt 12.29 ovenfor). Dernest skal det angis en presis angivelse av den nøyaktige karensperioden som er fastsatt i nasjonal rett. Dette medfører en plikt til å angi karensperioden på en utvetydig måte, for eksempel ved å angi dato og klokkeslett for utløp av fristen.

Artikkel 58 angir at medlemsstatene kan fastsette unntaksregler for at fristene nevnt i artikkel 57 likevel ikke skal gjelde. Slik adgang kan fastsettes der direktivet ikke krever forutgående kunngjøring av konkurransen. Videre i de tilfeller der det bare er en tilbyder i konkurransen, og vedkommende tilbyder tildeles kontrakten. Det gis også adgang til å fastsette unntak fra fristene der det gjøres avrop under rammeavtaler.

Dersom medlemsstatene gir slike unntaksregler, skal medlemsstatene sikre at kontrakten er uten virkning i overensstemmelse med artikkel 60 og 62 dersom artikkel 29, stk. 4 annet avsnitt, annet ledd, er overtrådt og den anslåtte kontraktsverdien er lik eller overstiger terskelverdien i artikkel 8.

[1506] Forordning 1181/71 om fastsettelse av regler for frister.

15.3.2 Gjennomføring

Regler om karensperiode og de nærmere regler omkring dette, er gjennomført i FOSA § 13-3, og gjennomfører direktivets artikkel 57. Norge har valgt å fastsette unntak fra krav til å fastsette karensperiode i alle nevnte tilfeller i artikkel 58, og disse fremgår av § 13-3 (4).

15.3.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å videreføre gjeldende gjennomføring i norsk rett i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser §§ 27-1 og 27-2.

15.4 Artikkel 59 – frister for søknad om klagebehandling

15.4.1 Direktivet

Artikkel 59 gir medlemsstatene adgang til å fastsette frister for klager på beslutninger som er truffet av oppdragsgiver gjennom anskaffelsesprosessen for eksempel beslutninger om avvisning eller tildelingsmeddelelser. Dette gjelder uansett om slike beslutninger må meddeles særskilt eller ikke, se artikkelens siste ledd med henvisning til artikkel 56 nr. 1 bokstav b). Det betyr at artikkelen gjelder alle beslutninger truffet av oppdragsgiver. Ifølge EU-domstolspraksis[1507] kan klager påklage beslutninger straks disse er truffet, og må ikke vente til tildelingen (eventuelt avlysningen) er truffet og karensfristen løper.

Det følger av ordlyden i artikkel 59 at fristen starter å løpe dagen etter at beslutningen er sendt fra oppdragsgiver. Det gjelder ulike frister avhengig av om meddelelsen sendes elektronisk eller ikke, der forsendelse pr telefaks eller elektronisk fastsetter en frist på minst 10 kalenderdager, mens forsendelse med andre kommunikasjonsmidler fastsetter en frist på minst 15 kalenderdager etter at meddelelsen ble sendt fra oppdragsgiver, alternativt minst 10 kalenderdager regnet fra dagen etter at beslutningen ble mottatt av leverandøren. For beslutninger som ikke må meddeles særskilt, jf. direktivets artikkel 56 nr. 1 bokstav b), skal fristen være minst 10 kalenderdager fra datoen da den aktuelle beslutningen ble kunngjort. Fristen avbrytes ved at det fremsettes en klage til oppdragsgiver hvis medlemsstaten har lagt håndhevingen til denne, eller ved søksmål eller begjæring om midlertidig forføyning dersom håndhevingen er lagt til domstolen. Dersom håndheving er lagt til en nemnd, avbrytes fristen ved fremsettelse til denne.

Artikkelen stiller krav til oppdragsgivers begrunnelse for beslutninger som må meddeles særskilt. Det kreves *et sammendrag* av den relevante begrunnelsen. Leverandørene skal altså få en reell mulighet til å vurdere om det har skjedd et brudd på regelverket.

Bestemmelsen gir medlemsstatene handlingsrom til å fastsette preklusive frister underveis i anskaffelsesprosessen. Dette ble bekreftet i EU-domstolens sak C-241/06 *Lämmerzahl*. Det ble der uttalt at håndhevingsdirektivet ikke er til hinder for fastsettelse av preklusive frister, og at mulighet for å gjøre feil eller brudd gjeldende kan gå tapt underveis. EU-domstolen har imidlertid stilt krav til lovlighet av slike preklusive frister. I sak C-54/18 *Cooperativa Animazione Valdocco* ble det uttalt at

[1507] C-26/03 Stadt Halle og C-391/315 Marina Del Mediterràneo.

dersom et slikt system med tidsfrister blir etablert, må systemet være tilstrekkelig klart og forutberegnelig for leverandørene for å være lovlig.

15.4.2 Gjennomføring

I norsk rett er det kun innført søksmålsfrister for krav knyttet til ulovlige direkteanskaffelser, som følge av at det var ansett å være et behov for å skape ro omkring inngåtte kontrakter. For øvrige beslutninger truffet av oppdragsgiver underveis i prosessen, mente håndhevingsutvalget,[1508] som departementet sluttet seg til, at det var et behov for å se hele prosessen samlet før leverandøren var nødt til å treffe beslutning om klage.

15.4.3 Arbeidsgruppens vurdering

I likhet med anskaffelsesutvalget mener arbeidsgruppen at handlingsrommet for å innføre preklusive frister bør utnyttes bedre enn det som følger av norsk rett i dag, slik også Sverige og Danmark har gjort. Dette bør være et hovedpoeng å rette opp feil i størst mulig grad på det pre-kontraktuelle stadiet, og at klager ikke unødig forsinker prosessen ved at disse først påklages etter tildeling.

Arbeidsgruppen foreslår derfor å innføre en frist for å begjære midlertidig forføyning over en beslutning om avvisning av en leverandør fra konkurranser med hjemmel i §§ 16-1 til 16-5 og 16-9 i begrensede anbudskonkurranser (§ 11-3), konkurranse med forhandlinger etter forutgående kunngjøring (§ 11-7) og konkurransepreget dialog (§ 11-14). Det innføres frister i samsvar med direktivets artikkel 59. Det pålegges oppdragsgiver å angi fristen i meddelelsen til leverandøren. Arbeidsgruppens forslag fremgår av forslag til ny § 30-1.

Det foreslås også å fastsette likelydende preklusive frister for å klage på beslutninger om *ikke* å velge ut en leverandør til videre deltakelse med hjemmel i §§ 17-12 femte ledd, jf. § 16-3 i nevnte konkurranseformer i avsnittet ovenfor. Dette foreslås i ny lovs § 30-2.

Arbeidsgruppen foreslår også å fastsette en preklusiv frist for å fremme erstatningssøksmål til ett år etter at leverandøren ble kjent med eller burde ha blitt kjent med, at det er inngått kontrakt. Det foreslås samtidig at dersom det er rettskraftig avgjort at vilkårene for å kjenne en kontrakt uten virkning eller alternative sanksjoner må erstatningssøksmål reises innen ett år etter at avgjørelsen er endelig. Forslag til ny lovbestemmelse fremkommer i lovutkastet § 30-3.

Arbeidsgruppen foreslår også å oppstille en preklusiv frist for å påklage avlysningsbeslutninger. Det har vært mange erstatningssaker knyttet til usaklige avlysninger de siste årene, noe som gjør at det vil være hensiktsmessig, og ikke minst samfunnsøkonomisk, å få avgjort dette raskt og før det utlyses ny konkurranse og inngås ny kontrakt i neste anskaffelse. Arbeidsgruppen foreslår derfor å innføre en 10 dagers preklusiv frist på avlysningsbeslutning. Forslag til ny lovbestemmelse fremkommer i nytt lovutkast § 29-3.

Arbeidsgruppen har vurdert om det bør innføres en frist for å klage på feil og uklarheter i anskaffelsesdokumentene. Det hadde vært ønskelig å sette en slik preklusiv frist slik at oppdragsgiver hadde blitt gjort oppmerksom på eventuelle feil på et så tidlig stadium som mulig i prosessen.

[1508] Prop. 12 L (2011-2012) kapittel 6.4.3.

Arbeidsgruppen har imidlertid i likhet med anskaffelsesutvalget funnet det usikkert om det er mulig å utforme en presis regel om dette. I lys av dette, og at det er oppdragsgiver som har ansvar og risiko for utforming av anskaffelsesdokumentene samt det faktum at det ofte kan ta tid å oppdage at det foreligger feil i anskaffelsesdokumentene, og særlig fordi feilene ofte ikke blir synlig og materialiserer seg før ved tildelingen, finner arbeidsgruppen ikke det formålstjenlig å innføre en slik preklusiv frist.

15.5 Artikkel 60 – uten virkning

15.5.1 Direktivet

Instituttet «uten virkning» er knesatt i direktiv 2009/81/EF artikkel 60, som i nr. 1 angir at medlemsstatene plikter å ha regler hvoretter en inngått kontrakt kan kjennes uten virkning av håndhevingsorganet på visse vilkår. Uten virkning er et spesielt EU-/EØS-rettslig begrep som ikke «bygger på eller knytter seg til bestemte etablerte konsepter i medlemsstatenes nasjonale rett»[1509] , og innebærer at kontrakten skal anses å ha falt bort (som en nullitet), og ikke lenger kan være gjenstand for oppfyllelse.[1510] Uten virkning er en særegen sanksjon som kan benyttes i de mest alvorlige tilfellene av brudd på EØS-rettens regler om offentlige anskaffelser; ved direkteanskaffelser i strid med kunngjøringsplikten, og ved brudd på reglene om karensfrist og om suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt.

Tilfellene som gir grunnlag for ileggelse av sanksjonen uten virkning, fremgår av direktiv 2009/81/EF artikkel 60 nr. 1 bokstav a til c.

I henhold til bokstav a skal nasjonal rett gi adgang til å treffe beslutning om å kjenne kontrakten uten virkning dersom den er tildelt uten at det først har vært kunngjort konkurranse om den i TED-databasen. Ulovlige direktetildelinger uten forutgående konkurranse er av EU-domstolen uttalt å være «[…] den alvorligste tilsidesættelse af EU-retten vedrørende offentlige kontrakter, som en ordregivende myndighed eller en ordregiver kan begå […]», se sak C-23/20 *Simonsen & Weel* avsnitt 85.

Ordlyden i bokstav a tilsier at det etter dette alternativet bare er tilfeller hvor det ikke har vært kunngjort konkurranse om kontrakten, at uten virkning kan besluttes. Som det vil bli redegjort for i punkt 3.10 nedenfor, har man i norsk rett operert med det videre begrepet «ulovlige direkteanskaffelser», der blant annet vesentlige endringer i inngåtte kontrakter også har blitt ansett for å utgjøre brudd på kunngjøringsplikten.[1511] Det er ikke funnet holdepunkter i rettspraksis fra EU-domstolen som tilsier at uten virkning kan benyttes i slike tilfeller, og enkelte uttalelser i EU-domstolens sak C-23/22 *Simonsen & Weel* kan tilsi at uten virkning bare kan brukes der konkurransen har vært unntatt kunngjøring i sin helhet. I saken fastslo EU-domstolen for øvrig at manglende angivelse av kontraktens estimerte volum eller verdi i kunngjøringen, ikke representerer en ulovlig direkteanskaffelse som kan sanksjoneres gjennom uten virkning.

[1509] Kristian Strømsnes, Anskaffelsesrettslig "uten virkning"; Vilkår for og virkninger av at en kontrakt etter en offentlig anskaffelse kjennes "uten virkning", Cappelen Damm AS (2021) punkt 6.2.1.
[1510] Ibid., punkt 6.3.
[1511] Se NOU 2024: 9 kapittel 32.7 for en nærmere omtale av denne tematikken.

Det vil naturligvis ikke foreligge en ulovlig direkteanskaffelse i de tilfeller hvor oppdragsgiver lovlig kunne tildele kontrakten uten å kunngjøre konkurranse om den i forkant, se nærmere om dette i punkt 15.5.

I artikkel 60 nr. 1 bokstav b fremgår det videre at nasjonal rett må åpne for at uten virkning kan besluttes ved visse overtredelse av reglene om karensperiode og suspensjon. Bestemmelsen oppstiller to kumulative vilkår for at uten virkning skal kunne besluttes. For det første må det foreligge en overtredelse av regler om karensperiode eller suspensjon i artikkel 55 nr. 6, artikkel 56 nr. 3 og artikkel 57 nr. 2. For det andre må dette bruddet ha hatt til virkning at leverandøren ble fratatt muligheten til pre-kontraktuell håndheving av et annet brudd på regler i direktivets avdeling I og II. Sistnevnte brudd må ha påvirket leverandørens sjanse til å vinne kontrakten.

Dermed er det ikke tilstrekkelig at det foreligger et brudd på reglene om karensperiode og suspensjon; den klagende leverandøren må også ha blitt fratatt muligheten til å klage – før kontrakten ble signert - over et annet regelbrudd, som kan ha påvirket leverandørens sjanse til å bli tildelt kontrakten.

Artikkel 60 nr. 1 bokstav c fastsetter at medlemsstatene må sørge for at uten virkning på visse vilkår kan besluttes for kontrakter som tildeles under en rammeavtale, dersom medlemsstaten har brukt unntaket fra kravet om karensperiode ved avrop under rammeavtaler i artikkel 58. Når dette unntaket er anvendt, fastsetter artikkel 58 bokstav c at nasjonal rett må sikre at kontrakter som tildeles under rammeavtaler med flere leverandører skal kjennes uten virkning dersom:

1. Kontrakten tildeles i strid med reglene om gjenåpning av konkurransen (artikkel 29 nr. 4 annet ledd annet strekpunkt), og
2. Kontrakten som tildeles har en estimert verdi som er lik eller overstiger den aktuelle EØS-terskelverdien i artikkel 8.

Artikkel 60 nr. 2 fastsetter at det er overlatt til medlemsstatene å fastsette følgende av at en kontrakt kjennes uten virkning. Medlemsstatene kan velge om kontraktens rettigheter og plikter skal annulleres med tilbakevirkende virkning (ex tunc), eller bare for de ytelser som gjenstår (ex nunc).[1512] Dersom følgene begrenses til sistnevnte (ex nunc), skal nasjonal rett sørge for at sanksjonen kombineres med andre sanksjoner i henhold til artikkel 61 nr. 2: bøter eller avkortning av kontrakten.

Artikkel 60 nr. 3 angir at håndhevingsorganet i visse tilfeller kan unnlate å kjenne kontrakten uten virkning, selv om vilkårene for det er oppfylt. I slike tilfeller angir siste ledd i bestemmelsen at nasjonalstatene må kreve at håndhevingsorganet i slike tilfeller ilegger en av de alternative sanksjonene (bøter eller avkortning) som er hjemlet i artikkel 61 nr. 2.

Grunnvilkåret for å anvende unntaket i direktiv 2009/81/EF artikkel 60 nr. 3, er at tvingende hensyn knyttet til allmenne interesser, og først og fremst innenfor forsvars- og sikkerhetsområdet, krever at kontrakten må opprettholdes. Vilkåret skal alltid anses oppfylt i tilfeller hvor det å kjenne kontrakten uten virkning i alvorlig grad vil true selve eksistensen av et bredere forsvars- eller sikkerhetsprogram, som er essensielt for sikkerhetsinteressene til medlemsstaten.

For øvrig skal vurderingen av om det foreligger slike tvingende hensyn foretas etter en helhetsvurdering. Det presiseres i bestemmelsen at økonomiske interesser bare kan utgjøre slike tvingende hensyn dersom det å kjenne kontrakten uten virkning vil få uforholdsmessige konsekvenser.

[1512] For en nærmere omtale av hva disse alternativene innebærer, se Strømsnes, *op.cit.*, punkt 4.4.

Dette innebærer at terskelen er høy for å påberope rent økonomiske interesser som grunnlag for å unnlate å kjenne kontrakten uten virkning. Det er videre presisert at økonomiske interesser som knytter seg direkte til den aktuelle kontrakten, ikke kan utgjøre slike tvingende hensyn. Som eksempler på økonomiske interesser som knytter seg til kontrakten, og som dermed ikke kan begrunne unntak, nevner bestemmelsen kostnader som oppstår som følge av forsinkelser i utførelsen av kontraktsarbeidene, kostnader knyttet til det å gjennomføre en ny anskaffelsesprosedyre, kostnader knyttet til leverandørskifte og juridiske kostnader som følge av at kontrakten kjennes uten virkning. Sistnevnte vil omfatte eventuelle erstatningskrav fra leverandøren.

Ordlyden gir anvisning på at terskelen for å anvende unntaket er høy, jf. særlig kravet om «tvingende hensyn».

Direktiv 2009/81/EF artikkel 60 nr. 4 angir at medlemsstatene skal fastsette unntak fra kravet om å kjenne en kontrakt uten virkning ved manglende kunngjøring (artikkel 60 nr. 1 bokstav a) dersom følgende kumulative vilkår er oppfylt:

1. Oppdragsgiveren selv anser at vilkårene for å bruke et av direktivets unntak fra kunngjøringsplikten er oppfylt,
2. Oppdragsgiveren har foretatt en intensjonskunngjøring i henhold til artikkel 64, og
3. Kontrakten ikke inngås før etter utløpet av en (frivillig) karensperiode på minst 10 dager regnet fra intensjonskunngjøringen ble offentliggjort.

Det første vilkåret innebærer at oppdragsgiveren i god tro må ha vurdert at vilkårene for anvendelsen av et slikt unntak er oppfylt, se EU-domstolens avgjørelse i sak C-19/13 *Fastweb* avsnitt 50. Slik EU-domstolen påpekte der, må det gjelde et vilkår om god tro for å unngå at oppdragsgivere misbruker intensjonskunngjøringer for å omgå regelverket. I forlengelsen av dette krever direktivet at oppdragsgiveren må begrunne bruk av det aktuelle unntaket i intensjonskunngjøringen. De nærmere kravene til innholdet i intensjonskunngjøringer fremgår av artikkel 64.

I artikkel 60 nr. 5 er det videre fastsatt at medlemsstatene i nasjonal rett skal fastsette unntak fra kravet om å kjenne en kontrakt uten virkning i tilfeller som nevnt i artikkel 60 nr. 1 bokstav c, det vil si ved tildeling av kontrakt under en rammeavtale med flere leverandører som i strid med reglene om gjenåpning av konkurransen i artikkel 29 nr. 4 annet ledd annet strekpunkt. Dette vil si tilfeller hvor det inngås parallelle rammeavtaler der alle vilkår for fremtidige avrop ikke er uttømmende angitt, og man derfor må gjennomføre såkalte minikonkurranser under rammeavtalen.

Unntaket skal etter bestemmelsen bare gjelde dersom følgende kumulative vilkår er oppfylt:

1. Oppdragsgiveren selv anser at kontraktstildelingen er i samsvar med kravene til gjennomføring av minikonkurranse i artikkel 29 nr. 4 annet ledd annet strekpunkt
2. Oppdragsgiveren har sendt ut en tildelingsbeslutning til de berørte leverandørene med en begrunnelse i samsvar med artikkel 57 nr. 2 fjerde ledd første strekpunkt, jf. artikkel 35 nr. 2 og 3.
3. Kontrakten ikke inngås før etter utløpet av en (frivillig) karensperiode på minst 10 eller 15 dager regnet fra dagen etter at slik tildelingsbeslutning ble sendt ut (avhengig av om tildelingsbeslutningen er utsendt elektronisk)

Også her må det antas å gjelde et krav om god tro, ref. ovenfor, ved oppdragsgivers vurdering av at tildelingen er i samsvar med kravene til gjennomføring av minikonkurranse.

Etter direktivets artikkel 62, kan medlemsstatene fastsette preklusive frister for å inngi klage på overtredelser som faller inn under artikkel 60. Fristen kan minimum fastsettes til 30 kalenderdager. Fristens starter å løpe på nærmere angitte tidspunkt opplistet i bokstav a og b.

15.5.2 Gjennomføring

Direktiv 2009/81/EF artikkel 60 er gjennomført i norsk rett i FOSA § 14-1. Som påpekt i omtalen av artikkel 58, valgte Norge ved gjennomføringen av direktivet i FOSA å anvende unntaket i artikkel 58 nr. bokstav c fra kravet om karensperiode ved tildeling av kontrakter under rammeavtaler med flere leverandører. Det betyr at også artikkel 60 nr. 1 bokstav c og artikkel 60 nr. 5 er gjennomført i forskriften. Etter FOSA § 14-1 (5) er det i norsk rett anledning til å kjenne en kontrakt uten virkning både med hensyn til fremtidig oppfyllelse, og med tilbakevirkende kraft fra kontraktsinngåelse. Sistnevnte på nærmere vilkår.

15.5.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen foreslår å gjennomføre artikkel 60 nr. 1, 3, 4 og 6 i ny lov §§ 28-1 til 28-3 uten særlige innholdsmessige endringer. Arbeidsgruppen foreslår i nytt lovforslag at kontrakter bare kan avkortes med virkning fremover. Arbeidsgruppen foreslår å fastsette en preklusiv frist for å reise søksmål etter §§ 28-1 til 28-4, til 6 måneder etter at kontrakten er inngått i samsvar med det handlingsrom direktivet gir medlemsstatene etter artikkel 62.

15.6 Artikkel 61 – alternative sanksjoner

15.6.1 Direktivet

Artikkel 61 angir at det i tilfeller som omfattes av artikkel 55 nr. 6, artikkel 56 nr. 3 eller artikkel 57 nr. 2 som ikke omfattes av artikkel 60 nr. 1 bokstav b), skal medlemsstatene fastsette at kontrakten er uten virkning *eller* fastsettes alternative sanksjoner. Å kjenne en kontrakt uten virkning er en inngripende sanksjon, og det finnes situasjoner der dette ikke bør anvendes, i betydningen av at sanksjonen anses å være uforholdsmessig streng. De nevnte situasjoner karakteriseres av at disse er mindre alvorlige brudd på reglene om karens eller suspensjon. Dette gjelder følgende brudd på følgende regler (andre og mindre grove situasjoner enn de situasjoner som ramme av uten virknings artikkelen i artikkel 60):

1. Regelen om suspensjon av kontraktsinngåelsen ved klage til oppdragsgiver i karensperiode, dersom slik klage gjøres obligatorisk før klage til klageorganet
2. Regelen om suspensjon av kontraktsinngåelsen ved førsteinstans behandling av klage som sendes i karensperioden
3. Regelen om karensperiode i artikkel 57 nr. 2 som ikke omfattes av artikkel 60 nr. 1-3.

Alternative sanksjoner kan bare være overtredelsesgebyr *eller* avkortning av kontraktens varighet.

Artikkelen gir medlemsstatene vid adgang til å fastsette hvilken sanksjon som skal velges (uten virkning *eller* alternativ sanksjon), etter å ha vurdert alle relevante forhold.

Når først alternativet *alternative sanksjon* velges, stilles det krav om at sanksjonen skal være *virkningsfull, stå i forhold til sanksjonen og virke avskrekkende.* Innenfor disse rammene kan medlemsstatene gi klageorganene stor frihet herunder foreta en helhetsvurdering som inkluderer alle relevante momenter som anses adekvat i den konkrete situasjonen.

Det presiseres i artikkelen at skadeserstatning ikke er et relevant sanksjonsmiddel for denne bestemmelsen.

15.6.2 Gjennomføring

Direktivets artikkel 61 er gjennomført i dagens FOSA § 14-2.

15.6.3 Arbeidsgruppens vurdering

Arbeidsgruppen vurderer at dagens gjennomføring i norsk rett i hovedsak skal videreføres i ny lovs § 28-4. Bestemmelsen har liten praktisk betydning i Norge i den forstand at det foreløpig ikke foreligger rettspraksis om bestemmelsen, og det vurderes derfor ikke som at det er behov for å gjøre større endringer eller korrigeringer av kurs innenfor dette området. Det foreslås å presisere at i de tilfeller der kontrakten er fullført, og derfor ikke kan kjennes uten virkning, skal det ilegges alternative sanksjoner.

Endring sammenlignet med dagens bestemmelse foreslås at dersom sanksjonen overtredelsesgebyr fastsettes, skal gebyret aldri være høyere enn 10% av kontraktssummen, og maksimalt kr 15 millioner.

15.7 Erstatning

15.7.1 Direktivet og EØS-retten

Om skadeserstatning fastsettes det i direktiv 2009/81/EFs artikkel 56 nr. 1 siste ledd, at nasjonale håndhevingsorganer skal ha kompetanse til å tilkjenne skadeserstatning til personer som har lidt et tap som følge av overtredelser omfattet av artikkel 56 nr. 1 bokstav a og b. For den tilsvarende bestemmelsen i Håndhevingsdirektivet artikkel 2 nr. 1 bokstav c er det lagt til grunn at bestemmelsen gir uttrykk for det alminnelige EU-rettslige prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EU-regler som tillegger private rettigheter, se EU-domstolens avgjørelse i C-568/08 *Combinatie Spijker.* EFTA-domstolen har i flere avgjørelser uttalt at prinsippet om statlig erstatningsansvar også gjelder i EØS-retten, som et generelt EØS-rettslig prinsipp, se f.eks. E-25/24 *Dartride* avsnitt 26 med videre henvisninger. Statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-retten inntrer dersom tre vilkår er oppfylt, se E-25/24 *Dartride* avsnitt 63:

1. rettsregelen som er brutt må ha til formål å gi enkeltpersoner og markedsdeltakere rettigheter,
2. bruddet må være tilstrekkelig kvalifisert, og
3. det må være en direkte årsakssammenheng mellom bruddet på statens forpliktelse og den skadelidtes tap.

Selv om det ikke er uttrykkelig fastslått av EU-domstolen, må det antas at direktiv 2009/81/EF artikkel 56 nr. 1 må fortolkes på samme måte.

Bestemmelsen sondrer ikke mellom ulike typer av tap (herunder positiv og negativ kontraktsinteresse), og gir heller ikke anvisning på at tap bare kan kreves i bestemte tilfeller (for eksempel bare der hvor

kontrakt er inngått). Det må derfor legges til grunn at erstatning også kan kreves utenfor de tilfeller der kontrakten er inngått, det vil si for eksempel der en tilbyder har lidt skade som følge av avlysning eller lignende. Både EFTA-domstolen og EU-domstolen har fastslått at EU-/EØS-retten er til hinder for nasjonal lovgivning som prinsipielt utelukker erstatning for tapt fortjeneste, se EU-domstolens avgjørelse i forente saker C-295/04 – C-298/04 *Manfredi* avsnitt 95-96 og EFTA-domstolens avgjørelse i E-7/18 Fosen II avsnitt 115-116. I EU-domstolens avgjørelse i C-547/22 *Ingsteel* avsnitt 44 la EU-domstolen til grunn at det også vil stride mot EU-retten om nasjonal rett prinsipielt sett utelukker muligheten for såkalt sjansetapserstatning.

EU-domstolens praksis viser at de nærmere vilkår for erstatning er overlatt til nasjonal rett, som også senere er lagt til grunn av Høyesterett i HR-2019-1801-A *Fosen Linjen.*[1513]

Nasjonale regler må imidlertid overholde det generelle EU-/EØS-rettslige effektivitetsprinsipp. Effektivitetsprinsippet medfører at det ikke må være umulig eller uforholdsmessig vanskelig å utøve rettighetene som følge av EØS-retten. Dette er bekreftet fra både EFTA-domstolen og norsk Høyesterett.

Det nærmere innholdet i effektivitetsprinsippet er oppsummert kort i NOU 2024: 9 kapittel 34.2 og gjengis her (med unntak av omtalen av sjansetapserstatning):

1. Erstatningsansvar forutsetter at anskaffelsesregelen som er brutt har til formål å gi leverandørene rettigheter.
2. Det må kunne kreves erstatning både for tilbudskostnader (negativ kontraktsinteresse) og tapt fortjeneste (positiv kontraktsinteresse)
3. Brudd på regelverket som må klassifiseres som «tilstrekkelig kvalifisert» utgjør et ansvarsgrunnlag. Det kan ikke stilles tilleggskrav til skyld (culpa).
4. Årsakskravet er oppfylt dersom det er direkte årsakssammenheng mellom oppdragsgivers brudd på regelverket og leverandørens tap.
5. Det er anledning til å kreve at en leverandør som krever erstatning for tapt fortjeneste, påviser at det er klar sannsynlighetsovervekt for at leverandøren ville vunnet kontrakten om alt hadde gått rett for seg.
6. Det er anledning til å knytte krav på erstatning for tapt fortjeneste til en forutsetning om at kontrakten lovlig kunne vært tildelt leverandøren som fremmer erstatningskravet.
7. En lovlig avlysning avskjærer erstatning for tapt fortjeneste, men det er oppdragsgiver som må bevise at avlysningsbeslutningen overholder EØS-retten.
8. Krav om erstatning for tilbudskostnader kan ikke avskjæres under henvisning til at en konkurranse ble avlyst som følge av andre feil enn dem som leverandøren gjør gjeldende. Det kan imidlertid sees hen til om leverandøren innga sitt tilbud i god tro, eller for øvrig opptrådte som en rimelig velinformert og normalt aktsom leverandør

15.7.2 Gjennomføring

Direktiv 2009/81/EF artikkel 56 nr. 1 siste ledd er gjennomført i lov om offentlige anskaffelser § 10, som fastslår at leverandøren har krav på erstatning for tap han har lidt som følge av brudd på loven eller forskrift gitt i medhold av loven. Ved Høyesteretts avgjørelse i HR-2019-1801-A *Fosen Linjen*

[1513] C-568/08 *Combinatie Spijker* og HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen.*

ble det avklart at bestemmelsen henviser til det alminnelige EØS-rettslige prinsippet om statlig ansvar for brudd på EØS-retten.

I NOU 2024: 9 kapittel 34.5 er det inntatt en oppsummering av de avklaringer som Høyesterett har gjort i senere tid vedrørende innholdet i erstatningsansvaret. Som det er påpekt der, er det særlig to avgjørelser fra Høyesterett som gir slike avklaringer: HR-2019-1801-A *Fosen Linjen* og HR-2023-206-A *Perpetuum Miljø*, som i NOU-en er oppsummert slik:

1. Ansvarsgrunnlaget for erstatning for så vel tilbudskostnader (negativ kontraktsinteresse) som fortjenestetap (positiv kontraktsinteresse) er harmonisert med EU/EØS-normen «tilstrekkelig kvalifisert brudd».
2. Årsakskravet for krav om positiv kontraktsinteresse er oppfylt dersom leverandøren ville vunnet kontrakten om det ikke var for den aktuelle feilen, noe leverandøren må påvise at det er klar sannsynlighetsovervekt for. Dette beviskravet gjelder også i tilfeller hvor oppdragsgiver anfører hypotetiske hendelsesforløp som tilsier at leverandøren uansett ikke ville fått kontrakten (som at oppdragsgiver ville valgt egenregi).
3. Et krav om erstatning for positiv kontraktsinteresse forutsetter at kontrakt lovlig kunne ha vært tildelt den aktuelle leverandøren, altså slik at den hypotetiske kontraktstildelingen ikke ville utgjort et (annet) brudd på anskaffelsesregelverket.
4. Årsakskravet for krav om negativ kontraktsinteresse er oppfylt dersom leverandøren ikke ville inngitt tilbud hvis leverandøren hadde visst om det fremtidige bruddet på regelverket.
5. Årsakskravet vil normalt ikke være oppfylt dersom leverandøren har valgt å inngi tilbud til tross for at leverandøren ser – eller må ha sett at det er feil i anskaffelsesdokumentene. Dette gjelder likevel ikke dersom leverandøren har gjort oppdragsgiver oppmerksom på den aktuelle feilen, uten at dette har fått oppdragsgiver til å avlyse konkurransen eller endre anskaffelsesdokumentene.

Spørsmålet om leverandøren må ha forsøkt å avverge tapet gjennom å benytte klage- eller søksmålsmuligheter, er ikke uttrykkelig avklart i norsk rett, men det finnes en norsk lagmannsrettsdom[1514] som uttrykkelig avviser en slik tapsbegrensningsplikt for leverandøren. Spørsmålet har ikke vært behandlet av Høyesterett.

Når det gjelder utmåling av det økonomiske tap, stiller EU-retten ikke nærmere krav til innholdet i nasjonal rett. I norsk rett er det lagt til grunn at det er de alminnelige erstatningsrettslige vilkår utmåling som skal legges til grunn. Det er leverandøren som har byrden med å sannsynliggjøre og dokumentere det økonomiske tapet.

15.7.3 Arbeidsgruppens vurdering

Som følge av at arbeidsgruppen ikke foreslår endringer med hensyn til adgang for å kreve erstatning for brudd på anskaffelsesregelverket, eller foreslår endringer ut over det som presiseres nedenfor, vil det ikke foretas ytterligere utredninger om innholdet i erstatningsvilkårene. Dette er dels grundig

[1514] LE-2022-19926.

behandlet i NOU 2024: 9 kapittel 34 som arbeidsgruppens mandat også bygger på, og dels har ikke arbeidsgruppen hatt en tidsmessig ramme for nærmere undersøkelser.

I likhet med anskaffelsesutvalget foreslår arbeidsgruppen egne lovbestemmelser om henholdsvis erstatning for tilbudskostnader (negativ kontraktsinteresse) (§ 28-1) og erstatning for tapt fortjeneste (positiv kontraktsinteresse) (§ 28-2) i ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Det påpekes at det er en kodifisering av det som arbeidsgruppen oppfatter er gjeldende rett. Hva gjelder § 28-2 (2) er dette også bare en kodifisering av det som arbeidsgruppen oppfatter fremkommer av rettspraksis med hensyn til utmåling.

Videre foreslår arbeidsgruppen – i likhet med anskaffelsesutvalget – at det fastsettes en frist for å fremme søksmål om erstatning i ny lovs § 29-4.

16 Oppsigelse av kontrakt

Det foreligger ingen regulering av verken oppsigelsesplikt eller rett i direktiv 2009/81/EF for oppdragsgiver av kontrakter som er inngått som følge av en ulovlig direkte anskaffelse, ulovlig endring o.l. Sanksjonen *uten virkning* eller *avkortning* av kontraktens varighet, er sanksjoner som utelukkende kan ilegges av domstolene (evt. annet klageorgan). Dette i motsetning til anskaffelsesdirektivets artikkel 73 som pålegger medlemsstatene å sikre at oppdragsgiver «*kan opphæve»* en kontrakt i de tilfeller der kontrakten har blitt vesentlig endret. Anskaffelsesutvalget har drøftet spørsmålet[1515] om det foreligger en oppsigelsesplikt eller rett i en del typetilfeller, der bla KOFAs stornemnds avgjørelse i de forente saker 2021/1132, 2021/1180, 2021/1181 og 2021/1182 er grundig behandlet. Anskaffelsesutvalget la da til grunn at håndhevingsdirektivene ikke pålegger medlemsstatene en oppsigelsesplikt som supplement til sanksjonen uten virkning. Anskaffelsesutvalget la også til grunn i likhet med nevnte stornemndsavgjørelse, at det heller ikke forelå en slik oppsigelsesplikt etter de mere EU-/EØS-rettslige anskaffelsesprinsippene. KOFA uttalte i nevnte avgjørelse at medlemsstatene har et nasjonalt handlingsrom til å fastsette nasjonale løsninger, når disse er i tråd med prinsipper om ekvivalens og effektivitet.

Som nevnt inneholder ikke direktiv 2009/81/EF tilsvarende bestemmelser som anskaffelsesdirektivet. Selv om både KOFAs stornemndssak og anskaffelsesutvalgets vurderinger og konklusjoner gjelder oppsigelsesplikt i klassisk sektor, er det ingen kilder som tilsier at slik plikt foreligger innenfor virkeområdet til direktiv 2009/81/EF. Dette legger arbeidsgruppen til grunn.

Når det gjelder oppsigelses*rett* har arbeidsgruppen vurdert om dette bør foreslås i nytt lovforslag. Arbeidsgruppens vurdering er at en slik oppsigelsesrett for oppdragsgiver *ikke* bør lovfestes. Oppsigelsesplikt og rett, bør reguleres i den enkelte kontrakten mellom partene, og oppdragsgiver vil i en situasjon der det ikke finnes en lovregulering av oppsigelsesplikt eller rett ha en særskilt oppfordring til å regulere dette i kontrakten. Dette ligger innenfor oppdragsgivers handlingsrom i den enkelte anskaffelse. Arbeidsgruppen er også av den oppfatning at en lovfestet oppsigelses*rett*, raskt kan oppfattes som en plikt for oppdragsgiver, hvilket ikke er ønskelig. Det kan være gode grunner, og særlig innenfor forsvars- og sikkerhetssektoren, som tilsier at kontrakter som i utgangspunktet ikke er lovlig inngått, likevel bør få fortsette. Det anses likevel å foreligge tilstrekkelig vern for leverandørene

[1515] NOU 2024: 9 kapittel 37.

ved at ulike typetilfeller som ulovlige direkteanskaffelser, vesentlige endringer mv., kan angripes med klager på ulovlige direkteanskaffelser (med tilhørende overtredelsesgebyr), og klager med krav om at kontrakten kjennes uten virkning, avkortning mv. Denne adgangen til å klage på en ulovlig direkteanskaffelse mv. må tas i bruk innen to år fra inngått kontrakt. Dette anses likevel tilstrekkelig, og kan ikke alene begrunne at det bør innføres en plikt på forsvars- og sikkerhetsområdet. Arbeidsgruppen mener det samme må gjelder med hensyn til at anskaffelsesutvalget etter inspirasjon fra dansk rett har foreslått å lovfeste en oppsigelsesplikt, i de tilfeller der det med endelig virkning er fastslått at det er foretatt en ulovlig tildelingsbeslutning. I dansk rett gjelder dette likevel ikke der det foreligger særlig forhold som følge av vesentlige samfunnsinteresser, som tilsier at kontraktens videreføres. Arbeidsgruppen er av den oppfatning forsvars- og sikkerhetssektorene er i kjernen av vesentlige samfunnsinteresser, og at det derfor ikke bør innføres en oppsigelsesplikt i disse tilfeller selv om det eventuelt lovfestes innenfor klassisk sektor.

17 Avlysning

17.1 Innledning

Selv om intensjonen ved en konkurranse er å inngå en (eller flere) kontrakter hender det at det inntrer forhold underveis i konkurransen som medfører at oppdragsgiver likevel ikke kan, eller ønsker, å gjennomføre konkurransen med en etterfølgende kontraktsinngåelse. Det kan være mange ulike årsaker til dette som for eksempel endret behov, budsjettmessige årsaker og feil i anskaffelsesdokumentene. Innen forsvars- og sikkerhetsanskaffelser kan for eksempel oppdragsgiver avdekke at anskaffelsen slik den er lagt opp, ikke i tilstrekkelig grad ivaretar de forsvars- og sikkerhetshensynene anskaffelsen skal bidra til å ivareta. Det kan også i en verden hvor den teknologiske utviklingen går raskt, underveis avdekkes at behovet kan dekkes på en annen måte som i større grad ivaretar forsvars- og sikkerhetsinteressene knyttet til anskaffelsen. Oppdragsgivers avlysningsrett er dermed sentral og har for øvrig også en side til at anskaffelsesregelverket ikke gir opphav til kontraheringsplikt for oppdragsgiver. Selv leverandøren med det beste tilbudet, kan derfor ikke tvinge oppdragsgiver til å inngå en kontrakt dersom oppdragsgiver ikke ønsker det. I tillegg er det gjennom rettspraksis statuert at oppdragsgiver i noen tilfeller kan ha en avlysningsplikt.

17.2 Forsvars- og sikkerhetsdirektivet

17.2.1 Avlysningsrett

Direktivet 2009/81/EF har ingen bestemmelser som uttrykkelig regulerer adgangen til å avlyse konkurranser. Direktivet forutsetter likevel at det skal være en adgang til å avlyse konkurransen. I artikkel 35 nr. 1 fremgår det at oppdragsgivere så tidlig som mulig skal underrette leverandørene om beslutninger om ikke å tildele en kontrakt eller inngå en rammeavtale som har vært gjenstand for en konkurranse (punkt 12.29 ovenfor). Tilsvarende skal videre fremgå av rapporten (anskaffelsesprotokollen) etter artikkel 37 nr. 1 bokstav j (punkt 12.31 ovenfor). Direktivet regulerer imidlertid ikke nærmere vilkårene for at en konkurranse kan avlyses.

Hvorvidt en konkurranse kan avlyses har vært gjenstand for behandling i både EU-domstolen og EFTA-domstolen.[1516] EU-domstolen har tatt utgangspunkt i at anskaffelsesregelverket ikke pålegger oppdragsgiver noen kontraheringsplikt og lagt til grunn at oppdragsgivers adgang til å avlyse en konkurranse ikke er begrenset til unntakstilfeller eller må bero på vektige grunner.[1517] En avlysning må likevel være i samsvar med prinsippene i EU-retten og da særlig prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet.[1518]

17.2.2 Avlysningsplikt

Direktiv 2009/81/EF har heller ikke regler om plikt til å avlyse en konkurranse. EU-domstolen har likevel fastslått at oppdragsgiver i visse situasjoner kan ha en plikt til å avlyse. Et eksempel på det er sak C-448/01 *Wienstrom* hvor EU-domstolen la til grunn at bruk av et ulovlig tildelingskriterium medførte avlysningsplikt siden det ikke var mulig å rette opp feilen på annet vis.[1519] I tillegg har også EFTA-domstolen i E-16/16 *Fosen-Linjen I* også tatt til orde for at det kan foreligge plikt til å avlyse for «å overholde prinsippene om likebehandling, gjennomsiktighet og åpen konkurranse».[1520]

Vilkårene for avlysningsplikten er presisert av Underretten i sakene T-345/03 *Evropaïki Dynamiki* og *T-50/05 Evropaïki Dynamiki II* som direkte gjaldt EU-institusjonenes anskaffelsesregler. Avlysningsplikt forutsetter at den uopprettelige feilen kunne ha virket inn på konkurransens utfall, nærmere at det må ha vært «en – om end begrænset – mulighed for, at sagsøgeren kunne have udvirket, at proceduren fik et andet udfalt».[1521] Prinsippet om forholdsmessighet taler også for at feil bare kan lede til avlysning dersom den kan ha virket inn på utfallet av konkurransen. En avlysningsplikt knyttet til feil som ikke kan ha virket inn på utfallet av konkurransen, vil ikke være effektiv bruk av ressurser, verken for oppdragsgiver eller leverandør.

17.2.3 Håndhevelse

En beslutning om å avlyse en konkurranse er omfattet av håndhevingsdirektivene, og må derfor kunne påklages til et håndhevingsorgan som må ha mulighet til å annullere avlysningsbeslutningen dersom den skulle vise seg å være rettsstridig.[1522]

I sak E-16/16 *Fosen-Linjen I* uttalte EFTA-domstolen at oppdragsgiver må begrunne sin beslutning om å avlyse konkurransen, slik at det skal kunne foretas en effektiv rettslig prøving av denne beslutningen.[1523]

[1516] Jf. blant annet EU-domstolens saker C-440/13 *Croce Amica* og C-769/21 *BTA Baltic Insurance Company* samt Efta-domstolens sak E-16/16 *Fosen-Linjen I* avsnitt 106 til 109.
[1517] Jf. blant annet EU-domstolens sak C-92/00 *Hospital Ingenieure* avsnitt 41 og 42 pg sak C-440/13 *Croce Amica* avsnitt 31, med videre henvisninger.
[1518] Sak C-769/21 *BTA Baltic Insurance Company* avsnitt 31.
[1519] C-448/01 *Wienstrom* avsnitt 92 til 95.
[1520] EFTA-domstolens sak E-16/16 *Fosen-Linjen I* avsnitt 106.
[1521] Underrettens saker T-345/03 *Evropaïki Dynamiki* avsnitt 147 og T-50/05 *Evropaïki Dynamiki* avsnitt 61 følgende.
[1522] EU-domstolens saker C-92/00 *Hospital Ingenieure* avsnitt 48 og C-440/13 *Croce Amica* avsnitt 34. Dette er også omtalt nærmere i NOU 2024: 9 kapittel 23.
[1523] EFTA-domstolens sak E-16/16 *Fosen-Linjen I* avsnitt 109.

17.3 Gjennomføring

17.3.1 Avlysningsrett

I FOSA er det inntatt regler om retten til å avlyse i § 13-1. Vilkåret for at det foreligger avlysningsrett følger av første ledd og er at «det foreligger en saklig grunn». Dersom konkurransen avlyses, skal leverandørene informeres om dette i samsvar med § 11-16. Av sistnevnte bestemmelse følger det at meddelelsen om avlysning skal gis «snarest mulig» og inneholde «en kort begrunnelse».

I norsk rettspraksis er avlysningsretten behandlet av Høyesterett i HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen*. Høyesterett påpeker i avgjørelsen at EØS-retten fremstår som videre enn etter norsk rett, og at EØS-retten derfor ikke legger føringer for forståelsen av forskriftsbestemmelsens krav til saklig grunn for å avlyse.[1524] Om denne og øvrig norsk praksis knyttet til avlysningsretten vises det til NOU 2024: 9 kapittel 35.2.3.1.

Anskaffelsesutvalget har foreslått å videreføre dagens regel om at det må foreligge saklig grunn til å avlyse en konkurranse i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser. Regelen foreslås kun innført over EØS-terskelverdiene. Anskaffelsesutvalget mener at reglene som foreslås for anskaffelser under EØS-terskelverdiene er så fleksible at det ikke er nødvendig med egne regler om avlysning. Se nærmere om dette i NOU 2024: 9 kapittel 35.3.3.

17.3.2 Avlysningsplikt

Avlysningsplikt er ikke regulert i FOSA: EU- og EFTA-domstolens praksis knyttet til avlysningsplikt er imidlertid fulgt opp av omfattende retts- og KOFA-praksis. Det er lagt til grunn at avlysningsplikt vil inntreffe dersom det er begått feil som kan ha påvirket utfallet av konkurransen, eller deltakerinteressen, og feilen ikke kan rettes på annen måte enn ved avlysning. I norsk rettspraksis er det, basert på EU-retten, lagt til grunn at det foreligger en avlysningsplikt dersom det påvises at «konkurransen kunne fått et annet utfall om feilen ikke var begått, eller der feilen kan ha virket inn på deltakelsen i konkurransen».[1525] KOFA har lagt til grunn at det ikke er tilstrekkelig med en teoretisk mulighet for at feilen har påvirket konkurransen, og at hensynet til en effektiv bruk av samfunnets ressurser tilsier at det må være en «nærliggende faktisk mulighet» for at feilen virket inn på utfallet av konkurransen.[1526]

Anskaffelsesutvalget har i sitt lovforslag foreslått å innføre regler som regulerer når det foreligger en plikt til å avlyse konkurransen.

17.4 Arbeidsgruppens vurdering

17.4.1 Anskaffelser over EØS-terskelverdi

Arbeidsgruppen foreslår at ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser inneholder en regel om rett til å avlyse konkurransen ved saklig grunn og dermed beholde den samme terskelen for avlysning som dagens regelverk setter. Dette anses å være innenfor det handlingsrommet direktiv 2009/81/EF setter.

[1524] HR-2019-1801-A *Fosen-Linjen* avsnitt 83.
[1525] LH-2013-195143 *Boreal Transport Nord* og LB-2019-85112 *Zenitel*. Se også blant annet KOFA-2023-148 *Emagine* avsnitt 33.
[1526] KOFA-2021-351 *Sykehusinnkjøp* avsnitt 43.

Det vises også til at EU-domstolen i sak C-440/13 *Croce Amica* og sak C-769/21 *BTA Baltic Insurance Company* har slått fast at medlemsstatene kan fastsette nærmere regler om avlysningsadgangen.[1527]

I NOU 2024:9 punkt 35.3.1 gir anskaffelsesutvalget uttrykk for at avlysningsadgangen etter norsk rett ikke bør være mer snever enn det EØS-retten krever og foreslår at kravet til saklig grunn for å kunne avlyse en konkurranse skal forstås, og praktiseres i tråd med EU-domstolens føringer for avlysningsadgangen i EU/EØS-rettslig sammenheng. Arbeidsgruppen slutter seg til dette og legger til at det særlig innen forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er viktig at oppdragsgiver har det handlingsrommet som EØS-retten gir til å avlyse en konkurranse.

Arbeidsgruppen flertall, medlemmene Dragsten, Arve, Gulsvik, Mengshoel og Sikkeland, er videre enig med anskaffelsesutvalgets flertall om at rettslig usikkerhet vil kunne gi saklig grunn til å avlyse. Dette gjelder særlig for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser hvor arbeidsgruppen har foreslått å beholde dagens håndhevingssystem, jf. kapittel 14.5 om dette. Arbeidsgruppens mindretall, medlem Karlstrøm, mener at den regelen som Høyesterett fastsatte i HR-2019-1801-A *Fosen Linjen*, om at oppdragsgiver har avlysningsrett som følge av reell rettslig usikkerhet er svært uheldig, og ikke bør gi grunnlag for avlysning. Det vises til den nærmere redegjørelse for dette fra mindretallet i NOU 2024: 9 kapittel 35.3.1.4 (Gjønnes, Karlstrøm og Tveit) for samme spørsmål.

Det vises for øvrig til anskaffelsesutvalgets gjennomgang av avlysningsretten i NOU 2024: 9 punkt 35.3.1 som utvalget i hovedtrekk slutter seg til.

Arbeidsgruppen mener at vilkårene for avlysningsplikt bør reguleres i ny lov om forsvars- og sikkerhetsinteresser. Reglen vil kodifiserer gjeldende rett og en slik regulering vil kunne bidra til at regelen blir lettere tilgjengelig og dermed bidra til forenkling. Arbeidsgruppens forslag er her i samsvar med anskaffelsesutvalgets forslag til ny anskaffelseslov. Samtidig er det særlige hensyn å ivareta for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser og i noen tilfeller vil en avlysningsplikt være i strid med tvingende forsvars- og sikkerhetshensyn. Arbeidsgruppen har imidlertid ikke hatt rom for å utrede nærmere hvorvidt et slikt unntak kan innføres for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, men trekker likevel i retning av at en slik unntaksbestemmelse bør kunne innføres for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Det påpekes her at vilkårene for avlysningsplikt ikke er prøvd av verken EU-domstolen eller nasjonal domstol for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Videre viser også arbeidsgruppen til kommisjonens forslag til nye regler innenfor forsvars- og sikkerhetsanskaffelser som nettopp skal ivareta fleksibiliteten som er nødvendig å ha for å ivareta forsvars- og sikkerhetsevnen.

Anskaffelsesutvalget drøfter i NOU 2024: 9 kapittel 35.3.2 hvordan innvirkningskravet bør formuleres i lovteksten. Anskaffelsesutvalget falt ned på at det må foreligge en «nærliggende faktisk mulighet» eller en «reell mulighet» for innvirkning. Videre uttaler utvalget at det ikke er noe krav om at innvirkning kan påvises, men at bør foreligge konkrete holdepunkter for innvirkning for at avlysningsplikten inntrer. Arbeidsgruppen kan slutte seg til dette. For de erstatningsrettslige konsekvensene av en avlysning, vises det til kapittel 35.3.1.6 og kapittel 34 i NOU 2024: 9.

[1527] EU-domstolens sak C-440/13 *Croce Amica* avsnitt 35 og C-769/21 *BTA Baltic Insurance Company* avsnitt 31.

17.4.2 Anskaffelser under EØS-terskelverdi

Arbeidsgruppen har vurdert hvorvidt det er behov for å innføre regler om avlysning av konkurransen for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Arbeidsgruppen har merket seg at anskaffelsesutvalget ikke har foreslått regler om avlysning for anskaffelser under EØS-terskelverdi og at dette begrunnes i at det ikke er ønskelig å inkludere avlysningsbeslutninger for disse anskaffelsene i det nye håndhevelsesregimet som anskaffelsesutvalget har foreslått. Tilsvarende hensyn er ikke relevant for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser siden arbeidsgruppen her foreslår å beholde dagens håndhevelsessystem, jf. kapittel 14.5. Arbeidsgruppen har likevel falt ned på at det ikke er hensiktsmessig å innføre regler om avlysning for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Dette da det er viktig å ha mest mulig fleksible regler for disse anskaffelsene. I tillegg vil det følge av forvaltningsrettslige prinsipper, herunder forutberegnelighet og lik behandling, at det ikke vil være en helt fri adgang til å avlyse konkurranser også for disse anskaffelsene. Dette innebærer blant annet at de forvaltningsrettslige prinsippene vil være brutt dersom avlysningen er basert på usaklige motforestillinger mot den leverandøren som ligger an til å vinne kontrakten.

Arbeidsgruppen har heller ikke sett behov for å innføre egne regler om avlysning for anskaffelser under EØS-terskelverdi med klar grensekryssende interesse. For disse anskaffelsene vil EU-rettens prinsipper gjelde, og en avlysning av konkurransen må dermed skje innenfor de rammene disse prinsippene setter for gjennomføringen av anskaffelsen.

Del V Avsluttende del

18 Økonomiske og administrative konsekvenser

18.1 Innledning

Arbeidsgruppen har gjennomgått regelverket for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, og har i tråd med mandatet foreslått en ny lov for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Arbeidsgruppens forslag til endringer i regelverket for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser vil få økonomiske og administrative konsekvenser både for de enkelte oppdragsgiverne og leverandørene, og for offentlig sektor og samfunnet som helhet.

I dette kapittelet omtales først statistikk for omfanget av forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, transaksjonskostnader etter gjeldende regelverk samt statistikk for håndheving av regelverket for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Deretter gis det vurderinger av de økonomiske og administrative konsekvensene av utvalgets forslag til endringer i anskaffelsesregelverket.

Arbeidsgruppen vil innledningsvis bemerke at statistikkgrunnlaget for anskaffelser er langt fra så godt som det helst burde være. Det brukes mange milliarder på offentlige anskaffelser hvert år, men uten at i fullstendige tall fra konkurransegjennomføring og kontraktsinngåelse rapporteres i Doffin slik det formelt skal og uten at det er prioriterte ressurser til forskning på hvordan for eksempel håndhevingssystemet bør se ut for å realisere lovgivers formål med anskaffelsesregelverket i størst mulig grad. Dette påpekte også Anskaffelsesutvalget. Arbeidsgruppens medlemmer har, hver på sin måte, bidratt med innsikt og dette er supplert med informasjon fra eksterne rapporter, innhenting av data fra ulike hold og innspill fra relevante aktører, se kapittel 2.4. Samlet mener arbeidsgruppen å ha grunnlag for å hevde at de endringer som foreslås vil være til det bedre. Arbeidsgruppen er samtidig enig i Anskaffelsesutvalget bemerkning om behovet for forskning for å skaffe et bedre kunnskapsgrunnlag for fremtidige vurderinger av styrker og svakheter ved regelverket for offentlige anskaffelser og håndheving av dette.

18.2 Statistikk om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

Den totale verdien av offentlige anskaffelser, slik det er definert i nasjonalregnskapet, var på 780 milliarder kroner i 2023.[1528] Det henvises til NOU 2023:26 for mer detaljert statistikk om offentlige anskaffelser generelt.

På oppdrag av Anskaffelsesutvalget utarbeidet Oslo Economics og Inventura en rapport om offentlige anskaffelser.[1529] For 2022 fant de at en forsvinnende liten andel kunngjøringer av konkurranser om offentlige kontrakter var knyttet til Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.[1530] Tabell 1viser at arbeidsgruppens gjennomgang av lignende tallmateriale for 2024 gir et lignende bilde.

[1528] 10807: Offentlige innkjøp (mill. kr) 1995 - 2023. Statistikkbanken oppsummert på DFØs nettsider (Utgifter til offentlige innkjøp | DFØ).

[1529] Rapport til anskaffelsesutvalget: Offentlige anskaffelser i 2022.

[1530] Anskaffelsene (over 100 000 kroner eks. mva.) som kunngjøres på den nasjonale kunngjøringsdatabasen Doffin er underlagt lov om offentlige anskaffelser. Doffin inneholder både data om anskaffelser med kunngjøringsplikt og anskaffelser

Tabell 1 Antall kunngjøringer av konkurranser (inkl. frivillige) på Doffin i 2024 fordelt på forskrifter[1531]

Forskrifter	**Kunngjøringer**	**Andel i prosent**
Anskaffelsesforskriften	11691	95
Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser	61	0
Forsyningsforskriften	561	5
Konsesjonsforskriften	30	0
For alle forskrifter	12343	100

Selv om kunngjøringer av konkurranser under Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser utgjør en forsvinnende liten del av antall totalt antall kunngjøringer antas verdien i snitt å være høyere enn for eksempel anskaffelser under Forskrift om offentlige anskaffelser. Dette bekreftes i Tabell XX. Disse funnene er i tråd med Anskaffelsesutvalget oppsummering av at offentlige anskaffelser inkluderer et stort volum av relativt små anskaffelser og et lite volum av store anskaffelser[1532] og står i samsvar med funn i tidligere gjennomganger av offentlige anskaffelser.[1533]

Tabell 2 Gjennomsnitt estimert verdi av kontrakter kunngjort på Doffin i 2024 fordelt på forskrifter [1534]

Forskrifter	**Gjennomsnittsverdi (i millioner NOK)**	**Andel av kunngjøringer i Doffin hvor estimert verdi er oppgitt (i prosent)**
Anskaffelsesforskriften	66	51
Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser	446	56
Forsyningsforskriften	227	44
Konsesjonsforskriften	300	51
For alle forskrifter	71	43

I tillegg til kunngjøringer av konkurranse etter FOSA utgjør offentlige kontrakter som er unntatt hele eller deler av regelverket f.eks. unntatt kunngjøringsplikten eller unntak etter EØS-artikkel 123, en stor andel av verdien av anskaffelser innen forsvarssektoren. Disse anskaffelsene finnes det ikke

---

som er kunngjort frivillig (under nasjonal terskelverdi eller EØS-terskelverdi). Ettersom det er frivillig å kunngjøre anskaffelser under terskelverdi, inneholder ikke Doffin en komplett oversikt over disse offentlige anskaffelsene. Disse tallene er inneholder derfor noen kilder til usikkerhet.

[1531] Doffin/DFØ.

[1532] NOU 2023:26.

[1533] PwC 2014.

[1534] Doffin/DFØ.

overordnede tall på, men antas være høyt da disse anskaffelsene bland annet inkluderer kjøp av våpen, ammunisjon og krigsmateriell. For eksempel planlegger Norge i nær fremtid å investere i nye fregatter. «Dette vil bli den største forsvarsanskaffelsen i moderne tid», ifølge daværende forsvarsminister Bjørn Arild Gram (Sp)[1535]. Prisen for én fregatt ligger et sted mellom 7 og 12 milliarder kroner.

Forsvarsmateriell og Forsvarsbygg stod for 80% av kunngjøringene av konkurransen under Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i 2024. Hvis man antar at omfanget av unntak for disse også er representativt for totale unntak fra Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser viser Tabell 3 at en meget liten andel av forsvars- og sikkerhetsanskaffelser kunngjøres.

Tabell 3 Antall anskaffelser underlagt Forskrift om forsvars og sikkerhetsanskaffelser fordelt på FOSA og relevante unntak.

	Gjennomsnittlig antall anskaffelser per år
Anskaffelser iht. FOSA	145
EØS art. 123 unntak	64
Anskaffelser gjennom internasjonale organisasjoner	53
Stat-til-stat unntak	5

18.3 Berørte brukere av Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

Dagens Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser og arbeidsgruppens forslag til Lov om forvars- og sikkerhetsanskaffelser gir regler om fremgangsmåten for offentlige anskaffelser. Forsvarsanskaffelser er i hovedsak relevante for Forsvarsdepartementet og underliggende etater, men sikkerhetsanskaffelser kan være relevant for andre offentlige myndigheter og organ. De viktigste brukerne av loven er oppsummert i Tabell 4.

Selv om de direkte brukerne av regelverket er offentlige myndigheter og etater, hvorav mange av de store brukerne er underlagt Forsvarsdepartementet, er også privat næringsliv berørt som leverandører. I datamaterialet fra 2024 er hoveddelen av kunngjøringene knyttet til bygg- og anlegg i bred forstand samt programvare og IT-løsninger, men det anskaffes også andre ting som medisinsk utstyr, dykkerutstyr, osv. I så forstand kan store deler av hele næringslivet anses berørt uten at arbeidsgruppen har kapasitet til å utdype dette i særlig grad. Det vises til Stortingsmelding 17 (2020-2021) for en beskrivelse av norsk forsvarsindustri.[1536]

Tabell 4 Oversikt over de viktigste brukerne av dagens Forskrift for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

Forsvarsdepartementet
Forsvaret
Forsvarsmateriell

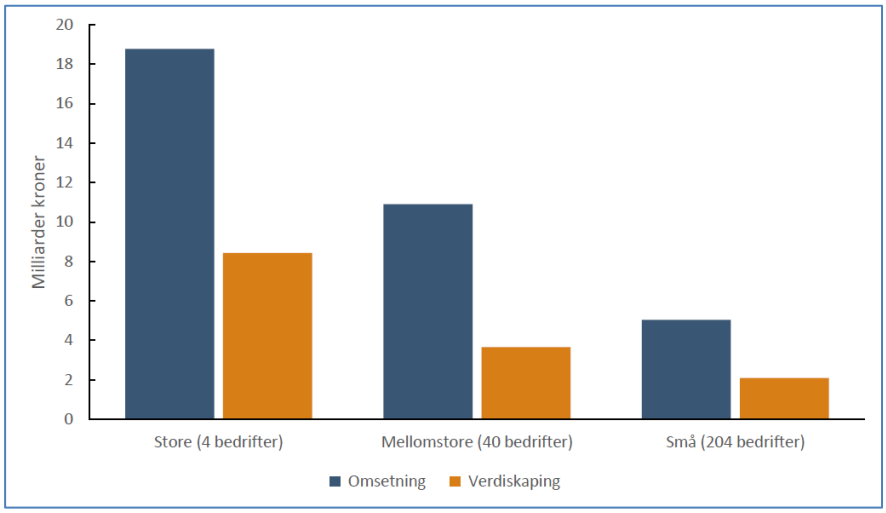
[1535] NRK nyheter, Nye fregatter vil bli største enkeltinvestering for Forsvaret i moderne tid, 19.11.2024, https://www.nrk.no/nyheter/nye-fregatter-vil-bli-storste-enkeltinvestering-for-forsvaret-i-moderne-tid-1.17133049
[1536] Meld. St. 17 (2020–2021), Samarbeid for sikkerhet - Nasjonal forsvarsindustriell strategi for et høyteknologisk og fremtidsrettet forsvar, 2021.

Forsvarsbygg
Forsvarets forskningsinstitutt
Politiets sikkerhetstjeneste
Politiet
Statsbygg

Leverandører til den norske forsvars- og sikkerhetsindustrien består av et bredt utvalg bedrifter. Forsvars- og sikkerhetsindustriens forening (FSi) består over 250 medlemsbedrifter og gir et bilde av deler av leverandørmarkedet for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Dette inkluderer store bedrifter, men høyteknologiske små- og mellomstore virksomheter, samt tjenesteleverandører, utgjør størsteparten av medlemsmassen. FSi peker på at mange SMB-er er sentrale underleverandører til de fire største og står for nesten halvparten av det Forsvaret kjøper fra norske forsvarsbedrifter.

Basert på 250 av FSis medlemsbedrifter har Menon Economics estimert omsetning og verdiskaping i norsk forsvars- og sikkerhetsindustri fordelt på størrelsen på bedriftene, se figur 2.

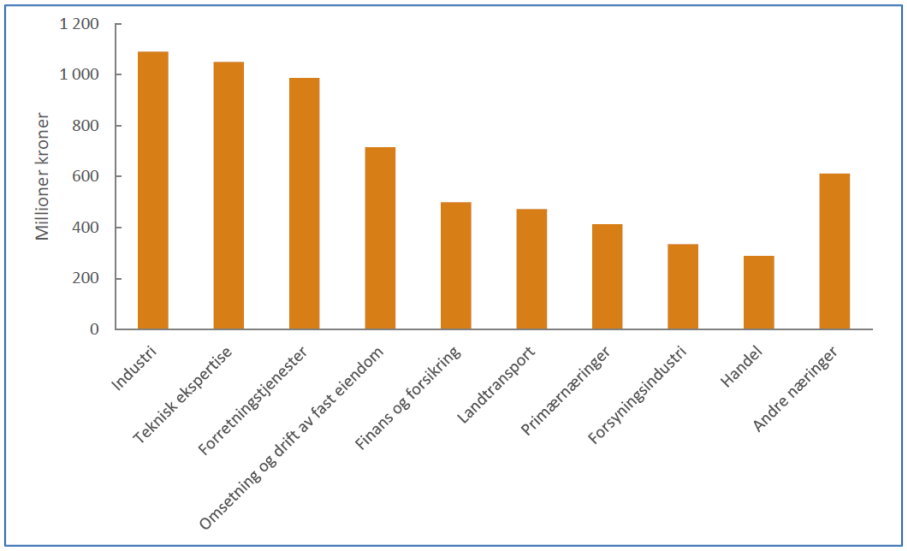
Menons undersøkelse[1537] viser at de fire store bedriftene (Kongsberg Defence & Aerospace, Nammo, Kongsberg Aviation and Maintenance Services og GKN Aerospace) stod for mer enn halvparten av total omsetning og verdiskaping i forsvars- og sikkerhetsindustrien i 2023. Blant de mellomstore bedriftene finner vi selskap som Kitron, Thales Norway, Chemring Nobel og KTA Naval Systems. Totalt sto selskapene i Kongsberg Gruppen for rundt 50 prosent av omsetningen i forsvars- og sikkerhetsindustrien.



Figur 2 Omsetning og verdiskapning i store, mellomstore og små bedrifter i norsk forsvarsindustri, 2023.[1538]

Menon viser også at det er stor spredning i hvilke næringer disse bedriftene hører hjemme. Som vist i Figur 3 er industri og teknisk ekspertise de to viktigste næringene.

[1537] Menon Economics, Forsvars- og sikkerhetsindustriens økonomiske fotavtrykk, 2023.
[1538] Menon Economics, Forsvars- og sikkerhetsindustriens økonomiske fotavtrykk, 2023.



Figur 3 Næringsfordeling av de indirekte verdiskapningseffektene.[1539]

I tillegg til leverandørene nevnt over vil mange aktører innen bygg og anlegg også være relevante for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Dette er en stor sektor, med både store nasjonale aktører og mange små lokale eller regionale aktører. Ser man for eksempel på næringen bygg (definert som NACE-kode 4120) viser en rapport fra 2019[1540] at selv om de største aktørene i næringen (inkludert Veidekke Entreprenører, Skanska og Hent) er giganter, så er markedskonsentrasjonen, målt med HHI-indeks, lav. Det forklarer Menon Economics med det store antall bedrifter med relativt høy omsetning (nærmere 300 bedrifter i næringen har omsetning på over 100 millioner kroner). Mange av de mindre bedriftene i denne bransjen som er lokalisert i nærheten av forsvarsanlegg vil være relevante leverandører for offentlige anskaffelser inkludert forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

18.4 Transaksjonskostnader

Transaksjonskostnader defineres som kostnader som oppstår i forbindelse med en anskaffelse, både hos oppdragsgiver og leverandør. For oppdragsgiver vil transaksjonskostnadene være knyttet til utforming og gjennomføring av anskaffelsen, nærmere bestemt konkurranseforberedelser, konkurransegjennomføring og kontraktsoppfølging. Til forskjell fra privat sektor, må offentlige oppdragsgivere forholde seg til særegne regler for offentlige anskaffelser. Hvor enkelt det er å forstå og følge regelverket har betydning for transaksjonskostnadene.

For Anskaffelsesutvalget har Oslo Economics og Inventura gjort vurderinger av transaksjonskostnader i en rapport som er utarbeidet på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet[1541]. Rapporten gir estimat for disse kostnadene og viser at for leverandører er transaksjonskostnadene først og fremst knyttet til forberedelse og utforming av tilbud. Nivået på transaksjonskostnadene påvirker både pris og sannsynlighet for å delta i konkurranse om offentlige kontrakter samtidig som disse er relativt høyere for små anskaffelser. Dette er fordi det er en del faste kostnader for oppdragsgiver og leverandør i hver

[1539] Ibid.
[1540] Rapport om Utvikling og næringskonsentrasjoner og marginer i Norge, Menon Publikasjon nr. 93/2019.
[1541] Oslo Economics og Inventura, 2023.

anskaffelse knyttet til konkurranseforberedelse, tilbudsarbeid, konkurransegjennomføring og kontraktsoppfølging.

PwC gjennomførte i 2011 en studie hvor de blant annet estimerte ressursbruken i offentlige anskaffelser i flere europeiske land. Studien fant at Norge hadde de nest høyeste transaksjonskostnadene i Europa som andel av anskaffelsenes verdi. Ifølge studien utgjorde transaksjonskostnader i offentlige anskaffelser i Norge i gjennomsnitt 4,1 prosent av kontraktsverdien. Til sammenligning var gjennomsnittet i Europa 1,4 prosent (Sverige 3,8 prosent, Finland 2,1 prosent og Danmark 1,8 prosent). Basert på disse resultatene estimerer Oslo Economics og Inventura på oppdrag fra Nærings- og fiskeridepartementet at transaksjonskostnadene i 2022 utgjorde om lag 27 milliarder kroner for offentlige anskaffelser samlet sett.[1542]

Rapporten[1543] anslår videre at offentlige oppdragsgivere i Norge i gjennomsnitt bruker 155 timer på å gjennomføre en anskaffelse etter anskaffelsesforskriftens del I, 245 timer for del II og 263 timer for del III-anskaffelser i Forskrift for offentlige anskaffelser. Til sammenlikning fant Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen i en studie i 2019[1544] av danske anskaffelser over EØS-terskelverdi, at en oppdragsgiver i snitt bruker 616 interne timer på å utarbeide og gjennomføre en EØS-anskaffelse, ikke inkludert tid til kontraktsoppfølging.

På generelt grunnlag antar Oslo Economics og Inventura at tidsbruken i anskaffelser omfattet av andre forskrifter, er noenlunde lik som for anskaffelser omfattet av anskaffelsesforskriften og argumenterer for at det mest avgjørende forholdet for ressursbruken vil være om anskaffelsene må kunngjøres eller ikke. Uten at det i dag ser ut til å finnes god statistikk for dette, antar arbeidsgruppen at sikkerhetshensyn samt koordineringskostnader mellom Forsvaret som har et behov og Forsvarsmateriell/Forsvarsbygg som har ansvar for prosessen for de fleste av forsvarsanskaffelsene gir økte transaksjonskostnader.

I tillegg er krav om sikkerhetsklareringer av leverandører et element som arbeidsgruppen anser kan øke transaksjonskostnadene ytterligere. Nasjonal sikkerhetsmyndighet (NSM) er ansvarlig for sikkerhetsklarering av leverandører og deres ansatte. Dersom en leverandører (eller ansatt) ikke allerede er sikkerhetsklarert kan denne prosessen først starte når kontrakten om anskaffelsen er inngått. Dette kan i mange tilfeller føre til både merarbeid og forsinkelser som kan øke transaksjonskostnadene knyttet til forsvars- og sikkerhetsanskaffelser ytterligere. Her vises det også til Concept rapport nr. 69, Presterud mfl. (2018) og Kvalvik mfl. (2019) som dokumenterer betydelige forsinkelser i relevante investeringsprosjekt.[1545] Dette er omtalt i mer detalj under tidstyver i kapitel 4.8.

Per i dag foreligger det ingen norske studier av offentlige oppdragsgiveres kostnader til juridisk bistand eller annen type ekspertbistand i forskjellige deler av anskaffelsesprosessen. Den mest nærliggende studien som foreligger, er den ovennevnte danske studien av transaksjonskostnader i danske EØS-anskaffelser. Studien fant at kostnader til eksterne konsulenter stod for i underkant av 30 prosent av de samlede transaksjonskostnadene. Det ble brukt eksterne konsulenter i underkant av halvparten av anskaffelsene, og for oppdragsgivere som benyttet eksterne konsulenter, utgjorde kostnadene om lag to tredeler av samlede transaksjonskostnader. Studien peker på at offentlige oppdragsgivere særlig benytter eksterne konsulenter i anskaffelser innenfor bygg og anlegg, og her

[1542] Oslo Economics og Inventura, 2023.

[1543] Oslo Economics og Inventura, 2023.

[1544] Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2019. *Transaktionsomkostninger ved EU-udbud,* Valby: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

[1545] Welde og Bukkestein, Concept rapport 69 - Til rett tid? En undersøkelse av forsinkelser i gjennomføringsfasen av store statlige prosjekter, 2022.

gjelder det stort sett for alle oppdragsgivere. Dette kan skyldes behov for spesialistkompetanse på å utarbeide konkurransegrunnlag og evaluere innkommende tilbud, ifølge studien.[1546]

Avsnittene over, og dermed arbeidsgruppens vurderinger av transaksjonskostnader, må ses i lys av det svært begrensede omfanget av statistikk og analyser på området. Gitt offentlige anskaffelsers omfang, dets kostnad og verdi generelt, men også knyttet til forsvar og sikkerhet mer spesifikt, ønsker utvalget å påpeke behovet for bedre statistikk og mer forskning innenfor dette området. Et bedre og bredere kunnskapsgrunnlag vil styrke fremtidige beslutninger.

18.5 Håndheving

Basert på statistikken i kapittel 2.1 som viser at antall kunngjøringer av konkurranser i henhold til Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er relativt lavt og basert på kunnskapen arbeidsgruppen samlet sett besitter forventes det ikke et stort omfang av saker i rettssystemet knyttet til forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Arbeidsgruppen er kun kjent med 4 rettsaker i perioden 2020-2025 (tre i tingretten og én i lagmannsretten)

Det vises til NOU 2024:9 kapittel 40.2.1 for generell statistikk om Klagenemnda for Offentlige Anskaffelser (KOFA). KOFA har de fem siste årene behandlet svært få saker som omfatter Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Dette er oppsummert i Tabell XX.

Tabell 5 KOFA saker, 2020-2024

	2020	2021	2022	2023	2024
Totalt antall avgjorte saker	195	225	179	148	209
Antall avgjorte saker knyttet til FOSA	1	1	1	2	1

For en overordnet gjennomgang av håndhevingsystemene i øvrige nordiske land vises det til oppsummeringen i NOU 2024:9 kapittel 40.2.2 og digitalt vedlegg 4 *Håndheving – direktivgjennomføring i Sverige og Danmark* til denne.

18.6 Konsekvensvurdering av arbeidsgruppens forslag til endringer

Ifølge utredningsinstruksen skal utredningen beskrive forventede virkninger for de som berøres av forslagene som fremmes, både positive og negative virkninger og kostnader. Nedenfor følger en oversikt over de viktigste økonomiske og administrative konsekvensene av utvalgets forslag, og hvordan de vil påvirke de ulike aktørene. Utredningen har sett hen til arbeidet som allerede er gjort av Anskaffelsesutvalget, herunder utvalgets forslag til ny lov om offentlige anskaffelser og de økonomiske og administrative konsekvensene i utvalgets forslag. For endringer som er i tråd med Anskaffelsesutvalgets forslag vises det, der relevant, til vurderinger av disse i NOU 2023:26 og NOU 2024:9.

[1546] Oslo Economics og Inventura, 2023, og Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2019.

Mange av de mindre endringene som arbeidsgruppen foreslår er kun presiseringer og tydeliggjøring av eksisterende regler og rettspraksis. Dette vil gjøre regelverket mer brukervennlig, noe som, i seg selv, kan gi besparelser. Forenklingene gjennom disse presiseringene og tydeliggjøringene vil mest sannsynlig redusere transaksjonskostnadene ved offentlige anskaffelser da det bland annet vil redusere tidsbruken for oppdragsgivere i forberedelses- og gjennomføringsfasen av anskaffelsene, gi potensielle leverandører mer forutsigbarhet som setter de i stand til å raskere gi bedre og mer målrettede tilbud samt reduserer kostnader knyttet til avklaringer og håndheving av regelverket. I verste fall vil tydeliggjøringene ikke føre til noen endringer i transaksjonskostnadene. God veiledning til regelverket vil også bidra til reduserte transaksjonskostnader, både på oppdragsgiver- og leverandørsiden.

Et mer brukervennlig regelverk kan også øke konkurransen om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, noe som gir reduserte kostnader og/eller økt kvalitet gjennom økt konkurransepress og effektivitet. Disse gevinstene anses med utgangspunkt i tilgjengelig statistikk å være vanskelige å kvantifisere.

Statistikken over viser at mange anskaffelser unntas hele eller deler av dagens forskrift for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Det er det gode grunner til. Samtidig kan det tenkes at alvorlighetsgraden og de politiske elementene i forsvars- og sikkerhetsanskaffelser tidvis fører til et press på å bruke unntaksbestemmelsene. Regelverket for offentlige anskaffelser etablerer rutinger for hvordan det offentlige kan sikre effektiv bruk av samfunnets ressurser. Et mer brukervennlig og fleksibelt regelverk kan gjøre at flere anskaffelser som helt eller delvis kan unntas regelverket, likevel delvis kan dra nytte av rutinene som følger av regelverket i fremtiden. Det sikrer at anskaffelsene gjennomføres på en måte som gir konkurranse, nødvendig prispress og mulighet for bredde i løsningsforslag. Konkurranse er det fremste virkemiddelet for å sikre at konsekvensene, både i form av pris, kvalitet og innovasjon, av monopol unngås.

18.6.1 Endring fra eksisterende forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser til ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Det regjeringsoppnevnte anskaffelsesutvalget anbefalte i NOU 2023:26 en ny lov om offentlige anskaffelser. Anskaffelsesutvalget anbefalte også at Forsvarsdepartementet burde iverksette en utredning av hvordan forsvars- og sikkerhetsanskaffelser kunne reguleres i en ny lov. Arbeidsgruppens endring fra forskrift til lov er i tråd med denne anbefalingen og arbeidsgruppens mandat. Selve endringen fra forskrift til lov også for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser følger av Anskaffelsesutvalgets forslag og vil i seg selv ikke gi økonomiske og administrative konsekvenser utover en generell forenkling og tydeliggjøring av reglene i det scenariet. Samtidig er det verdt å notere at en endring fra forskrift til lov vil gi økte administrative kostnader når detaljer i loven, for eksempel knyttet til terskelverdier, må oppdateres eller endres.

Regjeringen har nå besluttet å ikke innføre nye lover innenfor klassisk sektor, forsyningssektoren og for konsesjonskontrakter i påvente av at EU har fullført sin prosess med ny anskaffelseslovgivning i EU. EU har også varslet at de skal modernisere, supplere og oppdatere direktiv 2009/81/EF. Det å gjennomføre en ny lov på nåværende tidspunkt før de foran nevnte forholdene er avklart/innført, vil kunne føre til økte administrative kostnader ved at flere av lovens regler vil kunne få en kort levetid og dermed uforholdsmessige omstillingskostnader for offentlig sektor og leverandører. Midlertidige eller mindre endringer, for eksempel tydeliggjøring av rettstilstanden og kodifisering av denne, bør gjøres med enkelttilpasninger i eksisterende forskrift for å minimere de ovennevnte kostnadene.

18.6.2 Endringer knyttet til samfunnshensyn

Det vises i hovedsak til Anskaffelsesutvalgets vurdering av de økonomiske og administrative konsekvensene i NOU 2023:29, kapittel 29.3.2.

Særegenheter ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser gjør at arbeidsgruppen ikke foreslår en like streng plikt til å ta samfunnshensyn. Det gir oppdragsgivere en større fleksibilitet til hvilke krav som er mest relevante i de forskjellige anskaffelsene og hvordan de best kan stilles for å være forenlige med forsvars- og sikkerhetshensyn, noe som gir økt samfunnsøkonomisk nytte og kostnadene beskrevet i NOU 2023:29 kapittel 29.3.2 vil derfor være lavere i arbeidsgruppens forslag.

18.6.3 Endringer knyttet til håndhevingsreglene

Arbeidsgruppen foreslår i hovedsak å videreføre dagens håndhevingssystem samtidig som det legges noen føringer for å dreie håndhevingen mot prekontraktuell fase. Det vises til NOU 2024:9 kapittel 40.3.7 for en diskusjon og konsekvensvurdering av en slik dreining og de reduserte kostnadene knyttet til for eksempel færre erstatningssaker, lavere erstatningsutbetalinger og færre ulovlige direkteanskaffelser generelt.

Arbeidsgruppen foreslår ikke å innføre et tilsyn for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. De økonomiske og administrative konsekvensene knyttet til det i NOU 2029:9 bortfaller derfor i arbeidsgruppens forslag og forslaget innebærer dermed ingen endringer som gir store økonomiske eller administrative konsekvenser sammenlignet med dagens situasjon.

19 Utkast til lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

Del 1 – Innledende bestemmelser

Kapittel 1 - Formål og virkeområde

§ 1-1 Formål

Formålet med loven er å styrke og opprettholde forsvarsevnen og landets sikkerhet. I tillegg skal loven fremme effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser. Med bærekraftig menes økonomisk, sosial og miljømessig bærekraft. Loven skal også bidra til at det offentlige opptrer på en tillitvekkende måte.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse. Det følger av bestemmelsen at lovens formål er firedelt. Hovedformålet til loven er å bidra til å styrke og opprettholde forsvarsevnen. I tillegg skal loven fremme effektiv og bærekraftig bruk av samfunnets ressurser. Effektiv bruk av samfunnets ressurser betyr både hva som er effektivt i den konkrete anskaffelsen, og for samfunnet i et større samfunnsmessig perspektiv. Effektive anskaffelser er også både kostnadseffektive og formålseffektive. Bærekraftige anskaffelser er anskaffelser som tar hensyn til både økonomi, miljø og sosiale hensyn. Begrepet økonomisk bærekraft tydeliggjør sammenhengen med effektivitet. Økonomisk bærekraft handler også om at anskaffelser skal gjennomføres på en måte som sikrer at offentlige ressurser brukes på en langsiktig og økonomisk ansvarlig måte. Sosial bærekraft tydeliggjør at effektivitet ikke skal gå på bekostning av overordnede krav til anstendige arbeidsforhold eller andre etiske og sosiale

krav i anskaffelsesloven eller øvrig regelverk. Miljømessig bærekraft sikter til at anskaffelsenes påvirkning på miljøet og klimaet skal være bærekraftig.

Loven skal også bidra til at det offentlige opptrer på en tillitvekkende måte. Bestemmelsen fremhever det offentliges ansvar for å unngå korrupsjon og kameraderi og annen kritikkverdig atferd som kan bidra til å undergrave allmennhetens tillit til at offentlige midler brukes i samsvar med formålet og regelverket.

§ 1-2 Hvilke anskaffelser som er omfattet av loven

(1) Denne loven får anvendelse på kontrakter med en antatt verdi over 300 000 kroner som tildeles på forsvars- og sikkerhetsområdet for

a. levering av militært materiell, herunder alle deler, komponenter og/eller delmontasjer til slikt materiell,

b. levering av gradert materiell, herunder alle deler, komponenter og/eller delmontasje til slikt materiell,

c. bygge- og anleggsarbeider, varer og tjenester direkte knyttet til utstyr omhandlet i bokstav a) og b) for deler av eller hele utstyrets livssyklus,

d. bygge- og anleggsarbeider og tjenester for særlige militære formål eller graderte bygge- og anleggsarbeider og graderte tjenester.

Bestemmelsen innfører delvis direktiv 2009/81/EF artikkel 2. Lovens avgrensning mot kontrakter under 300 000 kroner er en nasjonal regulering. Dette er den samme grensen som er foreslått for anskaffelsesloven, forsyningsloven og konsesjonskontraktsloven.

§ 1-3 Hvem loven gjelder for

(1) Loven gjelder for statlige myndigheter, fylkeskommunale og kommunale myndigheter, offentligrettslige organer og sammenslutninger med en eller flere slike oppdragsgivere.

(2) Loven gjelder også for offentlige foretak, og andre virksomheter som utøver en eller flere forsyningsaktiviteter som nevnt i kapittel 4 på grunnlag av en enerett eller særrett.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 1 nr. 17, som viser til definisjonen i direktiv 2004/18/EF artikkel 1 nr. 9 og direktiv 2004/17/EF aritkkel 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.2.1. Se også NOU 2023: 26 kapittel 8.2.3.

Bestemmelsen angir at loven gjelder for statlige myndigheter. Statlige myndigheter omfatter alle organer som utøver lovgivende, utøvende og dømmende makt. Departementer, direktorater, fylkesmenn og domstoler er eksempelvis alle å anse som statlige organer.

Bestemmelsen angir at loven gjelder for fylkeskommunale og kommunale myndigheter. På fylkeskommunalt og kommunalt nivå vil alle former for enheter innad i fylkeskommunal eller kommunal forvaltning være omfattet. Dette gjelder for eksempel skoler og sykehjem

Bestemmelsen gir loven anvendelse på offentligrettslige organer. Offentligrettslige organer er organer eller virksomheter som er organisert som egne rettssubjekter og som står i en nær tilknytning til det offentlige. Begrunnelsen for å inkludere disse er blant annet å hindre at andre hensyn enn rent forretningsmessige kan påvirke virksomhetens valg av leverandører.

Det er tre vilkår som må være oppfylte for at en virksomhet skal anses for å være et offentligrettslig organ. Det vises til fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 8.2.3 for det nærmere innholdet i vilkårene.

§ 1-4 Geografisk virkeområde

(1) Loven gjelder også for kontrakter som helt eller delvis skal oppfylles i utlandet, hvis kontrakten har tilstrekkelig nær tilknytning til EØS. En slik tilknytning foreligger dersom det er klart at den er av interesse for leverandører etablert i Norge eller andre deler av EØS.

(2) Departementet kan i forskrift bestemme at loven også skal gjelde for Svalbard, og fastsette særlige regler av hensyn til de stedlige forholdene.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og en kodifisering av rettspraksis knyttet til anskaffelsesdirektivenes geografiske virkeområde. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 7.

Første ledd fastslår at loven også kommer til anvendelse for kontrakter som helt eller delvis skal oppfylles utenfor EØS. Dette er en kodifisering av rettspraksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen. Loven får anvendelse for slike kontrakter dersom anskaffelsen har en tilstrekkelig nær tilknytning til EØS. Oppdragsgiver må gjøre en konkret vurdering av kontraktens tilknytning til EØS. Det foreligger en tilstrekkelig nær tilknytning dersom det er klart at den er av interesse for leverandører etablert i Norge eller andre deler av EØS.

Det skal være «klart» at kontrakten har en slik interesse, og dette betyr at ikke enhver mulig eller potensiell interesse fra aktører i EØS-området er tilstrekkelig. Kontrakten må ha en direkte innvirkning på hvordan det indre marked i EØS-fungerer. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 7 om de ulike momentene som kan inngå i en slik vurdering.

Andre ledd i bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse. Departementet får kompetanse til å bestemme at loven helt eller delvis skal gjelde for Svalbard. Det kan også gis særregler i den grad det er nødvendig for å tilpasse lovgivningen til de særlige forhold som gjør seg gjeldende for disse områdene.

§ 1-5 Rettighetshavere

(1) Rettighetshavere etter loven er virksomheter etablert

a. i Norge

b. i andre EØS-stater, i det omfang de har rettigheter etter EØS-avtalen

c. i en stat som er part til en annen internasjonal avtale som Norge er forpliktet av, i det omfang som følger av den aktuelle avtalen.

(2) Virksomheter som ikke omfattes av første ledd kan delta i konkurranser om offentlige kontrakter. Disse virksomhetene har likevel ikke rettighetene som følger av denne loven eller forskrifter fastsatt med hjemmel i loven.

Bestemmelsen gjennomfører forpliktelser etter EØS-avtalen og internasjonale forpliktelser. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.2.2. I tillegg vises det til NOU 2023: 26 kapittel 24.19.

Første ledd angir at virksomheter som er etablert i Norge, i andre EØS-stater, i en part til WTO-avtalen om offentlige innkjøp eller i en stat som er part til en annen internasjonal avtale som Norge er forpliktet av, er rettighetshavere etter loven. For alle andre enn virksomheter etablert i Norge er imidlertid statusen som rettighetshaver begrenset av de aktuelle avtalenes rekkevidde overfor Norge som part til dem.

Leverandører fra andre EØS-stater har uten videre status som rettighetshavere i anskaffelser over EØS-terskelverdi. Under EØS-terskelverdi vil eventuelle rettigheter til leverandører fra andre EØS-stater bero på om anskaffelsen gjelder varer eller tjenester som er omfattet av EØS-avtalens saklige virkeområde og om den aktuelle anskaffelsen har klar grensekryssende interesse, se nærmere om dette i NOU 2023: 26 kapittel 23.

Etablert i EØS betyr at virksomheten er opprettet i samsvar med lovgivningen i en EØS-stat og har sitt sete, hovedadministrasjon eller hovedforetak i en slik stat.

For leverandører etablert utenfor EØS må det gjøres en konkret vurdering av hvilke forpliktelser Norge har påtatt seg overfor leverandørens hjemstat. Den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.19 redegjør nærmere for vurderingen.

Andre ledd første punktum slår fast at virksomheter som ikke omfattes av første ledd likevel kan delta i konkurranser om offentlige kontrakter. Det er oppdragsgiver som avgjør om disse leverandørene kan delta i konkurransen eller ikke. I tilfeller hvor anskaffelsen utgjør en ikke ubetydelig risiko for at nasjonale sikkerhetsinteresser blir truet, kan Kongen i statsråd fatte nødvendige vedtak for å stanse anskaffelsen, jf. sikkerhetsloven § 2-5. Andre punktum slår fast at virksomhetene som ikke omfattes av første ledd ikke har rettigheter etter anskaffelsesloven med forskrifter. Rettsvirkningen av at oppdragsgiver bestemmer at en avtaleløs leverandør kan delta i konkurransen, er dermed at leverandøren gis mulighet til å delta i konkurransen så lenge oppdragsgiver finner dette hensiktsmessig. Leverandøren kan ikke påberope seg rettighetene som følger av nasjonalt anskaffelsesregelverk. Oppdragsgiver kan ikke tilkjenne avtaleløse leverandører status som rettighetshaver med bindende virkning.

For en nærmere gjennomgang av den tilsvarende foreslåtte bestemmelsen i anskaffelsesloven, se Prop. 147 L (2024-2025) punkt 13.4.4.

§ 1-6 Offentlighet

For allmennhetens innsyn i dokumenter knyttet til en anskaffelse etter denne lov gjelder offentleglova.

Bestemmelsen fastslår at offentleglova gjelder for allmennhetens innsyn i dokumenter som er knyttet til gjennomføringen av en anskaffelsesprosess. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.15.

§ 1-7 Taushetsplikt

(1) Reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven gjelder ved gjennomføringen av anskaffelser etter denne lov. For oppdragsgivere som ikke er omfattet av forvaltningsloven, gjelder forvaltningsloven § 13 tilsvarende.

(2) Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørene om å beskytte fortrolig eller gradert informasjon som gjøres tilgjengelig for dem i forbindelse med en anskaffelse.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 6 og 7. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.15.

Første ledd medfører at reglene om taushetsplikt i forvaltningsloven gjelder for alle oppdragsgivere, også oppdragsgivere som normalt ikke er omfattet av forvaltningsloven. Forvaltningsloven har regler om taushetsplikt i § 13.

Andre ledd synliggjør at oppdragsgiver kan stille krav til leverandørene om å beskytte fortrolig informasjon i forbindelse med anskaffelsesprosesser. Dette kan for eksempel være pålagt taushetsplikt, krav om leverandørklarering, krav om sikkerhetsklarering av personell, krav til oppbevaring av informasjon, tilgangsstyring eller lignende. Det er opp til oppdragsgiver å vurdere hvilke krav som er egnet og forholdsmessig i det enkelte tilfellet.

§ 1-8 Habilitet

(1) Ved gjennomføringen av en anskaffelse gjelder reglene om habilitet i forvaltningsloven §§ 6 til 10 og kommuneloven §§ 11-10 og 13-3. For oppdragsgivere som ikke er omfattet av forvaltningsloven, gjelder forvaltningsloven §§ 6 til 10 tilsvarende.

(2) Oppdragsgiver skal treffe egnede tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe tilfeller av inhabilitet.

Direktiv 2009/81/EF har ingen tilsvarende regel og bestemmelsen er nasjonal.

Første ledd konstaterer at forvaltningslovens alminnelige habilitetsregler kommer til anvendelse ved offentlige anskaffelser. Forvaltningslovens alminnelige habilitetsregler kommer i tillegg til de anskaffelsesrettslige bestemmelsene om rådgiverhabilitet i § 12-2. For oppdragsgivere som er omfattet av forvaltningsloven og kommuneloven, følger habilitetsregler av disse. For andre oppdragsgivere kommer forvaltningslovens bestemmelser tilsvarende til anvendelse.

Det følger av forvaltningsloven § 10 at habilitetsreglene også må overholdes av «enhver annen som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan».

Bestemmelsen retter seg mot gjennomføring av en anskaffelse. Dette gjelder hele perioden fra planleggingsfasen frem til kontraktsinngåelse. Habilitet må vurderes underveis i en anskaffelsesprosess, da det kan oppstå problemstillinger etter hvert som prosessen skrider frem og nye omstendigheter blir kjent.

Andre ledd angir at det vil være opp til oppdragsgiver å fastsette egnede tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe tilfeller av inhabilitet. Det å ha rutiner som sørger for at det opplyses om eventuelle bindinger hos ansatte eller innleide som er involvert i en anskaffelse kan være et egnet

tiltak. Hvis inhabilitet konstateres må det settes i verk tiltak som kan bøte på situasjonen ved at vedkommende som er inhabil for eksempel ikke deltar i saksbehandlingen, ikke har tilgang til dokumenter eller lignende. Hvis en overordnet er inhabil må ansvaret for å ta avgjørende beslutninger flyttes til en sideordnet eller overordnet, jf. forvaltningsloven § 6 tredje ledd. Tiltakene vil kunne variere ut fra tidspunkt i anskaffelsesprosessen, med tanke på muligheten for å utjevne eventuelle konkurransefordeler.

Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 24.18.

§ 1-9 Omgåelsesforbud

En anskaffelse må ikke utformes med det formål å utelukke den fra anvendelsesområdet til lovens bestemmelser.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 11 i FOSAD. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.12.

Kapittel 2 – Sikkerhetsanskaffelser, informasjonssikkerhet og forsyningssikkerhet

§ 2-1 Sikkerhetsgraderte anskaffelser

For sikkerhetsgraderte anskaffelser kommer lov 1. juni 2018 nr. 24 om nasjonal sikkerhet (sikkerhetsloven) til anvendelse i tillegg til reglene i denne loven.

§ 2-2 Informasjonssikkerhet

(1) I forbindelse med kontrakter som omfatter, krever og/eller inneholder klassifiserte opplysninger, skal oppdragsgiver i anskaffelsesdokumentene angi hvilke tiltak og krav som er nødvendige for å ivareta sikkerheten til slike opplysninger på det nivået som kreves.

(2) For dette formål kan oppdragsgiver kreve at tilbudet blant annet inneholder

a. en forpliktelse fra tilbyder og de underleverandørene som allerede er valgt, om at de på en egnet måte sikrer fortrolig behandling av alle klassifiserte opplysninger som de har i hende eller får kjennskap til i kontraktens løpetid og etter at kontrakten er gjennomført eller ikke lenger gjelder, i samsvar med relevante lover og forskrifter,

b. en forpliktelse fra tilbyder om å framskaffe forpliktelsen omhandlet i bokstav a) fra andre underleverandører som tilbyder vil benytte under utførelsen av kontrakten,

c. tilstrekkelige opplysninger om de underleverandører som allerede er valgt, slik at oppdragsgiver kan slå fast at hver av disse har den kapasiteten som er nødvendig for på en egnet måte å sikre fortrolig behandling av alle klassifiserte opplysninger de har tilgang til, eller som det kreves at de skal kunne legge fram når de utfører sin underleverandørvirksomhet,

d. en forpliktelse fra tilbyder om å kunne legge fram de opplysningene som kreves i henhold til bokstav c) for alle nye underleverandører, før en underleverandørkontrakt tildeles.

(3) De tiltakene og kravene som er omhandlet i annet ledd, skal være i samsvar med sikkerhetsloven. Oppdragsgiver skal godkjenne de sikkerhetsklareringene oppdragsgiver anser som likeverdige med dem som utstedes i samsvar med sikkerhetsloven, uten at dette berører oppdragsgivers mulighet til å gjennomføre og ta hensyn til ytterligere undersøkelser på egen hånd dersom dette anses som nødvendig.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 22. Direktivet benytter begrepet «klassifiserte opplysninger». I norsk rett tilsvarer det graderte opplysninger etter sikkerhetsloven. Av hensyn til en direktivnær gjennomføring, benyttes begrepet «klassifiserte» i lovteksten.

Tredje ledd i bestemmelsen har som formål å sikre gjensidig godkjenning av nasjonale sikkerhetsklareringer og mulighet for utveksling av klassifiserte opplysninger mellom oppdragsgivere og europeiske selskaper.

Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.15.

§ 2-3 Forsyningssikkerhet

(1) Oppdragsgiver skal i anskaffelsesdokumentene spesifisere sine krav til forsyningssikkerhet.

(2) Oppdragsgiver kan stille krav om:

a. sertifikat eller dokumentasjon på at leverandøren er i stand til å oppfylle de kontraktsrettslige forpliktelsene med hensyn til eksport, overførsel og transitt av varer, herunder også dokumentasjon fra rette myndighet i avsenderlandet,

b. opplysninger om eventuelle begrensninger for oppdragsgiver med hensyn til offentliggjøring av overførsel eller anvendelse av produktene og tjenestene eller et hvilket som helst resultat av disse produktene og tjenesteytelsene, og som er følge av eksportkontroll eller sikkerhetsordninger,

c. sertifikat eller dokumentasjon på at leverandørens forsyningskjede er av en slik organisatorisk karakter og geografisk beliggenhet at leverandøren kan oppfylle oppdragsgivers krav til forsyningssikkerhet,

d. 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,

e. at leverandøren skal etablere eller opprettholde den kapasitet som er nødvendig for å imøtekomme eventuelle større behov fra oppdragsgiver som følge av krise,

f. supplerende dokumentasjon fra leverandørens nasjonale offentlige myndigheter om oppfyllelse av krav om å kunne imøtekomme eventuelle større behov fra oppdragsgiver som følge av krise,

g. at leverandøren skal kunne sikre vedlikehold, modernisering og tilpasning av de varer som er omfattet av kontrakten,

h. at leverandøren skal varsle oppdragsgiver om enhver endring i organisasjon, forsyningskjede eller industristrategi som kan få følger for leverandørens forpliktelser,

i. 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.

(2) 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**.**

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 23. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.16.

Kapittel 3 - Samfunnshensyn

§ 3-1 Grønn omstilling

Oppdragsgiver skal ta hensyn til klima og miljø i alle anskaffelser for å redusere anskaffelsens samlede klimaavtrykk og miljøbelastning så langt det er forenelig med forsvars- og sikkerhetshensyn.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse og gjennomfører ingen direktivforpliktelser. Kravet om å ta hensyn til klima og miljø gjelder for alle anskaffelser som er omfattet av loven, jf. § 1-2. Det er opp til den enkelte oppdragsgiver å vurdere hvordan, og hvilke, klima- og miljøhensyn oppdragsgiver skal hensynta i den konkrete anskaffelsen.

Bestemmelsen angir også formålet om å redusere anskaffelsens samlede klimaavtrykk og miljøbelastning. Formålet medfører ingen konkrete plikter eller rettigheter, men skal fungere som en retningslinje for tolkning og anvendelse av bestemmelsen. Med klimaavtrykk menes den totale mengden klimagasser som direkte eller indirekte er sluppet ut på grunn av menneskelige aktiviteter, vanligvis uttrykt som tonn CO2-ekvivalenter. Med miljøbelastning menes naturinngrep, forurensning eller skade på naturmangfoldet. Med naturinngrep menes nedbygging av natur. Med skade på naturmangfoldet menes tap av ville planter, dyr og økosystemer. Forurensning innebærer i denne sammenhengen annen forurensning av luft, vann og jord enn klimagassutslipp, for eksempel lokal luftforurensning av vann og marine ressurser, avfall, kjemikalier og støy.

På forsvars- og sikkerhetsområdet vil miljø- og klimahensyn noen ganger komme i konflikt med forsvars- og sikkerhetsinteresser. Forpliktelsene til å hensynta klima og miljø gjelder derfor kun i den utstrekningen dette er forenelig med forsvars- og sikkerhetshensyn.

Det vises for øvrig til fremstillingen i kapittel 10.2.

§ 3-2 Kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår

(1) I tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter skal oppdragsgiver som nevnt i § 1-3 første ledd, stille kontraktsvilkår om at ansatte og innleide hos leverandør og underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten, minst har:

a. lønns- og arbeidsvilkår som er i samsvar med gjeldende forskrifter om allmenngjort tariffavtale gitt med hjemmel i lov 4. juni 1993 nr. 58 om allmenngjøring av tariffavtaler § 5, eller

b. lønns- og arbeidsvilkår som er i samsvar med bestemmelser om arbeidstid, lønn, herunder overtidstillegg, skift- og turnustillegg og ulempetillegg, og dekning av utgifter til reise, kost og losji i en gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje.

(2) Kravet gjelder når kontraktens verdi er lik eller overstiger kunngjøringsplikt for vare- og tjenestekontrakter.

(3) Oppdragsgiver skal i kontrakten kreve at leverandør og underleverandører på forespørsel dokumenterer overholdelse av kontraktsvilkåret.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse og er i samsvar med Nærings- og fiskeridepartementets forslag i Prp 147 L (2024-2025). Bestemmelsen viderefører i hovedsak forskrift av 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter mv., men med justert innslagspunkt. Det er også enkelte språklige og strukturelle endringer for å gjøre paragrafen mer brukervennlig, men endringene innebærer ikke realitetsendringer. Plikten til å føre kontroll med lønns- og arbeidsvilkår følger av § 3-6 og kravet til sanksjoner videreføres i § 3-11.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med § 3-3 om krav til lønns- og arbeidsvilkår i bygge- og anleggskontrakter og renholdskontrakter, samt § 3-7 som fastslår at Arbeidstilsynet eller Havindustritilsynet fører tilsyn med at oppdragsgivere etterlever pliktene etter denne bestemmelsen.

Paragrafen gjennomfører konvensjon om arbeidsklausuler i offentlige arbeidskontrakter (ILO-konvensjonen) nr. 94 i norsk rett.

Første ledd angir at oppdragsgiver i tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter skal stille kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår for ansatte og innleide hos leverandør og underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontraktsarbeidet. Bestemmelsen gjelder dermed kun arbeid som utføres på den aktuelle kontrakten med oppdragsgiver. Ansatte skal forstås på samme måte som arbeidstaker etter arbeidsmiljøloven § 1-8. Med innleide menes at arbeidstaker er ansatt i utleievirksomheten mens arbeidet utføres under ledelse av innleievirksomheten, som i denne sammenhengen vil være leverandør eller underleverandør, jf. arbeidsmiljøloven §§ 14-12 og 14-13. Det skal fremgå av anskaffelsesdokumentene at det stilles krav til lønns- og arbeidsvilkår.

Første ledd bokstav a fastslår at på områder som er dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale gitt med hjemmel i lov om allmenngjøring av tariffavtaler, skal det stilles krav til lønns- og arbeidsvilkår i samsvar med gjeldende forskrifter. Forskriften må dekke bransjen som kontraktsarbeidet omfattes av. De aktuelle lønns- og arbeidsvilkårene fremkommer av allmenngjøringsforskriftene.

Første ledd bokstav b fastslår at oppdragsgiver skal kreve lønns- og arbeidsvilkår som er i samsvar med gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje. Med lønns- og arbeidsvilkår menes i denne sammenheng bestemmelser om minste arbeidstid, lønn, herunder overtidstillegg, skift- og turnustillegg og ulempetillegg, og dekning av utgifter til reise, kost og losji, i den grad slike bestemmelser følger av tariffavtalen.

Angivelsen av de aktuelle lønns- og arbeidsvilkårene i første ledd bokstav b er uttømmende. Dette gjelder på områder som ikke er dekket av forskrift om allmenngjort tariffavtale. Dersom det ikke finnes en forskrift om allmenngjort tariffavtale på området, må oppdragsgiver sjekke om det finnes en landsdekkende avtale for bransjen som kontraktsarbeidet omfattes av.

Kontraktsvilkårene skal minst være i samsvar med gjeldende allmenngjøringsforskrifter eller landsomfattende tariffavtale.

Andre ledd fastslår at kravet gjelder for kontrakter med en verdi som er lik eller overstiger kunngjøringsplikt for vare- og tjenesteanskaffelser. Innslagspunktet for bygg- og anleggskontrakter skal dermed også følge kunngjøringsplikten for vare- og tjenestekontrakter. Kunngjøringsplikten for vare- og tjenestekontrakter reguleres i anskaffelsesforskriften.

Tredje ledd fastslår at oppdragsgiver i kontrakten skal kreve at leverandør og underleverandør, på forespørsel, må utlevere dokumentasjon som viser at kravene til lønns- og arbeidsvilkår som nevnt i første ledd bokstav a og b er oppfylt. Kontraktsvilkåret gir oppdragsgiver grunnlag for å be leverandør og underleverandører om å utlevere dokumentasjon som viser at kontraktsvilkåret er oppfylt. Denne plikten må vurderes i sammenheng med kravet til å gjennomføre nødvendig kontroll i § 3-6, og det vises til merknaden til denne bestemmelsen for nærmere informasjon om krav til kontroll og behandling av personopplysninger.

Bestemmelsen må videre ses i sammenheng med § 3-11 om sanksjoner, som innebærer at oppdragsgiver kan iverksette kontraktsrettslige sanksjoner ved brudd på leverandørens dokumentasjonsplikt.

Oppdragsgiver må i kontrakten med hovedleverandør sikre at tilsvarende krav som følger av første ledd bokstav a og b, samt kravet til dokumentasjon, kan gjøres gjeldende for ansatte og innleide hos underleverandører som utfører arbeid på kontrakten.

Forslaget er nærmere omtalt i Prp 147 L (2024-2025) punkt 9.1.4.

§ 3-3 Kontraktsvilkår om lønns- og arbeidsvilkår i bygge-, anleggs-, og renholdskontrakter

(1) I bygge- og anleggskontrakter og kontrakter om renholdstjenester skal oppdragsgiver som nevnt i § 1-3 første ledd, stille kontraktsvilkår om at ansatte og innleide hos leverandør og underleverandører som direkte medvirker til å oppfylle kontrakten har følgende:

a. obligatorisk tjenestepensjon i samsvar med lov om obligatorisk tjenestepensjon

b. HMS-kort i samsvar med krav til HMS-kort fastsatt i forskrifter gitt med hjemmel i arbeidsmiljøloven §§ 1-4 og 4-1 om HMS-kort på bygge- og anleggsplasser og godkjenning av renholdsvirksomheter og om kjøp av renholdstjenester.

(2) I bygge- og anleggskontrakter skal oppdragsgiver i tillegg stille kontraktsvilkår om informasjonsplikt og språkferdigheter i samsvar med krav om sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplasser fastsatt i forskrift gitt med hjemmel i arbeidsmiljøloven §§ 1-4 og 4-1 om sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplasser.

(3) Kravet gjelder når kontraktens verdi er lik eller overstiger kunngjøringsplikt for vare- og tjenestekontrakter.

(4) Oppdragsgiver skal i kontrakten kreve at leverandør og underleverandører på forespørsel dokumenterer overholdelse av kontraktsvilkårene.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse og er i samsvar med Nærings- og fiskeridepartementets forslag i Prp 147 L (2024-2025). Bestemmelsen viderefører i hovedsak forskrift av 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter mv. §§ 5b, 5c og 5d, med justert innslagspunkt. Plikten til å føre kontroll med lønns- og arbeidsvilkår videreføres i § 3-6, og kravet til sanksjoner videreføres i § 3-11. Bestemmelsen må videre ses i sammenheng med § 3-2 om krav til lønns- og arbeidsvilkår, samt § 3-7 som fastslår at Arbeidstilsynet og Havindustritilsynet fører tilsyn med at oppdragsgiver etterlever pliktene etter denne bestemmelsen.

Første ledd angir at paragrafen gjelder for kontrakter der leverandøren skal utføre bygge- eller anleggsarbeider, eller renholdstjenester omfattet av CPV-kode 90910000. Oppdragsgiver pålegges etter første ledd å stille kontraktsvilkår om krav til lønns- og arbeidsvilkår for ansatte og innleide hos leverandør og underleverandør som direkte medvirker til å oppfylle kontraktsarbeidet. Bestemmelsen gjelder kun arbeid som utføres på den aktuelle kontrakten med oppdragsgiver. Ansatte og innleide skal forstås på samme måte som i merknadene til § 3-2.

Kravet til obligatorisk tjenestepensjon i første ledd bokstav a gjelder i den utstrekning leverandøren er forpliktet til å ha en tjenestepensjonsordning etter lov 21. desember 2006 nr. 124 om obligatorisk tjenestepensjon (OTP-loven). Kravet til obligatorisk tjenestepensjon gjelder ikke for utenlandske virksomheter med utsendte arbeidstakere i Norge, jf. arbeidsmiljøloven § 1-7 og forskrift om utsendte arbeidstakere § 2. Foretak som kommer inn under OTP-lovens virkeområde må ha en tjenestepensjonsordning etter enten lov av 24. mars 2000 nr. 16 om foretakspensjon, lov av 24. november 2000 nr. 81 om innskuddspensjon i arbeidsforhold eller lov av 13. desember 2013 nr. 106 om tjenestepensjon.

Kravet til HMS-kort i første ledd bokstav b innebærer at oppdragsgiver skal stille kontraktsvilkår om at alle som utfører arbeid på bygge- og anleggsplassen skal ha HMS-kort etter forskrift 30. mars 2007 nr. 366 om HMS-kort på bygge- og kontraktsvilkår om HMS-kort for virksomheter som tilbyr renholdstjenester, som en del av ordningen med offentlig godkjenning av renholdsvirksomheter, jf. forskrift 8. mai 2012 nr. 408 om offentlig godkjenning av renholdsvirksomheter og om kjøp av renholdstjenester.

Andre ledd angir at for kontrakter der leverandøren skal utføre bygge- eller anleggsarbeider, plikter oppdragsgiver å stille kontraktsvilkår om informasjonsplikt og språkferdigheter i samsvar med forskrift 3. august 2009 nr. 1028 om sikkerhet, helse og arbeidsmiljø på bygge- eller anleggsplasser §§ 19 tredje ledd og 19a. Krav til informasjon skal sikre at den enkelte arbeidstaker på kontraktsarbeidet forstår viktig informasjon om planer og rutiner for sikkerhet, helse og arbeidsmiljø samt annen viktig sikkerhets- og verneinformasjon.

Kravet skal videre sikre at arbeidstakerne kan kommunisere slik at manglende kommunikasjon ikke utgjør en sikkerhetsrisiko.

Tredje ledd fastslår at kravet gjelder for kontrakter med en verdi som er lik eller overstiger kunngjøringsplikt for vare- og tjenestekontrakter. Innslagspunktet for bygge- og anleggskontrakter skal også følge kunngjøringsplikten for vare- og tjenestekontrakter.

Kunngjøringsplikten for vare- og tjenestekontrakter reguleres i anskaffelsesforskriften.

Fjerde ledd fastslår at oppdragsgiver i kontrakten skal kreve at leverandør og underleverandører, på forespørsel, dokumenterer at kontraktsvilkåret er oppfylt. Kontraktsvilkåret gir oppdragsgiver grunnlag for å be leverandør og underleverandører om å utlevere dokumentasjon som viser at

kontraktsvilkåret er oppfylt. Denne plikten må vurderes i sammenheng med kravet til å gjennomføre nødvendig kontroll i § 3-6. Oppdragsgiver må i kontrakten med hovedleverandør sikre at tilsvarende krav stilles til underleverandører. Bestemmelsen må også ses i sammenheng med § 3-11 om sanksjoner, som innebærer at oppdragsgiver kan iverksette kontraktsrettslige sanksjoner ved brudd på leverandørens dokumentasjonsplikt.

Oppdragsgiver må i kontrakten med hovedleverandør sikre at tilsvarende krav som følger av første, andre- og fjerde ledd kan gjøres gjeldende for ansatte og innleide hos underleverandører som utfører arbeid på kontrakten.

Forslaget er nærmere omtalt i Prp 147 L (2024-2025) punkt 9.1.4.

§ 3-4 Kontraktsvilkår om betaling av lønn og annen godtgjørelse via bank eller annet foretak med rett til å drive betalingsformidling

(1) I kontrakter om utførelse av bygge- og anleggsarbeider eller renholdstjenester skal oppdragsgiver som nevnt i § 1-3 første ledd, stille kontraktsvilkår om at lønn og annen godtgjørelse skal utbetales via bank eller annet foretak med rett til å drive betalingsformidling. Kravet gjelder utbetalinger til ansatte og innleide som direkte medvirker i utførelsen av arbeidet eller tjenesten.

(2) Kravet gjelder når kontraktens verdi er lik eller overstiger kunngjøringsplikt for vare- og tjenestekontrakter.

(3) Oppdragsgiver skal stille kontraktsvilkår om at leverandør og underleverandører på forespørsel dokumenterer overholdelse av kontraktsvilkåret.

(4) Alle avtaler leverandøren inngår om utføring av arbeid under kontrakten, skal inneholde tilsvarende bestemmelser.

(5) Unntaket for andre betalingsmåter i medhold av skatteloven § 6-51 tredje ledd gjelder så langt det passer.

(6) Unntaket i arbeidsmiljøloven § 14-15 annet ledd gjelder så langt det passer.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse og er i samsvar med Nærings- og fiskeridepartementets forslag i Prp 147 L (2024-2025). Bestemmelsen angir krav om kontraktsvilkår om betaling av lønn og annen godtgjørelse via bank eller annet foretak med rett til å drive betalingsformidling.

Første ledd fastsetter at kontraktsvilkåret om betaling gjelder for utførelse av bygge- og anleggsarbeider eller renholdstjenester. Plikten til å stille kontraktsvilkår gjelder kun renholdstjenester som er omfattet av CPV-kode 90910000.

Kravet til kontraktsvilkår om betaling via bank eller annet foretak med rett til å drive betalingsformidling gjelder betaling av lønn og annen godtgjørelse til ansatte og innleide hos leverandør og underleverandører, som direkte medvirker i forbindelse med utførelsen av bygge- og anleggsarbeider eller renholdstjenester. Begrepet utførelsen innebærer at betaling som ikke har tilknytning til utførelsen av kontrakten ikke omfattes av plikten. Betaling til generell administrasjon, planlegging, rådgivning og andre tilknyttede tjenester faller dermed utenfor.

Plikten til betaling via bank eller annet foretak med rett til å drive betalingsformidling gjelder ansatte og innleide hos både leverandør og underleverandører. Ansatte skal forstås på samme måte som arbeidstaker i § 1-8 i arbeidsmiljøloven. Med innleide menes at arbeidstaker er ansatt i utleievirksomheten mens arbeidet utføres under ledelse av innleievirksomheten, jf. arbeidsmiljøloven §§ 14-12 og 14-13.

Andre ledd angir at kravet gjelder for kontrakter som er lik, eller overstiger, verdien av kunngjøringsplikt for vare- og tjenestekontrakter. Innslagspunktet for bygge- og anleggskontrakter skal også følge kunngjøringsplikten for vare- og tjenestekontrakter. Kunngjøringsplikten for vare- og tjenestekontrakter fremgår av anskaffelsesforskriften.

Tredje ledd angir at oppdragsgiver i kontrakten skal kreve at leverandør og underleverandører på forespørsel dokumenterer overholdelse av kontraktsvilkåret. Denne plikten må vurderes i sammenheng med kravet til å gjennomføre nødvendig kontroll i § 3-6. Det er leverandør og underleverandører som må dokumentere at kontraktsvilkåret er oppfylt. Relevant dokumentasjon er for eksempel bankkontotransaksjon som viser betaler og mottakers navn, den aktuelle transaksjonens navn, dato og eventuelle andre spesifikasjoner. Se også merknaden til § 3-6 for nærmere informasjon om krav til kontroll og behandling av personopplysninger.

Fjerde ledd stiller krav om at alle avtaler leverandøren inngår om utføring av arbeid under kontrakten, skal inneholde tilsvarende bestemmelser. Leverandøren må derfor stille krav om at leverandørens avtaler med underleverandører som utfører arbeid, inneholder en plikt til å betale lønn og annen godtgjørelse til ansatte og innleide via bank eller annet foretak med rett til å drive betalingsformidling.

Femte ledd angir at unntaket for andre betalingsmåter i medhold av skatteloven § 6-51 tredje ledd gjelder så langt det passer. Skatteloven § 6-51 stiller vilkår for å få fradragsrett til at betaling skjer via bank eller annet foretak med rett til å drive betalingsformidling. Skatteloven § 6-51 tredje ledd innebærer at Finansdepartementet kan gi unntak fra første ledd, hvis sterke samfunnsmessige hensyn gjør det nødvendig. Dette kan være tilfelle «ved streik i finanssektoren, krise- eller beredskapssituasjoner, tekniske hindringer som vedvarer over noe tid, eksempelvis strømstans, dataproblemer hos Bankenes Betalingssentral, feil ved telekommunikasjon osv.», jf. Prop. 1 L (2009–2010) punkt 5.3.6.4. Hvis Finansdepartementet gjør et slik unntak fra kravet om betaling via bank, innebærer dette at oppdragsgiver for en periode kan fravike kontraktsvilkåret om betaling via bank eller annet foretak med rett til drive betalingsformidling.

Sjette ledd angir at unntaket i arbeidsmiljøloven § 14-15 andre ledd gjelder så langt det passer. Arbeidsmiljøloven § 14-15 gjør unntak fra plikten til å betale lønn og annen godtgjørelse via bank, hvis slik betalingsmåte er umulig eller svært byrdefull for arbeidstaker eller arbeidsgiver. Unntaket skal forstås strengt og forbeholdes spesielle tilfeller, og det er et viktig hensyn at unntaket ikke omfatter aktører som ønsker å profittere på lovbrudd, jf. Prop. 153 L (2020–2021) punkt 8.3.2.

Forslaget er nærmere omtalt i Prp 147 L (2024-2025) punkt 9.2.4.

§ 3-5 Kontraktsvilkår om bruk av lærlinger

(1) I tjenestekontrakter og kontrakter om bygge- og anleggsarbeider skal oppdragsgiver som nevnt i § 1-3 første ledd, stille kontraktsvilkår om at leverandør er tilknyttet en lærlingordning. Oppdragsgiver

skal også stille kontraktsvilkår om at minst ti prosent av arbeidet utføres av lærlinger, og at minst en av de som deltar i arbeidet med å oppfylle kontrakten skal være lærling.

(2) Kravene etter første ledd gjelder når følgende vilkår er oppfylt:

a. Kontraktens verdi er lik eller overstiger kunngjøringsplikt.

b. Kontrakten har en varighet på over tre måneder.

c. Kontraktens hovedelement omfatter arbeider der det er relevant å benytte arbeidskraft med fag- eller svennebrev.

d. Det er et særlig behov for læreplasser. Med dette menes at underdekningen på læreplasser er mer enn ti prosent av søkertallet til læreplasser innenfor et utdanningsprogram.

(3) Utenlandske leverandører kan oppfylle kontraktsvilkåret ved å benytte lærling fra en lærlingordning i opprinnelseslandet. Dersom opprinnelseslandet ikke har en lærlingordning, kan kontraktsvilkåret oppfylles ved å benytte praksiselev fra en opplæringsordning i opprinnelseslandet.

(4) Kravene etter første ledd gjelder ikke når et slikt kontraktsvilkår er uforholdsmessig sett hen til forsvars- og sikkerhetshensyn, kontraktens innhold, omfanget av arbeidet der det er relevant å benytte arbeidskraft med fag- eller svennebrev, eller av andre grunner.

(5) Kontraktsvilkåret er oppfylt dersom en leverandør som er tilknyttet en lærlingordning kan dokumentere ett av følgende forhold:

a. at det er gjort reelle forsøk på å inngå kontrakt med lærling uten å lykkes

b. at lærlingen ikke kan benyttes i kontraktsarbeidet på grunn av forhold med lærlingen, for eksempel at lærlingen ikke får nødvendig sikkerhetsklarering, og reelle forsøk på å inngå kontrakt med ny lærling ikke har lykkes.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse og viderefører i all hovedsak forskrift 17. desember 2016 nr. 1708 om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter og forskrift 22. januar 2025 nr. 60 om endring i forskrift om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter. Det er gjort enkelte språklige og strukturelle endringer for å gjøre bestemmelsen mer brukervennlig. Endringene innebærer ikke realitetsendringer. Bestemmelsen må ses i sammenheng med § 3-6 om kontroll og § 3-11 om sanksjoner.

Første ledd pålegger oppdragsgiver som nevnt i § 1-3 første ledd, å stille kontraktsvilkår om at leverandører er tilknyttet en lærlingordning. Oppdragsgiver skal videre stille krav om at minst ti prosent av arbeidet utføres av lærlinger, og at minst én av de som deltar i arbeidet med å oppfylle kontrakten skal være lærling. Kravet gjelder for tjenestekontrakter og kontrakter om bygge- og anleggsarbeider, se definisjonene i § 5-3. Kravet må være oppfylt på tidspunktet for oppstart av kontraktsarbeidene og trenger derfor ikke være oppfylt på tidspunkt for innlevering av tilbud. Kravet om bruk av lærlinger er rettet mot hovedleverandøren. Hovedleverandøren står fritt til å oppfylle vilkåret selv eller ved hjelp av underleverandør.

Kravet om at leverandøren skal være tilknyttet en lærlingordning, innebærer at leverandøren må være godkjent lærebedrift, enten i Norge eller i et annet land med lærlingordning.

Andre ledd oppstiller fire kumulative vilkår for når plikten til å stille kontraktsvilkår om bruk av lærlinger inntrer. Etter bokstav a må kontraktens verdi være lik eller overstige kunngjøringsplikt. Kunngjøringsplikten for tjeneste- og bygge- og anleggskontrakter reguleres i anskaffelsesforskriften. Beregning av anskaffelsens anslåtte verdi reguleres i anskaffelsesforskriften.

Bokstav b oppstiller som vilkår at kontrakten må ha en varighet på minimum tre måneder før plikten inntrer. Kontraktens varighet skal vurderes ut ifra den tiden de faktiske arbeidene tar fra oppstart til overlevering. Dette innebærer at tiden ikke skal beregnes fra signering av kontrakt til overtakelse.

Bokstav c oppstiller som vilkår at kontraktens hovedelement omfatter arbeider der det er relevant å benytte arbeidskraft med fag- eller svennebrev. Dersom verdien av tjenestene eller arbeidene som tilsier bruk av fagarbeider eller faglært svenn er høyere enn verdien av øvrige varer, tjenester eller arbeider som er omfattet av kontrakten, vil dette medføre at det er relevant å stille krav om bruk av lærlinger for tjenestene eller arbeidene. Vurderingen av kontraktens hovedelement skal gjøres etter reglene om blandede anskaffelser i anskaffelsesforskriften.

Bokstav d viser til at det må være et særlig behov for læreplasser. Særlig behov foreligger dersom underdekningen av læreplasser er mer enn ti prosent av søkertallet til læreplasser innenfor et utdanningsprogram.

Det fremgår av tredje ledd at utenlandske leverandører kan oppfylle kravet ved å benytte lærlinger fra en lærlingordning i opprinnelseslandet. Dersom opprinnelseslandet ikke har en lærlingordning, kan kravet oppfylles ved å benytte praksiselev fra en opplæringsordning i opprinnelseslandet.

I fjerde ledd fremgår det at kravene etter første ledd ikke gjelder når et slikt kontraktsvilkår er uforholdsmessig sett hen til kontraktens innhold, omfanget av arbeidet der det er relevant å benytte arbeidskraft med fag- eller svennebrev, eller av andre grunner. Bestemmelsen skal sikre at krav om bruk av lærlinger står i forhold til leveransen.

Det beror på en konkret helhetsvurdering om det er uforholdsmessig å stille kontraktsvilkår om bruk lærlinger. Det kan for eksempel være uforholdsmessig å stille krav om bruk av lærlinger dersom kontrakten gjelder arbeid som krever spesialisert kompetanse, eller av andre grunner ikke er egnet for lærlinger. Et annet eksempel er dersom anskaffelsen er en tjenestekontrakt hvor en betydelig del av kontraktsverdien knytter seg til materialkostnader. Forsvars- og sikkerhetshensyn kan også i det konkrete tilfellet tilsi at det er uforholdsmessig å benytte lærlinger ved kontraktsgjennomføringen. Kontraktens lave verdi eller korte varighet kan ikke alene medføre at det er uforholdsmessig å stille kontraktsvilkår om bruk av lærlinger, men er momenter som kan inngå i helhetsvurderingen.

Etter femte ledd bokstav a kan plikten anses oppfylt dersom leverandøren har gjort reelle forsøk på å inngå lærlingkontrakt uten å lykkes, og at dette dokumenteres. Formålet er å forhindre betydelig merarbeid, økte kostnader og forsinkelser dersom det viser seg at leverandøren ikke klarer å få lærlinger. Etter bokstav b skal plikten også anses oppfylt dersom leverandøren ikke kan benytte lærlingen på grunn av forhold som skyldes lærlingen. Dette kan gjelde i tilfeller der lærlingen ikke får nødvendig sikkerhetsklarering, har sluttet, blitt langvarig syk eller på andre måter ikke er tilgjengelig. Leverandøren må ha gjort forsøk på å inngå kontrakt med ny lærling. Bakgrunnen for dette er å forhindre betydelig merarbeid, økte kostnader og forsinkelser dersom det viser seg at leverandørene ikke klarer å få lærlinger.

Forslaget er nærmere omtalt i Prp 147 L (2024-2025) punkt 9.4.4.

§ 3-6 Krav til kontroll

Oppdragsgiver skal føre nødvendig kontroll av at kontraktsvilkårene som nevnt i §§ 3-2 første ledd, 3-3 første ledd, 3-4 og 3-5 overholdes. Risikovurderingen og etterfølgende dokumentasjonskontroll skal dokumenteres. Leverandører og underleverandører skal på forespørsel utlevere nødvendig dokumentasjon til oppdragsgiver for å dokumentere overholdelse av kontraktsvilkår som nevnt i §§ 3-2, 3-3 og 3-4.

Bestemmelsen viderefører i all hovedsak gjeldende regler om krav til å føre kontroll i forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter mv. § 7, og forskrift 17. desember nr. 1708 om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter § 9. Deler av bestemmelsen gjennomfører konvensjonsforpliktelser etter ILO 94-konvensjonen (kontroll i forlengelsen av forpliktelsen i § 3-2). Endringene i bestemmelsenes ordlyd er ment som en presisering, og innebærer ikke endringer i gjeldende rett.

Første ledd første punktum pålegger oppdragsgiver å føre nødvendig kontroll av om kontraktsvilkårene i §§ 3-2 første ledd, 3-3 første ledd, 3-4 og 3-5 overholdes. Plikten til å føre kontroll gjelder derfor ikke krav til informasjonsplikt og språkferdigheter i § 3-3 andre ledd. Kravet til nødvendighet legger føringer for innhold og omfang av kravet til kontroll. Med nødvendig kontroll menes at oppdragsgiver skal føre risikobasert kontroll, og oppdragsgiver må vurdere risikoen for brudd på kontraktsforpliktelsene. Utfallet av risikovurderingen avgjør om det er nødvendig med etterfølgende dokumentasjonskontroll av om kontraktsvilkårene overholdes. Videre fremgår det av første ledd andre punktum at risikovurderingen og eventuell etterfølgende dokumentasjonsbasert kontroll skal dokumenteres. Dette innebærer at oppdragsgiver i tilstrekkelig grad må sørge for å dokumentere kontrollen, i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper og arkivloven.

Andre ledd fastsetter at leverandør og eventuelle underleverandører, på forespørsel, skal utlevere nødvendig dokumentasjon til oppdragsgiver for å dokumentere overholdelse av kontraktsvilkårene etter §§ 3-2, 3-3 og 3-4. Med nødvendig dokumentasjon menes at dokumentasjonen må være egnet til å dokumentere oppfyllelse av de aktuelle kontraktsvilkårene. Personvernregelverket legger føringer for hvilke opplysninger oppdragsgiver og leverandør kan kreve å motta. Leverandøren kan kun utlevere, og oppdragsgiver kan kun motta, personopplysninger som er relevante og nødvendige for at oppdragsgiver kan kontrollere at de konkrete kontraktsforpliktelsene er oppfylt. Paragrafen sikrer at oppdragsgiver har tilstrekkelig behandlingsgrunnlag etter personvernforordningen for behandling av personopplysninger i forbindelse med kontroll på den aktuelle kontrakten.

Forslaget er nærmere omtalt i Prp 147 L (2024-2025) punkt 9.1.4.

§ 3-7 Tilsyn med krav til lønns- og arbeidsvilkår

(1) Arbeidstilsynet fører innenfor sitt myndighetsområde tilsyn med at pliktene etter §§ 3-2, 3-3 og 3-6 overholdes. Tilsynet gir pålegg og treffer enkeltvedtak som er nødvendige for gjennomføring av bestemmelsen. Arbeidsmiljøloven §§ 18-4, 18-5, 18-6 første, andre, sjette, sjuende og åttende ledd, samt §§ 18-7, 18-8 og 18-10, 18-10 a, 18-12 og 18-13 får tilsvarende anvendelse.

(2) Havindustritilsynet har innenfor sitt myndighetsområde tilsvarende tilsynsansvar og myndighet.

Bestemmelsen viderefører i hovedsak anskaffelsesloven § 6 tredje ledd.

Første ledd fastslår at Arbeidstilsynet fører tilsyn med at oppdragsgiver etterlever pliktene etter §§ 3-2, 3-3 og 3-6. Tilsynet gir pålegg og treffer enkeltvedtak som er nødvendige for gjennomføring av bestemmelsen.

Arbeidsmiljømyndighetenes tilsynsområder og virkemidler fremgår av første ledd andre punktum. Henvisningen til arbeidsmiljøloven §§ 18-4, 18-5, 18-6 første, andre, sjette, sjuende og åttende ledd samt §§ 18-7, 18-8, 18-10, 18-10 a, 18-12 og 18-13 innebærer at tilsynet vil kunne benytte de ordinære virkemidler etter arbeidsmiljøloven i tilsynsarbeidet, herunder gi pålegg, benytte tvangsmulkt, ilegge overtredelsesgebyr og helt eller del vis stanse en virksomhet. Arbeidstilsynet kan også kreve å få utlevert de opplysninger som de anser nødvendige for tilsynet. Etter forslag i Prop. 80 L (2024–2025) Endringer i arbeidsmiljøloven mv. (Arbeidstilsynets virkemidler), ble virkemidlene utvidet til også å omfatte inspeksjonsadgang, opplysningsplikt overfor tredjeparter, overtredelsesgebyr til fysiske personer, politibistand samt bevissikring.

Andre ledd fastslår at Havindustritilsynet innenfor sitt myndighetsområde har tilsvarende tilsynsansvar og myndighet som Arbeidstilsynet etter første ledd i paragrafen.

Forslaget er nærmere omtalt i Prp 147 L (2024-2025) punkt 9.1.4.

§ 3-8 Kontraktsvilkår om begrensning i antallet ledd i leverandørkjeden

(1) Oppdragsgiver skal stille kontraktsvilkår om at leverandør ikke har mer enn to ledd i leverandørkjeden under seg når leverandøren skal utføre bygge- og anleggsarbeider eller renholdstjenester.

(2) Kravet gjelder når kontraktens verdi er lik eller overstiger kunngjøringsplikt for vare- og tjenestekontrakter.

(3) Oppdragsgiver kan åpne for flere ledd i leverandørkjeden dersom det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse eller av forsvars- og sikkerhetshensyn. Det maksimale antallet ledd skal angis i kontrakten.

(4) Etter at kontrakt er inngått, kan oppdragsgiver godta flere ledd dersom det på grunn av uforutsette omstendigheter er nødvendig for å få gjennomført kontrakten.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse og regulerer begrensninger i antall ledd underleverandører i kontrakter om bygge- og anleggsarbeider eller renholdstjenester. Bestemmelse er ny innenfor regelverket for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Første ledd fastsetter at bestemmelsen gjelder for utførelse av bygge- og anleggsarbeider eller renholdstjenester. Plikten til å stille kontraktsvilkår gjelder kun renholdstjenester som er omfattet av CPV-kode 90910000. Bygge- og anleggskontrakter er definert i loven § 5-3. Begrensning i antallet ledd gjelder kun for arbeidet som knytter seg til utførelsen av renholdstjenester eller bygge- og anleggsarbeidene. Dermed gjelder begrensningen ikke det som knytter seg til planleggingen, herunder prosjektering, rådgivning og andre tilknyttede tjenester.

Det fremgår av første ledd at en leverandør maksimalt kan ha to ledd i leverandørkjeden under seg. Dette innebærer at det maksimalt kan være tre ledd i leverandørkjeden. Med antall ledd i

leverandørkjeden menes underleverandører i direkte kjede nedover, som gjør arbeid eller yter en tjeneste direkte til kontrakten. Bestemmelsen omfatter ikke vareleverandører eller sidestilte underleverandører med direkte kontrakt med hovedleverandøren. Innleid personell som inngår i underleverandørens arbeidsstokk anses ikke som et eget ledd i leverandørkjeden.

Det fremgår av andre ledd at kravet om begrensning i antall ledd i leverandørkjeden gjelder når kontraktens verdi er lik eller overstiger kunngjøringsplikt for vare- og tjenestekontrakter. Innslagspunktet for bygge- og anleggskontrakter skal også følge kunngjøringsplikten for vare- og tjenestekontrakter.

Tredje ledd gjør unntak fra kravet om maksimalt antall ledd dersom det er nødvendig for å sikre tilstrekkelig konkurranse eller av forsvars- og sikkerhetshensyn. Unntaksbestemmelsene skal tolkes strengt. Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse. Bestemmelsen er endret sammenlignet med gjeldende rett ved presiseringen av at oppdragsgiver kan åpne for flere ledd i leverandørkjeden, og at det maksimale antall ledd skal angis i kontrakten. Disse presiseringene er ikke ment å innebære realitetsendringer. Dette innebærer at det må være bestemt på forhånd om oppdragsgiver vil åpne for flere ledd i leverandørkjeden enn to. Oppdragsgiver bør i anskaffelsesdokumentene gi en begrunnelse for hvorfor flere ledd er nødvendig i den konkrete anskaffelsen, men dette er ikke satt som noe direkte krav i loven.

Et behov for flere ledd for å sikre tilstrekkelig konkurranse kan tenkes der oppdragsgiver vet at markedet enten ikke vil respondere eller at det ikke vil bli tilstrekkelig konkurranse dersom det ikke åpnes for lengre leverandørkjeder. Dette kan for eksempel være der markedet er organisert på en slik måte at flere ledd er vanlig. Bruk av unntaksbestemmelsen forutsetter dermed at oppdragsgiver har god kunnskap om markedet det skal gjøres innkjøp i.

Etter fjerde ledd åpnes det for at oppdragsgiver kan godkjenne flere leverandørledd også etter at kontrakt er inngått, dersom det inntreffer uforutsette omstendigheter. Unntaket skal forhindre at oppdragsgiver må gjennomføre en ny konkurranse hvis uforutsette omstendigheter tvinger frem et nytt leverandørledd for å få oppfylt kontrakten. Uforutsette omstendigheter kan for eksempel være at det oppdages forurensning i grunnen på en byggeplass, eller andre forhold som medfører behov for ekstra undersøkelser, sikringstiltak eller annet ekstra, uforutsett arbeid. Dersom det i slike tilfeller oppstår behov for å hente inn flere underleverandører med særskilt kompetanse, kan det være aktuelt å godta flere ledd.

Ved bruk av unntaksbestemmelsen bør oppdragsgiver være seg bevisst formålet med bestemmelsen om å begrense antallet ledd i leverandørkjeden; å motvirke arbeidslivskriminalitet. Dersom oppdragsgiver åpner for flere ledd i kontraktsfasen er det viktig med god kontroll og oversikt over både antall ledd og hva slags oppgaver de nye underleverandørene utfører.

Forslaget er nærmere omtalt i Prp. 147 L (2024-2025) punkt 9.3.4. Det vises også til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 18.

§ 3-9 Dokumentasjon av skatte- og avgiftsmessige forhold

(1) Oppdragsgiver skal kreve at den valgte leverandøren gjør tilgjengelig opplysninger eller fremviser attest for skatt og merverdiavgift som dokumenterer etterlevelse av skatte- og avgiftsmessige forhold. Dette gjelder kun for norske leverandører.

(2) Opplysningene eller attesten skal ikke være eldre enn seks måneder regnet fra den dato oppdragsgiver meddeler hvem som har vunnet kontrakten.

(3) Ved bygge- og anleggskontrakter skal leverandøren kreve at norske underleverandører gjør tilgjengelig opplysninger eller fremviser attest for skatt og merverdiavgift som dokumenterer etterlevelse av skatte- og avgiftsmessige forhold ved inngåelse av kontrakter i tilknytning til oppdraget som overstiger en verdi på 300 000 kroner eksklusive merverdiavgift.

(4) Brudd på leverandørens plikt etter tredje ledd til å kreve dokumentasjon gir oppdragsgiver rett til å kreve at leverandøren erstatter vedkommende underleverandør med en underleverandør som kan levere dokumentasjon av skatte- og avgiftsmessige forhold. Oppdragsgiver kan også kreve at leverandøren erstatter en underleverandør som ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter og avgifter. Eventuelle økonomiske krav fra underleverandører eller omkostninger for øvrig som følge av heving av avtaler med underleverandører i denne forbindelse, skal bæres av leverandøren.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse og viderefører i all hovedsak regelen i FOSA § 3-12. Det er gjort enkelte språklige og strukturelle endringer for å modernisere og gjøre bestemmelsen mer brukervennlig. Endringene innebærer ikke realitetsendringer. Bestemmelsen gjelder fra lovens innslagspunkt.

Første ledd første punktum angir at oppdragsgiver skal kreve at den valgte leverandøren gjør tilgjengelig opplysninger eller fremviser attest for skatt og merverdiavgift som dokumenterer etterlevelse av skatte- og avgiftsmessige forhold. Kravet gjelder kun for den valgte leverandøren.

Første ledd andre punktum spesifiserer at bestemmelsen kun gjelder for norske leverandører. Med norske leverandører menes virksomheter med norsk organisasjonsnummer. Avgrensningen har bakgrunn i at ikke alle land utsteder tilsvarende informasjon og attester.

Andre ledd stiller krav om at opplysningene eller attesten ikke skal være eldre enn seks måneder fra det tidspunktet oppdragsgiver meddeler hvem som har vunnet kontrakten. Dette er en endring fra dagens bestemmelse, der attestens alder skal beregnes fra det tidspunktet oppdragsgiver har angitt for innlevering av dokumentasjonen.

Tredje ledd pålegger leverandøren i bygge- og anleggsanskaffelser en plikt til å kreve at underleverandør tilgjengeliggjør eller fremviser attest for skatt og merverdiavgift som dokumenterer etterlevelse av skatte- og avgiftsmessige forhold. Plikten gjelder alle kontrakter i tilknytning til oppdraget som overstiger 300 000 kroner eksklusive merverdiavgift. I Prp. 147 L (2024-2025) påpekes det under merknadene til den tilsvarende bestemmelsen i forslag til endringer i anskaffelsesloven, at plikten gjelder alle kontrakter over terskelen som er nødvendige for å fullføre hovedforpliktelsen til oppdragsgiver. Det er ikke intuitivt å tolke inn en slik begrensning slik ordlyden er utformet. Bestemmelsen skal imidlertid forstås på samme måte som den tilsvarende bestemmelsen i forslag til anskaffelsesloven § 5l.

Fjerde ledd første punktum angir oppdragsgivers rett til å kreve at leverandøren erstatter en underleverandør som ikke leverer dokumentasjon som beskrevet i tredje ledd. Underleverandøren må erstattes med en som kan levere dokumentasjon av skatte- og avgiftsmessige forhold. Fjerde ledd andre punktum gir oppdragsgiver rett til å kreve at leverandøren erstatter en underleverandør som ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter og avgifter. Fjerde ledd tredje punktum angir at

eventuelle økonomiske krav eller omkostninger for øvrig som følge av heving av avtaler med underleverandører i denne forbindelse skal bæres av leverandøren.

Forslaget er nærmere omtalt i Prp. 147 L (2024-2025) punkt 9.5.4.

§ 3-10 Menneskerettigheter

Ved anskaffelser hvor det er risiko for brudd på grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold, bør oppdragsgiver stille krav eller kriterier for å motvirke at slike brudd oppstår.

Bestemmelsen er ny, men viderefører i hovedsak regelen i anskaffelsesloven § 5, men med en annen utforming enn tidligere.

Det fremgår av bestemmelsen at ved anskaffelser hvor det er risiko for brudd på grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold, bør oppdragsgiver stille krav eller kriterier for å motvirke at slike brudd oppstår. Bestemmelsen gjelder for alle anskaffelser som er omfattet av loven.

I vurderingen av om det foreligger risiko for brudd, må det dreie seg om mer enn en teoretisk risiko. Direktoratet for forvaltning og økonomistyring har utarbeidet en høyrisikoliste som kan benyttes for å identifisere produktkategorier med risiko for brudd på menneskerettigheter.

Grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold skal forstås på samme måte som i åpenhetsloven § 3 første ledd bokstav b og c.

Bestemmelsen gir en oppfordring til å stille krav eller kriterier, men ingen plikt. Oppdragsgiver må ved utforming av krav og kriterier følge regler som gjelder avhengig av hvilken type kontrakt anskaffelsen gjelder, og om verdien er under eller over EØS-terskelverdiene. For anskaffelser hvor verdien overstiger EØS-terskelverdiene, følger det for eksempel av lovens § 20-3 at tildelingskriterier skal ha tilknytning til leveransen. Der det stilles kontraktsvilkår, følger det av § 3-11 at det også må inntas egnede sanksjoner i kontrakten.

Der oppdragsgiver benytter krav eller kriterier etter bestemmelsen, skal disse stilles med det formål å motvirke brudd på grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold. Dette kan for eksempel være krav eller kriterier som har til formål å forebygge, hindre eller redusere risikoen for slike brudd. Det kreves dermed ikke at de faktisk motvirker brudd på grunnleggende menneskerettigheter og anstendige arbeidsforhold.

Forslaget er nærmere omtalt i Prp. 147 L (2024-2025) punkt 10.4. Det vises for øvrig til den generelle fremstillingen i kapittel 10.3.

§ 3-11 Krav om sanksjoner for brudd på kontraktsvilkår om samfunnshensyn

Der oppdragsgiver skal, eller har valgt, å innta kontraktsvilkår for å ivareta samfunnshensyn etter reglene i dette kapitlet, skal oppdragsgiver i kontrakten innta egnede sanksjoner for leverandørens eller underleverandørens brudd på kontraktsvilkårene.

Deler av bestemmelsen gjennomfører konvensjonsforpliktelser etter ILO 94-konvensjonen (sanksjoner i forlengelsen av forpliktelsen i § 3-2). Det følger av bestemmelsen at kontrakten skal inneholde egnede sanksjoner for brudd på kontraktsvilkår som ivaretar forpliktelsene etter kapittel 3 i loven.

Enkelte av bestemmelsene i kapittel 3 pålegger oppdragsgiver å stille kontraktsvilkår (§§ 3-2 til 3-5), og i disse tilfellene krever § § 3-11 at oppdragsgiver inntar egnede sanksjoner i kontrakten. Også i andre tilfeller der oppdragsgiver velger å stille kontraktsvilkår for å ivareta samfunnshensyn nevnt i kapittel 2 krever § 3-11 at dette må følges opp med egnede sanksjoner. Dette kan for eksempel være kontraktskrav for å motvirke brudd på grunnleggende menneskerettigheter i henhold til § 3-10.

Egnede sanksjoner innebærer at sanksjonene som velges skal påvirke leverandøren til å oppfylle forpliktelsene. Sanksjonene skal stå i forhold til kontraktsbruddets alvorlighet, og være nødvendige for å sikre overholdelse av kontrakten.

Oppdragsgiver må i kontrakten med hovedleverandør sikre at tilsvarende krav stilles til eventuelle underleverandører.

Forslaget er nærmere omtalt i Prp. 147 L (2024-2025) punkt 12.4. Det vises videre til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 21.

Del II Anskaffelser under EØS-terskelverdi

Kapittel 4 – Anskaffelser under EØS-terskelverdi

§ 4-1 Anskaffelser under EØS-terskelverdi

(1) Ved anskaffelser under EØS-terskelverdi skal oppdragsgiver sikre at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår. Dette kan for eksempel skje ved at oppdragsgiver

a. gjennomfører en markedsundersøkelse, og på grunnlag av denne innhenter tilbud,

b. innhenter to eller flere tilbud eller

c. annonserer anskaffelsen, for eksempel på en relevant nettside eller ved frivillig kunngjøring i Doffin.

(2) Hvis oppdragsgiver etter første ledd mottar mer enn ett tilbud skal oppdragsgiver samtidig underrette alle leverandører som har inngitt tilbud om hvilken leverandør som har vunnet. Etter anmodning skal oppdragsgiver begrunne beslutningen.

(3) Oppdragsgiver skal sikre at bruken av mulighetene i første ledd ikke over tid medfører favorisering av en eller et fåtall av leverandører.

(4) Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper, herunder sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir tilbud.

Bestemmelsen er nasjonal, og er ikke gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 11 samt NOU 2023: 26 kapittel 22.

Når det gjelder anskaffelsens antatte verdi må oppdragsgiver gjøre en forsvarlig vurdering av hvilken verdi kontrakten vil ha. Hvis kontrakten ligger nært opp til EØS-terskelverdi, bør vurderingen foretas etter lovens bestemmelser i del III §§ 7-3 til 7-7 del III, slik at oppdragsgiver kan være trygg på at

direktivets beregningsregler ikke medfører at direktivet får anvendelse. Hvis kontrakten ligger lengre unna EØS-terskelverdi er det tilstrekkelig at oppdragsgiver gjør en fornuftig beregning eller estimering av kontraktens verdi, og at det tas hensyn til relevante opplysninger som oppdragsgiver kjenner til på det aktuelle tidspunktet.

Bestemmelsen gjelder for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Bestemmelsen gjelder ikke for anskaffelser under lovens innslagspunkt, jf. § 1-2.

Ved gjennomføringen av anskaffelser under EØS-terskelverdi skal oppdragsgiver sikre at anskaffelsen skjer på markedsmessige vilkår. Dette innebærer at valgt leverandør skal kunne levere det beste tilbudet ut fra oppdragsgivers definerte behov i det enkelte tilfellet. Hva som anses som det beste tilbudet kan både relatere seg til pris/kostnad og kvalitet.

I lovteksten er det angitt tre eksempler på alternative fremgangsmåter for å sikre markedsmessige vilkår.

Etter bokstav a kan oppdragsgiver gjennomføre en markedsundersøkelse og på grunnlag av denne innhente tilbud.

Etter bokstav b kan oppdragsgiver innhente to eller flere tilbud. Oppdragsgiver står fritt til å velge hvordan tilbudene innhentes og hvilke krav som eventuelt stilles til tilbudene. Bestemmelsen legger ingen ytterligere plikter eller begrensninger på oppdragsgiver, og oppdragsgiver står således fritt til å organisere konkurransen slik som vedkommende finner formålstjenlig. Oppdragsgiver kan benytte markedsdialog, inngå rammeavtaler, forhandle, og innhente informasjon eller dokumentasjon som mangler med videre.

Etter bokstav c kan oppdragsgiver annonsere informasjon om anskaffelsen, enten på egen nettside eller gjennom en frivillig kunngjøring på Doffin. Det stilles i lovbestemmelsen ingen krav til innholdet av kunngjøringen, slik at oppdragsgiver står fritt til å innrette prosessen etter hva som er tjenlig og effektivt i det enkelte tilfellet.

Andre ledd pålegger oppdragsgiver å orientere de leverandørene som har deltatt om hvilken leverandør som har vunnet, og de samme leverandørene kan anmode om en nærmere begrunnelse for hvorfor den aktuelle leverandøren vant.

Tredje ledd pålegger oppdragsgiver å sikre at bruk av mulighetene i første ledd over tid ikke fører til favorisering av en eller et fåtall av leverandører. Dette skal hindre at oppdragsgiver spør de samme tre leverandører hver gang, men i stedet forsøker å fordele oppdragene ut på flere aktuelle leverandører. At oppdragsgiver skal påse dette legger ansvaret på oppdragsgiver, og oppdragsgiver kan for eksempel sikre dette med tilstrekkelige interne rutiner i sin innkjøpsvirksomhet. Oppdragsgiver har imidlertid frihet til å finne en hensiktsmessig måte å ivareta dette på.

Begrepet «over tid» må forstås i lys av de konkrete omstendighetene, kontraktens art og det aktuelle leverandørmarkedet.

Fjerde ledd stiller krav om at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Dette er en henvisning til de offentligrettslige skrankene som gjelder for offentlige myndigheter, og de viktigste fremgår av lovteksten, forutberegnelighet og likebehandling.

Oppdragsgiver skal sikre en lik behandling av aktørene som deltar, men i motsetning til det EØS-rettslige likebehandlingsprinsippet, gjelder kravet om lik behandling etter denne bestemmelsen bare

de leverandørene som deltar i en aktuell konkurranse. Oppdragsgiver skal behandle disse likt, med mindre det foreligger objektive grunner som tilsier noe annet.

Femte ledd pålegger oppdragsgiver å offentliggjøre at kontrakt er inngått. Oppdragsgiver kan selv velge hvordan dette offentliggjøres, for eksempel gjennom nyhetsoppslag på egen hjemmeside eller i lokal avis. Oppdragsgiver kan også benytte frivillig kunngjøring i Doffin for dette formål.

§ 4-2 Anskaffelser under EØS-terskelverdi med klar grensekryssende interesse

(1) Ved anskaffelser under EØS-terskelverdi som likevel har klar grensekryssende interesse innen EØS, som følge av særlige forhold knyttet til anskaffelsens karakter og leverandørmarkedet, skal oppdragsgiver

a. annonsere kontrakten

b. fastsette en fremgangsmåte for tildeling av kontrakten og gjøre denne kjent for interesserte leverandører

c. underrette alle deltakere i konkurransen om utfallet, herunder også begrunnelsen for en eventuell avlysning.

(2) Bestemmelsen gjelder bare for anskaffelser av varer og tjenester som omfattes av EØS-avtalens hoveddel.

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivforpliktelse, men kodifiserer forpliktelsene som følger av EØS-avtalens hoveddel for anskaffelse under EØS-terskelverdi som har klar grensekryssende interesse. Bestemmelsen gjelder bare ved anskaffelser av varer, og tjenester som omfattes av EØS-avtalens hoveddel, jf. andre ledd. Viktigst i praksis er avgrensningen i EØS-avtalen artikkel 8 om hvilke varer som omfattes av reglene om fri vareflyt i EØS.

Bestemmelsen er en særbestemmelse, og vil supplere reglene i § 4-1 dersom det foreligger klar grensekryssende interesse. Den praktiske betydningen vil variere avhengig av hvilke regler som uansett gjelder for den aktuelle anskaffelsen, uavhengig av EØS-retten.

Vurderingen av om en anskaffelse har klar grensekryssende interesse skal vurderes ut fra den konkrete kontrakten, og det vises til vurderingspunktene som er omtalt i den generelle fremstillingen i kapittel 11.3.

Hvis en anskaffelse har klar grensekryssende interesse, skal oppdragsgiver:

Etter bokstav a annonsere kontrakten. Dette kan for eksempel skje ved annonsering på oppdragsgivers hjemmeside, regionale eller nasjonale aviser, bransjenettsteder eller frivillig kunngjøring i Doffin eller TED.

Etter bokstav b skal oppdragsgiver fastsette en fremgangsmåte for kontrakten, og gjøre denne kjent for interesserte leverandører. Dette betyr at oppdragsgiver i annonseringen av kontrakten også må redegjøre for hvordan konkurransen skal gjennomføres. Oppdragsgiver velger selv hvordan konkurransen skal gjennomføres.

Etter bokstav c skal oppdragsgiver underrette alle som deltar i konkurransen om hva som ble utfallet og dersom konkurransen endte opp med å bli avlyst skal leverandørene som deltok også få beskjed om dette.

Del III Anskaffelser over EØS-terskelverdi

Kapittel 5 - Virkeområde og definisjoner

§ 5-1 Virkeområde

(1) Reglene i denne delen av loven gjennomfører direktiv 2009/81/EF i norsk rett, og får anvendelse hvis verdien av anskaffelsen overstiger terskelverdiene i kapittel 7.

Bestemmelsen klargjør virkeområdet til reglene i lovens del III, og synliggjør at del III er gjennomføring av EØS-rettslige forpliktelser. Bestemmelsen skal ikke tolkes antitetisk, det vil si at også bestemmelser i del I og II vil kunne gjennomføre EØS-rettslige forpliktelser.

Bestemmelsen innebærer at anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider skal følge del III dersom anskaffelsens verdi er over EØS-terskelverdien. I så måte gjennomfører bestemmelsen direktiv 2009/81/EF artikkel 15 om prioriterte tjenester. Det følger av § 5-2 at ved uprioriterte tjenester er det få bestemmelser i del III som kommer til anvendelse.

§ 5-2 Virkeområdet for uprioriterte tjenester

(1) Dersom oppdragsgiver skal inngå kontrakter som gjelder uprioriterte tjenester som angitt i direktiv 2009/81/EF vedlegg II, gjelder kun følgende regler:

a. Kapittel 15 om kravspesifikasjoner

b. § 16-3 om kunngjøring av konkurranseresultatet

c. § 10-1 om de grunnleggende prinsippene

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 16. Bestemmelsen innebærer at det ikke foreligger kunngjøringsplikt for uprioriterte tjenester selv om verdien av anskaffelsen overstiger EØS-terskelverdiene fastsatt i § 7-1. Det er videre kun enkelte regler i del III som må følges for kontrakter om uprioriterte tjenester.

Oppdragsgiver skal ved gjennomføringen av anskaffelsen, følge de grunnleggende prinsippene i § 10-1.

§ 5-3 Definisjoner

I loven menes med

a. kontrakt: gjensidig bebyrdende kontrakt som inngås skriftlig mellom én eller flere leverandører og én eller flere oppdragsgivere, og som gjelder utførelse av bygge- og anleggsarbeider, levering av varer eller yting av tjenester,

b. bygge- og anleggskontrakter: kontrakter som gjelder ett av følgende

i. utførelse eller både prosjektering og utførelse av bygge- og anleggsarbeid i tilknytning til én av virksomhetene definert i næring 45 i CPV,

ii. oppføring eller både prosjektering og oppføring av et bygg

iii. oppføring, uansett på hvilken måte, av et bygg som oppfyller kravene fastsatt av den offentlige oppdragsgiveren som har en avgjørende innflytelse på typen eller prosjekteringen av bygget.

d. bygg: resultatet av bygge- og anleggsarbeid eller ingeniørarbeid sett under ett, som i seg selv er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon,

e. varekontrakt: kontrakt som gjelder innkjøp, leasing, leie eller kjøp på avbetaling, med eller uten en kjøpsopsjon, av varer. En varekontrakt kan også omfatte monterings- og installasjonsarbeid,

f. tjenestekontrakt: offentlige kontrakter som gjelder yting av tjenester, bortsett fra de tjenestene som er nevnt i bokstav b,

g. leverandør: enhver fysisk eller juridisk person, eller en enhet eller gruppe av slike personer og/ eller enheter, herunder midlertidige sammenslutninger av foretak, som på markedet tilbyr utførelse av bygge- og anleggsarbeid og/eller oppføring av bygg, levering av produkter eller tjenesteyting

h. militært materiell: utstyr spesielt utformet eller tilpasset til militære formål og bestemt til bruk som våpen, ammunisjon eller krigsmateriell

i. gradert utstyr, gradert bygge- og anleggsarbeider og graderte tjenester: utstyr, bygge- og anleggsarbeider og tjenester til sikkerhetsformål som involverer, krever og/eller omfatter følsomme opplysninger.

j. klassifiserte opplysninger: opplysninger eller utstyr uansett form, art eller fremsendelsesmetode, som er tildelt et graderingsnivå eller et beskyttelsesnivå, og som av hensyn til den nasjonale sikkerhet og i overensstemmelse med lov eller administrativt fastsatte bestemmelser i den berørte medlemsstat krever beskyttelse mot urettmessig anvendelse, tilintetgjørelse, fjerning, offentliggjøring, tap eller tilgang for uautoriserte personers eller andre former for lekkasje.

k. krise: enhver situasjon i en medlemsstat eller et tredjeland, hvor der er inntrådt en skadevoldende begivenhet, hvis omfang klart overstiger omfanget av hverdagens skadevoldende begivenheter, og som i vesentlig grad truer eller innvirker negativt på menneskers liv og helbred eller har en betraktelig innvirkning på eiendomsverdier eller krever foranstaltninger for å forsyne befolkningen med livsnødvendigheter. En krise foreligger videre dersom en slik skadevoldende begivenhet anses for umiddelbart forestående; væpnet konflikter og krig betraktes som kriser i denne lovens forstand.

l. tilknyttede virksomheter: virksomheter som valgt leverandør direkte eller indirekte kan øve bestemmende innflytelse over, eller virksomheter som kan utøve bestemmende innflytelse på valgt leverandør, eller som i likhet med valgt leverandør er underlagt en annen virksomhets bestemmende innflytelse i kraft av eiendomsrett, kapitalinteresser eller reglene for virksomheten.

Bestemmende innflytelse fra et foretak antas å foreligge når det i forhold til et annet foretak enten direkte eller indirekte:

- innehar størstedelen av foretakets tegnede kapital,

- kontrollerer et flertall av stemmene knyttet til aksjer utstedt av foretaket, eller

- kan utpeke mer enn halvparten av medlemmene i foretakets administrasjons-, ledelses- eller

kontrollorganer,

m. anskaffelsesdokument: ethvert dokument som er utarbeidet eller vises til av den offentlige oppdragsgiveren for å beskrive eller bestemme elementer i innkjøpet eller framgangsmåten, herunder kunngjøringen av konkurranse, den veiledende kunngjøringen dersom den benyttes som metode for utlysing av konkurranse, de tekniske spesifikasjonene, det beskrivende dokumentet, foreslåtte kontraktsvilkår, formater for framlegging av dokumenter, opplysninger om alminnelige forpliktelser samt eventuelle ytterligere dokumenter,

n. skriftlig: ethvert uttrykk som består av ord eller tall som kan leses, reproduseres og deretter kommuniseres, herunder opplysninger som sendes og lagres ved hjelp av elektroniske midler,

o. elektroniske midler: elektronisk utstyr til behandling (herunder digital komprimering) og lagring av data som sendes, overføres og mottas via kabel, radiobølger, med optiske midler eller med andre elektromagnetiske midler,

p. livssyklus: de påfølgende og sammenhengende fasene som et produkt gjennomgår, herunder forskning og utvikling som skal utføres, produksjon, handel og handelsvilkår, transport, bruk og vedlikehold, som inngår i levetiden til produktet eller bygge- og anleggsarbeidene eller tjenesteytingen, fra anskaffelse av råstoff eller opparbeiding av ressurser til sluttbehandling, rehabilitering og tjenestens eller anvendelsens avslutning,

q. sivile innkjøp: kontrakter som ikke er underlagt lovens § 1-2, som omfatter innkjøp av ikke-militære produkter, bygge- og anleggsarbeider eller tjenester for logistikkformål, og som er inngått i samsvar med vilkårene som er nærmere angitt i kapittel 6.

Bestemmelsen innfører delvis definisjonene i direktiv 2009/81/EF artikkel 1.

Hva gjelder klassifiserte opplysninger, dekker dette mer enn det som er gitt et graderingsnivå etter sikkerhetsloven, det dekker også andre typer beskyttelsesnivå i medhold av lov eller instruks av hensyn til nasjonal sikkerhet.

Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.2 samt for definisjoner som er felles med lov om offentlige anskaffelser NOU 2023: 9 kapittel 24.2.

Kapittel 6 – Blandede anskaffelser

§ 6-1 Blandede anskaffelser

(1) Reglene i § 6-2 gjelder for blandede anskaffelser som er omfattet av direktiv 2009/81/EF.

(2) Reglene i § 6-3 og § 6-4 gjelder for blandede anskaffelser som er omfattet av anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet, konsesjonskontraktsdirektivet og direktiv 2009/81/EF eller delvis er unntatt fra disse lovenes virkeområde.

Bestemmelsen er en overordnet bestemmelse som henviser oppdragsgiver videre til relevante bestemmelser ut fra hvilke direktiver som er aktuelle i den blandede anskaffelsen. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.10.

§ 6-2 Blandede anskaffelser som inneholder kontrakter som er omfattet av direktiv 2009/81/EF

(1) Kontrakter som innebærer en kombinasjon av flere typer ytelser (varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider) skal inngås etter reglene som gjelder for ytelsen som utgjør kontraktens hovedgjenstand.

(2) Hvis en blandet anskaffelse består av forskjellige typer tjenester, skal hovedformålet fastsettes i overensstemmelse med den høyeste anslåtte verdi. Det samme gjelder for kontrakter som både innebærer varer og tjenester.

Bestemmelsens første ledd er ikke innført i direktiv 2009/81/EF, men er en kodifisering av EU-domstolens praksis. Annet ledd er en gjennomføring av direktiv 2009/81/EF artikkel 17.

Første ledd angir at når en kontrakt innebærer en kombinasjon av flere typer ytelser, skal oppdragsgiver følge reglene som gjelder for den ytelsen som utgjør kontraktens hovedgjenstand. Oppdragsgiver må foreta en konkret vurdering og må i denne vurderingen se hen til hva som er kontraktens hovedgjenstand og hva som er tilstøtende ytelser. Det er flere momenter som kan være relevante i en slik vurdering, og verdi og omfang av de ulike ytelsene er ett av flere relevante momenter.

Andre ledd angir konkret at det er den høyeste verdien som skal bestemme hva som er hovedgjenstand i en kontrakt når det er tale om en blandet anskaffelse som består av flere forskjellige typer tjenester eller en kontrakt som både omfatter varer og tjenester.

§ 6-3 Blandede anskaffelser som er omfattet av flere direktiver eller delvis er unntatt fra direktivenes virkeområde

(1) En oppdragsgiver som skal anskaffe ytelser som delvis er omfattet av anskaffelsesdirektivet, forsyningsdirektivet eller konsesjonskontraktsdirektivet, og delvis omfattet av forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet, kan velge å inngå

a. separate kontrakter etter reglene som gjelder for den enkelte kontrakten, eller

b. en samlet kontrakt, dersom dette kan rettferdiggjøres av objektive grunner.

(2) Denne loven kommer ikke til anvendelse på kontrakter hvor hele eller deler av anskaffelsen kan unntas denne loven, lov om offentlige anskaffelser og lov om anskaffelser i forsyning.

(3) Tildeling av én enkelt kontrakt i stedet for delkontrakter, skal ikke foretas i den hensikt å unnta kontrakten fra denne loven, lov om offentlige anskaffelser eller lov om anskaffelser i forsyningssektorene.

Bestemmelsen gjennomfører delvis direktiv 2009/81/EF artikkel 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.10.

§ 6-4 Blandede anskaffelser der oppdragsgiver velger å inngå en samlet kontrakt

Hvis oppdragsgiver velger å inngå en samlet kontrakt, gjelder følgende

a. hvis deler av en kontrakt er omfattet av EØS-avtalen artikkel 123, kan kontrakten tildeles uten at reglene i denne loven følges.

b. hvis deler av kontrakten er omfattet av denne loven, skal anskaffelsen følge reglene i denne loven.

Bestemmelsen gjennomfører delvis direktiv 2009/81/EF artikkel 3. I tillegg viser bestemmelsen at loven ikke kommer til anvendelse dersom kontrakten er omfattet av EØS-artikkel 123. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.10.

Kapittel 7 – Terskelverdier

§ 7-1 Terskelverdier

Loven del III gjelder for kontrakter med en anslått verdi lik eller høyere enn

a. 4,6 millioner kroner for varekontrakter og tjenestekontrakter

b. 57,8 millioner kroner for bygge- og anleggskontrakter

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 8. Alle terskelverdiene er eksklusive mva. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.2.7.

§ 7-2 Utgangspunkter for beregning av anskaffelsens verdi

(1) Oppdragsgiver skal beregne kontraktens verdi på grunnlag av et anslag over den samlede betalingen eksklusive merverdiavgift, inkludert enhver form for opsjon som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene, og eventuelle fornyelser av kontrakten som er angitt i anskaffelsesdokumentene. Eventuelle betalinger eller premier til leverandørene skal tas med i beregningen.

(2) Beregningen skal være forsvarlig på tidspunktet for kunngjøringen av konkurransen. For anskaffelser som ikke krever kunngjøring, skal beregningen være forsvarlig på det tidspunktet oppdragsgiver innleder anskaffelsesprosessen.

(3) Dersom oppdragsgiver består av flere atskilte driftsenheter, skal den samlede anslåtte verdien for alle driftsenhetene legges til grunn for beregningen. Dette gjelder likevel ikke når en driftsenhet selv er ansvarlig for sine anskaffelser eller visse kategorier anskaffelser.

(4) Oppdragsgiver skal ikke velge beregningsmåte eller dele opp en kontrakt med det formål å unnta kontrakten fra forskriften.

Bestemmelsens første, andre og fjerde ledd gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 9 nr. 1 til 3. Tredje ledd i bestemmelsen gjenfinnes ikke i direktiv 2009/81/EF og er en kodifisering av gjeldende rett. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.2.8.

§ 7-3 Beregning av verdi ved visse former for anskaffelser

(1) Ved rammeavtaler skal oppdragsgiver legge til grunn den maksimale verdien av alle kontraktene som oppdragsgiver forventer å inngå i løpet av avtalens eller ordningens varighet.

(3) Ved bygge- og anleggskontrakter skal oppdragsgiver ta hensyn til verdien av både bygge- og anleggsarbeidene og alle varene og tjenestene som oppdragsgiver stiller til leverandørens rådighet, og som er nødvendige for å utføre arbeidene.

(4) Dersom oppdragsgiver planlegger å anskaffe tjenester, bygge- og anleggsarbeider eller ensartede varer ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn. Dersom den samlede verdien av delkontraktene er lik eller overstiger en terskelverdi i § 6-1, skal denne terskelverdien legges til grunn ved avgjørelsen av hvilken del av loven som gjelder for hver enkelt delkontrakt.

(5) Uavhengig av fjerde ledd, for anskaffelser der den samlede verdien av alle delkontraktene overstiger en terskelverdi i § 6-1, gjelder likevel bare del I for delkontrakter om varer og tjenester med en anslått verdi under 800 000 kroner og delkontrakter om bygge- og anleggsarbeider med en anslått verdi under 10 millioner kroner, når verdien av de respektive delkontraktene ikke overstiger 20 prosent av den samlede verdien av alle delkontraktene som anskaffelsen er delt opp i.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 9 nr. 4, 5 og 9. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.2.8.

§ 7-4 Beregning av anskaffelsens verdi ved kontrakter som inngås regelmessig eller fornyes

Ved vare- og tjenestekontrakter som oppdragsgiver inngår regelmessig eller som skal fornyes innenfor et bestemt tidsrom, skal oppdragsgiver beregne kontraktens verdi på grunnlag av

a. den samlede faktiske verdien av liknende kontrakter som er tildelt i løpet av de foregående 12 månedene eller det foregående regnskapsåret, om mulig justert for forventede endringer i løpet av de 12 etterfølgende månedene, eller
b. den samlede anslåtte verdien av de kontraktene som vil bli tildelt i løpet av 12 måneder fra den første leveransen, eller i løpet av regnskapsåret dersom dette er lengre enn 12 måneder.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 9 nr. 7. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.2.8.

§ 7-5 Beregning av anskaffelsens verdi ved kontrakter om leasing, leie eller avbetalingskjøp for varer

Ved kontrakter om leasing, leie eller avbetalingskjøp av varer gjelder følgende

a. for tidsbegrensede kontrakter med en varighet på 12 måneder eller kortere skal verdien beregnes på grunnlag av kontraktens samlede verdi

b. for tidsbegrensede kontrakter med varighet over 12 måneder skal verdien beregnes på grunnlag av kontraktens samlede verdi, inkludert anslått restverdi

c. for tidsubegrensede kontrakter eller kontrakter der varigheten ikke kan fastsettes nærmere, skal verdien beregnes på grunnlag av den månedlige verdien multiplisert med 48.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 9 nr. 6. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.2.8.

§ 7-6 Beregning av anskaffelsens verdi for visse tjenestekontrakter

(1) Ved beregningen av verdien av visse tjenestekontrakter skal følgende verdier inkluderes

a. forsikringstjenester: premier og andre former for vederlag

b. banktjenester og andre finansielle tjenester: gebyrer, provisjoner, renter og andre former for vederlag

c. kontrakter vedrørende prosjektering: honorarer, provisjoner og andre former for vederlag.

(2) Ved tjenestekontrakter uten en fastsatt samlet pris gjelder følgende

a. for tidsbegrensede kontrakter med en varighet på 48 måneder eller mindre skal verdien beregnes på grunnlag av den samlede verdien for hele kontraktens varighet

b. for tidsubegrensede kontrakter eller kontrakter med en varighet på over 48 måneder skal verdien beregnes på grunnlag av den månedlige verdien multiplisert med 48.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 9 nr. 8. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.2.8.

Kapittel 8 – Unntak

§ 8-1 Unntak for anskaffelser som er omfattet av internasjonale regler

Loven får ikke anvendelse på kontrakter som er regulert av andre anskaffelsesregler og tildelt:

a) i henhold til en internasjonal avtale eller overenskomst inngått i forbindelse med stasjonering av tropper,
b) i henhold til en internasjonal organisasjons særlige fremgangsmåte og anskaffelser gjort for organisasjonen, eller
c) i henhold til internasjonal avtale inngått mellom en eller flere EØS-stater og en eller flere stater som ikke er part i EØS-avtalen

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 12. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.3.3. Videre vises det til NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 24.7.4 og kapittel 24.11.3.

Bestemmelsen fastsetter at loven ikke får anvendelse på anskaffelser som er underlagt spesifikke internasjonale regler.

Bruk av unntaket i bokstav a er betinget av at det er en inngått en avtale mellom Norge og ett eller flere land som ikke er medlem av EØS. Avtalen må skape rettslige forpliktelser. Videre må avtalen gjelde enten bygge- og anleggsarbeider, varer eller tjenesteytelser, som er beregnet på et felles prosjekt som partene gjennomfører eller utnytter. Disse begrepene er definert i § 4-2.

Bruk av unntaket i bokstav b er betinget av at tilsvarende er fastsatt av en internasjonal organisasjon.

§ 8-2 Særlige unntaksregler

Loven får ikke anvendelse på

a) kontrakter som kan unntas i henhold til EØS-avtalens artikkel 13, 32, 33, 39, 28 og 123

b) kontrakter hvor anvendelsen av denne loven vil innebære at oppdragsgiver må meddele opplysninger som det vil stride med vesentlige sikkerhetsinteresser å gi ut

c) kontrakter som faller innunder etterretningsvirksomhet

d) kontrakter som inngås i tredjeland med lokale leverandører vedrørende sivile innkjøp til stasjonerte tropper, dersom operasjonelle behov gjør det nødvendig

e) kontrakter som en stat tildeler en annen stat vedrørende:

i) levering av forsvarsmateriell eller følsomt utstyr eller

ii) bygge- og anleggsarbeider og tjenester som er direkte knyttet til slikt utstyr eller

iii) bygge- og anleggsarbeider og tjenester til spesifikt militære formål eller følsomme bygge- og anleggsarbeider og følsomme tjenester.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 13 bokstav a, b d og f. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.3.4.

Bestemmelsens bokstav a er inntatt av forenklingshensyn. Det vises til fremstillingen i pkt. 9.3.1.

§ 8-3 Unntak for visse tjenestekontrakter

Loven gjelder ikke for tjenestekontrakter om

a. erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom

b. leie av bygning som skal oppføres. Dette gjelder likevel ikke dersom avtalen i realiteten er en bygge- og anleggskontrakt som definert i § 5-3

c. voldgifts- og meglingstjenester

d. kontrakter om finansielle tjenester med unntak av forsikringstjenester

e. ansettelser

Bestemmelsen angir unntak for visse tjenestekontrakter og gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 13 bokstav e, g, h og i. Unntakene må tolkes strengt, og i samsvar med EU-domstolens praksis.

Bokstav a unntar tjenestekontrakter som gjelder erverv eller leie av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slike.

Bokstav b er ny, og innebærer en kodifisering av EU-domstolens praksis. Unntaket omfatter leie av bygninger som ikke enda er oppført så lenge dette ikke innebærer at kontrakten i realiteten er en bygge- og anleggsanskaffelse som definert i § 5-3. Om en står ovenfor en leie- eller bygg- og anleggskontrakt må vurderes konkret i den enkelte sak. Det er ikke av betydning hva oppdragsgiver selv har karakterisert avtalen som. Det er tale om en bygge- og anleggskontrakt dersom oppdragsgiver har avgjørende innflytelse på utformingen av bygningen. Oppdragsgiver vil ha avgjørende innflytelse dersom det stilles krav til bygningen som overskrider det en leietaker vanligvis etterspør.

Bokstav c unntar tjenestekontrakter som gjelder voldgifts- og meglingstjenester.

Bokstav d unntar finansielle tjenester. Lån er å anse som en finansiell tjeneste og vil være unntatt.

Bokstav e unntar ansettelseskontrakter. Konsulentavtaler er imidlertid ikke omfattet av unntaket. Ansettelsesrelaterte kontrakter som ikke omfattes av unntaket er ofte en uprioritert tjeneste som angitt i direktiv 2009/81/EF vedlegg II og omfattes da av reglene uprioriterte tjenester i lovens § 5-2, forutsatt at de er over terskelverdien i § 7-1.

Kapittel 9 - FoU-kontrakter

§ 9-1 Definisjon

Med forskning og utvikling menes alle aktiviteter som omfatter grunnforskning, anvendt forskning og eksperimentell utvikling, hvor sistnevnte kan omfatte gjennomføring av demonstrasjoner av teknologien, dvs. innretninger som demonstrerer et nytt konsepts eller en ny teknologis ytelse i et relevant eller representativt miljø.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 1 nr 27. Forskning og utvikling omfatter grunnforskning, anvendt forskning og eksperimentell utvikling. Grunnforskning består av eksperimentelt eller teoretisk arbeid som i hovedsak utføres med sikte på tilegnelse av ny kunnskap om de underliggende årsaker til fenomener og observerbare fakta, uten henblikk på direkte praktisk anvendelse. Anvendt forskning består også av originalt arbeid som utføres med sikte på tilegnelse av ny kunnskap. Den er imidlertid i hovedsak rettet mot et bestemt sluttprodukt eller mål. Eksperimentell utvikling består av arbeid basert på eksisterende kunnskap som er oppnådd fra forskning og/eller praktisk erfaring, med sikte på å starte framstilling av nye materialer, produkter eller innretninger, etablere nye prosesser, systemer og tjenester eller i vesentlig grad forbedre slike som allerede finnes. Eksperimentell utvikling kan omfatte gjennomføring av demonstrasjoner av teknologien, dvs. innretninger som demonstrerer et nytt konsepts eller en ny teknologis ytelse i et relevant eller representativt miljø. Forskning og utvikling omfatter ikke forproduksjonsfasens utforming og kvalifisering av prototyper, verktøy og industriteknikk, industridesign eller produksjon.

§ 9-2 Unntak for anskaffelsesprosjekter mellom EØS-stater hvor det skjer forskning og utvikling

Loven får ikke anvendelse på kontrakter som tildeles som ledd i et samarbeidsprosjekt mellom minst to EØS-stater i fellesskap for å utvikle et nytt produkt hvor det skjer forskning og utvikling, og hvor det er relevant, de senere faser av hele eller deler av produktets levetid. Ethvert slikt samarbeidsprosjekt skal meldes til EFTAs overvåkningsorgan hvis den samlede verdien av kontraktene overstiger EØS-terskelverdiene i § 7-1. Meldingen skal inneholde de samlede utgiftene til samarbeidsprosjektet herunder andelen kostnader til forsknings- og utvikling og kostnadsfordelingen mellom avtalepartene. Dersom det er aktuelt, skal den antatte andel av planlagt anskaffelse per avtalepart opplyses.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 13 bokstav c. Bestemmelsen unntar kontrakter som er tildelt som ledd i et samarbeidsprogram basert på forskning og utvikling og som gjennomføres av flere stater sammen. Slike programmer er særlig viktige fordi de hjelper til med å utvikle ny teknologi og tar de store kostnadene ved forskning og utvikling av komplekse våpensystemer. Enkelte av disse programmene håndteres av internasjonale organisasjoner, som OCCAR (Organisation conjointe de coopération en matière d'armement) og NATO (via særskilte byråer), eller av unionens byråer, for eksempel Det europeiske forsvarsbyrå, som så tildeler kontrakter på vegne av EØS-statene. Loven får heller ikke anvendelse på slike kontrakter, jf. direktiv 2009/81/EF fortale punkt 28. Tilsvarende gjelder også for andre samarbeidsprogrammer hvor kontrakter tildeles av oppdragsgivere i en EØS-stat på vegne av en eller flere andre EØS-stater.

Både kontrakter innenfor slike samarbeidsprogram om utvikling av produkter og kontrakter om senere faser omfattes. Dersom verdien av kontrakten samlet overstiger terskelverdiene i § 7-1, skal samarbeidsprosjektet meldes til EFTAs overvåkningsorgan. Det vises til den generelle fremstillingen av FOU-kontrakter i kapittel 9.3.4.

§ 9-3 Unntak for visse forsknings- og utviklingstjenester

Loven får ikke anvendelse på kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester forutsatt at

a. oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten eller

b. tjenesten ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 13 bokstav j og unntar fra lovens anvendelsesområde visse kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester. Det er tre vilkår som må være oppfylt for at unntaksbestemmelsen skal komme til anvendelse.

For det første må kontraktens gjenstand være «forsknings- og utviklingstjenester». En kontrakt om forsknings- og utviklingstjenester har til formål å fremskaffe ny kunnskap, eventuelt utvikle eller videreutvikle nye løsninger, og denne delen av kontrakten må være et hovedelement. Den formelle betegnelsen på kontrakten har ingen betydning, det er kontraktens reelle innhold som er relevant.

Det andre vilkåret fremgår av bokstav a og er at utbyttet fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i sin virksomhet. Det må gjøres en vurdering av hva som er den reelle situasjonen og fiktiv deling av resultater er ikke tilstrekkelig for at unntaksbestemmelsen kommer til anvendelse, jf. omgåelseshensyn.

Bokstav b fastsetter at det tredje vilkåret er at oppdragsgiver fullt ut betaler for tjenesten. Oppdragsgiver må derfor dele finansieringen med andre aktører for at loven ikke skal få anvendelse. Det er den reelle situasjonen som er avgjørende og en symbolsk deltakelse i finansieringen vil ikke forhindre at loven får anvendelse.

Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.3.4.

§ 9-4 Bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for visse kontrakter om forskning- og utvikling

Oppdragsgiver kan tildele kontrakter ved konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring i følgende tilfeller:

a. for andre forsknings- og utviklingstjenester enn de som omfattes av § 9-3,

b. for produkter som utelukkende produseres til forsknings- og utviklingsformål, med unntak av serieproduksjon for å sikre lønnsomhet eller inntjening av kostnadene til forskning og utvikling.

(2) Ved bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring etter første ledd, skal oppdragsgiver begrunne bruken av denne framgangsmåten i kunngjøringen av kontraktstildelingen.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 28 nr. 2. Bokstav a omfatter andre forsknings- og utviklingstjenester enn de som omfattes av § 9-3, dvs. kontrakter om forsknings- og utviklingstjenester som oppdragsgiver fullt ut betaler for og hvor resultatet fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i oppdragsgivers virksomhet.

Bokstav b unntar forsknings- og utviklingskontrakter som gjelder varer. Unntaket omfatter ikke de tilfeller der kontrakten helt eller delvis har et kommersielt formål. Dette innebærer at bestemmelsen ikke kan anvendes dersom det er ønskelig å produsere varen for kommersielt videresalg. Dette gjelder uavhengig av om formålet er å dekke kostnadene med utviklingen av varene. Produksjon av en vare for å påvise dens kommersielle potensiale, blant annet utvikling av protyper, omfattes heller ikke.

Det vises til den generelle fremstillingen i kapitlene 9.3.4 og 12.22.

Kapittel 10 – Generelle regler

§ 10-1 Prinsipper for offentlige anskaffelser

(1) En offentlig oppdragsgiver skal opptre i samsvar med prinsippene om ikke-diskriminering, likebehandling, gjennomsiktighet og forholdsmessighet ved gjennomføring av offentlige anskaffelser etter lovens del III.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.3 og NOU 2023: 26 kapittel 24.12.

§ 10-2 Leverandørens organisering

(1) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør med den begrunnelsen at leverandøren må være enten en fysisk eller juridisk person etter norsk lovgivning, dersom leverandøren har rett til å levere ytelsene etter lovgivningen i den staten vedkommende er etablert.

(2) Oppdragsgiver kan kreve at en leverandør som er en juridisk person, oppgir navn og faglige kvalifikasjoner til personene som skal være ansvarlige for å utføre kontrakten. Opplysningene skal gis i forespørselen om å delta i konkurransen eller i tilbudet. Dette gjelder bare ved anskaffelser av tjenester, bygge- og anleggskontrakter og varekontrakter som også inneholder tjenesteytelser eller monterings- og installasjonsarbeid.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 5 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.2.2. Se også NOU 2023: 26 kapittel 24.13.

Første ledd stenger for at oppdragsgiver kan avvise en leverandør med henvisning til vedkommende organisasjonsform, forutsatt av leverandøren har rett til å levere den aktuelle ytelsen i henhold til lovgivningen i den stat hvor leverandøren i EØS-rettslig sammenheng anses etablert.

Andre ledd regulerer oppdragsgivers adgang til å kreve opplysninger om hvem som skal utføre kontrakten. Denne adgangen har oppdragsgiver ikke dersom det er tale om rene varekontrakter.

§ 10-3 Sammenslutninger av leverandører

(1) Sammenslutning av leverandører, herunder midlertidige sammenslutninger, kan delta i konkurransen. Oppdragsgiver kan ikke kreve at sammenslutningen skal ha en bestemt juridisk form.

(2) Oppdragsgiver kan presisere hvordan sammenslutninger av leverandører må oppfylle kravene til økonomisk og finansiell kapasitet og tekniske og faglige kvalifikasjoner. Presiseringen må være objektiv begrunnet og forholdsmessig.

(3) Alle vilkår for gjennomføringen av en kontrakt som pålegges en sammenslutning av leverandører og som avviker fra vilkår som pålegges individuelle leverandører, skal være objektivt begrunnet og være forholdsmessig.

(4) Uavhengig av første til tredje ledd kan oppdragsgiver kreve at en sammenslutning av leverandører antar en bestemt juridisk form når de er tildelt kontrakten, dersom dette er nødvendig for å sikre en tilfredsstillende utførelse av kontrakten.

Bestemmelsens første og fjerde ledd gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 5 nr. 2. Annet og tredje ledd innfører ikke en bestemt direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.2.2. Se også NOU 2023: 26 kapittel 24.13.

Første ledd regulerer adgangen for at sammenslutninger av leverandører kan delta i konkurranser. Dette gjelder også for midlertidige sammenslutninger. Selv om oppdragsgiver ikke kan kreve at sammenslutningen skal ha en bestemt rettslig status for å delta i konkurransen, så er det i bestemmelsens siste ledd gitt en særregel om at oppdragsgiver kan stille et slikt krav etter at kontrakten er inngått. Kravet kan således stilles til valgte leverandør og kun inntreffe etter kontraktsinngåelse.

Andre ledd gir oppdragsgiver adgang til å presisere hvordan sammenslutninger av leverandører skal oppfylle kvalifikasjonskrav og kravspesifikasjon. Kravet om objektiv begrunnelse og forholdsmessighet skal sikre at oppdragsgiver gjennom eventuelle presiseringer ikke gjør at sammenslutninger stiller dårligere i konkurransen gjennom oppdragsgivers presiseringer.

Tredje ledd er et utslag av likebehandlingsprinsippet og forholdsmessighetsprinsippet.

Fjerde ledd er et unntak fra utgangspunktet i første ledd. For eksempel kan oppdragsgiver stille krav som medfører at leverandørene i sammenslutningen hefter solidarisk for kontraktsforpliktelsene.

§ 10-4 Kontrakter som reserveres for virksomheter med personer med nedsatt funksjonsevne

Oppdragsgiver kan begrense konkurransen til virksomheter eller programmer for vernet sysselsetting hvor flertallet av de berørte ansatte har nedsatt funksjonsevne, og arten eller omfanget av deres funksjonsnedsettelse innebærer at de ansatte ikke kan utøve arbeid på ordinære vilkår. Dersom oppdragsgiver benytter denne muligheten, må det opplyses om dette i kunngjøringen.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 14. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.7.

Muligheten for arbeid er viktig for å sikre like muligheter for alle og bidrar til integrasjon i samfunnet. Vernede virksomheter har en viktig rolle i så måte. Disse virksomhetene er ikke alltid i stand til å få kontrakter på normale konkurransevilkår. Det er derfor hensiktsmessig å kunne reservere kontrakter for denne typen virksomheter. Bestemmelsen gir derfor oppdragsgiver en mulighet til å begrense konkurransen om en kontrakt for å fremme visse sosiale formål. Det er kun kretsen av aktuelle tilbydere som begrenses, og anskaffelsen må følge lovens regler for øvrig.

Hvis markedssituasjonen tilsier at ikke hele kontraktsomfanget kan utføres ved bruk av reserverte kontrakter er det mulig å dele opp anskaffelsen og la en eller flere delkontrakter være reserverte.

Direktivet omtaler vernede bedrifter eller programmer for vernet sysselsetting. Vernede bedrifter er ikke nevnt spesifikt i bestemmelsen da de anses inkludert i virksomhetsbegrepet.

§ 10-5 Krav om bruk av elektronisk kommunikasjon

(1) All kommunikasjon og informasjonsutveksling mellom oppdragsgiver og leverandør skal skje skriftlig ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler.

(2) Muntlig kommunikasjon kan likevel brukes, unntatt i forbindelse med utveksling av anskaffelsesdokumenter, forespørsel om å delta i konkurransen, bekreftelse av interesse og tilbud. Muntlig kommunikasjon skal dokumenteres i tilstrekkelig grad, for eksempel i form av skriftlige notater, lydopptak eller sammendrag av hovedelementene i kommunikasjonen. Oppdragsgiver skal tilpasse omfanget av dokumentasjon til den betydningen innholdet i den muntlige kommunikasjonen kan ha for forståelsen av anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsen gjennomfører delvis direktiv 2009/81/EF artikkel 36, men det åpnes ikke for brev, telefaks eller telefon slik direktivet gjør. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.30. Det

er ingen egne sanksjoner ved brudd på bestemmelsen om å bruke elektronisk kommunikasjon, men i praksis benytter de aller fleste oppdragsgivere seg av elektronisk konkurransegjennomføringsverktøy.

§ 10-6 Generelle krav til verktøy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon

(1) Verktøy og løsninger som brukes til elektronisk kommunikasjon, skal være ikke-diskriminerende og allment tilgjengelige og ikke begrense leverandørenes muligheter for å delta i konkurransen. De skal også kunne fungere sammen med alminnelig brukte IKT-produkter.

(2) Spesifikasjoner og andre opplysninger som er nødvendige for å kunne levere forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud elektronisk, inkludert opplysninger om kryptering og tidsstempling, skal være tilgjengelige for alle leverandørene.

(3) Oppdragsgiver kan kreve bruk av bestemte verktøy og løsninger som ikke er allment tilgjengelige, dersom de er nødvendige for å utveksle relevante dokumenter. Oppdragsgiver skal i så fall tilby alternative tilgangsmuligheter. Oppdragsgiver anses å ha tilbudt egnede alternative tilgangsmuligheter dersom det

a. gis gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til de aktuelle verktøyene og løsningene fra kunngjøringstidspunktet eller fra den dagen det sendes invitasjon til å bekrefte interessen. Oppdragsgiver skal angi internettadressen hvor verktøyene og løsningene er tilgjengelige, i kunngjøringen eller i invitasjonen;

b. gir leverandørene muligheten til å delta i konkurransen ved bruk av midlertidige passord eller andre midlertidige adgangstegn som stilles gratis til disposisjon for leverandørene. Oppdragsgiver er likevel ikke forpliktet til å gi en slik tilgang hvis mangelen på tilgang skyldes leverandøren; eller

c. tilbyr en alternativ kanal for å gi tilbud elektronisk.

Bestemmelsen gjennomfører delvis direktiv 2009/81/EF artikkel 36, men det åpnes ikke for brev, telefaks eller telefon slik direktivet gjør. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.30.

§ 10-7 Krav til mottak og oppbevaring av forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud mv.

(1) Oppdragsgiver skal sikre at forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud holdes fortrolig, og at innholdet beskyttes mot endringer og uautorisert innsyn under overføring og lagring.

(2) Ingen skal ha tilgang til innholdet i forespørslene om å delta i konkurransen eller i tilbudene før fristen for mottak har løpt ut.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 36 nr 3. Direktivet har ikke bestemmelser om at innholdet skal beskyttes mot endringer og uautorisert innsyn under overføring og lagring, men dette er naturlige krav til systemer for elektronisk kommunikasjon for tilbudsinnlevering m.v. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.30.

§ 10-8 Unntak fra kravet om bruk av elektronisk kommunikasjon

(1) Oppdragsgiver er ikke forpliktet til å kreve bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler dersom

a. anskaffelsens art innebærer at bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler ville kreve særlige verktøy, løsninger eller filformater som ikke er allment tilgjengelige eller ikke kan behandles av allment tilgjengelig programvare, og oppdragsgiver ikke kan tilby alternative tilgangsmuligheter som nevnt i § 10-6 tredje ledd.

b. de filformatene som ville vært egnet for utformingen av tilbudene, ikke kan behandles av en åpen eller allment tilgjengelig programvare, eller er omfattet av en lisensordning og ikke kan lastes ned av oppdragsgiver eller gjøres tilgjengelig over internett eller på en annen lett tilgjengelig måte.

c. opplysningene som skal utveksles, forventes å være av en slik art eller et slikt format at bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler ville kreve særlig utstyr som ikke er allment tilgjengelig for oppdragsgiver.

(2) Oppdragsgiver er heller ikke forpliktet til å kreve bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler til levering av fysiske modeller eller skalamodeller som ikke kan leveres ved hjelp av elektroniske kommunikasjonsmidler.

(3) Oppdragsgiver er ikke forpliktet til å kreve bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler hvis bruk av andre kommunikasjonsmidler er nødvendig

a. som følge av sikkerhetsbrudd i den elektroniske kommunikasjonsløsningen, eller

b. fordi sensitive opplysninger ikke kan beskyttes på tilfredsstillende måte ved bruk av elektroniske verktøy og løsninger som er allment tilgjengelig for leverandørene, eller som kan gjøres tilgjengelig på en alternativ måte som nevnt i § 10-6 tredje ledd.

(4) Dersom oppdragsgiver ikke krever bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler, skal det brukes ordinær postgang eller andre egnede forsendelsesmåter, eventuelt kombinert med elektroniske hjelpemidler.

Bestemmelsen har ingen parallell til direktiv 2009/81/EF bestemmelser, men samsvarer med anskaffelsesdirektivet artikkel 22 nr. 1 andre og tredje avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.16. Unntaksbestemmelsene i første ledd bokstav a til c bør tolkes restriktivt sett hen til den teknologiske utviklingen. Bruk av unntaksbestemmelsene skal begrunnes og dokumenteres. Det vises til § 25-1 andre ledd.

§ 10-9 Bruk av elektroniske signaturer mv.

(1) Oppdragsgiver kan kreve at leverandørene ved levering av forespørsler om å delta i konkurransen og tilbud bruker løsninger som gir tilfredsstillende sikkerhet for at det kan sannsynliggjøres hvilken leverandør som har levert den enkelte forespørselen og det enkelte tilbudet, og knytte avsenderen til innholdet. Oppdragsgiver kan kreve bruk av

a. elektronisk signatur

b. elektronisk segl

c. elektronisk identitetsbevis eller midlertidige adgangstegn dersom det brukes en tredjeparts innsendingsløsning som støtter dette og kan knytte avsenderen til innholdet i forespørselen eller tilbudet.

(2) Oppdragsgiver skal i konkurransegrunnlaget angi kravene til sikkerhetsnivå for elektronisk signatur, elektronisk segl, elektronisk identitetsbevis og øvrige sikkerhetstiltak ved bruk av elektroniske kommunikasjonsmidler. Sikkerhetsnivået skal ikke være høyere enn det som er nødvendig av hensyn til relevante risikofaktorer.

(3) Når oppdragsgiver krever bruk av elektronisk signatur, skal vedkommende godta avanserte elektroniske signaturer som er understøttet av et kvalifisert sertifikat som er utstedt av et organ som er oppført på en liste over tilbydere av tillitstjenester i henhold til lov av 15. juni 2018 nr. 44 om elektroniske tillitstjenester.

(4) Oppdragsgiver kan etter en risikovurdering kreve bruk av avansert elektronisk signatur. Når oppdragsgiver krever bruk av en slik signatur eller elektronisk segl, skal kravene til formater for signaturen eller seglet være basert på formater som er fastsatt i forskrift av 21.11.2019 nr. 1577 om tillitstjenester for elektroniske transaksjoner § 5. Oppdragsgiver skal iverksette de tiltakene som er nødvendige for å kunne behandle formatene teknisk. Oppdragsgiver kan velge å godta andre formater for signaturer og segl som vedkommende er i stand til å validere på grunnlag av opplysningene i signaturen, seglet eller tilknyttet informasjon.

Direktiv 2009/81/EF omtaler elektroniske signaturer, men har ingen egen bestemmelse om dette. Bestemmelsen er dermed nasjonal. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.16.

§ 10-10 CPV-koder

Når loven krever at oppdragsgiver bruker CPV-koder til å klassifisere en anskaffelse, skal oppdragsgiver bruke CPV-koder som er fastlagt i EU. Departementet kan gi forskrift om hvilke CPV-koder som oppdragsgiver skal bruke.

Det er ingen egen bestemmelse om CPV-koder i direktiv 2009/81/EF, men direktivet forutsetter bruk av CPV-koder i ulike bestemmelser. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.17.

CPV-koder er EU-kommisjonens felles klassifikasjon for offentlige innkjøp, Common Procurement Vocabulary (CPV).

§ 10-11 Fastsettelse av frister

(1) Når oppdragsgiver setter frister for mottak av tilbud eller forespørsel om å delta i konkurransen, skal det tas hensyn til kontraktens kompleksitet og tiden det tar for leverandørene å utarbeide forespørsel eller tilbud.

(2) Når det bare er mulig å gi tilbud etter en befaring eller en gjennomgang av supplerende anskaffelsesdokumenter på stedet, skal oppdragsgiver sette en tilbudsfrist som er forholdsmessig lenger enn minimumsfristen.

(3) Oppdragsgiver skal forlenge tilbudsfristen forholdsmessig dersom

a. det foretas endringer i anskaffelsesdokumentene som medfører at leverandørene trenger mer tid til å utarbeide et tilbud, eller

b. oppdragsgiver gir tilleggsopplysninger senere enn seks dager før tilbudsfristen, eller senere enn fire dager i hastetilfeller, jf. § 14-8 tredje ledd.

(4) Oppdragsgiver er ikke forpliktet til å forlenge fristen etter tredje ledd bokstav b dersom tilleggsopplysningene er ubetydelige for utarbeidelsen av tilbudet, eller leverandøren ikke har bedt om tilleggsopplysninger i rimelig tid før utløpet av fristen.

Bestemmelsens første ledd, annet ledd og tredje ledd bokstav b og delvis fjerde ledd gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 33 nr. 1 og 6. Øvrige deler av bestemmelsen gjennomfører ingen bestemt direktivbestemmelse, men reglene anses å følge av kravet til forholdsmessighet.

Første ledd angir at oppdragsgiver må ta hensyn til kontraktens kompleksitet og tiden som trengs for å utarbeide tilbud, når tilbudsfristen fastsettes. Det samme gjelder for frist for å sende forespørsel om å delta. Fristene kan ikke være kortere enn minstefristene som gjelder for den anskaffelsesprosedyren oppdragsgiver har valgt. Minstefristene fremgår av § 11-4 og § 11-6 annet ledd (begrenset anbudskonkurranse), § 11-8 og § 11-10 annet ledd (konkurranse med forhandling) og § 11-15 og § 11-19 tredje ledd (konkurransepreget dialog).

Andre ledd er en særregel for tilfeller hvor tilbud bare kan utarbeides etter befaring eller gjennomsyn av dokumenter på stedet. I slike tilfeller må fristen være forholdsmessig lenger enn minimumsfristene.

Tredje ledd angir to tilfeller hvor oppdragsgiver er forpliktet til å forlenge en allerede fastsatt tilbudsfrist.

Bokstav a fastsetter at fristen skal forlenges når det foretas endringer i anskaffelsesdokumentene som medfører at leverandørene trenger mer tid til å utarbeide et tilbud. Hvilke endringer som kan gjøres, forutsatt at fristen forlenges, er ikke endelig avklart. Endringene kan imidlertid ikke være så omfattende at andre leverandører kunne ha deltatt i konkurransen, eller blitt utvalgt dersom det er gjennomført nedvalg. Dette omfatter endringer som gjør at kontraktens overordnede karakter er vesentlig forskjellig fra det som opprinnelig fremgikk av anskaffelsesdokumentene.

Bokstav b fastsetter at fristen skal forlenges når oppdragsgiver gir tilleggsopplysninger senere enn seks dager før tilbudsfristen, eller fire dager i hastetilfeller.

Fjerde ledd gjør unntak fra tredje ledd bokstav b for tilfeller der tilleggsopplysninger ikke er etterspurt i tide, eller dersom opplysningene er ubetydelige for utarbeidelsen av tilbudet.

Det vises for øvrig til den generelle fremstillingen i kapittel 12.27.

Kapittel 11 – Anskaffelsesprosedyrer

§ 11-1 Tillatte anskaffelsesprosedyrer

Anskaffelser kan gjennomføres på en av følgende måter

a. begrenset anbudskonkurranse, jf. §§ 11-3 og 11-6

b. konkurranse med forhandling, jf. §§ 11-7 og 11-13

c. konkurransepreget dialog, jf. §§ 11-14 til 11-19

d. konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, jf. §§ 11-20 til 11-24'

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 25.

Bestemmelsen angir hvilke konkurranseformer oppdragsgiver kan benytte seg av ved en offentlig anskaffelse.

Bokstav a angir at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse som en begrenset anbudskonkurranse. I en begrenset anbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører inngi forespørsel om å delta i konkurransen.

Bokstav b angir at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse som en konkurranse med forhandling. Oppdragsgiver står fritt til å benytte denne prosedyren ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Bokstav c angir at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse som en konkurransepreget dialog. For å benytte konkurransepreget dialog må vilkårene i § 11-14 annet ledd være oppfylt.

Bokstav d angir at oppdragsgiver kan gjennomføre en anskaffelse som en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring når vilkårene i §§ 11-20 til 11-24 er oppfylt.

III. Begrenset anbudskonkurranse

§ 11-3 Begrenset anbudskonkurranse

(1) I en begrenset anbudskonkurranse kan alle interesserte leverandører levere en forespørsel om å delta i konkurransen. Prosedyren tillater ikke forhandlinger.

(2) Kunngjøringen skal inneholde informasjon som angitt i § 16-5.

(3) Anskaffelsesdokumentene skal inneholde informasjon som fremgår av kapittel 14.

Bestemmelsene gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 1 nr. 19 (delvis) og artikkel 25. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.19. Begrenset anbudskonkurranse er også omtalt i NOU 2023: 26 kapittel 24.40.

§ 11-4 Frister for å inngi forespørsel om å delta i konkurransen

(1) I en begrenset anbudskonkurranse skal fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen være minst 30 dager regnet fra dagen kunngjøringen sendes til TED-databasen.

(2) Dersom det i hastetilfeller vil være umulig å overholde fristene i første ledd, kan oppdragsgiver forkorte fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen til minst 10 dager fra kunngjøringen var sendt.

Bestemmelsene gjennomfører delvis direktiv 2009/81/EF artikkel 33 nr. 2, 4 og 7. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.27.

Bestemmelsen viser til dager. Med dager menes kalenderdager.

§ 11-5 Invitasjon til å inngi tilbud

(1) Oppdragsgiver kan fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å inngi tilbud i samsvar med § 19-6.

(2) Oppdragsgiver skal samtidig og skriftlig invitere de utvalgte tilbyderne til å innlevere tilbud.

(3) Invitasjonen skal inneholde anskaffelsesdokumentene, eventuelt en henvisning til hvor leverandørene kan laste ned eller få tilgang til anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsens annet og tredje ledd innfører direktiv 2009/81/EF artikkel 34 nr 1, 2 og 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.28.

Bestemmelsen må sees i sammenheng med kapittel 14 om hva anskaffelsesdokumentene skal inneholde.

§ 11-6 Inngivelse av tilbud

(1) Det er bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver som kan gi tilbud.

(2) Fristen for mottak av tilbud fra leverandørene som er invitert til å gi tilbud, skal være minst 35 dager regnet fra dagen oppdragsgiver sender invitasjonen og konkurransegrunnlaget.

(3) Tilbudsfristen skal fastsettes slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å foreta de nødvendige undersøkelser og beregninger. Tilbudsfristen skal forlenges forholdsmessig dersom det foretas rettelse, supplering eller endring av konkurransegrunnlaget.

(4) Oppdragsgiver kan forkorte tilbudsfristen i første ledd dersom veiledende kunngjøring er brukt til innkallelse av tilbud og

a. veiledende kunngjøring inneholder alle opplysningene som skal fylles ut i skjemaet for slike publiseringer, så langt disse opplysningene forelå på publiseringstidspunktet

b. oppdragsgiver har publisert en veiledende kunngjøring etter § 14-1 tidligst 12 måneder og senest 52 dager før kunngjøringen.

Fristen skal være tilstrekkelig lang til at interesserte leverandører kan levere tilbud, og bør generelt være minst 36 dager. Under ingen omstendigheter må tilbudsfristen settes kortere enn 22 dager fra datoen for avsendelse av invitasjonen

(5) Dersom det i hastetilfeller vil være umulig å overholde fristene i tredje ledd, kan oppdragsgiver forkorte fristen for mottak av tilbud til minst ti dager fra invitasjonen var sendt.

Bestemmelsene gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 1 nr. 19 (delvis) og artikkel 33 nr. 1, nr. 2 annet avsnitt, nr. 3 og nr. 7 in fine, artikkel 34 nr. 1 til 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapitlene 12.19, 12.27 og 12.28.

Bestemmelsen viser til dager. Med dager menes kalenderdager.

IV. Konkurranse med forhandling

§ 11-7 Konkurranse med forhandling

(1) Konkurranse med forhandling er en anskaffelsesprosedyre hvor oppdragsgiver har adgang til å forhandle med en eller flere leverandører og hvor alle interesserte leverandører kan levere en forespørsel om å delta i konkurransen.

(2) Kunngjøringen skal inneholde informasjon som angitt i § 16-5.

(3) Anskaffelsesdokumentene skal inneholde informasjon som fremgår av kapittel 14.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 1 nr 20 og artikkel 26 nr 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.20. Konkurranse med forhandling er også omtalt i NOU 2023: 26 kapittel 24.20.

§ 11-8 Frister for å inngi forespørsel om å delta i konkurransen

(1) I en konkurranse med forhandling skal fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen være minst 30 dager regnet fra dagen kunngjøringen sendes til TED-databasen.

(2) Dersom det i hastetilfeller vil være umulig å overholde fristen i første ledd, kan oppdragsgiver forkorte fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen til minst 10 dager fra kunngjøringen var sendt.

Bestemmelsen gjennomfører delvis direktiv 2009/81/EF artikkel 33 nr. 3 og 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.27.

Bestemmelsen viser til dager. Med dager menes kalenderdager.

§ 11-9 Invitasjon til å inngi tilbud

(1) Lovens § 11-5 gjelder tilsvarende.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 34 nr. 1 til 3 for konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring. Reglene er de samme som for invitasjonen til å inngi tilbud i en begrenset anbudskonkurranse og det henvises derfor til denne bestemmelsen.

§ 11-10 Inngivelse av tilbud

(1) Det er bare de leverandørene som blir invitert av oppdragsgiver som kan gi tilbud.

(3) Fristen for mottak av tilbud skal være minst 30 dager regnet fra den dagen oppdragsgiver sender invitasjonen. Dersom oppdragsgiver ikke tillater at tilbudene skal leveres elektronisk, skal tilbudsfristen være minst 37 dager.

(3) Adgang til å forkorte fristene i § 11-6 femte til sjette ledd gjelder tilsvarende.

(4) Tilbudsfristen skal fastsettes slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å foreta de nødvendige undersøkelser og beregninger. Tilbudsfristen skal forlenges forholdsmessig dersom det foretas rettelse, supplering eller endring av anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 26 (delvis) og 33 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapitlene 12.20, 12.27 og 12.28.

Bestemmelsen viser til dager. Med dager menes kalenderdager.

§ 11-11 Gjennomføring av forhandlingene

(1) Oppdragsgiver skal forhandle med leverandørene om tilbudene for å forbedre innholdet i dem, med mindre oppdragsgiver har forbeholdt seg rett til å tildele kontrakten uten å gjennomføre forhandlinger. Denne retten må være angitt i kunngjøringen.

(2) Minstekrav og tildelingskriterier kan ikke endres gjennom forhandlingene. Det samme gjelder endelige tilbud.

(3) Oppdragsgiver skal behandle leverandørene likt i forhandlingene. Oppdragsgiver kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremfor andre.

(4) Under forhandlingene skal oppdragsgiver ikke uten samtykke gi de øvrige leverandørene tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en leverandør har gitt. Et samtykke skal gjelde de bestemte opplysningene som oppdragsgiver planlegger å gi tilgang til.

(5) Eventuelle endringer i anskaffelsesdokumentene som følge av forhandlingene skal umiddelbart sendes til alle de gjenværende leverandørene. I etterkant av slike endringer skal oppdragsgiver gi leverandørene tilstrekkelig tid til eventuelt å gi reviderte tilbud.

Bestemmelsens første, tredje og fjerde ledd gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 26.

Første ledd angir at oppdragsgiver skal forhandle med leverandørene. Oppdragsgiver skal forhandle med leverandørene om det innledende tilbudet, og eventuelle etterfølgende tilbud. Formålet med forhandlingene er å tilpasse tilbudet til oppdragsgivers krav og behov. Det er ikke adgang til å forhandle etter endelig tilbudsfrist, det er likevel adgang til å foreta avklaringer.

Andre ledd angir at fastsatte minstekrav og tildelingskriterier ikke kan endres gjennom forhandlingene. Bestemmelsen er gjennomført for å sikre likebehandling av leverandørene og er en kodifisering av EU-domstolens praksis. Bestemmelsen innebærer at oppdragsgiver på forhånd må angi minstekrav, og at disse ikke må endres under forhandlingene. Det samme gjelder tildelingskriterier og deres vekting, i samsvar med § 20-1.

Oppdragsgiver kan innlede forhandlinger med leverandører, som har inngitt tilbud med vesentlige avvik, med mindre annet fremgår av anskaffelsesdokumentene. Endelig tilbud kan ikke inneholde vesentlige avvik.

Tredje ledd angir at oppdragsgiver skal behandle leverandørene likt i forhandlingene. Dette innebærer at forhandlingene skal være i tråd med likebehandlingsprinsippet, se § 10-1.

Kravet til gjennomsiktighet må også følges ved forhandlingene. Dette innebærer at oppdragsgiver skal dokumentere forhandlingene, og sikre at alle tilbud inngis skriftlig.

Oppdragsgiver skal føre individuelle forhandlinger med alle leverandørene som inviteres til å gi tilbud. Hvilke krav som stilles til forhandlingene er redegjort for ovenfor.

Fjerde ledd viser at taushetsplikten må overholdes også i forhandlingene. Se § 1-7 om taushetsplikt.

Femte ledd regulerer hvordan endringer i anskaffelsesdokumentene skal håndteres. Se NOU 2023: 26 kapittel 24.2 om hvilke endringer som er tillatt. Hva som ligger i tilstrekkelig tid beror på en konkret vurdering av leverandørenes behov for å foreta nødvendige avklaringer, innhente nye opplysninger og utarbeide reviderte tilbud.

Det vises for øvrig til den generelle fremstillingen i kapittel 12.20.

§ 11-12 Forhandlinger i faser

(1) Oppdragsgiver kan beslutte at forhandlingene skal skje i flere faser for å redusere antallet tilbud. Slike reduksjoner skal foretas på grunnlag av tildelingskriteriene. Første reduksjon kan foretas på bakgrunn av det opprinnelige tilbudet.

(2) Dersom oppdragsgiver forbeholder seg retten til å forhandle i faser for å redusere antall tilbud, skal dette angis i kunngjøringen eller annet anskaffelsesdokument.

(3) I den siste fasen av forhandlingene skal antall tilbud være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Dette gjelder bare i den utstrekning det foreligger et tilstrekkelig antall gjenværende tilbud.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 26 nr 3 og artikkel 38 nr 5 siste punktum.

Det er hensynet til behovet for fleksibilitet og det potensielt høye kostnadsnivået i forbindelse med gjennomføring av forhandlinger som er bakgrunnen for at forhandlingene skal kunne foregå i flere faser med en gradvis reduksjon av antall løsninger det forhandles om.

§ 11-13 Avslutning av forhandlingene

(1) Oppdragsgiver skal avslutte forhandlingene ved å sette en felles frist for mottak av endelige tilbud fra de gjenværende leverandørene.

(2) Oppdragsgiver skal tildele kontrakt i henhold til § 20-1.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse.

V. Konkurransepreget dialog

§ 11-14 Konkurransepreget dialog

(1) I en konkurransepreget dialog kan alle interesserte leverandører levere en forespørsel om å delta i konkurransen, men hvor oppdragsgiver gjennomfører dialog med utvalgte leverandører i en eller flere runder med det formål å utvikle ett eller flere egnede alternativer som kan oppfylle oppdragsgivers krav, og som disse leverandørene blir invitert til å levere et tilbud på grunnlag av.

(2) Oppdragsgiver kan benytte konkurransepreget dialog ved tildeling av særlig komplekse kontrakter. En kontrakt er særlig kompleks når oppdragsgiver ikke er i stand til:

a. i samsvar med § 15-1 objektivt å presisere de tekniske vilkår, som kan oppfylle deres behov og formål, eller

b. objektivt å presisere de rettslige eller finansielle forhold i forbindelse med et prosjekt.

(3) Kunngjøringen skal inneholde informasjon som angitt i § 16-5.

(4) Anskaffelsesdokumentene skal inneholde informasjon som fremgår av kapittel 14.

(5) Oppdragsgiver kan bare velge tilbud på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet i samsvar med § 20-2.

(6) Oppdragsgiver kan fastsette bestemmelser om priser eller betalinger til deltakerne i dialogen.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 1 nr. 21 og artikkel 27 nr. 1 og 8.

Det vises til den generelle gjennomgangen av konkurransepreget dialog i kapittel 12.21.

§ 11-15 Frister for å inngi forespørsel om deltakelse

(1) Fristen for mottak av forespørsler om å delta i konkurransen skal være minst 30 dager regnet fra dagen kunngjøringen sendes til TED-databasen.

Bestemmelsene gjennomfører delvis direktiv 2009/81/EF artikkel 33 nr. 2, 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.27.

Bestemmelsen viser til dager. Med dager menes kalenderdager.

§ 11-16 Invitasjon til å delta i dialogen

(1) Oppdragsgiver kan fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å delta i dialogen i samsvar med § 19-6.

(2) Oppdragsgiver skal samtidig og skriftlig invitere de utvalgte tilbyderne til å delta i dialogen.

(3) Invitasjonen skal inneholde anskaffelsesdokumentene, eventuelt en henvisning til hvor leverandørene kan laste ned eller få tilgang til anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsens annet og tredje ledd innfører direktiv 2009/81/EF artikkel 34 nr 1 til 3. Bestemmelsen må sees i sammenheng med kapittel 14 om hva anskaffelsesdokumentene skal inneholde.

Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.28.

§ 11-17 Gjennomføring av dialogen

(1) Oppdragsgiver skal innlede dialog med alle inviterte leverandørene, med mindre antallet løsninger reduseres, jf. § 11-18, med formål å identifisere og definere hvordan oppdragsgivers behov best kan oppfylles.

(2) Oppdragsgiver kan drøfte alle sider ved anskaffelsen med leverandørene i dialogen.

(3) Oppdragsgiver skal behandle leverandørene likt i dialogen. Oppdragsgiver kan ikke på en diskriminerende måte gi opplysninger som kan gi noen leverandører en fordel fremfor andre.

(4) Under dialogen skal oppdragsgiver ikke uten samtykke gi de øvrige leverandørene tilgang til løsninger eller andre fortrolige opplysninger som en leverandør har gitt. Et samtykke skal gjelde de bestemte opplysningene som oppdragsgiver planlegger å gi tilgang til.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 27 nr. 3.

Første ledd fastsetter at oppdragsgiver skal gjennomføre dialog med alle leverandører som er invitert til å delta i dialogen, med mindre oppdragsgiver reduserer antall løsninger i henhold til § 11-18.

Andre ledd fastsetter at dialogen kan gjelde alle aspekter som gjelder kontraktens gjenstand, herunder, men ikke begrenset til tekniske forhold, priser, omkostninger, fordeling av risiko, begrensning av ansvar, garantier og øvrige økonomiske forhold. Formålet med dialogen er å definere og fastslå hvordan oppdragsgivers behov best kan oppfylles.

Tredje og fjerde ledd svarer til gjennomføring av konkurranse med forhandling. Det vises til kommentarene til § 11-11.

§ 11-18 Dialog i faser

(1) En konkurransepreget dialog kan gjennomføres i flere faser for å redusere antallet løsninger. Slike reduksjoner skal foretas på grunnlag av tildelingskriteriene. Første reduksjon kan gjøres på bakgrunn av løsningsforslaget.

(2) Dersom oppdragsgiver forbeholder seg retten til å forhandle i faser for å redusere antall løsninger, skal dette angis i kunngjøringen eller annet anskaffelsesdokument.

(3) I den siste fasen av dialogen skal antall løsninger være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse. Dette gjelder bare i den utstrekning det foreligger et tilstrekkelig antall løsninger.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 27 nr. 4 og artikkel 38 nr. 5.

Bestemmelsen svarer til bestemmelsen i § 11-12 om forhandlinger i faser i konkurranse med forhandling. Det vises til kommentarene til denne bestemmelsen.

§ 11-19 Avslutning av dialog og innlevering av tilbud

(1) Når oppdragsgiver har funnet de løsningene som kan oppfylle behovet, skal dialogen avsluttes.

(2) Oppdragsgiver skal invitere de gjenværende leverandørene i dialogen til å gi endelige tilbud basert på løsningene de har fremlagt og presisert i dialogen. De endelige tilbudene skal inneholde alle elementene som er obligatoriske og nødvendige for å gjennomføre løsningene.

(3) Tilbudsfristen skal fastsettes slik at leverandørene får tilstrekkelig tid til å foreta de nødvendige undersøkelser og beregninger. Tilbudsfristen skal forlenges forholdsmessig dersom det foretas rettelse, supplering eller endring av konkurransegrunnlaget.

(4) På forespørsel fra oppdragsgiver kan leverandørene avklare, presisere og forbedre tilbudene. Avklaringene, presiseringene og forbedringene kan ikke innebære endringer i grunnleggende sider ved tilbudene eller anskaffelsesdokumentene, inkludert behovene og kravene oppdragsgiver har fastsatt, dersom det er sannsynlig at slike endringer fører til konkurransevridning eller forskjellsbehandling.

(5) Oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av tildelingskriteriene som er fastsatt i kunngjøringen eller annet anskaffelsesdokument.

(6) Oppdragsgiver kan ferdigforhandle kontraktsvilkårene med den valgte leverandøren for å få bekreftet finansielle forpliktelser eller andre vilkår i tilbudet. Forhandlingene kan ikke føre til endringer i grunnleggende sider ved tilbudet eller anskaffelsesdokumentene, inkludert behovene og kravene oppdragsgiver har fastsatt, dersom det er risiko for at slike endringer fører til konkurransevridning eller forskjellsbehandling.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 27 nr. 5, 6 og 7. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.21.

Første ledd innebærer at oppdragsgiver kan gjennomføre dialog frem til oppdragsgiver har funnet de løsninger som oppfyller oppdragsgivers behov.

Andre ledd fastsetter at etter at dialogen er avsluttet skal oppdragsgiver oppfordre deltakerne til å avgi sine endelige tilbud på grunnlag av den eller de løsninger som er presentert og presisert under dialogen, og som inneholder elementene som er nødvendige for prosjektets utførelse, og som svarer til oppdragsgivers krav og behov.

Tredje ledd fastsetter at det skal gis tilstrekkelig tid til å utarbeide tilbud og at tilbudsfristen skal forlenges forholdsmessig ved endringer eller suppleringer av konkurransegrunnlaget. Regelen følger av kravet til forholdsmessighet.

Fjerde ledd innebærer at tilbud kan avklares, presiseres og forbedres. Dette innebærer også at det ikke er utelukket at avklaring, presiseringen eller forbedringen kan gjelde vesentlige avvik i tilbudet. Det avgjørende for om et det er adgang til å avklare et vesentlig avvik er om det er sannsynlig at en

slik avklaring fører til konkurransevridning eller forskjellsbehandling. Karakteren av minstekravene og årsaken til avviket er relevante momenter for om det foreligger konkurransevridning eller forskjellsbehandling.

Sjette ledd fastsetter at oppdragsgiver har adgang til å forhandle med den valgte leverandører om økonomiske forpliktelser og andre vilkår. Avgjørende er at det gjennom forhandlingene ikke kan gjøres endringer i vesentlige elementer i tilbudet til valgte leverandør, eller vesentlige forhold i anskaffelsesdokumentene, dersom det er risiko for at slike endringer fører til konkurransevridning eller forskjellsbehandling av leverandørene.

VII. Konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring

§ 11-20 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for vare- tjeneste- og bygg- og anleggskontrakter

(1) Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved inngåelse av vare- tjeneste- og bygg- og anleggskontrakter i tilfellene omtalt i andre til fjerde ledd.

(2) Der oppdragsgiver i en forutgående begrenset anbudskonkurranse ikke mottok forespørsler om å delta i konkurransen eller tilbud. Det samme gjelder dersom oppdragsgiver bare mottok forespørsler eller tilbud som skulle eller kunne avvises etter §§ 18-2 til 18-5 eller bare mottok tilbud som åpenbart ikke oppfylte oppdragsgivers behov eller krav som følge av vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver kan ikke foreta vesentlige endringer i kravspesifikasjonene eller kontraktsvilkårene;

(3) Anskaffelsen gjelder ytelser som bare en bestemt leverandør kan levere fordi ytelsen av tekniske grunner eller for å beskytte en enerett, bare kan presteres av en bestemt leverandør.

Unntaket gjelder bare når det ikke foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiver har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør.

(4) Det er umulig å overholde fristene for en begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring som følge av forhold som ikke skyldes oppdragsgiver, og som oppdragsgiver ikke kunne forutse. Kontraktens omfang skal ikke være større enn strengt nødvendig.

(5) Dersom det foreligger en nødsituasjon som oppstår som følge av krise, og dette gjør det umulig å overholde fristene som følger av §§ 11-4, 11-6, 11-8, 11-10, 11-15 og 11-19. Dette kan for eksempel være en situasjon som angitt i § 2-3 bokstav e.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 28 første ledd bokstav a til e.

Oppdragsgiver bør derfor, i visse spesifikke tilfeller og omstendigheter, kunne bruke forhandlet prosedyre uten å kunngjøre en konkurranse. Unntakene fra plikten til å kunngjøre skal tolkes restriktivt. Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene i det aktuelle unntaket er oppfylt. Dersom oppdragsgiver velger å gjennomføre konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, må det begrunnes i en hvorfor dette er nødvendig, jf. § 25-1 (2) bokstav i.

Dersom vilkårene i bestemmelsen er oppfylt, slik at oppdragsgiver kan gjennomføre en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, må oppdragsgiver følge de øvrige prosedyrereglene i loven del III så langt de passer.

Første ledd angir at bestemmelsen gjelder vare-, tjeneste- og bygg- og anleggskontrakter. Disse er definert i § 5-3.

Andre ledd gjelder kun dersom oppdragsgiver har gjennomført en begrenset anbudskonkurranse.

For en nærmere gjennomgang av avvisning som omfattes av andre ledd vises til kapittel 12.33. Ved vurderingen av om et tilbud oppfyller oppdragsgivers behov må det foretas en objektiv vurdering av om tilbudene oppfyller de behovene og kravene som oppdragsgiver har stilt, og om tilbudene vesentlig avviker fra disse.

Oppdragsgiver kan ikke foreta vesentlige endringer i kravspesifikasjonene eller kontraktsvilkårene. Hva som utgjør en vesentlig endring, må avgjøres ut fra en konkret vurdering. For en nærmere gjennomgang av hva som utgjør en vesentlig endring vises til loven kapittel 23.

Tredje ledd angir at bestemmelsen gjør unntak for tilfeller der det kun er én leverandør som kan levere ytelsen som følge av de angitte forholdene. Det er ikke tilstrekkelig at det kun er én leverandør som kan levere i Norge. Det er opp til oppdragsgiver å godtgjøre at det kun er én leverandør som kan levere ytelsen i EØS eller WTO-områder der anskaffelsen omfattes av WTO-avtalen om offentlige innkjøp.

Om de nærmere undersøkelsene oppdragsgiver må gjennomføre er det ikke tilstrekkelig å vise til at det kun finnes en leverandør eller at anskaffelsen er kompleks slik at det kun er én leverandør som kan levere. Oppdragsgiver må vise til konkrete undersøkelser som er gjennomført.

Unntaket gjelder der manglende konkurranse skyldes tekniske årsaker. Unntaksbestemmelsen skal forstås mer fleksibelt enn tilsvarende unntaksbestemmelse i lov om offentlige anskaffelser. Det må foretas en objektiv vurdering av om unntaksbestemmelsen kan benyttes. Bruk av unntaksbestemmelsen kan for eksempel begrunnes i at det er nærmest teknisk umulig for en annen leverandør enn den valgte å oppnå de fastsatte målene, eller at det er nødvendig å benytte særlig fagkunnskap, bestemte verktøy eller spesifikke midler som bare én leverandør har til disposisjon. Dette kan for eksempel være tilfellet ved modifisering eller ettermontering av særlig komplekst utstyr. Tekniske årsaker kan også skyldes særlige krav til samvirkningsevne eller sikkerhetskrav som må være oppfylt for å sikre at væpnede styrker eller sikkerhetsstyrker fungerer på en tilfredsstillende måte.

Ved bruk av unntaket må oppdragsgiver kunne beskrive hvorfor det foreligger tekniske grunner , og kunne dokumentere at grunnene faktisk foreligger. Det påpekes at unntaket er mer fleksibelt enn for de øvrige direktivene.

Unntaket gjelder også ved enerett, herunder immaterielle rettigheter. Dette viser blant annet til patenter, varemerker, mønsterbeskyttelse ol.

Det er ikke tilstrekkelig at leverandøren har en enerett i juridisk forstand for et produkt eller en ytelse, dersom oppdragsgivers behov kan dekkes ved tilsvarende produkter eller ytelser som finnes i markedet. Dersom den som har enerett har gitt andre lisens til å tilby ytelsen, vil unntaket ikke kunne benyttes.

Unntakene gjelder bare når det ikke foreligger rimelige alternativer og den manglende konkurransen ikke skyldes at oppdragsgiver har tilpasset anskaffelsesdokumentene til en bestemt leverandør. Dette følger av prinsippet om forholdsmessighet og at unntaksbestemmelsene har en snever rekkevidde.

Fjerde ledd angir unntak der det er umulig å overholde fristene for en begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling. Fristene fremgår av kapittel 11.

Bestemmelsen angir fire vilkår som må være oppfylt for at en anskaffelse skal være unntatt kunngjøringsplikten. Det må foreligge et forhold som ikke skyldes oppdragsgiver, og som oppdragsgiver heller ikke kunne forutse. Forholdet må videre ha forårsaket et anskaffelsesbehov, som har gjort det umulig for oppdragsgiver å overholde fristene i loven kapittel 11. Endelig kan kontraktens omfang ikke være større enn strengt nødvendig.

Hvilke forhold som ikke kunne forutsees og som ikke skyldes oppdragsgiver beror på en objektiv vurdering av det oppståtte forholdet. Dårlig planlegging kan for eksempel ikke begrunne bruk av unntaket. Typiske forhold som omfattes er force majeure-lignende forhold, som brann, oversvømmelser, jordskjelv, pandemi eller lignende. Det er imidlertid ikke nødvendig at forholdet knytter seg til force-majeure tilfeller. En uventet konkurs, som medfører fare for liv og helse kan også omfattes. Dersom forholdet er uforutsett, men kan skyldes oppdragsgiverrelaterte forhold, er bruk av unntaket avskåret.

At det må være umulig å benytte fristene viser at det er en høy terskel. Det er ikke tilstrekkelig at det er ressurskrevende eller ekstra kostbart å gjennomføre en anskaffelse med forkortede frister. Med frister siktes til både de alminnelige fristene og fristene i en hasteprosedyre. Det må foreligge årsakssammenheng mellom umuligheten og de uforutsette omstendighetene.

At kontraktens omfang ikke skal være større enn strengt nødvendig omfatter både omfang og varighet av kontrakten. Det kan ikke inngås kontrakt med lengre varighet enn det som er nødvendig for å forberede og gjennomføre en anskaffelser etter bestemmelsene i loven del III.

Femte ledd gjelder der anskaffelsen ikke kan utsettes på grunn av en krise. Hva som er en krise, er definert i lovens § 5-2 bokstav k.

Første, andre, og fjerde ledd tilsvarer regler i anskaffelsesdirektivet og det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.20.7. Det vises for øvrig til den generelle fremstillingen i kapittel 12.22.

§ 11-21 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for varekontrakter

(1) Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved varekontrakter i tilfellene omtalt i andre til femte ledd.

(2) Der oppdragsgiver skal inngå en varekontrakt om tilleggsleveranser med den opprinnelige leverandøren. Tilleggsleveransene skal være beregnet på enten delvis å erstatte leveranser eller installasjoner eller å utvide eksisterende leveranser eller installasjoner. Dette gjelder bare når

a. skifte av leverandør ville tvinge oppdragsgiver til å anskaffe varer med tekniske egenskaper som er uforenlige med de opprinnelige leveransene eller installasjonene, eller som ville gjøre drift og vedlikehold uforholdsmessig teknisk vanskelig, og

b. varigheten av den opprinnelige kontrakten og kontrakten om tilleggsleveransene skal ikke overstige fem år, med unntak av under særlige omstendigheter som tar hensyn til det leverte materialet og installasjoner eller systemers forventede levetid og de tekniske vanskeligheter som et leverandørskifte kan medføre

(3) Anskaffelsen gjelder varer som noteres og kjøpes på en varebørs.

(4) Anskaffelsen gjelder varer som oppdragsgiver kan anskaffe på særlig fordelaktige vilkår hos en leverandør som har stanset forretningsførselen, eller hos en forvalter av et konkursbo, en gjeldsforhandling eller en tilsvarende prosess med hjemmel i lov eller forskrift.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 28 tredje ledd.

Bestemmelsen er nokså tilsvarende som i anskaffelsesdirektivet og det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.20.

Bestemmelsen gjelder kun for varekontrakter, jf. første ledd. En varekontrakt er definert i lovens § 5-3.

Annet ledd gjør unntak for tilleggsleveranser med den opprinnelige leverandøren. Bestemmelsen angir at tilleggsleveransene skal være beregnet på enten delvis å erstatte leveranser eller installasjoner eller å utvide eksisterende leveranser eller installasjoner. Unntaket gjedder kun der det er teknisk uforenlighet mellom opprinnelige leveranse/installasjonene eller at drift og vedlikehold er uforholdsmessig teknisk vanskelig. I teknisk uforenelighet ligger det at oppdragsgiver ikke kan bruke det eksisterende utstyret sammen med tilleggsleveransen. Om det foreligger tekniske vanskeligheter for drift og vedlikehold beror på en konkret vurdering. Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver vil få komplikasjoner i en overgangsfase ved skifte av leverandør. Vanskelighetene må gå ut over det som er normalt, jf. kravet om uforholdsmessighet.

En forutsetning for å benytte unntaksbestemmelsen i annet ledd er at varigheten av den opprinnelige kontrakten og kontrakten om tilleggsleveransene ikke overstiger fem år. Det kan imidlertid gjøres unntak fra dette dersom det foreligger særlige omstendigheter som tar hensyn til det leverte materialet og installasjoner eller systemers forventede levetid og de tekniske vanskeligheter som et leverandørskifte kan medføre.

Tredje ledd gjør unntak for varer som noteres og kjøpes på varebørs. Med varebørs menes handelsplattformer for varer som landbruksvarer og råvarer og energibørser. Et eksempel på en varebørs er Nordpool for krafthandel.

Fjerde ledd gjør unntak for varer og tjenester som oppdragsgiver kan kjøpe på særlig fordelaktige vilkår hos en leverandør som har stanset forretningsførselen, eller hos en forvalter av et konkursbo, en gjeldsforhandling eller en tilsvarende prosess med hjemmel i lov eller forskrift. Hva som utgjør særlige fordelaktige vilkår, beror på en konkret vurdering av forholdet mellom tilbudet og de normale markedsprisene for tilsvarende ytelser. Det beror på en konkret vurdering hvor stor forskjell det må være mellom markedsprisen og den aktuelle prisen for at tilbudet skal være særlig fordelaktig.

§ 11-22 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for gjentagende kjøp av bygg- og anleggsarbeider og tjenester

(1) Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for bygg- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter dersom oppdragsgiver skal inngå en kontrakt om nye bygge- og anleggsarbeider eller tjenester som er en gjentakelse av lignende bygge- og anleggsarbeider eller tjenester som er utført i forbindelse med en tidligere kontrakt mellom oppdragsgiver og den samme leverandøren.

(2) Første ledd gjelder bare når

a. den tidligere kontrakten er inngått etter en konkurranse som er kunngjort etter reglene i kapittel 16 og de nye tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene er i samsvar med det prosjektet som denne kontrakten gjaldt,

b. oppdragsgiver har angitt i anskaffelsesdokumentene for den opprinnelige konkurransen omfanget av slike nye tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, vilkårene for å inngå en ny kontrakt om disse ytelsene, og at oppdragsgiver forbeholder seg retten til å inngå kontrakten uten konkurranse og

c. kontrakt inngås inntil fem år etter at den opprinnelige kontrakten ble inngått, kontrakt, med mindre det foreligger særlige omstendigheter. I denne vurderingen skal det tas hensyn til det leverte materialet og installasjoner eller systemers forventede levetid og de tekniske vanskeligheter som et leverandørskifte kan medføre.

(3) Oppdragsgiver skal inkludere den anslåtte verdien av de nye tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene i beregningen av verdien av den opprinnelige kontrakten.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 28 nr 4 bokstav b. Det er en nokså tilsvarende bestemmelse i anskaffelsesdirektivet, det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 24.20.7.

Fristen i andre ledd bokstav c løper fra den opprinnelige kontrakten ble inngått.

Tredje ledd har betydning for beregning av den opprinnelige kontraktens verdi, se loven kapittel 7.

§ 11-23 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved kjøp av tilleggsleveranser ved bygge- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter

(1) Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for bygg- og anleggskontrakter og tjenestekontrakter dersom oppdragsgiver skal inngå en kontrakt om tilleggsarbeider eller tilleggstjenester som ikke var med i den opprinnelige kunngjøringen eller i den opprinnelige kontrakten forutsatt at:

a. forhold oppdragsgiver ikke kunne forutse gjør det nødvendig å utføre tilleggstjenesten eller tilleggsarbeidet for å utføre de opprinnelige beskrevne arbeidene eller tjenestene,
b. tilleggsarbeidene eller tilleggstjenestene tildeles den opprinnelige leverandøren,
c. tilleggstjenestene eller tilleggsarbeidene ikke teknisk eller økonomisk kan skilles fra den opprinnelige kontrakt uten vesentlige ulemper for oppdragsgiver eller, dersom de kan skilles fra den opprinnelige kontrakten, likevel er strengt nødvendig for fullføring av denne, og
d. den samlede verdi av kontrakter som inngås om tilleggsarbeider eller tilleggstjenester ikke overstiger 50 prosent av verdien av den opprinnelige kontrakt

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 28 nr 4 bokstav a.

Det er en nokså tilsvarende bestemmelse i anskaffelsesdirektivet, det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 24.20.7.

§ 11-24 Vilkår for bruk av konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring for tjenestekontrakter

Oppdragsgiver kan bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring ved kontrakter om levering av luft- og sjøtransporttjenester til væpnede styrker eller sikkerhetsstyrker som skal eller er stasjonert i utlandet når oppdragsgiver er nødt til å anskaffe slike tjenester fra en leverandør som kun kan garantere for et tilbud i så kort tid at fristen for prosedyrene begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandlinger etter forutgående kunngjøring ikke kan overholdes.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 28 nr 5.

Det er et vilkår for å benytte bestemmelsen at det foreligger et tilbud som kun er gyldig i så kort tid at fristene for å benytte begrenset anbudskonkurranse eller konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, ikke kan benyttes. Fristene fremgår av lovens §§ 11-4, 11-6, 11-8 og 11-10.

Kapittel 12 – Rammeavtaler, elektroniske og samlede anskaffelser

I. Rammeavtaler

§ 12-1 Rammeavtaler

(1) En rammeavtale er en avtale mellom én eller flere oppdragsgivere og én eller flere leverandører med det formål å fastsette vilkårene for kontrakter som skal tildeles i løpet av et bestemt tidsrom, særlig med hensyn til pris og eventuelt påtenkt mengde.

(2) Oppdragsgiver skal bruke én av de tillatte anskaffelsesprosedyrer, jf. § 11-1, ved inngåelse av en rammeavtale.

(3) Bare de oppdragsgiverne som er klart identifisert i kunngjøringen, kan tildele kontrakter under rammeavtalen. Bare de leverandørene som er parter i rammeavtalen, kan tildeles kontrakter under rammeavtalen.

(4) Oppdragsgiver kan ikke inngå rammeavtaler for mer enn syv år, med unntak av situasjoner hvor det foreligger særlige omstendigheter. Ved vurderingen av om det foreligger særlige omstendigheter, skal oppdragsgiver ta hensyn til levert materiell og leverte installasjoners eller systemers forventede levetid, samt de tekniske vanskelighetene som et leverandørskifte kan forårsake. Hvor oppdragsgiver vil inngå en rammeavtale med en varighet på mer enn syv år, skal en redegjørelse for de særlige omstendighetene gis i kunngjøringen av konkurranseresultatet etter § 16-5.

(5) Ved tildeling av kontrakter under en rammeavtale skal oppdragsgiver følge prosedyren i § 12-2 eller § 12-3.

(6) Ved tildeling av kontrakter under en rammeavtale kan oppdragsgiver ikke foreta vesentlige endringer av kontraktsvilkårene i rammeavtalen.

(7) Oppdragsgiver må ikke misbruke rammeavtaler eller anvende dem på en måte som hindrer, begrenser eller vrir konkurransen.

Bestemmelsen innfører direktiv 2009/81/EF artikkel 1 nr. 11 og artikkel 29 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.23.

Første ledd angir definisjonen av rammeavtaler.

Annet ledd angir at oppdragsgiver må bruke en av lovens fremgangsmåter eller anskaffelsesprosedyrer for å inngå en rammeavtale, og av dette følger det at en rammeavtale er en kontraktsform og ikke en anskaffelsesprosess.

Tredje ledd spesifiserer hvem som kan tildele eller tildeles kontrakter under en rammeavtale. Det er bare oppdragsgivere som er angitt i kunngjøringen som kan benytte seg av rammeavtalen. Det følger av dette at når en rammeavtale er inngått kan ikke andre oppdragsgivere eller leverandører slutte seg til avtalen. Dette vil også gjelde for innkjøpssentraler.

Fjerde ledd fastsetter den maksimale lengden på en rammeavtale. Loven åpner for at en oppdragsgiver i særlige tilfeller skal kunne inngå lengre rammeavtaler, begrunnelsen for dette skal angis i kunngjøringen av resultatet av konkurransen. Unntaket for å benytte lengre rammeavtale enn syv år skal tolkes snevert. Særlige grunner kan for eksempel være omfattende investeringer tilknyttet avtalen.

Selve tildelingen av kontrakter under en rammeavtale må skje innenfor rammeavtalens løpetid. Så lenge tildelingen skjer innenfor tidsrammen på rammeavtalen, kan den aktuelle kontrakten ha en lengre eller kortere løpetid enn rammeavtalen.

Femte ledd viser til bestemmelsene i §§ 12-2 og 12-3, som skiller mellom rammeavtaler med en eller flere leverandører.

Sjette ledd konkretiserer at forbudet mot vesentlige endringer også gjelder for kontrakter som tildeles under en rammeavtale.

Syvende ledd fastsetter at oppdragsgiver ikke må misbruke rammeavtalene på en måte som hindrer, begrenser eller vrir konkurransen. Dette er en konkretisering av de grunnleggende prinsippene i lovens § 10-1.

§ 12-2 Rammeavtaler med én leverandør

Kontrakter som inngås på grunnlag av en rammeavtale med én leverandør, skal tildeles på grunnlag av kontraktsvilkårene i rammeavtalen. Oppdragsgiver kan før tildelingen av kontrakten skriftlig be om at leverandøren utfyller tilbudet.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 29 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.23.

Tildelingen av en kontrakt under en rammeavtale med én leverandør skal skje på de vilkårene som er fastsatt i rammeavtalen. Oppdragsgiver kan før tildeling av kontrakt under rammeavtalen henvende seg til leverandøren. Dette skal skje skriftlig. I henvendelsen kan oppdragsgiveren be leverandøren om å komplettere sitt tilbud. Dette kan for eksempel relatere seg til leveringstid, -sted, mengde eller kvalitet. Kompletteringen kan ikke innebære en vesentlig endring jf. § 12-1 sjette ledd.

§ 12-3 Rammeavtaler med flere leverandører

(1) Ved inngåelse av rammeavtaler med flere leverandører skal det inngås rammeavtale med minst tre leverandører, forutsatt at det er et tilstrekkelig antall egnede leverandører og tilbud.

(2) Kontrakter som inngås på grunnlag av en rammeavtale med flere leverandører, kan tildeles ved direkte tildeling, jf. § 12-4 eller ved gjenåpning av konkurransen, jf. § 12-5. Det må angis i anskaffelsesdokumentene hvordan tildelingen av kontrakter skal skje.

(3) Oppdragsgiver kan for samme rammeavtale både anvende direkte tildeling og gjenåpning av konkurransen, men bare dersom valget mellom disse skjer på grunnlag av objektive kriterier som er fastsatt i anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsens første og annet ledd gjennomfører til dels direktiv 2009/81/EF artikkel 29 nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.23.

Tredje ledd følger av prinsippet om gjennomsiktighet og åpner for at oppdragsgiver kan kombinere bruken av direkte tildeling og gjenåpning av konkurransen når det i anskaffelsesdokumentene er fastsatt objektive kriterier for valget mellom disse. Det fremgår ikke av loven noen nærmere definisjon av hva objektive kriterier er, men dette betyr at subjektive kriterier eller kriterier som gir ubetinget vidt skjønn til oppdragsgiver å velge mellom fremgangsmåtene, ikke vil være tillatt. Poenget må være at leverandørene opplever det som rimelig klart når oppdragsgiver kommer til å benytte direkte tildeling eller gjenåpning, slik at avtalen gir en viss grad av forutberegnelighet for leverandøren.

§ 12-4 Direkte tildeling

Direkte tildeling av kontrakter skal skje på grunnlag av rammeavtalens kontraktsvilkår. Oppdragsgiver skal i anskaffelsesdokumentene fastsette en fordelingsnøkkel for tildeling av kontrakter under rammeavtalen.

Bestemmelsen gjennomfører til dels direktiv 2009/81/EF artikkel 29 nr. 4 bokstav a. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.23.

Direkte tildeling er aktuelt når rammeavtalen fastlegger alle relevante bestemmelser vedrørende kontrakten. Fordelingsnøkkelen skal angis i anskaffelsesdokumentene og må utarbeides i overenstemmelse med prinsippene for offentlige anskaffelser jf. § 10-1. Dette innebærer blant annet at fordelingsnøkkelen må utarbeides slik at det er rimelig klart hvordan kontrakter skal fordeles under rammeavtalen, slik at leverandørene før de inngir tilbud på rammeavtalen kan settes i stand til å vurdere sine potensielle forpliktelser, og at de under rammeavtalens løpetid kan ha en forutberegnelig leveringsforpliktelse.

§ 12-5 Gjenåpning av konkurransen

(1) Når konkurransen gjenåpnes skal det skje ved samtidig skriftlig oppfordring til leverandørene under rammeavtalen om å inngi tilbud. Gjenåpning av konkurransen skal baseres på en av følgende

a. de samme vilkårene som ble anvendt ved tildelingen av rammeavtalen,

b. om nødvendig mer presist formulerte vilkår eller

c. andre vilkår som er fastsatt på forhånd i anskaffelsesdokumentene.

(2) Oppdragsgiver skal fastsette en tilstrekkelig lang tilbudsfrist. Ved fastsettelse av fristen skal det tas hensyn til forhold som kontraktens kompleksitet og den tid som medgår til å utarbeide tilbud.

(3) Tilbudene skal sendes inn skriftlig og innholdet skal holdes fortrolig inntil utløpet av den fastsatte tilbudsfristen.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 29 nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.23.

Første ledd angir at en oppdragsgiver skal gjenåpne konkurransen ved en samtidig skriftlig oppfordring til leverandørene under rammeavtalen om å inngi tilbud. I bokstavene a til c er det listet hvilke vilkår, herunder tildelingskriterier, som konkurransen skal baseres på. Bokstavene gir alternative handlingsalternativer for oppdragsgiver. Ved anvendelsen av alternativet i bokstav b må oppdragsgiver fortsatt holde seg innenfor rammeavtalen, og kan ikke velge nye vilkår som vil utgjøre vesentlige endringer jf. § 12-1 sjette ledd.

Andre ledd fastsetter at oppdragsgiver skal sette en tilstrekkelig lang tilbudsfrist. Hvor lang tilbudsfristen må være, må vurderes konkret basert på kontraktens kompleksitet og hvor lang tid det vil ta å utarbeide tilbud. Formålet med rammeavtaler er at oppdragsgiver skal kunne gjennomføre avrop på rammeavtalene relativt raskt, slik at tilbudsfristen i de konkrete tilfellene kan være svært kort forutsatt at det ikke stilles omfattende krav til innholdet i tilbudet.

Tredje ledd fastsetter at innholdet i tilbudet skal holdes fortrolig til fristens utløp.

II. Elektronisk auksjon

§ 12-6 Generelle regler om elektroniske auksjoner

(1) En elektronisk auksjon er en gjentakende prosess som omfatter en elektronisk innretning for presentasjon av nye, nedjusterte priser og/eller nye verdier for visse elementer i anbud, som finner sted etter en første fullstendig vurdering av anbudene og muliggjør en rangering ved hjelp av automatiske evalueringsmetoder.

(2) Ved en begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring eller ved gjenåpning av konkurransen under en rammeavtale, jf. § 12-5, kan oppdragsgiver bruke en elektronisk auksjon før tildeling av kontrakt. Dette gjelder bare når innholdet i kravspesifikasjonene kan fastsettes nøyaktig.

(3) Oppdragsgiver kan ikke bruke en elektronisk auksjon ved anskaffelser hvor tilbudene ikke kan rangeres med automatiske evalueringsmetoder.

(4) Oppdragsgiver kan ikke misbruke en elektronisk auksjon eller anvende den på en måte som kan forhindre, begrense eller fordreie konkurransen, eller på en måte som kan endre kontraktens gjenstand.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 1 nr. 12 og 48 nr. 2 første og annet avsnitt og nr. 8 annet avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.42. Det er nesten likelydende bestemmelser i anskaffelsesdirektivet og det vises derfor også til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 24.23.

Første ledd inneholder en definisjon av hva en elektronisk auksjon er.

Annet ledd første punktum angir at elektronisk auksjon kan benyttes før tildeling av kontrakt ved bruk av prosedyrene begrenset anbudskonkurranse og konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring. Elektronisk auksjon kan videre benyttes ved gjenåpning av konkurranse i en rammeavtale.

Det følger av annet ledd annet punktum at vilkåret for å benytte elektronisk auksjon er at innholdet i kravspesifikasjonen kan fastsettes nøyaktig.

I tredje ledd er det beskrevet at rangering av tilbudene må kunne gjøres med automatiske evalueringsmetoder. Dette innebærer at tilbudet må inneholde kvantifiserbare elementer for å kunne delta i elektroniske auksjoner. Med kvantifiserbar menes forhold som kan uttrykkes i tall eller prosenter.

§ 12-7 Forberedelse av en elektronisk auksjon

(1) Oppdragsgiver skal strukturere den elektroniske auksjonen som en elektronisk prosess hvor leverandørene gjentatte ganger tilbyr lavere priser eller lavere verdier av kvantifiserbare elementer i tilbudet.

(2) Auksjonen skal baseres på

a. pris alene dersom oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av den laveste prisen

b. pris, verdier av kvantifiserbare elementer i tilbudet eller en kombinasjon av pris og slike verdier dersom oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet.

(3) Dersom oppdragsgiver skal bruke en elektronisk auksjon, skal dette fremgå av kunngjøringen.

(4) Anskaffelsesdokumentene skal inneholde opplysninger som angitt i kapittel 14.

(5) Før oppdragsgiver gjennomfører auksjonen, skal tilbudene evalueres i henhold til tildelingskriteriene og deres angitte vekt.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 48 nr. 2 tredje avsnitt og nr 3 og nr 4 første avsnitt. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.42.

§ 12-8 Gjennomføring av en elektronisk auksjon

(1) Oppdragsgiver skal samtidig invitere alle leverandørene som ikke er avvist, til å delta i den elektroniske auksjonen.

(2) Invitasjonen skal inneholde følgende opplysninger

a. en evaluering av leverandørens tilbud, jf. § 12-7 femte ledd

b. den matematiske formelen som skal brukes til å rangere tilbudene automatisk på grunnlag av de nye prisene eller verdiene som leverandørene tilbyr. Dersom oppdragsgiver skal velge tilbud på grunnlag av den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet, skal formelen inneholde tildelingskriterienes vekt. Når vekten er angitt innenfor et område med et passende maksimalt utslag, skal oppdragsgiver fastsette en bestemt verdi. Dersom oppdragsgiver tillater alternative tilbud, skal det angis en egen formel for hvert alternative tilbud

c. alle relevante opplysninger for individuell tilkobling, samt dato og klokkeslett for auksjonen

(3) Auksjonen kan tidligst begynne to virkedager etter at oppdragsgiver sender invitasjonen.

(4) Auksjonen kan foregå i flere faser. I hver fase skal oppdragsgiver umiddelbart gi leverandørene tilstrekkelige opplysninger til at de til enhver tid kan fastslå sin respektive rangering. Oppdragsgiver kan gi opplysninger om tilbudte priser eller verdier dersom dette er angitt i anskaffelsesdokumentene. Under auksjonen kan oppdragsgiver også opplyse om antallet gjenværende deltakere, men ikke deres identitet.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 48 nr. 4 annet avsnitt, nr. 5 og nr. 6. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.42.

§ 12-9 Avslutning av en elektronisk auksjon

(1) Oppdragsgiver skal avslutte den elektroniske auksjonen på en eller flere av følgende måter

a. på den dagen og på det klokkeslettet som tidligere er angitt

b. når oppdragsgiver ikke mottar nye priser eller verdier som oppfyller kravene til minste tillatte forskjeller mellom tilbudene, innen fristen som oppdragsgiver har satt for hvor lang tid som skal gå fra mottak av den sist tilbudte prisen eller verdien til auksjonen vil bli avsluttet

c. når det angitte antallet faser er gjennomført.

(2) Dersom oppdragsgiver vil avslutte auksjonen etter første ledd bokstav c, eventuelt kombinert med bokstav b, skal invitasjonen til å delta i auksjonen inneholde en tidsplan for hver fase.

(3) Etter at auksjonen er avsluttet, skal oppdragsgiver velge tilbud basert på tildelingskriteriene på grunnlag av resultatet av auksjonen.

Bestemmelsene om elektroniske auksjoner gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 48 nr 7 og 8. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.42.

III. Sentraliserte innkjøpsaktiviteter

§ 12-10 Innkjøpssentraler

(1) Oppdragsgiver kan anskaffe

a. varer og tjenester fra innkjøpssentraler

b. varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider gjennom innkjøpssentraler. Dette kan skje ved at oppdragsgiver bruker kontrakter som er tildelt eller rammeavtaler som er inngått.

(2) En oppdragsgiver som anskaffer ytelser fra eller gjennom en innkjøpssentral, eller som benytter en rammeavtale inngått av innkjøpssentralen, anses for å ha oppfylt forpliktelsene etter denne lov. Oppdragsgiver er likevel ansvarlig for å overholde reglene for de delene av anskaffelsen som gjennomføres av oppdragsgiver selv, inkludert å gjenåpne en konkurranse i henhold til en rammeavtale som er inngått av en innkjøpssentral.

(3) Oppdragsgiver kan inngå kontrakter om samordnede innkjøp med en innkjøpssentral uten å følge loven. Slike kontrakter kan også inkludere tilknyttede innkjøpstjenester. Med samordnede innkjøp menes virksomhet som utføres på permanent basis om anskaffelser av varer og tjenester til bruk for oppdragsgivere eller tildeling av kontrakter eller inngåelse av rammeavtaler om varer, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider for oppdragsgivere. Med tilknyttede innkjøpstjenester menes støtte til innkjøpsaktiviteter særlig i form av å stille til rådighet teknisk infrastruktur som gjør det mulig for oppdragsgivere å inngå kontrakter, å gi råd om gjennomføringen eller utformingen av anskaffelser og å forberede og gjennomføre anskaffelser på vegne av oppdragsgivere.

Bestemmelsens første og annet ledd gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 10. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.6.

Direktiv 2009/81/EF artikkel 1 nr. 18 definerer innkjøpssentral som

«offentlige oppdragsgivere som omhandlet i artikkel 1 nr. 9 i direktiv 2004/18/EF og i artikkel 2 nr. 1 bokstav a) i direktiv 2004/17/EF eller et europeisk offentlig organ som

- erverver varer og/eller tjenester beregnet på oppdragsgivere/offentlige oppdragsgivere eller

- tildeler kontrakter eller inngår rammeavtaler for bygge- og anleggsarbeid, varer eller tjenester beregnet på oppdragsgivere/offentlige oppdragsgivere»

Begrepet innkjøpssentral skal forstås i samsvar med denne definisjonen.

Første ledd bokstav a slår fast at oppdragsgiver kan anskaffe varer og tjenester fra en innkjøpssentral. Her opptrer innkjøpssentralen som en grossist ved å anskaffe varer og tjenester fra markedet for deretter å formidle dette videre til en eller flere oppdragsgivere. Innkjøpssentralen må følge loven ved sin anskaffelse, mens oppdragsgiver kan kjøpe direkte fra innkjøpssentralen uten å følge anskaffelsesregelverket.

I første ledd bokstav b opptrer innkjøpssentralen som mellommann mellom oppdragsgiver og leverandør. Her kan oppdragsgiver også anskaffe bygge- og anleggstjenester i tillegg til varer og tjenester.

Andre ledd slår fast at oppdragsgiver har oppfylt sine forpliktelser etter loven ved å kjøpe fra eller gjennom en innkjøpssentral, med unntak for de delene av anskaffelsen oppdragsgiver skal gjennomføre selv, for eksempel selve avropet på en rammeavtale.

I tredje ledd slås det fast at oppdragsgiver kan inngå kontrakt med en innkjøpssentral uten å følge anskaffelsesregelverket. Dette er et unntak fra hovedregelen om at oppdragsgiver ikke kan kjøpe fra andre offentlige foretak eller organer uten å følge anskaffelsesreglene.

For øvrig er det nokså tilsvarende bestemmelser i anskaffelsesdirektivet. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.25.

IV. Samordnede innkjøp

§ 12-11 Samordnede innkjøp med oppdragsgivere fra andre EØS-stater

(1) Oppdragsgiver kan anskaffe ytelser fra eller gjennom en innkjøpssentral i en annen EØS-stat. Innkjøpssentralen skal gjennomføre sine anskaffelser etter reglene i den staten hvor sentralen er lokalisert. Dette gjelder også dersom oppdragsgiver selv tildeler en kontrakt under en rammeavtale.

(2) Oppdragsgivere fra forskjellige EØS-stater kan i fellesskap inngå en kontrakt eller rammeavtale. De kan også i fellesskap tildele kontrakter under en rammeavtale.

(3) Med mindre annet følger av en internasjonal avtale, skal oppdragsgivere som foretar en anskaffelse i fellesskap etter annet ledd, inngå en avtale som fastsetter

a. oppdragsgivernes ansvarsområder og hvilke nasjonale regler som skal gjelde. Oppdragsgiverne kan fordele ansvaret til en eller flere av oppdragsgiverne og velge reglene i en EØS-stat hvor minst en av oppdragsgiverne er lokalisert. Fordelingen skal angis i anskaffelsesdokumentene

b. den interne organiseringen av anskaffelsen, inkludert gjennomføringen av konkurransen, fordelingen av varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som skal anskaffes, og inngåelsen av kontrakter.

(4) Oppdragsgiver anses å ha overholdt loven når det foretas en anskaffelse fra en oppdragsgiver som er ansvarlig for gjennomføringen av anskaffelsen etter tredje ledd.

(5) Når oppdragsgivere fra forskjellige EØS-stater har etablert en juridisk enhet som skal gjennomføre felles anskaffelser for oppdragsgiverne, kan de begrense samarbeidet til en bestemt periode, visse typer kontrakter eller til en eller flere bestemte kontrakter. Samarbeidet kan også gjelde for en ubestemt periode dersom dette er fastsatt i stiftelsesdokumentet. En av følgende regler skal gjelde når den juridiske enheten gjennomfører anskaffelser

a. reglene i EØS-staten hvor enheten er lokalisert

b. reglene i EØS-staten hvor enheten utøver sine aktiviteter.

Det kompetente organet under den juridiske enheten skal beslutte hvilke nasjonale regler som skal gjelde.

(6) Oppdragsgiver skal ikke bruke fremgangsmåtene i denne bestemmelsen for å unngå at nasjonale regler i lov eller forskrift skal gjelde.

Bestemmelsen tilsvarer ingen bestemmelse i direktiv 2009/81/EF, men har en parallell bestemmelse i anskaffelsesdirektivet artikkel 39. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.27.

Kapittel 13 - Markedsundersøkelser

§ 13-1 Forberedende undersøkelser

(1) Før iverksettelsen av en anskaffelsesprosess kan oppdragsgiver foreta innledende markedsundersøkelser for å forberede anskaffelsen og underrette leverandører om sine anskaffelsesplaner og krav.

(2) For dette formål kan oppdragiver for eksempel søke eller motta råd fra uavhengige eksperter, myndigheter eller markedsaktører. Rådene kan benyttes i planleggingen og gjennomføringen av anskaffelsesprosessen, så lenge slik rådgivning ikke har konkurransevridende effekt eller medfører brudd på prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

Bestemmelsen innfører ingen regel i direktiv 2009/81/EF, men anses som kodifisering av gjeldende rett. Det vises for eksempel til EU-domstolens forente saker C-21/03 og C-34/03 (Fabricom). Det vises for øvrig til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.28.

Første ledd stadfester at oppdragsgiver har mulighet til å gjennomføre dialog med markedet før en anskaffelsesprosess iverksettes. Loven sier ikke noe nærmere om hvordan dialog eventuelt kan gjennomføres, og det må antas å ligge innenfor oppdragsgivers handlefrihet å vurdere hva som er best egnet i det konkrete tilfellet.

Andre ledd gir eksempler på hva som kan inngå i markedsdialogen, og konkretiserer også at rådene kan benyttes i planleggingen og gjennomføringen av den etterfølgende anskaffelsesprosedyren. Rådene som oppdragsgiver har fått kan ikke benyttes i konkurransen dersom det vil få konkurransevridende effekt, eller medfører brudd på prinsippet om likebehandling eller gjennomsiktighet. For å avhjelpe en slik eventuell situasjon, kan oppdragsgiver treffe egnede tiltak jf. § 13-2.

§ 13-2 Dialog med leverandører før konkurransen

(1) Når en leverandør eller en virksomhet tilknyttet leverandøren har gitt råd til oppdragsgiver i forkant av konkurransen, skal oppdragsgiver treffe egnede tiltak for å sikre at konkurransen ikke vris. Det samme gjelder dersom leverandøren har vært involvert i planleggingen av konkurransen på annen måte.

(2) Egnede tiltak skal omfatte og sørge for at de andre leverandørene som deltar i konkurransen, mottar de samme relevante opplysningene som er utvekslet i dialogen med leverandøren i planleggingen av konkurransen, og å fastsette en tilstrekkelig frist for mottak av tilbud.

(3) Tiltakene som treffes skal dokumenteres i anskaffelsesprotokollen, jf. § 25-1

Bestemmelsen innfører ingen regel i direktiv 2009/81/EF, men anses som kodifisering av gjeldende rett. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.28 hvor markedsdialog er nærmere omtalt.

Første ledd pålegger oppdragsgiveren en plikt til å treffe egnede tiltak for å utjevne potensielle fordeler en leverandør har fått gjennom dialog med oppdragsgiveren forut for en konkurranse eller gjennom annen involvering i planleggingen av konkurransen.

Andre ledd angir nærmere hva som minimum er å anse som egnede tiltak. Formålet med at oppdragsgiver skal treffe tiltak er å utjevne potensielle fordeler som en leverandør kan ha fått som følge av sin involvering.

Tredje ledd stadfester at oppdragsgiver må dokumentere hvilke tiltak som er truffet med formål om å utjevne eventuelle og potensielle fordeler jf. første ledd.

Kapittel 14 - Anskaffelsesdokumentene

§ 14-1 Anskaffelsesdokumentene

(1) Anskaffelsesdokumentene skal inneholde følgende opplysninger:

a. hva som skal anskaffes, inkludert kravspesifikasjoner og absolutte krav som alle leverandørene må oppfylle

b. hvilke kontraktsvilkår som gjelder for oppdraget, jf. § 22-1

c. hvorvidt oppdragsgiveren vil inngå en rammeavtale, jf. § 12-1

d. hvordan oppdragsgiveren skal gjennomføre konkurransen, inkludert:

1. hvilken anskaffelsesprosedyre som er valgt, jf. § 11-1
2. hvilke frister som gjelder, jf. kapittel 11
3. hvilke kvalifikasjonskrav og utvelgelseskriterier leverandørene må oppfylle og hvordan disse skal dokumenteres, jf. kapittel 19
4. hvilke tildelingskriterier som gjelder og eventuelt vektingen eller prioriteringen av dem, jf. kapittel 20
5. krav til kommunikasjon, jf. § 10-6
6. hvorvidt elektroniske auksjoner vil bli brukt, jf. §§ 12-6 til 12-9.

e. hvilke krav som gjelder for innholdet i og utformingen av en forespørsel om å delta i konkurransen eller et tilbud, herunder hvilke språk som kan benyttes

f. krav som stilles til informasjonssikkerhet, jf. § 2-2, og forsyningssikkerhet, jf. § 2-3

g. andre opplysninger som er av betydning for utarbeidelsen av en forespørsel om å delta i konkurransen eller et tilbud

(2) I den utstrekning det er aktuelt skal det også opplyses om:

a. dersom det er tillatt med alternative tilbud; minstekrav som alternative tilbud må oppfylle og eventuelle krav til presentasjon av det alternative tilbudet, jf. § 15-8,

b. tid og sted for befaring eller konferanse,

c. det stilles vilkår om at leverandøren utarbeider en priskalkyle over de kostnader som ventes å påløpe ved gjennomføringen av oppdraget. Det kan i så fall forbeholdes rett til å se regnskapsdata, bilag mv. som grunnlag for en eventuell kostnadskontroll,

d. det settes en frist for når begjæring om midlertidig forføyning må fremsettes for tingretten, jf. §§ 30-1 og 30-2,

e. andre opplysninger som er av betydning for utarbeidelsen av tilbudet.

Bestemmelsen gir sammen med de øvrige bestemmelsene i kapittel 14 en oversikt over hva anskaffelsesdokumentene skal inneholde av informasjon. Bestemmelsen innfører delvis direktiv 2009/81/EF artikkel 18 nr. 1 (kravspesifikasjon), artikkel 20 (kontraktsvilkår), artikkel 19 nr. 3 (alternative tilbud), artikkel 22 (informasjonssikkerhet), artikkel 23 (forsyningssikkerhet), artikkel 34 nr. 5 (opplysninger som skal gis i invitasjon til å inngi tilbud), artikkel 47 nr. 2 (vekting av tildelingskriterier). I tillegg til at bestemmelsen gjennomfører ulike deler av direktiv 2009/81/EF, følger kravene også av prinsippet om gjennomsiktighet.

§ 14-2 Opplysninger om regelverk knyttet til skatter og avgifter, miljø og lønns- og arbeidsvilkår

(1) Dersom oppdragsgiver krever at leverandøren skal overholde nasjonale regler om beskatning, miljøvern, arbeidsvernbestemmelser og lønns- og arbeidsvilkår som gjelder der bygge- og anleggsarbeidene skal utføres eller tjenestene skal ytes, og som får anvendelse på arbeidet som utføres på stedet, eller på tjenestene som ytes under gjennomføringen av kontrakten, skal det gis opplysninger om hos hvilket organ leverandøren kan få relevante opplysninger om disse forpliktelsene.

(2) Oppdragsgiver skal ved anvendelse av første ledd anmode leverandørene om at de i tilbudet bekrefter at de oppfyller de relevante reglene knyttet til arbeidsvern og lønns- og arbeidsvilkår som gjelder på det stedet arbeidet skal utføres.

Bestemmelsen oppfyller direktiv 2009/81/EF artikkel 24. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.17.

§ 14-3 Anskaffelsesdokumentene ved en konkurransepreget dialog

(1) Ved konkurransepreget dialog skal anskaffelsesdokumentene i tillegg til opplysningene angitt i § 14-1, inneholde opplysninger om:

a. hvordan dialogen skal gjennomføres,

b. tid og sted for når dialogen skal starte,

c. på hvilke(t) språk dialogen skal foregå

d. om oppdragsgiver tilbyr premier eller betaling til leverandørene som deltar i dialogen.

e. om dialogen skal gjennomføres i faser, se § 10-18.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 27 nr. 4 og delvis artikkel 34 nr. 5 og prinsippet om gjennomsiktighet.

§ 14-4 Anskaffelsesdokumentene ved konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring

(1) Ved konkurranse med forhandling skal anskaffelsesdokumentene i tillegg til opplysningene angitt i § 14-1, inneholde opplysninger om hvorvidt forhandlingene skal gjennomføres i faser, jf. § 11-12, og hvorvidt den første reduksjonen av antall leverandører det forhandles med vil skje på grunnlag av de opprinnelige tilbudene.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 26 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen av konkurranse med forhandling i kapittel 12.20.

§ 14-5 Anskaffelsesdokumentene ved rammeavtaler

(1) Ved rammeavtaler som skal inngås med flere leverandører skal anskaffelsesdokumentene i tillegg til opplysningene angitt i § 14-1, inneholde regler for inngåelse av kontrakter i rammeavtaleperioden.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 29 nr 4. Det vises til den generelle fremstillingen av rammeavtaler i kapittel 12.23.

§ 14-6 Anskaffelsesdokumentene ved elektronisk auksjon:

(1) Ved elektronisk auksjon skal anskaffelsesdokumentene i tillegg til opplysningene angitt i § 14-1, inneholde følgende opplysninger:

a. elementer hvis verdier er gjenstand for elektronisk auksjon, forutsatt at elementene kan kvantifiseres og uttrykkes i tall eller prosentdeler,

b. eventuelle begrensninger på verdiene som kan fremlegges, slik de fremgår av spesifikasjonene for kontraktens gjenstand,

c. opplysningene som vil bli stilt til rådighet for tilbydere under den elektroniske auksjonen, og eventuelt når de vil bli stilt til rådighet for dem,

d. relevante opplysninger vedrørende den elektroniske auksjonsprosessen,

e. vilkår for leverandørenes budgivning, særlig minste forskjeller som eventuelt kreves mellom budene, og

f. relevante opplysninger om det elektroniske utstyret som brukes, og virkemåte og tekniske spesifikasjoner for tilkoplingen

Bestemmelsen innfører direktiv 2009/81/EF artiklene 48 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.42.

§ 14-7 Elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumenter

(1) Oppdragsgiver skal gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til anskaffelses-dokumentene. Kunngjøringen skal inneholde internettadressen der anskaffelsesdokumentene er tilgjengelig.

(2) Dersom oppdragsgiver ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til deler av anskaffelsesdokumentene av grunner som angitt i § 10-7 første eller andre ledd, skal oppdragsgiver angi i kunngjøringen, eller i invitasjonen hvordan leverandørene kan få tilgang til disse dokumentene. Oppdragsgiver skal i så fall forlenge tilbudsfristen med fem dager, bortsett fra i hastetilfeller, jf. §§ 11-5 tredje ledd, 11-7 andre ledd og 11-10 andre ledd.

(3) Dersom oppdragsgiver ikke kan gi gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til deler av anskaffelsesdokumentene fordi de inneholder opplysninger underlagt taushetsplikt, skal oppdragsgiver i kunngjøringen eller invitasjonen angi hvilke tiltak som er nødvendige for å sikre opplysningenes fortrolighet, og hvordan leverandørene kan få tilgang til dokumentene. Oppdragsgiver skal i så fall forlenge tilbudsfristen med fem dager, unntatt i hastetilfeller, jf. §§ 11-5 tredje ledd, 11-7 andre ledd og 11-10 andre ledd.

Bestemmelsen gjennomfører delvis direktiv 2009/81/EF artikkel 33 nr 5. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.27.Gratis, direkte og ubegrenset elektronisk tilgang til anskaffelsesdokumentene er en forutsetning for de fristene som er angitt i kapittel 11. Dersom

§ 14-8 Endringer og suppleringer av anskaffelsesdokumentene innen tilbudsfristens utløp

(1) Innen tilbudsfristens utløp har oppdragsgiver rett til å gjøre endringer og suppleringer i anskaffelsesdokumentene som ikke er vesentlige.

(2) Endringene og suppleringene skal sendes samtlige som har mottatt anskaffelsesdokumentene. Opplysninger som oppdragsgiver gir på forespørsel fra en av leverandørene, skal likeledes meddeles alle.

(3) Eventuelle endringer og suppleringer skal meddeles senest seks dager før tilbudsfristens utløp forutsatt at det er anmodet om dem i tide. Ved hasteprosedyrer, jf. §§ 11-5 tredje ledd, 11-7 annet ledd og 11-10 annet ledd er fristen fire dager.

(4) Dersom endringen eller suppleringen kommer så sent at det er vanskelig for leverandørene å ta hensyn til det i tilbudet, skal det fastsettes en forholdsmessig forlengelse av tilbudsfristen. Samtlige leverandører skal snarest varsles om forlengelsen.

Bestemmelsen tredje ledd innfører direktiv 2009/81/EF artikkel 34 nr 4 og er for øvrig en kodifisering av gjeldende rett. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.28.

Første ledd fastslår at oppdragsgiver kan gjøre endringer i anskaffelsesdokumentene så lenge endringene ikke er å anse som vesentlige endringer. Hva som utgjør en vesentlig endring, må avgjøres etter en konkret vurdering hvor det sentrale vurderingstemaet vil være hvorvidt endringen vil kunne påvirke deltakerinteressen.

Oppdragsgiver kan gjøre endringer i og suppleringer i alle deler av anskaffelsesdokumentene, herunder kravspesifikasjonen, kontraktsvilkårene og tildelingskriteriene. Praksis viser imidlertid at endringer i tildelingskriterier og absolutte krav ofte vil kunne anses som vesentlige.

Annet ledd angir at endringene og suppleringene skal sendes samtlige som har mottatt anskaffelsesdokumentene. Dette vil i praksis gjøres ved at oppdragsgiver publiserer endringene og suppleringene i sin KGV-løsning.

Fristen for å endre eller supplere anskaffelsesdokumentene er hhv seks eller fire dager før tilbudsfristen avhengig av om anskaffelsen gjennomføres etter normale frister eller etter en hasteprosedyre. Det er likevel ikke et forbud mot å gjøre endringer i anskaffelsesdokumentene på et senere tidspunkt, men da må tilbudsfristen forlenges forholdsmessig. Dette følger av fjerde ledd.

Kapittel 15 - Kravspesifikasjon

§ 15-1 Kravspesifikasjoner

(1) Kravspesifikasjonene skal fastsette egenskapene som kreves av ytelsen som skal anskaffes.

(2) Egenskapene kan også omfatte produksjonsprosessen og -metoden, levering eller en spesifikk prosess i en annen del av livssyklusen til kontraktsgjenstanden. Dette gjelder selv om slike faktorer ikke utgjør en del av ytelsens materielle innhold, forutsatt at de er knyttet til kontraktsgjenstanden og står i forhold til dens verdi og formål.

(3) Kravspesifikasjonene skal inntas i anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsens første og annet ledd har ingen parallell i direktiv 2009/81/EF, men er å anse som kodifisering av gjeldende rett. Tredje ledd gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 18 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.11.

Første ledd angir at kravspesifikasjonene skal fastsette egenskapene som kreves av varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som skal anskaffes.

Andre ledd angir rammene for hvilke egenskaper som kan beskrives gjennom kravspesifikasjoner. Egenskapene kan gjelde alle trinn i ytelsens livssyklus, og trenger ikke komme til uttrykk i den ferdige ytelsens materielle innhold. Egenskaper som bærekraft eller nyskapning kan dermed beskrives gjennom kravspesifikasjoner. Krav til gjennomføringen av kontakten, for eksempel handelsbetingelser, er derimot ikke ansett som egenskaper som kan beskrives i kravspesifikasjoner. Slike krav må inntas som kontraktsvilkår. Hvilke kontraktsvilkår som kan stilles, er regulert i § 22-1.

Tredje ledd angir at kravspesifikasjonene skal inntas i anskaffelsesdokumentene, slik at leverandørene settes i stand il å forstå hvilken ytelse som skal anskaffes.

§ 15-2 Utforming av kravspesifikasjoner

(1) Kravspesifikasjonene må ikke skape uberettigete hindringer for at offentlige anskaffelser åpnes for konkurranse.

(2) Med mindre noe annet er fastsatt i ufravikelige tekniske regler, skal kravene utformes på en av følgende måter

a. med henvisning til tekniske spesifikasjoner som definert i § 4-3 bokstav b, d, e, f og g og, i rangert rekkefølge, til nasjonale standarder for gjennomføring av europeiske standarder, europeiske tekniske godkjenninger, felles sivile tekniske spesifikasjoner, nasjonale sivile standarder som gjennomfører internasjonale standarder, andre internasjonale standarder, andre tekniske referansesystemer utarbeidet av europeiske standardiseringsorganer eller, dersom disse ikke finnes, nasjonale standarder, nasjonale tekniske godkjenninger eller nasjonale tekniske spesifikasjoner vedrørende prosjektering, beregning og utførelse av arbeidene og bruk av produktene, anerkjente sivile tekniske standarder fra industrien eller forsvarsstandarder og tilsvarende spesifikasjoner for forsvarsmateriell. Hver henvisning skal ledsages av uttrykket «eller tilsvarende»,

b. i form av ytelses- eller funksjonskrav; de sistnevnte kan omfatte miljøegenskaper. De må imidlertid være tilstrekkelig presise til at det er mulig for tilbydere å fastslå kontraktens gjenstand og for oppdragsgiver å tildele kontrakten,

c. som kombinasjoner av a og b.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 18 nr 2 til 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.11.

Første ledd gjennomfører forbudet mot å skape ubegrunnede hindringer for konkurranse i artikkel 18 nr. 2. Dette følger også av de grunnleggende prinsippene i § 10-1, og bestemmelsen går ikke lenger enn dette.

Andre ledd bokstav a-c angir de forskjellige måtene kravspesifikasjoner kan utformes på. Bestemmelsen rangerer ikke de forskjellige typene kravspesifikasjoner, men i fortalen til anskaffelsesdirektivet oppfordres oppdragsgiver til å benytte ytelses- eller funksjonskrav. Tilsvarende bør gjelde innenfor forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Kombinasjoner av ytelses- og funksjonskrav i bokstav c omfatter tilfeller der ytelses- eller funksjonskrav presumeres oppfylt dersom ytelsen er i overenstemmelse med spesifikasjoner som angitt i bokstav b. I tillegg åpnes det for at oppdragsgiver kan kombinere ytelses- og funksjonskrav og tekniske spesifikasjoner dersom dette er en hensiktsmessig måte å beskrive egenskaper ved ytelsen.

§ 15-3 Alternativ dokumentasjon på oppfyllelse av kravspesifikasjoner

(1) Dersom oppdragsgiver stiller ytelses- eller funksjonskrav kan et tilbud ikke avvises dersom ytelsen oppfyller nasjonale standarder som gjennomfører europeiske standarder, europeiske tekniske vurderinger, felles tekniske spesifikasjoner, internasjonale standarder eller andre tekniske referanser, og disse standardene gjelder ytelses- eller funksjonskravene. Leverandøren skal i tilbudet godtgjøre på egnet måte at ytelsen som er i samsvar med en slik standard, oppfyller ytelses- eller funksjonskravene.

(2) Oppdragsgiver kan ikke avvise et tilbud med den begrunnelsen at de tilbudte varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene ikke oppfyller spesifikasjonene som nevnt i § 14-3 andre ledd bokstav b, dersom leverandøren på en egnet måte godtgjør i tilbudet at de løsningene som foreslås på en likeverdig måte oppfyller kravene i spesifikasjonene.

(3) Oppdragsgiver skal akseptere attester fra anerkjente organer i andre EØS-stater. Med «anerkjente organer» forstås prøvningslaboratorier, kalibreringslaboratorier og inspeksjons- og sertifiseringsorganer, som oppfyller gjeldende europeiske standarder.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 18 nr. 4, 5 og 7. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.11.

Første ledd angir at oppdragsgiver som har oppstilt ytelses- ellers funksjonskrav etter § 15-2 andre ledd bokstav a må akseptere ytelser som oppfyller relevante standarder som er ment å dekke de aktuelle funksjons- eller ytelseskravene. Bevisbyrden ligger i slike tilfeller hos leverandøren, som på egnet måte må godgjøre at ytelsen er i samsvar med funksjons- eller ytelseskravene. En egnet måte kan blant annet være å fremlegge prøvingsrapporter, sertifikater og annen dokumentasjon.

Andre ledd angir at oppdragsgiver som har beskrevet ytelsen ved henvisning til tekniske spesifikasjoner også må godta ytelser som ikke oppfyller den tekniske spesifikasjonen, dersom leverandøren godtgjør at ytelsen oppfyller spesifikasjonens underliggende krav. Bevisbyrden ligger i slike tilfeller hos leverandøren, som på egnet måte må godtgjøre at ytelsen oppfyller kravene. En egnet måte kan blant annet være å fremlegge prøvingsrapporter, sertifikater og annen dokumentasjon.

Tredje ledd angir at attester fra anerkjente organer i andre EØS-stater skal aksepteres.

§ 15-4 Merkevarehenvisninger mv.

Kravene kan ikke vise til bestemte fabrikater, prosesser, varemerker, patenter eller typer eller til en bestemt opprinnelse eller produksjon som fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes. En slik henvisning er likevel tillatt dersom

a. kontraktens gjenstand gjør det berettiget, eller

b. det ikke er mulig for oppdragsgiveren å beskrive anskaffelsen tilstrekkelig presist og forståelig etter tredje ledd. Henvisningen skal følges av uttrykket «eller tilsvarende»

Bestemmelsene om kravspesifikasjoner gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 18 nr 8. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.11.

Bestemmelsen angir at ytelsen ikke kan beskrives gjennom henvisninger til bestemte fabrikater, varemerker, patenter mv., dersom slike henvisninger fører til at visse leverandører eller produkter favoriseres eller utelukkes. Henvisningen påvirke både deltakelsen i den enkelte konkurransen, og den grensekryssende handelen i EU. I de tilfellene hvor en henvisning ikke fører til en favorisering og utelukkelse, er det lov å vise til bestemte fabrikater mv. Det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at en henvisning ikke har en slik virkning. Praksis viser at det skal lite til før påvirkning anses å foreligge.

Bestemmelsen angir at det er to unntak fra forbudet mot å vise til bestemte fabrikater mv. Det første unntaket er dersom det er nødvendig ut fra anskaffelsens formål. Dette vil for eksempel være tilfelle der det som skal anskaffes skal være kompatibelt med noe oppdragsgiver har fra før. Det skal imidlertid være «nødvendig» ut fra anskaffelsens formål å angi bestemte fabrikater mv.

Det at det vil være ulemper ved å benytte et annet fabrikat mv. er derfor ikke nok. Det er først når formålet med anskaffelsen ikke kan oppfylles uten at det vises til et bestemt fabrikat mv. at unntaket kan benyttes.

Det andre unntaket er at en henvisning til et bestemt fabrikat mv. tillates dersom det ikke er mulig å beskrive det som skal anskaffes tilstrekkelig presist og forståelig uten en slik henvisning. I så fall må angivelsen være etterfulgt av tillegget «eller tilsvarende», for å synliggjøre at oppdragsgiver er pålagt å akseptere likeverdige løsninger.

Bestemmelsen er et unntak, og skal tolkes strengt i lys av formålene den ivaretar.

§ 15-5 Merker

(1) Der oppdragsgiver fastsetter miljømessige, sosiale eller andre egenskaper i form av ytelses- eller funksjonskrav som vist til i § 15-1, kan oppdragsgiver anvende detaljerte spesifikasjoner, eller om nødvendig deler av disse, som definert av europeiske og multi- eller nasjonale merker eller ethvert annet merke, forutsatt at:

a. disse spesifikasjonene er egnet til å definere egenskapene til varene eller tjenestene som er kontraktens gjenstand,

b. kravene for merket er utarbeidet på grunnlag av vitenskapelige opplysninger,

c. merkene er vedtatt etter en fremgangsmåte der alle berørte parter, for eksempel offentlige organer, forbrukere, produsenter, detaljhandlere og organisasjoner kan delta, og

d. spesifikasjonene er tilgjengelige for alle berørte parter

(2) Oppdragsgiver kan angi at varer eller tjenester som har oppnådd et merke, anses for å oppfylle de tekniske spesifikasjonene i anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 18 nr. 6, men er utvidet til også å gjelde andre type merker enn miljømerker. Sistnevnte anses som en kodifisering av gjeldende rett. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.11.

Et merke er ethvert dokument eller sertifikat eller enhver attestasjon som bekrefter at de aktuelle bygge- og anleggsarbeidene, produktene, tjenestene, prosessene eller framgangsmåtene oppfyller visse krav.

Vilkårene for å kreve merker er kumulative.

§ 15-6 Andre egnet dokumentasjon

(1) Oppdragsgiver som benytter § 15-6, skal godta annen egnet dokumentasjon for at merkekravene er oppfylt, som for eksempel andre merker som bekrefter at ytelsen oppfyller likeverdige merkekrav, teknisk dokumentasjon fra fabrikanten eller en prøvningsrapport fra et anerkjent organ.

Bestemmelsene om merker gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 18 nr 6. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.11.

Bestemmelsen angir at oppdragsgiver må godta annen dokumentasjon som bekrefter at ytelsen oppfyller kravene. Annen dokumentasjon kan blant annet være teknisk dokumentasjon fra produsenten.

§ 15-8 Alternative tilbud

(1) Oppdragsgiver kan tillate alternative tilbud. I så fall skal dette angis i kunngjøringen.

(2) Oppdragsgiver skal angi hvilke minstekrav de alternative tilbudene skal oppfylle, og eventuelle særlige krav som gjelder for utformingen av disse tilbudene, i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver kan fastsette at leverandøren bare kan gi alternative tilbud når de samtidig gir tilbud som er i samsvar med løsningene som er beskrevet i anskaffelsesdokumentene.

(3) Oppdragsgiver som tillater alternative tilbud skal sikre at tildelingskriteriene kan anvendes ved evalueringen av både de alternative tilbudene og tilbud som er i samsvar med løsningen som er beskrevet i anskaffelsesdokumentene.

(4) Bare tilbud som oppfyller minstekravene skal evalueres.

(5) I en vare- eller tjenesteanskaffelse kan oppdragsgiver ikke avvise et alternativt tilbud utelukkende fordi den tilbudte løsningen vil endre kontrakten fra en tjenestekontrakt til en varekontrakt, eller omvendt.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 19. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.12. Det er noen sentrale forskjeller fra tilsvarende bestemmelse i anskaffelsesdirektivet.

Med alternative tilbud menes tilbud som på oppdragsgivers oppfordring beskriver en annen løsning enn den som er beskrevet i anskaffelsesdokumentene.

Andre ledd angir at oppdragsgiver må fastsette minstekrav som de alternative tilbudene skal oppfylle. Tilbud som ikke oppfyller de absolutte kravene skal avvises, se bestemmelsens fjerde ledd.

Tredje ledd angir at oppdragsgiver må utforme tildelingskriterier som kan anvendes ved evalueringen av både ordinære og alternative tilbud. Dette sikrer at alle tilbudene i konkurransen kan sammenlignes på en måte som ivaretar prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet.

§ 15-9 Oppdeling av kontrakter

(1) Oppdragsgiver kan velge å dele opp anskaffelsen i delkontrakter. Oppdragsgiver bestemmer selv størrelsen på og innholdet i delkontraktene.

(2) Oppdragsgiver skal angi i anskaffelsesdokumentene om leverandørene kan gi tilbud på én, flere eller alle delkontraktene.

(3) Oppdragsgiver kan begrense antallet delkontrakter som kan tildeles til én leverandør, forutsatt at det maksimale antallet er angitt i anskaffelsesdokumentene. Dette gjelder også når leverandørene kan gi tilbud på flere eller alle delkontraktene. Oppdragsgiver skal i anskaffelsesdokumentene fastsette

objektive og ikke-diskriminerende kriterier for vurderingen av hvilke delkontrakter som skal tildeles hvilke leverandører, dersom evalueringen av tilbudene etter tildelingskriteriene ellers ville ført til at en leverandør ville fått tildelt flere delkontrakter enn det maksimale antallet.

(4) Dersom oppdragsgiver har tillatt leverandørene å gi tilbud på flere delkontrakter, kan oppdragsgiver likevel tildele en samlet kontrakt til én leverandør. Dette gjelder selv om leverandøren ikke har levert det beste tilbudet for hver delkontrakt, når det samlede tilbudet fra denne leverandøren totalt sett oppfyller tildelingskriteriene bedre. Dersom oppdragsgiver vil forbeholde seg retten til å gjøre dette, skal det angis i anskaffelsesdokumentene. Det skal også angis hvilke delkontrakter som kan slås sammen i en samlet kontrakt.

Bestemmelsen gir særskilte nasjonale regler innenfor rammene av handlingsrommet i direktiv 2009/81/EF. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.32.

Første ledd angir at oppdragsgiver kan velge å dele opp anskaffelsen i delkontrakter. I motsetning til for anskaffelsesloven, pålegges ikke oppdragsgiver å begrunne en manglende oppdeling av kontrakt.

Andre ledd angir at det må fremgå av anskaffelsesdokumentene om det kan gis tilbud på én, flere eller alle delkontraktene. Dette er en forskjell fra anskaffelsesloven hvor opplysningene må fremgå av kunngjøringen.

Tredje ledd gir oppdragsgiver mulighet til å begrense antallet delkontrakter som kan tildeles en enkelt leverandør. Adgangen gjelder også i konkurranser hvor det ikke er gitt begrensninger på hvor mange kontrakter leverandørene kan gi tilbud på. Det samme gjelder i konkurranser hvor leverandørene kan gi tilbud på flere, men ikke alle, delkontraktene. Det maksimale antallet delkontrakter den enkelte leverandør kan bli tildelt, kan i disse tilfellene være lavere enn det antallet delkontrakter det er tillatt å gi tilbud på. Oppdragsgiver må opplyse om dette i anskaffelsesdokumentene. Dette er en forskjell fra anskaffelsesloven hvor opplysningene må fremgå av kunngjøringen.

Fjerde ledd åpner for at oppdragsgivere som har tillatt leverandørene å gi tilbud på flere delkontrakter, kan tildele en samlet kontrakt til én leverandør. Dette gjelder selv om leverandøren ikke har levert det beste tilbudet for hver delkontrakt, så lenge det samlede tilbudet fra denne leverandøren totalt sett oppfyller tildelingskriteriene bedre. Adgangen til å foreta en samlet tildeling forutsetter at oppdragsgiver har angitt i anskaffelsesdokumentene at oppdragsgiver forbeholder seg denne retten. Dette er en forskjell fra anskaffelsesloven hvor opplysningene må fremgå av kunngjøringen. Det skal også angis hvilke delkontrakter som kan slås sammen i en samlet kontrakt.

Kapittel 16 - Kunngjøringer

§ 16-1 Veiledende kunngjøring

(1) Oppdragsgiver kan gjøre sine planlagte anskaffelser kjent ved å publisere en veiledende kunngjøring.

(2) Oppdragsgiver kan publisere den veiledende kunngjøringen i TED-databasen eller publisere den på sin kjøperprofil. Hvis oppdragsgiver skal publisere en veiledende kunngjøring på sin kjøperprofil, skal det også sendes en kunngjøring om dette til TED-databasen.

(3) Ved kontrakter eller rammeavtaler om varer og tjenester skal kunngjøringen angi den samlede verdi av de planlagte vare- og tjenestekontrakter og rammeavtaler som oppdragsgiver venter å foreta de neste tolv månedene for hvert enkelt tjenesteområde som nevnt i direktiv 2009/81/EF vedlegg 1 eller vareområder som nevnt i CPV-nomenklaturet.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 30 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.24.

Første ledd gir oppdragsgiver adgang til å bruke veiledende kunngjøringer til å gjøre kjent sine kommende anskaffelser. Kunngjøringen skal inneholde opplysninger som fremgår av forsvarssanskaffelsesdirektivet vedlegg IV og VI.

Andre ledd angir at oppdragsgiver kan velge mellom å offentliggjøre den veiledende kunngjøringen i TED eller på sin kjøperprofil. Hvis oppdragsgiver velger å offentliggjøre på sin kjøperprofil, må det sendes en kunngjøring til TED-databasen om dette i tråd med anskaffelsesdirektivet vedlegg VI nr 3.

Tredje ledd angir opplysninger som den veiledende kunngjøringen av kontrakter eller rammeavtaler om varer og tjenester må inneholde.

Dersom oppdragsgiver har foretatt en veiledende kunngjøring, kan oppdragsgiver benytte de kortere fristene i § 16-1.

§ 16-2 Alminnelig kunngjøring

(1) Oppdragsgiver skal kunngjøre konkurransen ved å offentliggjøre en kunngjøring. Kunngjøringen skal skje i TED-databasen og skje på et offisielt EU-språk.

(2) Første ledd gjelder ikke anskaffelser som følger reglene i §§ 11-20 til 11-24.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 30 nr 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.24.

Første ledd angir at det er kunngjøring som skal benyttes for å kunngjøre en konkurranse. Første og annet punktum må sees i sammenheng, fordi en kunngjøring bare er gyldig kunngjort dersom kunngjøringen skjer i overensstemmelse med de fremgangsmåter som for øvrig fremgår av direktivet. Lovteksten trekker frem de viktigste elementene, at kunngjøring skal skje i TED-databasen, på et offisielt EU-språk. Kunngjøringen må inneholde opplysninger som er nærmere angitt i direktiv 2009/81/EF vedlegg IV.

Andre ledd angir unntak fra hovedregelen i første ledd for de tilfellene oppdragsgiver benytter en konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring.

§ 16-3 Kunngjøring av kontraktsinngåelse

(1) Når oppdragsgiver har inngått en kontrakt, skal oppdragsgiver kunngjøre kontraktsinngåelsen snarest og senest 48 dager etter at kontrakten eller rammeavtalen er inngått.

(2) Oppdragsgiver har ikke plikt til å kunngjøre tildeling av kontrakter innenfor rammeavtaler, jf. § 12-2 til § 12-5.

(3) Dersom oppdragsgiver har kunngjort konkurransen ved en veiledende kunngjøring og ikke vil inngå flere kontrakter i tidsrommet som kunngjøringen dekker, skal oppdragsgiver angi dette i kunngjøringen av kontraktsinngåelsen.

(4) Oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger fra kunngjøringen dersom en offentliggjøring vil

a. hindre håndhevelsen av regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser, og særlig forsvars- eller sikkerhetsinteresser,

b. skade bestemte offentlige eller private virksomheters legitime økonomiske interesser eller

c. skade konkurransen mellom leverandørene.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 30 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.24.

Første ledd oppstiller hovedregelen om at kontraktsinngåelse skal kunngjøres. Kunngjøring skal skje snarest og senest 48 dager etter at kontrakten ble tildelt eller rammeavtale inngått. Kunngjøringen av kontraktsinngåelsen skal inneholde opplysninger som angitt i direktiv 2009/81/EF vedlegg IV.

Andre ledd presiseres at kravet om kunngjøring av kontrakter ikke gjelder for kontrakter inngått under en rammeavtale.

Fjerde ledd åpner for at oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger fra kunngjøringen. Det er viktig å merke seg at unntaket kun gjelder for opplysninger og ikke fra kunngjøringsplikten som sådan. I bokstavene a til c er det listet tre alternative grunnlag for å unnta visse opplysninger. Det er oppdragsgiver som må vurdere om en kunngjøring av kontraktsinngåelse inneholder opplysninger som bør unntas, og oppdragsgiver kan støtte seg på synspunkter fra leverandørene eller andre offentlige aktører i sin vurdering. Oppdragsgiver vil være forpliktet til å unnta opplysninger som er underlagt taushetsplikt jf. forvaltningslovens regler om taushetsbelagte opplysninger.

§ 16-4 Intensjonskunngjøring

Oppdragsgiver som anser at det foreligger hjemmel for å tildele en kontrakt uten å kunngjøre konkurransen i samsvar med kapittel 8 og 9 eller §§ 11-20 til 11-23, kan etter at tildeling er besluttet, kunngjøre at kontrakt vil bli inngått.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 60 nr. 4 og artikkel 64.

§ 16-5 Krav til innholdet i kunngjøringer

(1) Kunngjøringer som nevnt i §§ 16-1 til 16-3 skal inneholde opplysninger som fremgår av vedlegg IV til direktiv 2009/81/EF. Opplysningene skal gis i kunngjøringsskjema.

(2) Kunngjøring som nevnt i § 16-4 skal inneholde opplysninger som fremgår av direktiv 2009/81/EF artikkel 64. Opplysningene skal gis i kunngjøringsskjema.

(3) Departementet kan gi forskrift om hvilke opplysninger som skal fremgå av kunngjøringer, og hvilken informasjon som skal fremgå av kunngjøringsskjema.

(4) Kunngjøringen skal være på ett av de offisielle EU-språkene, og det er bare kunngjøringen på EU-språket som er gyldig.

(5) Oppdragsgiver skal motta og oppbevare kvittering på kunngjøringen.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artiklene 32 og 64. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.26.

Første ledd fastslår at kunngjøringer må inneholde de opplysningene som fremgår av anskaffelsesdirektivet vedlegg IV. Videre skal kunngjøring skje på et nærmere bestemt kunngjøringsskjema. Kunngjøringsskjema er utarbeidet av EU-kommisjonen i egne rettsakter, og forskriftshjemmelen til departementet vil være hjemmel for å gjennomføre rettsakten i norsk rett. Det er DFØ som tilpasser kunngjøringsskjemaene for norske oppdragsgivere, og standardskjema finnes på www.anskaffelser.no. På grunnlag av forskriftshjemmelen kan departementet også gjennomføre vedleggene til anskaffelsesdirektivet som forskrift.

Andre ledd fastslår at ved kunngjøring for anskaffelser over EØS-terskelverdi skal kunngjøring skje på ett av de offisielle EU-språkene, og at det er denne versjonen som er gyldig medfører at den vil ved tvilstilfeller være avgjørende fremfor en eventuell norsk versjon.

Tredje ledd fastslår at oppdragsgiver skal motta og oppbevare kvittering på kunngjøring.

§ 16-6 Frivillig kunngjøring

(1) Oppdragsgiver kan kunngjøre anskaffelser som ikke er omfattet av direktivets regler om obligatorisk kunngjøring. I så fall skal det skje etter de regler og i det format som følger av direktivet.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artiklene 31. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.25.

§ 16-7 Nasjonal kunngjøring

(1) Kunngjøringene i §§ 16-1 til 16-4, eller opplysningene i disse, skal ikke kunngjøres nasjonalt eller på annen måte gjøres kjent før den dagen de sendes til TED- databasen.

(2) Den nasjonale kunngjøringen skal ikke inneholde andre opplysninger enn dem som blir publisert i TED-databasen eller på en kjøperprofil.

(3) Oppdragsgiver kan ikke offentliggjøre veiledende kunngjøringer på sin kjøperprofil før den dagen offentliggjøring om bruk av kjøperprofilen sendes til TED-databasen. Oppdragsgiver skal angi dato for oversendelsen.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 32 nr 5. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.26.

Første ledd skal sikre at potensielle leverandører i hele EØS-området i utgangspunktet skal få tilgang til opplysningene om konkurransen på samme tidspunkt.

Andre ledd stiller krav til at kunngjøringen i EU og nasjonalt skal inneholde de samme opplysningene, dette er for å sikre kravet til likebehandling.

Tredje ledd gir en særbestemmelse når det gjelder kunngjøring av veiledende kunngjøringer på oppdragsgiver kjøperprofil. Også for dette tilfellet kan oppdragsgiver ikke offentliggjøre den veiledende kunngjøringen før etter at det er sendt en kunngjøring om bruk av kjøperprofil til TED-databasen. Det vises til fremstillingen i kapittel 12.26.

Kapittel 17 – Overordnet om tildeling av kontrakt

§ 17-1 Generelle regler for valg av leverandør og tildeling av kontrakt

(1) Ved begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring og konkurransepreget dialog skal oppdragsgiver før en eventuell utvelgelse av hvem som skal inviteres til å inngi tilbud, jf. §§ 11-5, 11-9 og 11-16, kontrollere at

a. leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, og

b. at det ikke foreligger andre grunner til avvisning.

(2) Oppdragsgiver skal tildele kontrakt på grunnlag av tildelingskriteriene som er fastsatt i samsvar med reglene i kapittel 20. Før tildeling skal oppdragsgiver kontrollere at tilbudet oppfyller krav og kriterier som fremgår av anskaffelsesdokumentene.

(3) Oppdragsgiver kan ikke la andre leverandører enn de som har sendt inn søknad om deltakelse, delta i konkurransen.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 38 nr. 1, delvis nr. 2 og nr. 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.32.

Bestemmelsen er en ordensbestemmelse, som klargjør at oppdragsgiver skal tildele kontrakt i henhold til fastsatte tildelingskriterier, etter at det er kontrollert at tilbudet og leverandøren oppfyller fastsatte krav og kriterier som følger av anskaffelsesdokumentene. Bestemmelsen angir ikke hvilken rekkefølge oppdragsgiver skal kontrollere bokstavene a til b.

§ 17-2 Oppdragsgivers adgang til å be om avklaring

Hvis informasjon eller dokumentasjon som fremkommer av et tilbud, synes å være ufullstendig, feil eller hvis spesifikke dokumenter mangler, kan oppdragsgiver be leverandøren om å ettersende, supplere, avklare eller utfylle relevante opplysninger og dokumentasjon. Oppdragsgiver skal fastsette en rimelig frist, og må overholde prinsippet om likebehandling og gjennomsiktighet.

Bestemmelsen gjennomfører delvis direktiv 2009/81/EF artikkel 45 og er delvis en kodifisering av gjeldende rett. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.39.

Bestemmelsen åpner for at oppdragsgiver kan be leverandør(er) om å avklare feil i innsendte tilbud. Hva som er en rimelig frist må vurderes konkret i den enkelte sak, og hvilken betydning prinsippene får må også vurderes konkret. Likebehandlingsprinsippet vil som et minimum alltid kreve at alle

leverandører i samme situasjon gis anledning til å avklare, med mindre det foreligger objektive holdepunkter for at det ikke er nødvendig, som for eksempel at det uansett foreligger andre avvisningsgrunner som ikke lar seg rette innenfor bestemmelsens virkeområde. Prinsippet om gjennomsiktighet tilsier at oppdragsgiver må sende forespørselen på en gjennomsiktig måte, i praksis skal henvendelsen alltid sendes skriftlig.

Avklaringene må skje innenfor rammene som valgt prosedyre setter. Det innebærer for eksempel at det i en begrenset anbudskonkurranse vil være et forhandlingsforbud, jf. § 11-3, som medfører at tilbudet ikke kan endres gjennom avklaringene.

§ 17-3 Endring av leverandør eller underleverandør underveis i konkurransen

(1) En oppdragsgiver kan akseptere endringer hos en leverandør såfremt prinsippene i § 10-1 overholdes, blant annet i følgende tilfeller:

a. Når en underleverandør erstattes på grunn av forhold utenfor leverandørens kontroll. Dette gjelder likevel ikke dersom underleverandøren har hatt avgjørende betydning for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, jf. § 19-1 flg. eller utvelgelseskriteriene, jf. § 19-6 eller ved evalueringen av tilbudene.

b. Når en deltaker i en sammenslutning av leverandører går ut, med mindre deltakeren har hatt avgjørende betydning for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, jf. § 19-1 flg. eller utvelgelseskriteriene jf. § 19-6 eller ved evaluering av tilbudene.

c. Når en deltaker i en sammenslutning av leverandører erstattes på grunn av forhold, som er utenfor de øvrige deltakernes kontroll. En deltaker kan ikke erstattes, når deltakeren har hatt avgjørende betydning for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, jf. § 19-1 flg. eller utvelgelseskriteriene, jf. § 19-6 eller ved evalueringen av tilbudene.

d. Når en leverandør foretar en omstrukturering, for eksempel ved overtakelse, fusjon, oppkjøp eller insolvens. Dette gjelder likevel ikke dersom omstruktureringen ville hatt betydning for oppfyllelse av kvalifikasjonskravene jf. § 19-1 flg. eller utvelgelseskriteriene, jf. § 19-6 eller ved evalueringen av tilbudene, dersom den hadde vært gjort forut for oppdragsgivers vurdering.

(2) Oppdragsgiver kan bare akseptere endringer, hvis leverandøren etter endringen oppfyller kvalifikasjonskravene.

(3) Oppdragsgiver skal påse at leverandøren etter en endring som er omfattet av første ledd ikke er omfattet av §§ 18-2 og 18-3. Oppdragsgiveren er forpliktet til å avvise en leverandør, når leverandøren etter endringen er omfattet av avvisningsgrunnene i §§ 18-2 og 18-3, og 18-4 hvis relevant.

(4) Oppdragsgiver kan ikke akseptere at en sammenslutning av leverandører utvides med ytterligere deltakere etter fristen for prekvalifisering eller inngivelse av tilbud.

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Bestemmelsen har en parallell i forslag til ny lov om offentlige anskaffelser. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.13.

Bestemmelsen angir at oppdragsgiver kan akseptere endring i en leverandør sin identitet i situasjonene som er listet opp i første til fjerde ledd, ettersom en slik endring vil være i samsvar med prinsippene i § 10-1. Andre tilfeller kan også tillates såfremt disse er i samsvar med prinsippene i §

10-1, hvilket beror på en konkret vurdering av om endringene kan skje innenfor rammene av de anskaffelsesrettslige prinsippene.

Første ledd bokstav a innebærer at i de tilfeller en leverandør har basert sin økonomiske og finansielle kapasitet eller tekniske og faglige egenskaper på en annen leverandør, kan denne underleverandøren under visse forutsetninger byttes ut underveis i konkurransen.

Bytte av underleverandør må for det første være en følge av forhold som er utenfor leverandørens kontroll. Det kan eksempelvis være konkurs eller andre forhold, som betyr at leverandøren ikke lengre kan utgjøre en teknisk eller økonomisk basis for underleverandøren.

Underleverandøren som byttes ut må ikke ha hatt avgjørende betydning for vurderingen av kvalifikasjonskravene, utvelgelseskriteriene eller tilbudsevalueringen.

Det kan oppstå en situasjon der oppdragsgiver krever at leverandøren skal erstatte en leverandør som leverandøren støtter seg på. Det er tilfellet, hvis en leverandør ikke oppfyller de fastsatte kvalifikasjonskravene eller hvis leverandøren er omfattet av en av avvisningsgrunnene. Oppdragsgiver skal i den forbindelse fastsette en passende frist for leverandøren til å erstatte leverandøren. Samtlige leverandører som befinner seg i den situasjon skal ha en passende tidsfrist til å erstatte leverandøren som ikke oppfyller de fastsatte kravene.

Første ledd bokstav b angir at oppdragsgiver også kan tillate en endring i identiteten til leverandøren, hvis en deltaker i en sammenslutning går ut. Det kan for eksempel være en sammenslutning med fire deltakere hvor en av deltakerne beslutter å tre ut av sammenslutningen, etter at sammenslutningen har sendt søknad om deltakelse i en konkurranse eller inngitt tilbud. En slik endring kan imidlertid ikke tillates hvis den aktuelle leverandøren har hatt avgjørende betydning for vurderingen i forhold til oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, utvelgelseskriteriene eller tilbudsevalueringen, tilsvarende som beskrevet ovenfor ved utskiftning av en leverandør, som leverandøren baserer sin økonomiske eller tekniske faglighet på.

Første ledd bokstav c angir at endring av en leverandørs identitet også kan tillates hvis en av leverandørene i en sammenslutning erstattes på grunn av forhold som er utenfor de øvrige leverandørene i sammenslutningen sin kontroll. Det er oppdragsgiver som må påvise at det er tale om forhold som er utenfor de øvrige leverandørene i sammenslutningen sin kontroll. De øvrige leverandørene i sammenslutningen må, etter omstendighetene inngi bevis til oppdragsgiver, men det er oppdragsgiver som må sikre at vilkårene er oppfylt. Leverandøren som skiftes ut må ikke ha hatt avgjørende betydning for vurderingen i forhold til oppfyllelse av kvalifikasjonskravene, utvelgelseskriteriene eller tilbudsevaluering, tilsvarende som beskrevet ovenfor ved utskiftning av en leverandør, som leverandøren baserer sin økonomiske eller tekniske egnethet på. Når det gjelder sammenslutninger gir anskaffelsesloven som nevnt oppdragsgiver mulighet for å akseptere at en deltaker skiftes eller trer ut, se bokstav b. Oppdragsgiver kan likevel ikke akseptere at en sammenslutning utvides med en ekstra leverandør etter frist for inngivelse av søknad eller tilbud etter fjerde ledd.

Første ledd bokstav d angir at en endring i en leverandør sin identitet også kan tillates dersom leverandøren foretar en omstrukturering av sin virksomhet. Bestemmelsen angir eksempler på slik omstrukturering, men er ikke uttømmende. Dette forutsetter at vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner, utvelgelsesvurderingen eller tilbudsevaluering ikke endres etter omstruktureringen. Det er presumsjon for at en omstrukturering, som innebærer en utvidelse av leverandørens virksomhet

ikke har hatt betydning for vurderingen i forhold til kvalifikasjonskravene, utvelgelses- eller tilbudsevalueringen.

Ved en fisjon beror det på en konkret vurdering av om fisjonen har betydning for vurderingen av leverandørens kvalifikasjoner. Hvis en leverandør selger en avdeling, som består av den tekniske og faglige kompetanse, som har vært av betydning for utvelgelsen vil det være en presumsjon for at resultatet ville ha vært annerledes, dersom endringen skjedde før utvelgelsen. Hvis presumsjonen ikke kan motbevises, vil oppdragsgiver være forpliktet til å avvise leverandøren. Oppdragsgiver skal likevel alltid kreve dokumentasjon for at den vinnende leverandøren ikke skal avvises, er kvalifisert og tilfredsstiller eventuelle krav for utvelgelse.

Andre ledd presiseres at endring i en leverandør sin identitet ikke på noen måte må skape tvil om at leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene. Dette innebærer at oppdragsgiver er forpliktet til, før endringen aksepteres, å be leverandøren om de samme opplysninger om økonomisk og teknisk kvalifikasjoner, som oppdragsgiver krevde i opprinnelig søknad eller tilbud.

Kapittel 18 – Avvisning

I. Avvisning på grunn av formalfeil

§ 18-1 Avvisning på grunn av formalfeil

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør eller et tilbud

a. når tilbudet ikke er mottatt innen tilbudsfristen

b. når forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet er levert i strid med kravene til kommunikasjonsmiddel.

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør eller et tilbud dersom det ikke er uforholdsmessig

a. når forespørselen om å delta i konkurransen ikke er mottatt innen fristen

b. når forespørselen om å delta i konkurransen eller tilbudet ikke oppfyller kravene til utforming som oppdragsgiver har fastsatt

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Bestemmelsen er utslag av likebehandlingsprinsippet, og innebærer en delvis kodifisering av EU-domstolens rettspraksis.

II. Avvisning på grunn av forhold ved leverandør

§ 18-2 Avvisning knyttet til betaling av skatt, avgift og trygdeavgift

(1) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren ikke har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter, avgifter og trygdeavgifter i den staten leverandøren er etablert, eller i Norge med mindre avvisningen vil være klart uforholdsmessig.

(2) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør etter denne bestemmelsen dersom leverandøren har betalt skyldige beløp, inkludert renter og bøter, eller inngått en bindende betalingsavtale.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 39 nr. 2 f og g. Det vises til den generelle fremstillingen i 12.33.

I motsetning til anskaffelsesdirektivet, er det kun en rett til å avvise en leverandør som ikke har betalt skatter, avgifter eller trygdeavgifter.

§ 18-3 Avvisningsgrunner som følge av straffbare forhold

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør når oppdragsgiver er kjent med at leverandøren er rettskraftig dømt for følgende straffbare forhold:

a. deltakelse i en kriminell organisasjon

b. korrupsjon

c. bedrageri

d. terrorhandlinger eller straffbare handlinger med forbindelse til terroraktivitet

e. hvitvasking av penger eller finansiering av terrorisme

f. barnearbeid og andre former for menneskehandel.

(2) Oppdragsgiver kan unnlate å avvise en leverandør etter første ledd når tvingende allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakten med leverandøren.

(3) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør dersom oppdragsgiver er kjent med at leverandøren har vedtatt et forelegg for de straffbare forholdene nevnt i første ledd.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 39 nr. 1.

I "rettskraftig dømt" må det leses inn et forbehold om at grunnleggende rettssikkerhetsgarantier er oppfylt, slik at f.eks. politisk motiverte domfellelser ikke gir avvisningsplikt.

Annet ledd angir at oppdragsgiver kan unnlate å avvise en leverandør når tvingende allmenne hensyn gjør det nødvendig å inngå kontrakt med leverandøren. Formålet med bestemmelsen er å gi oppdragsgiver mulighet til å inngå kontrakt med en leverandør som er omfattet av de obligatoriske avvisningsgrunnene i ekstraordinære tilfeller. Bestemmelsen er en snever unntaksregel. Terskelen for å benytte seg av dette unntaket er høy.

Forsvars- og sikkerhetshensyn tilsier at det må være fleksibilitet rundt hvor lang tid etter den rettskraftige dommen eller det vedtatte forelegget skal medføre avvisning. I motsetning til anskaffelsesdirektivet er det derfor ikke en maksimalperiode for når avvisning kan skje innenfor. Prinsippet om forholdsmessighet tilsier likevel at det normalt ikke vil være forholdsmessig med en lengre avvisningsperiode enn fem år fra den rettskraftige dommen eller det vedtatte forelegget.

Tredje ledd gir en rett til å avvise en leverandør som har vedtatt et forelegg som vedrører de straffbare forholdene nevnt i første ledd.

Det at bestemmelsen også gir en avvisningsrett når leverandøren har vedtatt et forelegg er en nasjonal regulering som ikke følger av direktivet. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.33.

§ 18-4 Obligatoriske avvisningsgrunner som følge av habilitet

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør når det foreligger inhabilitet som oppdragsgiver ikke kan avhjelpe med mindre inngripende tiltak, jf. § 1-8.

(2) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør som har deltatt i forberedelsen av konkurransen og det er skjedd en urimelig konkurransevridning som ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak, jf. § 13-2. Før leverandøren avvises, skal oppdragsgiver gi leverandøren en mulighet til å sannsynliggjøre at deltakelsen i forberedelsen ikke vil medføre konkurransevridning.

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivbestemmelse, men er en kodifisering av gjeldende rett og de grunnleggende prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Etter første ledd skal oppdragsgiver kun avvise en leverandør dersom inhabiliteten ikke kan avhjelpes med mindre inngripende tiltak. Inhabilitet foreligger dersom ansatte hos oppdragsgiver eller oppdragsgivers rådgiver som er involvert i anskaffelsen, eller som kan påvirke denne, har en direkte eller indirekte økonomisk eller personlig interesse som kan antas å sette deres upartiskhet og uavhengighet i fare.

Hvorvidt inhabiliteten kan avhjelpes, avhenger hva inhabiliteten består i og konsekvensene den har fått i konkurransen. Et mulig tiltak vil kunne være å gjennomføre en ny evaluering uten at de som er inhabile deltar.

Muligheten for å gjennomføre avhjelpende tiltak vil gjennomgående være større jo tidligere inhabiliteten oppdrages. Det skal derfor som et utgangspunkt en del til før en inhabilitet som oppdages tidlig i prosessen ikke kan avhjelpes med andre midler enn avvisning. Motsatt vil en inhabilitet som oppdages sent lettere kunne medføre avvisning. Bevisbyrden for at det ikke har vært mulig å treffe egnede tiltak for å forebygge, identifisere og avhjelpe interessekonflikt, slik at avvisning er uunngåelig, påhviler oppdragsgiver.

Andre ledd omfatter situasjoner der en leverandørs deltakelse i forberedelsen av konkurransen vrir konkurransen på en måte som ikke kan avhjelpes uten avvisning. Dette inkluderer også å gi råd til oppdragsgiver i planleggingsfasen av konkurransen. Bestemmelsen kommer som et utgangspunkt ikke til anvendelse der leverandøren ikke har hatt en rådgivende og deltakende rolle i en og samme anskaffelse. Det kan imidlertid stille seg annerledes hvis leverandørens bistand under forberedelsen av en anskaffelse har hatt betydning for konkurransesituasjonen i en annen anskaffelse.

Det følger videre av bestemmelsen at leverandørens rolle ved forberedelsen av konkurransen må ha medført konkurransevridning av en viss betydning, jf. urimelig. Deltakelse i forberedelsen av konkurransen er derfor ikke alene tilstrekkelig. Det må foreligge årsakssammenheng mellom deltakelsen og konkurransevridningen.

Mulige avhjelpende tiltak er utjevning av informasjonsfordeler, ved at alle leverandører mottar samme informasjon som ble utvekslet i forbindelse med leverandørens deltakelse i forberedelsen, samt fastsettelse av tilstrekkelig lange frister for å inngi tilbud.

Leverandøren har rett til kontradiksjon før beslutning om avvisning tas. Leverandøren skal derfor gis mulighet til å bevise at vedkommendes deltakelse i forberedelsen av konkurransen ikke har ført til en urimelig konkurransevridning.

§ 18-5 Frivillige avvisningsgrunner

(1) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør, med mindre avvisningen vil være uforholdsmessig når

a. oppdragsgiver kan dokumentere at leverandøren har begått brudd på bestemmelser om miljø, arbeidsforhold og sosiale forhold som følger av nasjonale regler, EØS-regler, tariffavtaler eller internasjonale avtaler som angitt i vedlegg XIV,

b. leverandøren er konkurs, gjenstand for insolvensbehandling eller under avvikling, har fått tvungen gjeldsordning eller stanset forretningsførselen, har sine aktiva forvaltet av en konkursforvalter eller retten, eller er i en tilsvarende prosess, eller hvor det foreligger en begjæring om slike prosesser,

c. oppdragsgiver kan dokumentere at leverandøren har begått alvorlig yrkesmessig forsømmelse, som medfører tvil om leverandørens integritet, som f.eks. mislighold av forpliktelser med hensyn til informasjonssikkerhet eller forsyningssikkerhet i forbindelse med en tidligere kontrakt,

d. leverandøren er funnet, på grunnlag av ethvert bevis, herunder graderte kilder, ikke å inneha den pålitelighet som er nødvendig for å utelukke en sikkerhetsrisiko for Norge,

e. oppdragsgiver har tilstrekkelig holdepunkter for at leverandøren har inngått avtaler med hensikt å vri konkurransen,

f. leverandøren tidligere har vist betydelige eller vedvarende kontraktsbrudd i forbindelse med oppfyllelsen av et vesentlig krav i en tidligere offentlig kontrakt etter anskaffelsesdirektivene. Dette forutsetter at bruddet har ført til heving av kontrakten, erstatning eller lignende sanksjoner,

g. leverandøren har gitt grovt uriktige opplysninger, har tilbakeholdt opplysninger eller ikke har inngitt supplerende dokumenter knyttet til avvisning og utvelging,

h. leverandøren utilbørlig har forsøkt å påvirke beslutningsprosessen hos oppdragsgiver, å innhente fortrolige opplysninger som kan gi leverandøren urettmessige konkurransefordeler ved tildeling, eller uaktsomt å gi villedende opplysninger som kan ha vesentlig innflytelse på beslutninger om avvisning, utvelging eller tildeling.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 39 nr. 2 bokstav a til e og h. Bestemmelsens bokstav a, f, og h har ingen parallell i direktiv 2009/81/EF, men anses å ligge innenfor handlingsrommet i direktivet ved at bestemmelsen er å anse som en presisering av direktiv 2009/81/EF artikkel 39 nr. 2 bokstav d eller en kodifisering av rettspraksis. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.33.

Bokstav a er en presisering av retten til avvisning ved alvorlige yrkesmessige forsømmelser og bestemmelsen innføres for å synliggjøre viktigheten av de angitte hensynene. Ikke ethvert brudd vil gi avvisningsrett, jf. prinsippet om forholdsmessighet. For å avvise en leverandør som handler i strid med forpliktelsene må bruddet være dokumentert «på hensiktsmessig måte».

Bokstav b gir oppdragsgiver avvisningsrett dersom leverandøren er konkurs eller under insolvensbehandling eller under avvikling, dersom eiendelene er under administrasjon av et avviklingsstyre eller av retten, dersom den er i en frivillig gjeldsordning, dersom den har innstilt sin virksomhet eller befinner seg i en lignende situasjon som følge av en tilsvarende prosess med hjemmel i nasjonal lov og forskrift. Bestemmelsen gir følgelig oppdragsgiver avvisningsrett der leverandørens

økonomi må antas å være svært svak. Ved vurderingen av avvisningsspørsmålet, må det ses hen til om leverandøren er i en av de opplistede situasjonene nevnt i bestemmelsen.

Det er ikke avklart om private gjeldsordninger og tilfeller der selskapet har erklært betalingsstans eller delvis opphør av eget tiltak, omfattes av avvisningsretten. En slik situasjon vil imidlertid ofte innebære at leverandøren ikke oppfyller kvalifikasjonskrav knyttet til leverandørens økonomiske stilling og som følge av dette skal avvises.

Bokstav c gir avvisningsrett dersom oppdragsgiver kan dokumentere at leverandøren er skyldig i alvorlig yrkesmessig forsømmelse som medfører tvil om leverandørens evne til å levere ytelsen. Bevisbyrden innebærer at oppdragsgiver må kunne vise til objektive og konkrete bevis for at leverandøren har begått relevante feil av tilstrekkelig alvorlighetsgrad som er egnet til å svekke leverandørens integritet. Den yrkesmessige forsømmelsen må være alvorlig og vise misligholdshensikt eller uaktsomhet av en viss alvorlighetsgrad. Det må foretas en konkret og individuell vurdering av leverandørens atferd. Ved vurderingen kan det ses hen til om det er tale om gjentatte forsømmelser og tidsforløpet mellom forsømmelsen og avvisningen. Det skal legges til grunn en vid fortolkning av hvilke forsømmelser som kan anses som yrkesmessige. Et eksempel på forhold som vil være omfattet er overtredelse av lov 18. desember 1987 nr. 93 om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi mv. Forsømmelsen må videre medføre tvil om leverandørens integritet. Den yrkesmessige forsømmelsen må altså etter en objektiv vurdering være av en slik karakter at den er egnet til å svekke leverandørens egnethet som kontraktspart. Avvisning må ikke være uforholdsmessig.

Bokstav d er en særbestemmelse for direktiv 2009/81/EF og gir en oppdragsgiver rett til å avvise enhver leverandør som vil kunne utgjøre en sikkerhetsrisiko for Norge.

Bokstav e anses å være en konkretisering av de forholdene som omfattes av bokstav c. Både avtaler som rammes av konkurransereglenes forbud mot konkurransebegrensende samarbeid og andre avtaler som har til hensikt å vri konkurransen, omfattes. Avtaler som direkte eller indirekte består i å fastsette priser eller andre forretningsvilkår vil typisk rammes.

Bokstav f gir rett til å avvise dersom leverandøren har vist betydelig eller vedvarende kontraktsbrudd ved en tidligere offentlig kontrakt som førte til at kontrakten ble hevet før tiden, eller ledet til erstatning eller andre lignende sanksjoner. Det er kun kvalifiserte mislighold som kan gi grunnlag for avvisning. Mangler som enkeltvis ikke når opp til terskelen, kan samlet danne grunnlag for avvisning, jf. formuleringen «vedvarende mangler». Misligholdet må ha ført til heving, erstatning eller andre tilsvarende misligholdsanksjoner i løpet av kontraktstiden. Det er dermed ikke tilstrekkelig å kun vise til at leverandøren har misligholdt kontrakten på en kvalifisert måte. Hensynet bak avvisningsretten er at disse forholdene er egnet til å si noe om leverandørens pålitelighet. Oppdragsgiver må foreta en selvstendig vurdering av hvorvidt leverandørens mislighold av en tidligere offentlig kontrakt påvirker leverandørens pålitelighet. I bestemmelsen vises det til kontrakter som er inngått etter anskaffelsesdirektivene. Med dette menes denne lov, lov om offentlige anskaffelser, lov om konsesjonskontrakter eller lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Bokstav g gir oppdragsgiver avvisningsrett dersom leverandøren oppgir uriktige opplysninger, holder tilbake opplysninger eller ikke er i stand til å framlegge opplysninger/dokumenter som er nødvendige for oppdragsgivers vurdering av om det foreligger avvisningsgrunner, og om leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene. En leverandør som har opptrådt på den beskrevne måten, kan skape tvil om leverandøren har den nødvendige integriteten som kontraktspart. Det er ikke et krav om leverandøren må ha utvist forsett ved angivelsen av opplysningene. Det er tilstrekkelig at leverandøren har utvist

uaktsomhet, der opplysningene eller mangelen på disse kan ha hatt avgjørende betydning for oppdragsgivers avvisnings- og kvalifikasjonsvurdering. Avvisningsretten omfatter kun tilbakeholdte opplysninger som kan ha vesentlig innflytelse på oppdragsgiverens beslutninger.

Bokstav h gir rett til å avvise en leverandør som på utilbørlig måte har forsøkt å påvirke oppdragsgivers beslutningsprosess. Bestemmelsen angir videre at oppdragsgiver kan avvise en leverandør som har forsøkt å innhente fortrolige opplysninger som kan gi utilbørlige fordeler i konkurransen. Oppdragsgiver kan også avvise en leverandør som uaktsomt har gitt villedende opplysninger som kan ha vesentlig innflytelse på beslutninger knyttet til utelukkelse, utvelgelse eller tildeling av kontrakt. Det er ikke et krav om at leverandøren faktisk har påvirket oppdragsgivers beslutninger eller innhentet fortrolige opplysninger. Det er til strekkelig at leverandøren har forsøkt dette. I relasjon til det første alternativet – påvirke oppdragsgivers beslutninger – kreves det at forsøket har skjedd på en utilbørlig måte.

§ 18-6 Identifikasjon etter §§ 18-3 til 18-5

(1) Ved vurderingen av om en leverandør skal avvises etter § 18-3, skal oppdragsgiver sidestille feil eller overtredelser begått av en person i leverandørens administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan, eller som har kompetanse til å representere, kontrollere eller treffe beslutninger i slike organer, med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv.

(2) Ved vurderingen av om en leverandør kan eller skal avvises etter §§ 18-4 og 18-5, kan oppdragsgiver sidestille feil eller overtredelser begått av personer som nevnt i første ledd, med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv.

(3) Ved vurderingen av om en leverandør kan eller skal avvises etter §§ 18-3 til 18-5 kan feil eller overtredelser begått av en annen juridisk person sidestilles med feil eller overtredelser begått av leverandøren selv. Avvisning i slike tilfeller skal særlig bero på en vurdering av graden av tilknytning mellom virksomhetene, inkludert personfellesskap og styrefellesskap, og omgåelsesbetraktninger.

Bestemmelsen er en delvis kodifisering av EU-domstolens praksis og delvis en nasjonal regulering. Bestemmelsen er utslag av omgåelsesbetraktninger. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.33.

Identifikasjon innebærer at oppdragsgiver sidestiller overtredelser og forsømmelser begått av personer med nær tilknytning til leverandøren, med leverandøren.

Etter første ledd stilles det krav om at personen som har begått overtredelsen, må være en person «i leverandørens administrasjons-, ledelses- eller kontrollorgan, eller som har kompetanse til å representere, kontrollere eller treffe beslutninger i slike organer». Dette gjelder personer som har et visst ansvar i leverandørens virksomhet, eksempelvis eiere, daglig leder, styremedlemmer osv. Underordnet personell uten kontroll- eller beslutningskompetanse faller derfor i utgangspunktet utenfor kretsen av personer som omfattes.

Etter tredje ledd kan det foretas identifikasjon mellom juridiske personer, herunder selskaper i samme konsern. Selskaper skal ikke kunne organisere seg bort fra avvisning, ved å opprette selskaper for å delta i offentlige anskaffelser.

§ 18-7 Tiltak for å unngå avvisning etter §§ 18-3 til 18-5

(1) Oppdragsgiver kan ikke avvise en leverandør etter §§ 18-3 til 18-5, dersom leverandøren kan dokumentere å ha gjennomført tiltak som viser at leverandøren likevel har den nødvendige integriteten som kontraktspart. Aktuelle tiltak er særlig:

a. betalt erstatning som leverandøren er pålagt for eventuelle tap som følge av forholdet, eller gitt tilsagn om slik betaling,

b. aktivt samarbeidet med ansvarlige myndigheter for å klargjøre fakta og omstendigheter ved forholdet og

c. truffet egnede tekniske, organisatoriske og personalmessige tiltak for å forebygge gjentakelser.

(2) Ved vurderingen av om tiltakene som nevnt i første ledd er tilstrekkelige, skal oppdragsgiver legge vekt på grovheten av og de særlige omstendighetene ved feilen eller overtredelsen. Dersom oppdragsgiver ikke vurderer tiltakene som tilstrekkelige, skal oppdragsgiver gi leverandøren en begrunnelse.

(3) En leverandør som ved en endelig dom er utelukket fra å delta i en offentlig anskaffelse, kan ikke unngå avvisning ved å vise til self cleaning tiltak i henhold til denne bestemmelsen i løpet av avvisningsperioden som følger av den endelige dommen i den medlemsstaten der dommen er gyldig.

Bestemmelsen innfører ingen direktivbestemmelse, men følger av prinsippene om forholdsmessighet og likebehandling. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.33.

En leverandør som er omfattet av en av situasjonene i § 18-3 til §18-5 skal kunne legge frem bevis på at leverandøren har truffet tiltak som er tilstrekkelig til å dokumentere leverandørens pålitelighet. I så fall skal ikke leverandøren avvises fra konkurransen.

Underleverandører er også omfattet av bestemmelsen.

Opplistingen i første ledd av tiltak, er momenter og er ikke en uttømmende angivelse av mulige tiltak leverandøren kan gjøre. Tiltak kan for eksempel være omorganiseringstiltak for å forebygge gjentakelser, implementering av varsling- og kontrollrutiner, samt opplæring og innføring av interne retningslinjer. Hva som anses som relevante tiltak må vurderes konkret. Det er for eksempel kun ved overtredelser som kan gi grunnlag for erstatningsansvar, at det vil være aktuelt med et krav om at leverandøren har betalt eller gitt tilsagn om erstatning.

Det følger av annet ledd at tiltakene leverandøren har gjennomført skal vurderes i lys av grovheten, og de særlige omstendighetene rundt, overtredelsen. Vurderingen skal tilpasses den konkrete anskaffelsen. Er det for eksempel tale om en særlig kritisk anskaffelse, kan oppdragsgivers krav til self cleaning-tiltak være strengere enn hvis det er tale om levering av standardvarer. Hvorvidt tiltakene som er gjennomført er tilstrekkelige, er en vurdering som til en viss grad er overlatt til oppdragsgivers skjønn.

Av annet ledd andre punktum følger at oppdragsgiver skal gi leverandøren en begrunnelse, dersom tiltakene ikke anses for å være tilstrekkelige. Begrunnelsen skal sette leverandøren i stand til å kunne etterprøve om oppdragsgiverens vurdering av tiltakene er foretatt i samsvar med regelverket og reglene fastsatt for konkurransen.

Tredje ledd fastsetter at en leverandør som er utestengt fra å delta i offentlige anskaffelser i en endelig dom, ikke skal ha rett til å påberope adgangen til self cleaning i løpet av utelukkelsesperioden som er fastsatt i dommen, i medlemsstatene der dommen er gyldig. Dette innebærer en begrensning i adgangen til self cleaning der leverandøren er utestengt fra deltakelse i offentlige anskaffelser. Det følger av EU-domstolens praksis at utestengelsen må være fastsatt i den endelige dommen, og at det er kun i disse tilfellene at det ikke er adgang til å påberope self cleaning. Det er ingen automatikk i at en rettskraftig dom om utestengelse i et EU/EØS-land har virkning i andre EU/EØS-land, jf. formuleringen «der dommen er gyldig». Dette vil bero på den strafferettslige reguleringen av straffedommers virkninger i ulike medlemsstater, og bestemmelsens innhold må også fastlegges i lys av dette.

§ 18-8 Dokumentasjon for fravær av avvisningsgrunner

(1) Oppdragsgiver skal godta følgende dokumentasjon som tilstrekkelig bevis for at det ikke foreligger avvisningsgrunner

a. vandelsattest eller et tilsvarende dokument utstedt av et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, som viser at det ikke foreligger avvisningsgrunner som nevnt i § 18-3.

b. attest utstedt av et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, som viser at det ikke foreligger avvisningsgrunner som nevnt i § 18-2 første ledd og § 18-5 bokstav b.

(2) Dersom det ikke utstedes dokumenter som nevnt i første ledd i leverandørens hjemstat eller den staten hvor leverandøren er etablert, eller dersom de ikke dekker alle avvisningsgrunnene som nevnt i §§ 18-2 første ledd, 18-3 og 18-5 bokstav b, kan oppdragsgiver kreve at leverandøren i stedet skal fremlegge en erklæring avgitt under ed eller en forsikring avgitt for et kompetent organ i leverandørens hjemstat eller den stat hvor leverandøren er etablert, når dette er angitt i anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 39 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.33.

Bestemmelsen regulerer hvilken type dokumentasjon oppdragsgiver må godta som bevis for at det ikke foreligger avvisningsgrunner etter de bestemmelsene som det er vist til i bestemmelsen. Bestemmelsen gjelder dermed i utgangspunktet kun bevis for at leverandøren ikke er straffedømt, har oppfylt sine forpliktelser til å betale skatter og avgifter, og ikke befinner seg i økonomiske vanskeligheter.

Oppdragsgiver kan på et hvilket som helst tidspunkt i konkurransen be om dokumentasjon på de nevnte forholdene.

Annet ledd regulerer situasjonene der medlemsstaten eller tredjestaten ikke utsteder dokumenter eller sertifikater som nevnt i første ledd. I et slikt tilfelle kan de erstattes av en erklæring under ed eller, i medlemsstater eller tredjestater der det ikke avgis erklæring under ed, en forsikring på ære og samvittighet av den berørte personen overfor vedkommende retts- eller forvaltningsmyndighet, en notarius publicus eller et vedkommende bransjeorgan i medlemsstaten, i hjemstaten eller i leverandørens etableringsstat.

§ 18-9 Avvisning av leverandør som følge av andre forhold

(1) Oppdragsgiver skal avvise en leverandør som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.

(2) Oppdragsgiver kan avvise en leverandør når det foreligger en interessekonflikt mellom oppdragsgiver og leverandør som kan ha negativ innvirkning på kontraktoppfyllelsen.

Første ledd gjennomfører ingen direktivforpliktelse, men er et utslag av likebehandlingsprinsippet og kodifiserer EU-domstolens praksis. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2024: 9 kapittel 12.3.1 og NOU 2023: 26 kapittel 24.35.1.1.

Andre ledd gjennomfører ingen direktivbestemmelse, men har en side til likebehandlingsprinsippet. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2024: 9 kapittel 12.3.2.

Vurderingen av om leverandøren oppfyller kvalifikasjonskravene, beror på en tolkning av det aktuelle kravet og leverandørens besvarelse av kvalifikasjonskravet i tilbudet eller søknaden om deltakelse i konkurransen. Tolkningen av kvalifikasjonskravet skal ta utgangspunkt i en naturlig forståelse av ordlyden. Prinsippene for tolkning av kvalifikasjonskrav følger av langvarig retts- og klagenemndspraksis.

Oppdragsgivers vurdering av om kvalifikasjonskravene er oppfylt kan i begrenset grad overprøves rettslig. Domstolene og klagenemnda kan imidlertid kontrollere om oppdragsgivers vurdering ligger innenfor rammene av kvalifikasjonskravet, og for øvrig ikke er usaklig, vilkårlig, kvalifisert urimelig, basert på feil faktum eller i strid med de grunnleggende prinsippene i § 10-1.

Avvisningsplikten retter seg mot manglende oppfyllelse av kvalifikasjonskrav. En tilsvarende avvisningsplikt eksisterer ikke dersom et dokumentasjonskrav ikke oppfylt. Manglende oppfyllelse av dokumentasjonskrav gir kun avvisningsplikt dersom fraværet av den etterspurte dokumentasjonen gjør at leverandøren ikke anses å oppfylle det tilhørende kvalifikasjonskravet. Oppdragsgiver må derfor foreta en forsvarlig vurdering av om en leverandør som ikke oppfyller dokumentasjonskravet, likevel oppfyller kvalifikasjonskravet.

Oppdragsgivers plikt til å avvise en leverandør består helt frem til kontrakt er signert. En konsekvens av dette er at oppdragsgiver har plikt til å avvise en leverandør dersom det underveis i prosessen fremkommer opplysninger eller dokumentasjon som viser at den opprinnelige kvalifikasjonsvurderingen var feil, eller at leverandøren ikke lenger oppfyller kvalifikasjonskravene.

III. Avvisning på grunn av forhold ved tilbudet

§ 18-10 Avvisning av unormalt lave tilbud

(1) Oppdragsgiver kan avvise et tilbud som er unormalt lavt i forhold til ytelsen, jf. § 18-11.

(2) Dersom oppdragsgiver fastslår at et tilbud er unormalt lavt fordi leverandøren har mottatt statsstøtte, kan tilbudet bare avvises på dette grunnlag alene etter samråd med leverandøren, og dersom leverandøren innen en tilstrekkelig frist som oppdragsgiver fastsetter, ikke kan godtgjøre at den aktuelle støtten er lovlig.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 49. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.43.

Bestemmelsen angir kun en avvisningsrett og ikke en plikt. Dette i motsetning til reglene i anskaffelsesloven som delvis innebærer en avvisningsplikt.

Før oppdragsgiver eventuelt avviser tilbudet, må fremgangsmåten i § 18-11 benyttes. Oppdragsgiver kun kan avvise tilbudet dersom dokumentasjonen som er inngitt ikke på tilfredsstillende måte redegjør for prisnivået. I vurderingen av om tilbudet fremstår unormalt lavt kan lav pris ikke i seg selv lede til avvisning, ettersom dette i utgangspunktet utgjør et lovlig konkurransefortrinn. Det skal foretas en konkret vurdering av tilbudt pris sammenholdt med tilbudets øvrige elementer.

Det er kun dersom en statsstøtte er ulovlig, at statsstøtte kan begrunne avvisning på grunn av unormalt lavt tilbud. Oppdragsgivers plikt til å informere EFTAs overvåkningsorgan ved bruk av avvisningsbestemmelsen i § 18-10 annet ledd er regulert i loven § 33-1 andre ledd.

§ 18-11 Fremgangsmåten ved unormalt lave tilbud

(1) Dersom et tilbud virker unormalt lavt i forhold til ytelsen, skal oppdragsgiver skriftlig kreve at leverandøren forklarer prisen eller kostnaden. Forklaringene kan særlig gjelde

a. besparelser ved fremstillingen av varene, utførelsen av tjenestene eller ved byggemetoden,

b. de valgte tekniske løsningene, eller særlig gunstige vilkår som er tilgjengelige for leverandøren,

c. ytelsens nyskapende karakter,

d. oppfyllelsen av de kravene vedrørende arbeidsforhold som gjelder på det stedet ytelsen skal presteres,

e. leverandørens mulighet til å få statsstøtte.

(2) Dersom pris- eller kostnadsnivået ikke kan forklares i tilstrekkelig grad ut fra leverandørens forklaring, gjelder § 18-10.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 49. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.43.

Første ledd angir at i tilfeller hvor et tilbud fremstår unormalt lavt, plikter oppdragsgiver å be leverandøren forklare prisen eller kostnaden. I bokstavene a til e er det gitt eksempler på opplysninger som kan kreves. Listen er ikke uttømmende. Leverandørens beskrivelse av disse momentene er relevante for vurderingen av om tilbudet må anses unormalt lavt. Dokumentasjonen som inngis kan imidlertid også omhandle andre forhold som er av betydning for å forklare tilbudsprisen. Etter bokstav d kan det kreves opplysninger både om hvordan hovedleverandøren oppfyller slike forpliktelser, og hvordan eventuelle underleverandører oppfyller disse.

Andre ledd viser at den kontradiktoriske prosessen beskrevet i første ledd er en forutsetning for å avvise unormalt lave tilbud. Avvisningshjemlene kan bare benyttes dersom leverandørens redegjørelser ikke i tilstrekkelig grad kan forklare det lave prisnivået. Dette vil eksempelvis være tilfellet dersom tilbudets sammensetning, holdt opp mot dokumentasjonen som leverandøren fremskaffer, innebærer en risiko for at kontrakten ikke kan gjennomføres.

Dersom oppdragsgiver avviser et tilbud som er unormalt lavt pga. ulovlig statsstøtte skal oppdragsgiver på eget initiativ underrette EFTAs overvåkningsorgan, jf. loven § 33-1 andre ledd.

§ 18-12 Obligatorisk avvisningsgrunn knyttet til tilbudet

(1) Oppdragsgiver skal avvise tilbud som

a. ikke anses bindende

b. inneholder vesentlige avvik fra anskaffelsesdokumentene

(2) Oppdragsgiver kan velge å gjennomføre forhandlinger før en beslutning om avvisning treffes.

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivforpliktelse, men er et utslag av de anskaffelsesrettslige prinsippene. Det presiseres at det ikke foreligger noen plikt til avvisning dersom avvikene etter forhandling ikke lenger er vesentlige.

§ 18-13 Frivillig avvisningsgrunner knyttet til tilbud

Oppdragsgiver kan avvise tilbud

a. som inneholder avvik fra anskaffelsesdokumentene eller uklarheter som ikke må anses ubetydelige

b. som overstiger oppdragsgivers budsjett som er fastsatt på forhånd

Bestemmelsen gjennomfører ingen direktivforpliktelse, men er et utslag av de anskaffelsesrettslige prinsippene.

IV. Fremgangsmåten ved avvisning

§ 18-14 Beslutning om avvisning

(1) Oppdragsgiver skal snarest mulig ta stilling til avvisningsspørsmålet. Oppdragsgiver kan på ethvert tidspunkt i konkurransen avvise en leverandør fra konkurransen dersom det viser seg at vilkårene for å avvise er oppfylt.

(2) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandørene en skriftlig meddelelse om avvisningen.

Bestemmelsen er en kodifisering av rettspraksis og har en sammenheng med gjennomsiktighetsprinsippet. Hensynet til leverandørene tilsier at spørsmålet om avvisning avgjøres snarest mulig. For det første har de interesse i å få fastlagt deltakelsesmuligheten så tidlig som mulig for ikke å binde opp ressurser lengere enn nødvendig. I tillegg bør avvisningen komme så tidlig at leverandøren kan påklage beslutningen før tildelingen har funnet sted. Adgangen til å avvise gjelder både for handlinger eller unnlatelser som er gjennomført før eller underveis i konkurransen.

Kapittel 19 - Kvalifikasjonskrav og utvelgelse av leverandører

§ 19-1 Kvalifikasjonskrav

(1) Oppdragsgiver kan stille krav til leverandørens kvalifikasjoner. Kravene kan bare gjelde

a. egnethet til å utøve yrkesvirksomhet, jf. § 19-2

b. økonomisk og finansiell evne, jf. § 19-3

c. teknisk og faglig dyktighet, jf. § 19-4

(2) Kravene skal være relevante for å sikre at leverandøren har tilstrekkelig juridisk og finansiell evne og teknisk og faglig dyktighet til å gjennomføre den kontrakten som skal tildeles. Alle krav skal være tilknyttet og stå i forhold til kontraktens gjenstand.

(3) Ved anskaffelser av varer som inkluderer monterings- eller installeringsarbeid, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider, kan oppdragsgiver vurdere leverandørens faglige dyktighet på grunnlag av ferdigheter, effektivitet, erfaring og pålitelighet knyttet til utførelsen av slike tjenester og arbeider.

(4) Oppdragsgiver skal angi kvalifikasjonskravene sammen med de tilhørende dokumentasjonskravene i kunngjøringen.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 38 nr. 2 og artikkel 42 nr. 4 og prinsippet om gjennomsiktighet. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.32 og 12.36.

Første ledd angir at kvalifikasjonskravene bare kan gjelde leverandørens egnethet til å utøve yrkesvirksomhet, økonomiske og finansielle evne, og tekniske og faglige dyktighet. Bestemmelsen er uttømmende, og inneholder henvisninger til de relevante særbestemmelsene i §§ 19-2 til 97-4, som gir regler for bruk av de respektive typene kvalifikasjonskrav.

Andre ledd angir at kvalifikasjonskravene må være knyttet til og stå i forhold til leveransen. Dette følger også av de generelle prinsippene i § 10-1.

Tredje ledd angir at leverandørenes kvalifikasjoner ved vareleveranser som krever montering- eller installasjonsarbeider, tjenester eller bygge- og anleggsarbeider særlig kan vurderes på grunnlag av leverandørenes faglige dyktighet, effektivitet, erfaring og pålitelighet.

Fjerde ledd angir at kvalifikasjonskravene og de invitasjonen til å bekrefte interesse.

§ 19-2 Krav til leverandørens egnethet til å utøve yrkesvirksomhet

(1) Oppdragsgiver kan stille krav om at leverandøren er registrert i et bransjeregister eller et foretaksregister i leverandørens etableringsstat, jf. direktiv 2009/81/EF vedlegg VII.

(2) Ved anskaffelse av tjenester kan oppdragsgiver stille krav om at leverandøren har en bestemt tillatelse eller er medlem av en bestemt organisasjon, dersom dette er påkrevd for å yte de berørte tjenestene i leverandørens hjemstat. Oppdragsgiver kan kreve at leverandøren dokumenterer at de har en slik tillatelse eller et slikt medlemskap.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 40. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.34.

Første ledd angir at oppdragsgiver kan stille krav om at leverandøren er registrert i et foretaksregister eller bransjeregister i leverandørens hjemstat. Direktiv 2009/81/EF vedlegg VII inneholder en liste over relevante registre i de forskjellige medlemsstatene.

Andre ledd angir at oppdragsgiver ved anskaffelse av tjenester kan kreve at leverandøren har en bestemt autorisasjon eller er medlem av en bestemt organisasjon. Dette gjelder bare dersom dette er påkrevd i leverandørens hjemland.

§ 19-3 Dokumentasjon av leverandørens finansielle og økonomisk stilling

(1) Som bevis på leverandørens finansielle og økonomiske stilling kan følgende dokumentasjon godtas:

a. egnede bankerklæringer eller relevant ansvarsforsikring,

b. fremleggelse av foretakets årsregnskap eller utdrag fra det, eller

c. en erklæring om foretakets totale omsetning og, der det er hensiktsmessig, omsetningen innenfor det område som omfattes av kontrakten for høyst de tre siste tilgjengelige regnskapsår, avhengig av datoen da foretaket ble etablert eller leverandøren startet sin virksomhet, i den utstrekning opplysninger om slik omsetning er tilgjengelig.

(2) Oppdragsgiver skal i kunngjøringen angi hvilken dokumentasjon er valgt av dem som er nevnt i første ledd, samt hvilken annen dokumentasjon som må legges frem.

(3) Dersom leverandøren har saklig grunn til ikke å kunne fremlegge den dokumentasjonen oppdragsgiver har anmodet om, kan leverandøren godtgjøre sin økonomiske og finansielle stilling med ethvert annet dokument som oppdragsgiver anser egnet.

(4) Omfanget av dokumentasjonen skal stå i forhold til kontrakten.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 41 nr. 1, 4 og 5. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.35.

Første ledd angir hvilken dokumentasjon oppdragsgiver kan etterspørre som bevis for leverandørenes økonomiske og finansielle stilling.

Annet ledd fastsetter at kunngjøringen skal inneholde informasjon om hvilke dokumenter oppdragsgiver etterspør.

Tredje ledd angir at oppdragsgiver også må akseptere annen dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav knyttet til økonomisk og finansiell stilling dersom leverandøren har saklig grunn til ikke å fremlegge etterspurt dokumentasjon. En saklig grunn kan for eksempel være at leverandøren er nystartet og dermed ikke kan fremlegge årsregnskap. Den alternative dokumentasjon må være egnet for å belyse kvalifikasjonskravet. I det ligger at den alternative dokumentasjonen må være egnet til å belyse oppfyllelse av det aktuelle kvalifikasjonskravet.

Fjerde ledd følger av prinsippet om forholdsmessighet og innebærer at oppdragsgiver ikke skal etterspørre mer dokumentasjon enn hva som er forholdsmessig sett hen til kontraktens omfang og art.

§ 19-4 Dokumentasjon av leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner

(1) Som bevis på leverandørens tekniske eller faglige kvalifikasjoner kan det fremlegges en eller flere av følgende referanser i samsvar med arten, mengden og anvendelsen av de ytelser som skal presteres:

a. for alle kontrakter:

1. en beskrivelse av leverandørens tekniske personell eller tekniske enheter leverandøren disponerer over til oppfyllelse av kontrakten, enten de tilhører foretaket eller ikke, særlig de som er ansvarlig for kvalitetskontrollen,
2. vitnesbyrd og attester om utdanning og faglige kvalifikasjoner hos leverandøren og foretakets administrative ledelse, og særlig hos den eller de personer som har ansvaret for å utføre tjenesten,
3. dokumentasjon på evnen til å behandle og oppbevare gradert informasjon på det graderingsnivå som kreves,
4. oppdragsgiver kan om nødvendig kontrollere leverandørens ressurser for undersøkelse og forskning, og tiltak eller metoder for kvalitetskontroll. Oppdragsgiver kan kontrollere leverandørens produksjonskapasitet og ved vareleveranser de tekniske kvalifikasjonene. Oppdragsgiver kan overlate og utføre kontrollen til et kompetent offentlig organ i den stat leverandøren er etablert,

b. for varekontrakter:

1. prøver, beskrivelser eller fotografier av varer som skal leveres. Ektheten av disse skal kunne attesteres dersom oppdragsgiver ber om det, og
2. fremleggelse av sertifikater utstedt av godkjente offisielle institutter eller organer for kvalitetskontroll. Sertifikatene skal attestere at varen, som er klart identifisert ved henvisning til visse kvalifikasjoner eller standarder, er i samsvar med disse,

c. for varekontrakter og tjenestekontrakter:

1. liste over de viktigste leveranser eller utførte tjenester de siste fem år, herunder opplysninger om verdi, tidspunkt, samt navnet på den offentlige eller private mottaker. Dersom det gjelder ytelser til offentlige oppdragsgivere, skal det dokumenteres ved attester utstedt eller bekreftet av rette offentlige myndighet. Dersom det gjelder ytelser til private, skal attestene utstedes eller bekreftes av denne. I mangel av dette kan en erklæring fra leverandøren godtas,
2. en beskrivelse av metoder for kvalitetssikring, samt en beskrivelse av leverandørens undersøkelses- og forskningsmuligheter og interne bestemmelser om immaterialrett,
3. oppdragsgiver kan om nødvendig kontrollere leverandørens ressurser for undersøkelse og forskning, og tiltak eller metoder for kvalitetskontroll. Oppdragsgiver kan kontrollere leverandørens produksjonskapasitet og ved vareleveranser de tekniske kvalifikasjonene. Oppdragsgiver kan overlate og utføre kontrollen til et kompetent offentlig organ i den stat leverandøren er etablert,

d. for tjenestekontrakter og bygge- og anleggskontrakter:

1. en redegjørelse for leverandørens gjennomsnittlige arbeidsstyrke og antall medarbeidere i den administrative ledelsen i løpet av de siste tre år,
2. en redegjørelse for verktøy, materiell, teknisk utstyr, fagkunnskap og forsyningskilder som leverandøren disponerer over til gjennomføring av kontrakten. Leverandøren skal angi sin geografiske plassering, dersom plasseringen er utenfor EØS-området. Videre skal det også redegjøres for hvordan leverandøren kan dekke eventuelle tilleggsbehov som følge av en krise eller for å sikre vedlikehold, modernisering eller tilpasning,

e. for bygge- og anleggskontrakter: en oversikt over arbeider som er utført i løpet av de siste fem år, sammen med attester over tilfredsstillende utførelse av de viktigste arbeidene. Attestene skal angi

arbeidenes verdi, samt tid og sted for arbeidsutførelsen, og oppgi hvorvidt arbeidene er blitt fagmessig utført og behørig fullført. Rette offentlige myndighet skal om nødvendig oversende attestene direkte til oppdragsgiver.

(2) Oppdragsgiver skal i kunngjøringen eller i anskaffelsesdokumentene angi dokumentasjon etter første ledd og annen dokumentasjon som skal fremlegges.

(3) Dersom en leverandør har saklig grunn for ikke å kunne fremskaffe den etterspurte dokumentasjonen, kan leverandøren godtgjøre sine tekniske og faglige kvalifikasjoner ved annen dokumentasjon som oppdragsgiver finner egnet.

(4) Omfanget av dokumentasjonen skal stå i forhold til kontraktens omfang og art.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 42 nr. 1, 5 og 6 samt prinsippet om forholdsmessighet. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.36.

§ 19-5 Standarder for kvalitetssikring og miljøledelse

(1) Oppdragsgiver kan kreve fremlagt sertifikater utstedt av uavhengige organer som dokumentasjon for at leverandøren overholder visse kvalitetssikringsstandarder, inkludert krav til universell utforming. Standarden skal være basert på relevante serier av europeiske standarder som er sertifisert av akkrediterte organer. Oppdragsgiver skal godta tilsvarende sertifikater utstedt av organer i andre EØS-stater.

(2) Oppdragsgiver kan kreve fremlagt sertifikater utstedt av uavhengige organer som dokumentasjon for at leverandøren overholder visse miljøledelsesordninger eller -standarder. Oppdragsgiver skal vise til EU-ordningen for miljøstyring og miljørevisjon (EMAS), andre anerkjente miljøledelsesordninger i forordning (EF) nr. 1221/2009 artikkel 45, eller andre miljøledelsesstandarder basert på relevante europeiske eller internasjonale standarder fra akkrediterte organer. Oppdragsgiver skal godta tilsvarende sertifikater utstedt av organer i andre EØS-stater.

(3) Oppdragsgiver skal godta annen dokumentasjon for tilsvarende kvalitetssikringstiltak eller miljøledelsestiltak. Leverandøren må dokumentere at tiltakene er likeverdige med dem som kreves i henhold til den påkrevde standarden for kvalitetssikring eller miljøledelse.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 43 og 44. Det vises til den generelle fremstillingen i 12.37 og 12.38.

§ 19-6 Utvelgelse av leverandører

(1) Ved en begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring eller konkurransepreget dialog kan oppdragsgiver fastsette en nedre, eventuelt også øvre, grense for antall leverandører som inviteres til å gi tilbud eller å delta i dialogen.

(2) Oppdragsgiver skal angi den nedre og øvre grensen i kunngjøringen, sammen med objektive og ikke-diskriminerende kriterier eller regler for å begrense antall kvalifiserte leverandører.

(3) Nedre grense kan ikke settes til færre enn tre leverandører. Under enhver omstendighet skal antall leverandører som inviteres, være tilstrekkelig til å sikre reell konkurranse.

(4) Oppdragsgiver kan invitere færre leverandører enn oppgitt i kunngjøringen dersom det ikke foreligger et tilstrekkelig antall kvalifiserte leverandører. Oppdragsgiver kan ikke invitere leverandører som ikke søkte om prekvalifisering, eller som ikke oppfyller kvalifikasjonskravene.

(5) Finner oppdragsgiver at antallet leverandører er for lavt til å sikre reell konkurranse, kan prosedyren innstilles og den opprinnelige konkurransen kunngjøres på nytt i samsvar med § 16-2. Nye leverandører innlemmes i konkurransen sammen med de opprinnelige leverandørene. Dette er ikke til hinder for at oppdragsgiver i stedet avlyser den opprinnelige konkurransen og kunngjør en ny konkurranse.

(6) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandørene som ikke blir invitert til å gi tilbud eller å delta i dialogen, en skriftlig meddelelse om utvelgelsen. Meddelelsen skal inneholde en kort begrunnelse.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikler 38 nr. 3 til 4. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.32.

*Første ledd angir at oppdragsgiver i en begrenset anbudskonkurranse, konkurranse med forhandlin**g og** konkurransepreget dialog kan begrense antallet ellers kvalifiserte leverandører som får gi tilbud.*

Andre ledd pålegger oppdragsgiver å angi reglene og kriteriene for utvelgelse, samt den nedre og eventuelt øvre grensen for antallet leverandører, i kunngjøringen.

*Tredje ledd fastsetter at nedre grense for antall leverandører ikke kan settes til færre enn **tre** leverandører. Antallet må likevel ikke settes lavere enn at det sikres reell konkurranse.*

Fjerde ledd angir at oppdragsgiver kan invitere færre leverandører enn den nedre grensen, dersom det ikke foreligger et tilstrekkelig antall kvalifiserte leverandører. Oppdragsgiver kan imidlertid ikke invitere andre leverandører enn dem som søkte om prekvalifisering, eller leverandører som søkte, men ikke ble kvalifisert.

Femte ledd angir at dersom oppdragsgiver finner antallet kvalifiserte leverandører for lavt til å sikre konkurranse, så kan prosedyren innstilles og kunngjøres på nytt for deretter at de nye leverandørene som kommer inn ved den nye konkurransen, kan delta sammen med de opprinnelige leverandørene.

Sjette ledd er en nasjonal bestemmelse om begrunnelsesplikt. Bestemmelsen pålegger oppdragsgiver å gi en kort, skriftlig begrunnelse til leverandørene som ikke blir invitert til å inngi tilbud. Begrunnelsen skal gjøre leverandørene i stand til å vurdere om utvelgelsen har skjedd i tråd med de objektive og ikke-diskriminerende reglene som oppdragsgiver har angitt i kunngjøringen.

§ 19-7 Utnyttelse av andre enheters kapasitet

(1) En leverandør kan for en bestemt kontrakt utnytte andre enheters kapasitet for å oppfylle krav til økonomisk og finansiell evne og teknisk og faglige dyktighet. Dette gjelder uavhengig av den rettslige arten av forbindelsen mellom dem.

(2) Leverandøren må dokumentere at vedkommende råder over de nødvendige ressursene, for eksempel ved å fremlegge en forpliktelseserklæring fra støttende enhet.

(3) Leverandører som deltar i fellesskap kan utnytte kapasiteten til deltakerne i fellesskapet samt andre virksomheter.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 41 nr. 2 og 3 og artikkel 42 nr. 2 og 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.35 og 12.36. Det er nokså tilsvarende bestemmelser i anskaffelsesdirektivet og disse er omtalt i NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 24.35.6.

Første ledd inneholder hovedregelen om at en leverandør kan utnytte kapasiteten til andre enheter for å oppfylle kvalifikasjonskravene. Dette gjelder bare for krav til økonomisk og finansiell evne, eller teknisk og faglig dyktighet. Retten til å støtte seg på andre gjelder uavhengig av den rettslige arten av forbindelsen mellom leverandøren og virksomheten denne støtter seg på.

Andre ledd angir at leverandøren må dokumentere rådighet over de ressursene som er nødvendige for å oppfylle kvalifikasjonskravet leverandøren utnytter andres kapasitet for å oppfylle. Dette kan for eksempel gjøres ved å fremlegge en forpliktelseserklæring fra støttende virksomhet.

Tredje ledd angir at leverandører som deltar i fellesskap kan støtte seg både på deltakerne i fellesskapet, og på andre virksomheter.

§ 19-8 Offisielle lister over godkjente leverandører og sertifisering

(1) Som alternativ dokumentasjon for at kvalifikasjonskravene eller utvelgelseskriteriene er oppfylt, eller for fravær av avvisningsgrunner, kan leverandørene fremlegge

a. registreringsbevis for at leverandøren er registrert på en offisiell liste over godkjente leverandører, utstedt av en kompetent myndighet i leverandørens etableringsstat eller

b. sertifikat som godkjent leverandør, utstedt av et kompetent sertifiseringsorgan.

(2) Grunnlaget for at leverandøren er registrert eller sertifisert, og eventuelt hvilken klassifisering listen gir leverandøren, skal fremgå av registreringsbeviset eller sertifikatet.

(3) Leverandøren anses å ha dokumentert oppfyllelse av de relevante kvalifikasjonskravene eller utvelgelseskriteriene, eller at det ikke foreligger relevante avvisningsgrunner, dersom vedkommende leverandør har fremlagt attester som nevnt i første ledd. Dersom oppdragsgiver likevel bestrider at kvalifikasjonskravene eller utvelgelseskriteriene er oppfylt, eller at det ikke foreligger avvisningsgrunner, skal dette begrunnes.

(4) Oppdragsgiver kan i tillegg kreve at leverandøren fremlegger en attest for at de oppfyller sine forpliktelser til å betale pensjonspremier, trygdeavgifter og skatt.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 46. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.40.

Første ledd angir at leverandører som er oppført på lister over godkjente leverandører, eller er sertifisert som godkjent leverandør, kan fremlegge registreringsbevis eller sertifikat som dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav, og at det ikke foreligger avvisningsgrunner. Noen slik liste eller sertifiseringsordning er ikke innført i Norge. Bestemmelsen får anvendelse for leverandører som er oppført på slike lister, eller har slike sertifikater, fra andre medlemsstater.

Andre ledd angir at attesten må inneholdegrunnlaget for at leverandøren er registrert eller sertifisert, og eventuelt hvilken klassifisering listen gir leverandøren.

Tredje ledd angir at attester som nevnt i første ledd er å anse som dokumentasjon på oppfyllelse av kvalifikasjonskrav eller utvelgelseskriterier, og på fravær av avvisningsgrunner. Dersom oppdragsgiver likevel bestrider at kravene er oppfylt, må dette begrunnes.

Fjerde ledd angir at oppdragsgiver alltid kan kreve at leverandøren fremlegger attest på at de oppfyller sine plikter til å betale skatter, pensjonspremier og trygdeavgifter.

Kapittel 20 – Tildelingskriterier

§ 20-1 Tildelingskriterier

(1) Oppdragsgiver skal tildele kontrakt basert på den laveste prisen, den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet.

Bestemmelsen gjennomfører delvis direktiv 2009/81/EF artikkel 47 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.41.

Bestemmelsen angir utgangspunktet om at kontrakter skal tildeles basert på den laveste prisen, den laveste kostnaden eller det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet.

§ 20-2 Tildeling basert på pris eller kostnad og kvalitet

(1) Ved tildeling på grunnlag av det beste forholdet mellom pris eller kostnad og kvalitet, kan de kvalitative kriteriene blant annet gjelde kvalitet, teknisk verdi, funksjonsmessig karakter, miljøegenskaper, driftsomkostninger, omkostninger i levetiden, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller ferdigstillelsestidspunkt, forsyningssikkerhet, interoperabilitet og operasjonelle karakteristika.

(2) Pris- eller kostnadskriteriet kan bestå av en fast pris eller kostnad, slik at leverandørene bare konkurrerer på kvalitative kriterier.

(3) Oppdragsgiver skal angi tildelingskriterienes relative vekt i anskaffelsesdokumentene. Vekten kan angis som en ramme med et passende maksimalt utslag. Dersom det av objektive grunner ikke er mulig å vekte tildelingskriteriene, skal kriteriene angis i prioritert rekkefølge.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 47 nr 1(delvis) og nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.41.

Første ledd gir eksempler på hva slags kvalitative kriterier som kan benyttes dersom kontrakt tildeles på grunnlag av det beste forholdet mellom kvalitet og pris eller kostnad. Listen er ikke uttømmende.

Andre ledd åpner for at oppdragsgiver kan angi konkurransens kostnadselement som en fast pris eller kostnad. Leverandørene konkurrerer da bare på de kvalitative kriteriene.

Tredje ledd pålegger oppdragsgiver å opplyse om tildelingskriterienes relative vekt i anskaffelsesdokumentene. Dersom det av objektive grunner ikke er mulig å angi vekten, skal oppdragsgiver angi tildelingskriteriene i prioritert rekkefølge.

§ 20-3 Tildelingskriterienes tilknytning til leveransen

(1) Tildelingskriteriene skal ha tilknytning til leveransen. Tildelingskriteriene har tilknytning til leveransen når de relaterer seg til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder. Dette omfatter alle sider av og trinn i deres livssyklus, inkludert faktorer som inngår i

a. produksjonen av, leveringen av eller handelen med kontraktsgjenstanden

b. en spesifikk prosess på et annet stadium i livssyklusen.

(2) Dette gjelder også når slike faktorer ikke påvirker ytelsens materielle innhold.

Bestemmelsen er en kodifisering av rettspraksis. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 24.36.

Første ledd oppstiller kravet om at tildelingskriterier må ha tilknytning til ytelsen som skal anskaffes. Tilknytningen kan gjelde faktorer som inngår i alle sider av og i trinn i ytelsens livssyklus. Med livssyklus menes de påfølgende og sammenhengende fasene som et produkt gjennomgår, herunder forskning og utvikling som skal utføres, produksjon, handel og handelsvilkår, transport, bruk og vedlikehold, som inngår i levetiden til produktet eller bygge- og anleggsarbeidene eller tjenesteytingen, fra anskaffelse av råstoff eller opparbeiding av ressurser til sluttbehandling, rehabilitering og tjenestens eller anvendelsens avslutning.

Andre ledd angir at slike faktorer som nevnt i første ledd har den nødvendige tilknytningen selv om disse ikke påvirker den ferdige ytelsens materielle innhold.

§ 20-4 Dokumentasjonskrav og kontroll av informasjonen i tilbudet

(1) Tildelingskriteriene skal ikke gi oppdragsgiver ubegrenset valgfrihet. De skal sikre mulighet for effektiv konkurranse, og ha tilhørende dokumentasjonskrav som gjør det mulig å kontrollere opplysningene i tilbudet på en effektiv måte for å kunne vurdere hvor godt tilbudene oppfyller tildelingskriteriene. I tvilstilfeller skal oppdragsgiver kontrollere at informasjonen i tilbudet er korrekt.

Bestemmelsen er en kodifisering av rettspraksis. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser kapittel 24.36.

Bestemmelsen angir at tildelingskriteriene ikke skal gi oppdragsgiver ubegrenset valgfrihet. Det følger også av det grunnleggende kravet til gjennomsiktighet, som er utledet av likebehandlingsprinsippet. Tildelingskriteriene skal ha tilhørende dokumentasjonskrav som gjør det mulig å foreta effektiv kontroll av hvor godt tilbudene oppfyller tildelingskriteriene. I tvilstilfeller skal oppdragsgiver kontrollere at informasjonen i tilbudet er korrekt. Tvil kan eksempelvis oppstå dersom det er store forskjeller mellom tilbudene, eller dersom andre forhold eller innsigelser gir foranledning til kontroll.

Kapittel 21 - Meddelelser fra oppdragsgiver

§ 21-1 Meddelelse fra oppdragsgiver

(1) Oppdragsgiver skal så raskt som mulig, skriftlig og samtidig, gi en meddelelse til berørte leverandører om beslutninger som er truffet om å inngå en rammeavtale eller å tildele kontrakt.

(2) Oppdragsgiver skal begrunne en beslutning om ikke å inngå en rammeavtale eller en kontrakt som har vært kunngjort eller å starte en prosedyre på nytt.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 35 nr. 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.29.

Første ledd angir at berørte leverandører skal få en skriftlig og samtidig meddelelse knyttet til spesifikke hendelser i konkurransen. Kravet til skriftlighet og samtidighet fremgår ikke av artikkel 35 nr 1, men anses å følge av prinsippene om gjennomsiktighet og likebehandling. Berørte leverandører er leverandører som har meldt sin interesse i konkurransen eller leverandører som har levert inn tilbud. Direktivet stiller ingen nærmere krav annet enn at begivenheten skal meddeles. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.29.

Andre ledd oppstiller en plikt for oppdragsgiver til å begrunne visse beslutninger. De EU-rettslige prinsippene om god forvaltningsskikk kommer til anvendelse, noe som innebærer at det stilles nærmere krav til innholdet av begrunnelsen, jf. blant annet EU-domstolens sak C-66/22 (Klapeidos).

Dersom leverandøren ønsker en nærmere begrunnelse kan vedkommende sende en skriftlig henvendelse og be om det jf. § 21-2.

§ 21-2 Meddelelse etter forespørsel fra en berørt leverandør

På forespørsel fra en berørt leverandør skal oppdragsgiver så fort som mulig, og uansett innen femten dager fra å ha mottatt en skriftlig henvendelse informere

a. en avvist leverandør om grunnlaget for avvisningen

b. en leverandør som har inngitt et tilbud om grunnlaget for hvorfor tilbudet er avvist

c. en leverandør som har deltatt i konkurransen, men som ikke har vunnet, om hvorfor de ikke har vunnet, herunder egenskaper og relative fordeler sammenlignet med det vinnende tilbud. Oppdragsgiver skal også informere om navnet på vinnende leverandør eller partene i en rammeavtale

d. en leverandør som har inngitt et gyldig tilbud om gjennomføringen av forhandlingene eller dialogen.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF i artikkel 35 nr. 2. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.29.

Oppdragsgiver skal besvare en skriftlig henvendelse fra en leverandør som ber om en begrunnelse så raskt som mulig og uansett innen femten dager. Det er ingen unntak fra denne fristen. I bokstavene a til d er det listet opp en rekke forhold ved konkurransen som oppdragsgiver må begrunne. Omfanget av redegjørelsen vil variere fra sak til sak. Begrunnelsen må være av en slik art at leverandøren får

mulighet til å forstå grunnlaget for beslutningen, herunder kan gjøre en vurdering av om det er grunnlag for å påklage den.

§ 21-3 Opplysninger som kan unntas fra meddelelser

Oppdragsgiver kan unnta visse opplysninger fra begrunnelsen dersom utsendelse vil hindre håndhevelsen av regler eller på annen måte være i strid med offentlige interesser, og særlig forsvars- og/eller, skade bestemte offentlige eller private virksomheters legitime økonomiske interesser eller skade konkurransen mellom leverandørene.

Bestemmelsen gjennomfører anskaffelsesdirektivet artikkel 35 nr. 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.29.

Det er opplysninger, og ikke meddelelsen som sådan, som kan unntas. Det må gjøres en konkret vurdering av eventuelle opplysninger som oppdragsgiver eller leverandører mener må unntas på grunnlag av bestemmelsen, og det er opp til oppdragsgiver å treffe en god balanse mellom hensynet til gjennomsiktighet, jf. § 10-1, og hensynet til andre offentlige interesser og konkurransen på markedet.

Kapittel 22 - Kontraktsgjennomføring

§ 22-1 Kontraktsvilkår

(1) Oppdragsgiver kan fastsette særlige vilkår for gjennomføring av en kontrakt. Vilkårene skal ha tilknytning til leveransen, jf. § 20-3, og fremgå av anskaffelsesdokumentene. Vilkårene kan gjelde ivaretagelse av sikkerheten til graderte opplysninger og forsyningssikkerheten, økonomi, innovasjon, miljø, sysselsetting og sosiale hensyn.

(2) Der det finnes fremforhandlede og balanserte standardkontrakter skal oppdragsgiver bruke disse, med mindre konkrete forhold begrunner avvik fra standarden. Avvik fra standarden skal begrunnes i anskaffelsesdokumentene.

Bestemmelsens første ledd gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 20. Andre ledd er en nasjonal bestemmelse.

Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.13.

Bestemmelsen regulerer særlige vilkår som gjelder gjennomføring av kontrakten. Vilkårene utgjør objektive krav, som i utgangspunktet ikke har betydning for tilbudene. Dersom en leverandør tar forbehold mot kontraktsvilkårene, inngår dette likevel i oppdragsgivers evaluering av tilbudet.

Første ledd andre punktum angir at vilkårene må ha tilknytning til leveransen. Dette innebærer at det ikke er adgang til å fastsette kontraktsvilkår som gjelder generelle forhold hos leverandøren, eller andre oppgaver som leverandøren utfører for oppdragsgiver. Kravene må være knyttet til ytelsen anskaffelsen gjelder. I henhold til § 20-3 vil vilkårene ha tilknytning til leveransen når de relaterer seg til varene, tjenestene eller bygge- og anleggsarbeidene som kontrakten gjelder. Dette omfatter alle sider av og trinn i deres livssyklus, inkludert faktorer som inngår i produksjonsprosessen, leveringen av eller handelen med dem eller en annen prosess i livssyklusen. Dette gjelder også når slike faktorer

ikke påvirker deres egenskaper. Om tilstrekkelig tilknytning foreligger beror på en konkret vurdering. I bestemmelsen er det videre synliggjort eksempler på hva kontraktsvilkår kan omfatte og det er blant annet henvist til ivaretagelse av sikkerheten til graderte opplysninger og forsyningssikkerheten.

Kontraktsvilkårene som oppdragsgiver angir, må i tillegg ligge innenfor rammene som følger av EØS-avtalen, herunder reglene om fri flyt av tjenester og den frie etableringsretten, prinsippene

§ 22-2 Underleverandør

(1) Oppdragsgiver kan angi i kunngjøringen at leverandøren

a. i tilbudet skal oppgi hvilke deler av kontrakten leverandøren planlegger at underleverandører skal utføre, og hvilke underleverandører vedkommende planlegger å bruke,

b. skal opplyse om alle endringer som skjer på underleverandørnivå i løpet av utførelsen av kontrakten.

(2) Bruk av underleverandører har ikke betydning for leverandørens kontraktsansvar ovenfor oppdragsgiver.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 21 nr. 2, delvis nr. 6 og nr. 7. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.14.

Etter første ledd kan oppdragsgiver be om at en leverandør skal oppgi i tilbudet hvilke deler av kontrakten leverandøren planlegger at underleverandører skal utføre, og hvilke underleverandører en leverandør planlegger å bruke, når dette er angitt i anskaffelsesdokumentene. Oppdragsgiver står fritt til å velge om å be om slik informasjon. At leverandøren skal angi hvordan leverandøren planlegger å utføre kontrakten innebærer som et utgangspunkt at leverandøren ikke vil være forpliktet til å benytte de oppgitte underleverandørene eller benytte underleverandører til å utføre kontraktsarbeidet.

Oppdragsgiver kan likevel fastsette at leverandøren skal benytte underleverandørene som oppgis i tilbudet, eller alternativt at de oppgitte underleverandørene kun kan skiftes ut dersom de vilkår oppdragsgiver har fastsatt er oppfylt.

Andre ledd angir uttrykkelig at bruk av underleverandør ikke endrer leverandørens kontraktsansvar overfor oppdragsgiver. Dette innebærer at en leverandør fortsatt vil være fullt ut økonomisk ansvarlig for å gjennomføre leveransen i henhold til kontraktsforpliktelsene. Oppdragsgiver kan kreve leverandøren for feil og mangler, uavhengig av om disse er begått av leverandøren selv eller en underleverandør.

Kapittel 23 – Endring av kontrakt

§ 23-1 Endringer i inngått kontrakt

(1) Kontrakter og rammeavtaler kan endres uten ny anskaffelsesprosess når endringene ikke er vesentlige. En endring er vesentlig dersom den fører til at innholdet i kontrakten blir vesentlig forskjellig fra den opprinnelige kontrakten.

(2) En endring er alltid vesentlig når den

a. innfører vilkår som ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiver kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør,

b. endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren,

c. utvider kontraktens omfang betydelig, eller

d. gjelder bytte av leverandøren som ble tildelt kontrakten i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 23-3. .

Bestemmelsen er en kodifisering av praksis. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.2.5.

Første ledd første punktum angir hovedregelen om at endringer som ikke er vesentlige er tillatt. Andre punktum gir definisjonen på en vesentlig endring. Endringer som ikke er omfattet av typetilfellene i andre ledd bokstav a-d, kan være vesentlige hvis de på annet vis medfører at kontraktens karakter er vesentlig forskjellig fra den kontrakten som opprinnelig ble inngått.

Andre ledd angir fire endringstyper som alltid skal anses vesentlige. Dette gjelder endringer som påvirker deltakerinteressen eller kontraktstildeling, forskyvning av den økonomiske balansen i favør leverandøren, betydelig utvidelse av kontraktens omfang eller bytte av kontraktspart i andre tilfeller enn de som er åpnet for i § 23-3. Slike endringer kan bare gjøres uten ny konkurranse dersom de kan hjemles i en av unntaksbestemmelsene i §§ 23-2 til 23-4.

§ 23-2 Endringsklausuler

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt eller rammeavtale uten ny anskaffelsesprosess dersom endringen er gjort i medhold av en endringsklausul.

(2) Endringsklausuler skal angis i anskaffelsesdokumentene, og det skal fremgå klart hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Endringsklausuler kan ikke åpne for at anskaffelsens overordnede art blir endret.

Bestemmelsen er en kodifisering av praksis. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.2.5.

Første ledd angir at endringer som er gjort i medhold av en lovlig endringsklausul ikke krever ny anskaffelsesprosess. Eksempler på endringsklausuler kan være prisindeksklausuler, opsjoner eller klausuler som åpner for å bytte kontraktspart, jf. § 23-3 andre ledd. For å være gyldig må klausulen oppfylle et klarhetskrav, som er utdypet i andre ledd.

Andre ledd angir hva som minimum må fremgå av klausulen for at denne skal være tilstrekkelig klar. Det må fremgå klart hvilke endringer oppdragsgiver kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Klausulen kan ikke åpne for endringer som medfører at anskaffelsens overordnede art blir endret.

§ 23-3 Bytte av kontraktspart

(1) Oppdragsgiver kan erstatte leverandøren som opprinnelig ble tildelt kontrakten med en ny leverandør når denne helt eller delvis trer inn i den opprinnelige leverandørens posisjon i kontraktsforholdet som følge av en omstrukturering, for eksempel ved overtakelse, fusjon, oppkjøp eller insolvens. Den nye leverandøren må oppfylle de opprinnelige kvalifikasjonskravene, og det kan

ikke gjøres andre vesentlige endringer i kontrakten. Utskiftning av leverandøren må ikke skje for å omgå loven.

(2) Oppdragsgiver kan også skifte ut leverandøren dersom dette fremgår av en endringsklausul som oppfyller vilkårene i § 22-2 (2).

Bestemmelsen er en kodifisering av rettspraksis. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 9.2.5.

Første ledd angir at oppdragsgiver på visse vilkår kan bytte ut den opprinnelige leverandøren. Utskiftningen må være en konsekvens av en omstrukturering av leverandørens virksomhet, herunder overtakelse, fusjon, oppkjøp eller insolvens.

Andre ledd angir at oppdragsgiver kan inkludere muligheten for å skifte ut leverandøren i en endringsklausul. Denne må oppfylle kravene til utforming i § 23-2.

§ 23-4 Nødvendige endringer

(1) Oppdragsgiver kan gjøre endringer i en kontrakt eller rammeavtale uten ny anskaffelsesprosess dersom det blir nødvendig med tilleggsleveranser fra den opprinnelige leverandøren. Dette gjelder bare dersom bytte av leverandøren ikke kan gjøres av økonomiske eller tekniske årsaker, og vil medføre betydelige ulemper eller vesentlige ekstrakostnader for oppdragsgiver.

(2) Det kan også gjøres endringer uten ny anskaffelsesprosess dersom endringene er nødvendig på grunn av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse, og anskaffelsens overordnede art ikke blir endret.

(3) Oppdragsgiver skal kunngjøre endringer i medhold av denne bestemmelsen etter § 16-2.

Bestemmelsen gjennomfører til dels direktiv 2009/81/EF artikkel 28 nr. 4 bokstav a. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.22.

Første ledd angir at oppdragsgiver kan utvide kontrakten til å omfatte nødvendige tilleggsleveranser fra den opprinnelige leverandøren. Dette forutsetter at utskiftningen av leverandøren ikke kan skje av tekniske eller økonomiske årsaker. Eksempler på slike årsaker er at tilleggsleveransene må kunne erstatte eller være kompatible med eksisterende utstyr, software, tjenester eller installasjoner som ble anskaffet ved den opprinnelige kontrakten. Det må også medføre enten betydelige vanskeligheter eller vesentlige merkostnader å skifte ut leverandøren.

Andre ledd angir at kontrakten kan endres dersom endringen har blitt nødvendig som følge av en omstendighet en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Anskaffelsens overordnede karakter kan likevel ikke endres uten at det gjennomføres en ny anskaffelsesprosess.

Kapittel 24 - Dokumentasjon om kontraktsgjennomføring

§ 24-1 Anskaffelsesprotokoll

(1) Oppdragsgiver skal føre protokoll for gjennomføringen av anskaffelsen.

(2) Protokollen skal inneholde alle følgende opplysninger, i den utstrekning de er relevante

a. oppdragsgivers navn og adresse,

b. valg av anskaffelsesprosedyre,

c. en beskrivelse av hva som skal anskaffes, og den anslåtte verdien av anskaffelsen

c. ved konkurranser hvor det settes en grense for antall deltakere

i. navnet på leverandørene som er valgt ut, og begrunnelsen for utvelgelsen

ii. navnet på leverandørene som har fått sine tilbud forkastet, og begrunnelsen for reduksjonen

d. navnet på leverandørene som er avvist, og hjemmel for samt en kort begrunnelse for å avvise deres forespørsler om å delta i konkurransen eller deres tilbud

e. navnet på den valgte leverandøren, begrunnelsen for valget og kontraktens verdi

f. dersom det er relevant, grunnene til at rammeavtalen skal vare lenger enn sju år,

g. hvilke deler av kontrakten den valgte leverandøren planlegger at underleverandører skal utføre, og underleverandørenes navn, forutsatt at opplysningene er kjent

h. begrunnelsen for å bruke konkurransepreget dialog

i. begrunnelsen for å bruke konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring eller anskaffelse uten konkurranse

j. begrunnelsen for at oppdragsgiver avlyser konkurransen

k. begrunnelsen for å bruke unntak fra kravet om bruk av elektronisk kommunikasjon ved mottak av tilbud

l. opplysninger om tilfeller av inhabilitet eller konkurransevridning som følge av dialog med leverandører og eventuelle avhjelpende tiltak som er gjennomført

m. andre vesentlige forhold.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 37. I andre ledd er bokstavene k, l og m nasjonale tilleggsbestemmelser. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.31.

Første ledd fastsetter at oppdragsgiver skal utarbeide en protokoll som inneholder en rekke opplysninger, herunder dokumentasjon for gjennomføringen av en anskaffelse. Oppdragsgiver skal utarbeide protokollen uavhengig av om utfallet av anskaffelsen er at det er inngått en kontrakt eller ikke.

Formålet med slik protokollplikt er å sikre etterprøvbarhet for at oppdragsgivers beslutninger er truffet i samsvar med anskaffelsesreglene.

Andre ledd inneholder en angivelse av opplysninger som må inntas i protokollen, i den grad de er relevante.

I henhold til bokstav d skal navnet på leverandørene som er avvist, og begrunnelsen for å avvise deres forespørsler om å delta i konkurransen eller deres tilbud. Punktet omfatter samtlige tilbud som er avvist, og på hvilket grunnlag tilbudet er avvist, dvs. med henvisning til lovhjemmel.

I henhold til bokstav j skal det oppgis informasjon om begrunnelsen for at oppdragsgiver har besluttet å avlyse konkurransen. Dette omfatter manglende tildeling av kontrakt både som følge av avlysning av konkurransen, og totalforkastelse av tilbud.

I henhold til bokstav m skal vesentlige forhold angis. Punktet fanger opp informasjon som ikke direkte er angitt i bestemmelsen, men som likevel anses som vesentlig å ha med i en anskaffelsesprotokoll. Hva som anses som vesentlig beror på en konkret vurdering i den enkelte anskaffelse. Vesentlige forhold kan blant annet være informasjon som oppdragsgiver, i henhold til andre bestemmelser i anskaffelsesloven kan innta i protokollen.

§ 24-2 Andre forhold relatert til anskaffelsesprotokollen

(1) Når oppdragsgiver tildeler kontrakter under en rammeavtale, gjelder plikten til å føre protokoll bare når oppdragsgiver gjenåpner konkurransen.

(2) Oppdragsgiver skal dokumentere gjennomføringen av en anskaffelse ved å oppbevare tilstrekkelig dokumentasjon til å begrunne beslutninger i anskaffelsesprosessen.

(3) Dokumentasjonen skal oppbevares i minst tre år fra tidspunktet for tildeling av kontrakten.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 12.31.

Det følger av første ledd at oppdragsgiver ikke er forpliktet til å utarbeide rapporter, når kontrakten som oppdragsgiver inngår er basert på en rammeavtale med en leverandør i henhold til § 12-2. Det samme gjelder for kontrakter, som oppdragsgiver inngår på bakgrunn av en rammeavtale med flere leverandører der oppdragsgiver har fastsatt en fordelingsnøkkel for tildeling av kontrakter, og tildelingen av kontrakten skjer uten fornyet konkurranse i henhold til § 12-4. Derimot er det protokollplikt når oppdragsgiver åpner for ny konkurranse mellom leverandørene under rammeavtalen. Det er kun de relevante opplysningene fra gjennomføringen av den gjenåpnede konkurransen som skal protokollføres. Den generelle dokumentasjonsplikten i tredje ledd må overholdes uavhengig av hvordan avropet på rammeavtalen gjøres.

I henhold til annet ledd skal oppdragsgiver dokumentere gjennomføringen av anskaffelsen. Dette gjelder uavhengig av om anskaffelsen er gjennomført elektronisk eller ikke. Plikten innebærer at oppdragsgiver skal oppbevare tilstrekkelig dokumentasjon for å kunne begrunne beslutninger oppdragsgiver tar gjennom anskaffelsesprosessen. Det kan for eksempel være dokumentasjon vedrørende kommunikasjon med leverandører, interne overveielser, forberedelse av anskaffelsesdokumentene, eventuell dialog eller forhandling, utvelgelse og tildeling av kontrakten. Ved konkurranse med forhandling og konkurransepreget dialog skal alle faser i prosessen dokumenteres i tilstrekkelig grad.

Formålet med dokumentasjonsplikten er som for anskaffelsesprotokollen; å sikre etterprøvbarhet for at oppdragsgivers beslutninger er truffet i samsvar med anskaffelsesreglene.

Videre følger det av bestemmelsen at dokumentasjonen skal oppbevares i minst tre år fra tidspunktet for tildeling av kontrakten.

Del IV - Håndheving

Kapittel 25 - Innledende bestemmelser

§ 25-1 Formål og virkeområde

(1) Formålet med bestemmelsene i del IV er å sikre effektiv, tilgjengelig, rask og tillitsskapende håndheving av regelverket om offentlige anskaffelser.

(2) Reglene i kapittel 26 og 27 gjelder bare anskaffelser som følger reglene i del III.

Bestemmelsen gjennomfører forsvarsanskaffelsesdirektivene artikkel 55 nr. 2, for så vidt gjelder anskaffelser over EØS-terskelverdi. Bestemmelsen har et videre anvendelsesområde, og gjelder også for anskaffelser under EØS-terskelverdi. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 15.1.

Bestemmelsen tydeliggjør at håndhevingen av regelverket må være effektiv, tilgjengelig, rask og tillitsskapende. Andre ledd avgrenser virkeområde til bestemmelsene i kapittel 27 (karensperiode og suspensjon) og kapittel 28 (sanksjoner) til å gjelde anskaffelser som følger reglene i del III. Det betyr anskaffelser over EØS-terskelverdi.

§ 25-2 Håndhevingsorganer

(1) De alminnelige domstoler er å anse som håndhevingsorganer etter håndhevingsdirektivene.

(2) Domstolene kan ilegge en midlertidig forføyning og sette til side beslutninger som oppdragsgiver har truffet i strid med loven eller forskrift gitt i medhold av loven. Dette gjelder bare dersom saken har kommet inn til retten før kontrakt er inngått.

(3) Etter at kontrakt er inngått kan klagenemnda og domstolene ilegge sanksjoner mot ulovlig direkteanskaffelser.

(4) Domstolene kan tilkjenne erstatning som følge av oppdragsgivers brudd på anskaffelsesreglene jf. §§ 28-1 og 28-2.

(5) Departementet kan gi forskrift om klagenemndas virksomhet og saksbehandling.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 55 nr. 4 og 56. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 15.

Første ledd konstaterer at de alminnelige domstoler er å anse som håndhevingsorganer etter håndhevingsdirektivene. Dette innebærer at når domstolen treffer avgjørelser som håndhevingsorganer, må EØS-rettens krav til effektiv rettsbeskyttelse og de nærmere bestemte kravene som følger av håndhevingsdirektivene overholdes.

Andre ledd angir at domstolene kan treffe midlertidige føyninger og settes til side beslutninger dersom saken har kommet inn til retten før kontrakt er inngått. Domstolene kan likevel behandle midlertidig forføyning mot fortsatt kontraktsoppfyllelse ved tilfeller av ulovlig direkteanskaffelser jf. § 27-7.

Tredje ledd innebærer at klagenemnda også har mulighet til å ilegge sanksjoner mot ulovlige direkte anskaffelser. Nærmere bestemmelser om dette er gitt i § 27-5.

Fjerde ledd innebærer at det kun er domstolene som kan tilkjenne erstatning som følge av oppdragsgivers brudd på anskaffelsesreglene. Erstatningsreglene er regulert i §§ 28-1 og 28-2.

§ 25-3 Tilsynsorganer

(1) Arbeidstilsynet fører tilsyn med at bestemmelsene i §§ 3-2 og 3-11 blir overholdt.

(2) Arbeidstilsynet gir de pålegg og treffer de enkeltvedtak som er nødvendige for gjennomføring av bestemmelsene nevnt i første ledd. Arbeidsmiljøloven § 18-5, § 18-6 første, annet, sjette, sjuende og åttende ledd samt §§ 18-7, 18-8 og 18-10 får tilsvarende anvendelse.

(2) Havindustritilsynet har tilsvarende tilsynsansvar og myndighet som nevnt i første og andre ledd, innenfor sitt myndighetsområde.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivforpliktelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 10.3, og den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 16.

§ 25-4 Klagenemnda for offentlige anskaffelser

(1) Klagenemnda for offentlige anskaffelser kan i tillegg til å sanksjonere ulovlige direkte anskaffelser, avsi rådgivende uttalelser.

(2) Klage til klagenemnda må gjelde unnlatelser, handlinger eller beslutninger i forbindelse med gjennomføringen av anskaffelser etter anskaffelseslovene eller forskrifter gitt med hjemmel i disse.

(2) Klage kan fremsettes av enhver som har reelt behov for å få vurdert lovmessigheten av en slik unnlatelse, handling eller beslutning.

(3) En forening eller stiftelse kan inngi klage om forhold som det ligger i dens formål eller naturlige virkeområde å ivareta.

(4) Offentlige organer med oppgave å fremme særskilte interesser kan på tilsvarende måte inngi klage for å ivareta disse.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse om klagenemndas kompetanse.

Reglene om klageinteresse skal tolkes på samme måte som tvisteloven §§ 1-3 og 1-4.

Kapittel 26 - Karensperiode og suspensjon

§ 26-1 Karensperiode

(1) Oppdragsgiver kan tidligst inngå kontrakt etter utløpet av en karensperiode på ti dager, regnet fra dagen etter at meddelelse om valg av leverandør er sendt.

(2) Ved bruk av andre kommunikasjonsmidler enn elektronisk kommunikasjon, skal karensperioden enten være femten dager, regnet fra dagen etter at meddelelse om valg av leverandør er sendt eller ti dager etter at beslutningen om kontraktstildelingen ble mottatt av de berørte leverandørene.

(3) Karensperiodens utløp skal meddeles sammen med tildelingsbeslutningen jf. § 21-1, og angis ved dato og klokkeslett.

Bestemmelsen innfører direktiv 2009/81/EF artikkel 57. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 15.3.

§ 26-2 Unntak fra karensperiode

Kravet om karensperiode gjelder ikke

a. når oppdragsgiver ikke har plikt til å kunngjøre konkurransen

b. når valgte leverandør er eneste berørte leverandør

c. når oppdragsgiver tildeler kontrakter under en rammeavtale

Bestemmelsen innfører direktiv 2009/81/EF artikkel 58 første ledd. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 15.3.

§ 26-3 Suspensjon av oppdragsgivers adgang til å inngå kontrakt

(1) Tvisteloven gjelder for behandlingen av begjæringer om midlertidig forføyning med mindre annet er bestemt i denne loven eller forskrift gitt i medhold av loven.

(2) Oppdragsgiverens adgang til å inngå kontrakt suspenderes dersom

a. oppdragsgiver har fastsatt en karensperiode etter § 26-1 tredje ledd, og begjæringen er fremsatt innen utløpet av karensperioden, eller

b. oppdragsgiver har kunngjort en intensjonskunngjøring i tråd med § 16-4, og begjæringen er fremsatt innen ti dager etter kunngjøringen.

(3) Saksøkte informeres om suspensjonsvirkningen ved forkynnelsen.

(4) Suspensjonen varer inntil tingretten har tatt stilling til begjæringen. Suspensjonen opphører likevel tidligst ved utløpet av karensperioden eller ti dager regnet fra dagen etter datoen for intensjonskunngjøringen.

(5) Dersom oppdragsgiver ber om det skal domstolen treffe en midlertidig avgjørelse av om suspensjonen skal oppheves før domstolen har avgjort saken. Den midlertidige avgjørelsen skal i så fall treffes innen 30 dager etter at begjæringen er inngitt. Domstolen kan oppheve suspensjonen dersom den finner grunn til det.

(5) Tvisteloven § 32-11 gjelder ikke, med mindre saksøkeren visste eller burde vite at kravet ikke bestod da sikringen ble besluttet.

(6) Det inntrer ikke suspensjon ved anke over tingrettens avgjørelse.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 56 nr 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 15.2.

Femte ledd fastsetter at retten, etter anmodning fra oppdragsgiver, kan bestemme at suspensjonen skal oppheve før retten har avgjort saken. Domstolen kan oppheve suspensjonen dersom den finner grunn til det. Blant annet vil hensynet til forsvars- og sikkerhetsinteresser kunne begrunne en opphevelse av suspensjonen.

Kapittel 27 - Uten virkning og alternative sanksjoner

§ 27-1 Uten virkning

Domstolen skal kjenne en kontrakt uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse i følgende tilfeller

a. når oppdragsgiver har foretatt en ulovlig direkteanskaffelse. En ulovlig direkteanskaffelse er en anskaffelses som ikke er kunngjort, selv om det foreligger kunngjøringsplikt.

b. når kontrakten tildeles under en rammeavtale med flere leverandører i strid med regler om gjenåpning av konkurransen, eller tildeles under en dynamisk innkjøpsordning i strid med loven

c. når oppdragsgiver har brutt reglene om karensperiode eller suspensjon og med dette fratatt leverandøren muligheten til prekontraktuell håndheving, og bruddet er kombinert med et brudd på anskaffelsesdirektivene som har påvirket leverandørens mulighet til å vinne kontrakten.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 60 nr 1. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 15.5.

Bestemmelsen angir i hvilke tilfeller domstolen skal kjenne en kontrakt uten virkning. Bestemmelsen må sees i sammenheng med unntaket i § 28-2 og reglene om intensjonskunngjøring i § 28-3.

§ 27-2 Unntak av hensyn til allmennhetens interesser

(1) Dersom allmenne interesser eller forsvars- og sikkerhetsinteresser gjør det påkrevd å opprettholde kontrakten, skal domstolen i stedet ilegge alternative sanksjoner etter § 28-4.

(2) En kontrakt skal ikke kjennes uten virkning dersom konsekvensen av at kontrakten kjennes uten virkning i alvorlig grad vil kunne true et større forsvars-eller sikkerhetsprogram som er avgjørende for statens sikkerhetsinteresser.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 60 nr 3. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 15.5.

§ 27-3 Unntak

(1) Domstolen kan ikke kjenne en kontrakt uten virkning etter § 28-1 første ledd bokstav a dersom oppdragsgiveren har publisert en intensjonskunngjøring og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen. Kunngjøringen skal inneholde

a. navn og kontraktsopplysninger for den offentlige oppdragsgiveren

b. en beskrivelse av formålet med kontrakten

c. en begrunnelse for oppdragsgivers beslutning om å tildele kontrakten uten kunngjøring

d. navn på valgte leverandør

e. andre relevante opplysninger.

(2) Domstolen kan ikke kjenne en kontrakt uten virkning etter § 28-1 første ledd bokstav b dersom oppdragsgiveren har sendt meddelelse om valget av leverandør til berørte leverandører og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av en frivillig karensperiode.

Bestemmelsen gjennomfører artikkel 60 nr 4 og 5 og artikkel 64. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 15.5.

§ 27-4 Alternative sanksjoner

(1) Domstolen skal avkorte kontraktens varighet eller idømme oppdragsgiver et overtredelsesgebyr i følgende tilfeller:

a. hvis en kontrakt allerede er oppfylt, og kontrakten derfor ikke kan kjennes uten virkning

b. hvis en kontrakt bare kjennes uten virkning for fremtidig kontraktsoppfyllelse

c. hvis kontrakten ikke kan kjennes uten virkning som hensynet til allmenne interesser jf. § 28-2.

d. hvis oppdragsgiver har foretatt andre brudd på reglene om karensperiode eller suspensjon enn dem som er omfattet av § 28-1 første ledd bokstav c

(2) Ved fastsettelse av sanksjoner kan domstolen utøve skjønn. Domstolen kan kombinere sanksjonene.

(3) Overtredelsesgebyret skal ikke settes høyere enn ti prosent av anskaffelsens verdi, og aldri høyere enn femten millioner kroner.

Bestemmelsen gjennomfører direktiv 2009/81/EF artikkel 61. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 15.6.

Første ledd angir hvilke tilfeller domstolen skal idømme alternative sanksjoner. Alternative sanksjoner er å avkorte en kontrakts varighet, eller å ilegge oppdragsgiver et overtredelsesgebyr.

Utbetaling av erstatning utgjør ikke en alternativ sanksjon etter denne bestemmelsen.

Bestemmelsen lister relevante tilfeller i bokstavene a til d. I alle tilfellene som er listet opp kan det være aktuelt med overtredelsesgebyr. Det er bare i tilfellene omhandlet i bokstavene c og d at det er aktuelt å vurdere og avkorte kontraktens varighet.

Andre ledd fastslår at domstolen kan utøve skjønn. Det betyr at domstolen kan ta hensyn til alle relevante faktorer, herunder overtredelsens alvorlighetsgrad og den offentlige oppdragsgivers adferd. Domstolen kan også hensynta, i den grad det er relevant, hvorvidt kontrakten fortsatt er i kraft.

Tredje ledd angir størrelsen på overtredelsesgebyret.

§ 27-5 Klagenemndas adgang til å ilegge overtredelsesgebyr

(1) Dersom klagenemnda for offentlige anskaffelser kommer til at oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne forsettlig eller grovt uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, skal klagenemnda ilegge oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr. Dersom klagenemnda kommer til at oppdragsgiveren eller noen som handler på dennes vegne uaktsomt har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, kan klagenemnda ilegge oppdragsgiveren et overtredelsesgebyr.

(2) Overtredelsesgebyr etter første ledd kan ikke ilegges dersom oppdragsgiveren har publisert en intensjonskunngjøring etter regler fastsatt i forskrift, og tidligst inngått kontrakten etter utløpet av ti dager regnet fra dagen etter datoen for kunngjøringen.

(3) Ved avgjørelsen av om overtredelsesgebyr skal ilegges etter første ledd annet punktum og ved fastsettelsen av gebyrets størrelse, skal det særlig legges vekt på bruddets grovhet, størrelsen på anskaffelsen, om oppdragsgiveren har foretatt gjentatte ulovlige direkte anskaffelser og den preventive virkningen. Gebyret kan ikke settes høyere enn 10 prosent av anskaffelsens verdi, og aldri høyere enn femten millioner kroner.

(4) Vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr kan ikke påklages. Gebyret forfaller til betaling to måneder etter at vedtaket er fattet.

(5) Adgangen til å ilegge gebyr bortfaller to år etter at kontrakten er inngått. Fristen avbrytes ved at klagenemnda sender oppdragsgiveren en meddelelse om at det har mottatt en klage med påstand om ulovlig direkte anskaffelse.

(6) Vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr er tvangsgrunnlag for utlegg med de begrensninger som følger av tvangsfullbyrdelsesloven § 1-2.

(7) Søksmål om organets vedtak må reises innen to måneder etter at partene mottok vedtaket. Domstolen kan prøve alle sider av saken. Adgangen til å reise søksmål gjelder også for statlige myndigheter og organer.

(8) Dersom klagenemnda treffer vedtak om å ilegge overtredelsesgebyr, og retten senere avsier dom om den samme kontrakten etter reglene i dette kapitlet, skal klagenemnda oppheve vedtaket og tilbakebetale gebyret.

Bestemmelsen innfører delvis artikkel 61 ved at klagenemnda gis adgang til å ilegge overtredelsesgebyr. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 15.6.

§ 27-6 Prosessuelle særregler

(1) Ved søksmål som gjelder sanksjonen uten virkning, skal saksøker varsle oppdragsgivers medkontrahent om søksmålet, senest samtidig med søksmålet.

(2) Domstolen skal, uavhengig av partenes påstander, idømme sanksjoner etter §§ 27-1 eller 27-4 dersom vilkårene for det er oppfylt.

(3) En rettskraftig dom som går ut på at en kontrakt kjennes uten virkning, eller at en kontrakts varighet avkortes, er bindende for alle og enhver og skal legges til grunn i alle forhold.

(4) Sanksjoner etter §§ 27-1 og 27-4 kan bare idømmes når søksmål reises innen 7er etter at kontrakt er inngått.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 15.

§ 27-7 Midlertidig forføyning mot ulovlig direkteanskaffelser

Etter at kontrakt er inngått kan retten behandle en midlertidig forføyning mot fortsatt kontraktsoppfyllelse dersom hovedkravet gjelder en ulovlig direkteanskaffelse som kan føre til at kontrakten blir kjent uten virkning.

Bestemmelsen åpner for at domstolene kan behandle midlertidige forføyninger mot fortsatt kontraktsoppfyllelse, dersom hovedkravet er påstand om ulovlig direkteanskaffelse. Bestemmelsen er et unntak fra § 25-2 andre ledd om at domstolen i utgangspunktet bare kan behandle saker dersom søksmålet eller begjæringen er mot tatt før kontrakt er inngått.

Det følger av bestemmelsen at midlertidig forføyning bare kan behandles dersom hovedkravet gjelder en ulovlig direkteanskaffelse som kan bli kjent uten virkning. Dette innebærer at den midlertidige forføyningen må fremsettes innen seks måneders fristen i § 27-6 fjerde ledd, etter dette vil ikke klager kunne ha rettslig interesse, ettersom kontrakten da uansett ikke kan kjennes uten virkning.

Kapittel 28 - Erstatning

§ 28-1 Erstatning for tilbudskostnader (negativ kontraktsinteresse)

En leverandør kan kreve erstatning for påregnelige kostnader som vedkommende har hatt ved å delta i konkurransen dersom

a. oppdragsgiver har brutt anskaffelsesregelverket på et vis som har fratatt leverandøren en reell mulighet til å bli tildelt kontrakten, eller

b. oppdragsgivers brudd på anskaffelsesregelverket er kvalifisert og leverandøren ikke ville deltatt i konkurransen dersom vedkommende hadde visst om bruddet.

Bestemmelsen gjennomfører delvis direktiv 2009/81/EF artikkel 56 nr 1 siste avsnitt. Bestemmelsen angir vilkårene for erstatning for tilbudskostnader. Vilkårene i bokstav a og b er alternative. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 15.2.

Etter bokstav a er det ikke et krav til at det foreligger et kvalifisert brudd på anskaffelsesregelverket. Det er tilstrekkelig at det kan påvises et brudd. Det må påvises at bruddet har redusert en realistisk mulighet til å vinne kontrakten.

Bokstav b forutsetter at det påvises et kvalifisert brudd.

§ 28-2 Erstatning for tapt fortjeneste (positiv kontraktsinteresse)

(1) En leverandør kan kreve erstattet tapt fortjeneste dersom det foreligger et kvalifisert brudd på anskaffelsesregelverket som har fratatt leverandøren en kontrakt som leverandøren ellers kunne og ville fått.

(2) Ved utmåling av erstatning for tapt fortjeneste skal retten blant annet ta hensyn til den usikkerheten som normalt knytter seg til om leverandøren ville oppnådd det forventede dekningsbidraget og vil lykkes med å begrense tapet gjennom andre oppdrag.

Bestemmelsen første ledd kodifiserer det EØS-rettslige statsansvaret på anskaffelsesrettens område. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 15.2.

Annet ledd er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 34.7.7. Bestemmelsen angir forhold som det skal sees hen til ved utmåling av erstatning for tapt fortjeneste. Ordlyden «blant annet» viser at bestemmelsen ikke angir uttømmende hvilke forhold retten skal se hen til ved vurdering av erstatningsutmålingen. Bestemmelsen fremhever to forhold retten skal se hen til. For det første må retten se hen til den usikkerheten som normalt knytter seg til om leverandøren ville realisert det forventede dekningsbidraget. Dette innebærer forhold som spart prosjektrisiko, frigjørelse av ressurser til andre prosjekter og usikkerhet knyttet til behov for kapasitetsutvidelse. For det andre skal retten se hen til om leverandøren har godtgjort at tapet ikke kunne unngås eller reduseres gjennom å påta seg andre oppdrag.

Kapittel 29 - Preklusive frister

§ 29-1 Frist for å begjære midlertidig forføyning over en beslutning om avvisning

(1) En leverandør kan begjære midlertidig forføyning over en beslutning om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen etter §§ 18-1 til 18-5 og 18-9. Begjæringen må sendes inn innen 10 dager regnet fra dagen etter at meddelelse etter § 18-14 er sendt i følgende konkurranser:

a. § 11-3 (begrenset anbudskonkurranse),

b. § 11-7 (konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring) eller

c. §11-14 (konkurransepreget dialog)

(2) Hvis oppdragsgivers meddelelse ikke sendes med elektronisk kommunikasjon er fristen 15 dager.

(3) Oppdragsgiver skal angi fristen i meddelelsen til leverandøren om at forespørselen er avvist.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 15 samt NOU 2023: 26 kapittel 26.8.2.

Bestemmelsen innfører en preklusjonsfrist i to-trinns prosedyrer for å angripe oppdragsgivers beslutning om å avvise en forespørsel om å delta i konkurransen eller ikke velge ut en leverandør der hvor oppdragsgiver har satt et tak for hvor mange kvalifiserte leverandører som inviteres med videre basert på utvelgelseskriterier.

§ 29-2 Frist for å begjære midlertidig forføyning over en beslutning om ikke å velge ut en leverandør

(1) Begjæring om midlertidig forføyning over oppdragsgivers beslutning om ikke å velge ut en leverandør etter § 19-6 femte ledd må fremsettes innen 10 dager regnet fra dagen etter at oppdragsgiver har sendt en meddelelse etter § 18-14 i følgende konkurranser

a. § 11-3 (begrenset anbudskonkurranse),

b. § 11-7 (konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring) eller

c. §11-14 (konkurransepreget dialog)

(2) Hvis oppdragsgivers meddelelse ikke sendes med elektronisk kommunikasjon er fristen 15 dager.

(3) Oppdragsgiver skal angi fristen i meddelelsen til leverandøren om at forespørselen ikke er valgt ut.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 15 samt NOU 2023: 26 kapittel 26.8.2.

Bestemmelsen innfører en preklusjonsfrist i to-trinns prosedyrer for å klage på oppdragsgivers beslutning om å ikke velge ut en leverandør der hvor oppdragsgiver har satt et tak for hvor mange kvalifiserte leverandører som inviteres med videre basert på utvelgelseskriterier.

Det er ikke nødvendig at fristen oppgis i anskaffelsesdokumentene siden dette er en lovfestet preklusiv frist, men det følger av tredje ledd at oppdragsgiver skal orientere om fristen i meddelelsen som skal sendes.

§ 29-3 Frist for å begjære midlertidig forføyning over en beslutning om avlysning

(1) En leverandør kan begjære midlertidig forføyning over en beslutning om å avlyse konkurransen. Begjæringen må sendes inn innen 10 dager regnet fra dagen etter at meddelelsen om avlysning er sendt.

(2) Hvis oppdragsgivers meddelelse ikke sendes med elektronisk kommunikasjon er fristen 15 dager.

(3) Oppdragsgiver skal angi fristen i meddelelsen til leverandøren om at konkurransen er avlyst.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 17.

§ 29-4 Frist for å fremme søksmål om erstatning

(1) Et erstatningssøksmål må bringes inn for de alminnelige domstoler innen ett år etter at leverandøren ble kjent med, eller burde ha kjent, at det er inngått kontrakt.

(2) Dersom det er rettskraftig avgjort at vilkårene for å kjenne en kontrakt uten virkning eller alternative sanksjoner må erstatningssøksmål reises innen ett år etter at avgjørelsen er endelig.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle gjennomgangen i kapittel 15 samt NOU 2023: 26 kapittel 21.7.

Kapittel 31 - Regler om klagegebyr og sakskostnader

§ 30-1 Klagegebyr ved klage til klagenemnda

Klagegebyret til Klagenemnda for offentlige anskaffelser skal være ____ kroner.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 21.

§ 30-2 Sakskostnader ved klage til klagenemnda

(1) Partene skal som hovedregel dekke egne kostnader i forbindelse med klagebehandlingen.

(2) Dersom klagenemnda finner at oppdragsgiver har gjort seg skyld i et grovt brudd på regelverket, kan klager tilkjennes erstatning for nødvendige kostnader med inntil 100 000 kroner.

(3) Dersom klagenemda finner at klagen er fremsatt uten aktverdig formål, kan oppdragsgiver tilkjennes erstatning for nødvendige kostnader med inntil 100 000 kroner

(4) Beløpsgrensen i andre ledd kan fravikes dersom det foreligger i særlige tilfeller.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i i NOU 2023: 26 kapittel 21.6.

En klage er fremsatt uten aktverdige formål hvis den er åpenbart grunnløs, eller er fremsatt for å trenere en anskaffelsesprosess.

§ 30-3 Sakskostnader ved søksmål

Reglene om sakskostnader i tvisteloven gjelder for anskaffelsestvister som behandles for domstolene.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse.

Kapittel 31 - Bestemmelser om avlysning, omgjøring og vedståelsesfrist

§ 31-1 Avlysning

(1) Oppdragsgiver kan avlyse konkurransen dersom det foreligger saklig grunn.

(2) Oppdragsgiver skal avlyse konkurransen dersom det avdekkes feil som kan virke inn på utfallet av konkurransen og som ikke kan rettes opp på annen måte.

(3) Oppdragsgiver skal snarest mulig gi leverandørene skriftlig meddelelse om avlysningen. Meddelelsen skal inneholde en kort begrunnelse, og opplyse om det vil bli gjennomført en ny konkurranse om den samme anskaffelsen.

(4) En leverandør som bestrider oppdragsgivers adgang til å avlyse konkurransen må inngi en begjæring om midlertidig forføyning til retten innen ti dager etter at meddelelsen om avlysningen er sendt. Fristen er femten dager dersom oppdragsgiver ikke benytter elektronisk kommunikasjon.

(5) Dersom avlysningen er begrunnet i rettslig usikkerhet knyttet til avlysningsplikt, skal domstolen ta stilling til om det foreligger avlysningsplikt.

Bestemmelsen første og andre ledd kodifiserer EU-domstolens rettspraksis. Bestemmelsen tredje til sjette ledd er nasjonale bestemmelser, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 17.

Første ledd angir at oppdragsgiver kan avlyse konkurransen dersom det foreligger saklig grunn. Oppdragsgivers adgang til å avlyse en konkurranse, er ikke begrenset til unntakstilfeller eller må bero på vektige grunner.

Andre ledd angir i hvilke tilfeller oppdragsgiver plikter å avlyse en konkurranse. Andre ledd kodifiserer EU-domstolens rettspraksis.

Tredje ledd oppstiller krav om skriftlig meddelelse om avlysningen. Det er ikke nødvendig med en omfattende begrunnelse, det er tilstrekkelig med en kort begrunnelse. Begrunnelsen må vise til de forhold som har ledet frem til, og etter oppdragsgivers syn berettiger avlysningen.

Fjerde ledd oppstiller en preklusiv frist for å påklage en avlysningsbeslutning innen ti dager etter at meddelelsen er sendt.

Femte ledd angir hvilke spørsmål domstolen må ta stilling i en sak som gjelder påstått rettstridig avlysning.

§ 31-2 Omgjøring av tildelingsbeslutning før kontraktsinngåelse

(1) Oppdragsgiver skal omgjøre tildelingsbeslutningen dersom det avdekkes feil som har virket inn på valget av leverandør og feilen ikke kan rettes på annen måte.

(2) Omgjøring av tildelingsbeslutning kan skje frem til kontrakten er inngått.

(3) Kontrakt anses inngått når begge parter har signert kontrakten.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i kapittel 17. Bestemmelsen regulerer oppdragsgivers adgang til å omgjøre tildelingsbeslutningen i tidsperioden etter at tildelingsbeslutningen er meddelt leverandørene og inntil kontrakt er inngått. Bestemmelsen kodifiserer retts- og nemndspraksis.

Første ledd angir at oppdragsgiver har plikt til å omgjøre tildelingsbeslutningen dersom det avdekkes feil som har virket inn på valget av leverandør. Med feil menes både rettslige feil, typisk feil ved gjennomføringen av anskaffelsen, eller faktiske feil som for eksempel tilfeller der oppdragsgiver har bygget sine beslutninger på uriktige opplysninger. Kriteriet om at feilen har virket inn på valget av leverandør, betyr at omgjøringsplikten får aktualitet der feil leverandør er innstilt til å vinne konkurransen. Det foreligger ikke omgjøringsplikt i tilfeller hvor feilen kan rettes på annen måte.

Andre ledd angir at omgjøring kan skje frem til kontrakt er inngått. Omgjøring kan ikke skje etter at kontrakt er inngått. Tidspunktet for når kontrakt er inngått fremgår av tredje ledd.

Tredje ledd fastslår når kontrakt er inngått, og klargjør at det er når begge parter har signert kontrakten. Tidspunktet for inngåelse av kontrakt som følge av en anskaffelse avviker fra alminnelig norsk avtalerett.

§ 31-3 Vedståelsesfrist

(1) Oppdragsgiver skal fastsette en forholdsmessig vedståelsesfrist som angir hvor lenge tilbudene skal være bindende. Fristen skal være minst 30 dager regnet fra utløpet av tilbudsfristen.

(2) Vedståelsesfristen kan forlenges så fremt dette ikke fører til en vesentlig endring av grunnlaget for konkurransen eller leverandørens opprinnelige tilbud.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivbestemmelse. Det vises til den generelle fremstillingen i NOU 2023: 26 kapittel 36.

Første ledd angir at oppdragsgiver skal fastsette en forholdsmessig vedståelsesfrist. At fristen skal være forholdsmessig betyr at fristen bør være realistisk, og gi tilstrekkelig tid til en forsvarlig evaluering og behandling av eventuelle klager. Fristens lengde bør ikke være for lang, ettersom det kan føre til unødvendige merkostnader og lavere deltakerinteresse. Fristen skal være minst tretti dager.

Andre ledd angir på hvilke vilkår en frist kan forlenges. Det er ikke oppstilt formkrav til forlengelsen.

Fristforlengelsen bør skje i skriftlige former, men også konkludent adferd kan anses å utgjøre forespørsel eller aksept med tanke på fristforlengelse. Likebehandlingsprinsippet må overholdes ved forlengelse av vedståelsesfristen.

Del V - Administrative og avsluttende bestemmelser

Kapittel 32 - Administrative bestemmelser

§ 32-1 Opplysningsplikt til EFTAs overvåkningsorgan

(1) Enhver oppdragsgiver som gjennomfører anskaffelser etter denne lov, plikter å gi EFTAs overvåkningsorgan de opplysninger som organet kan kreve i henhold til EØS-avtalen.

(2) Departementet kan i forskrift pålegge oppdragsgiver å formidle opplysninger knyttet til gjennomføringen av en anskaffelse til EFTAs overvåkningsorgan.

§ 32-2 Forskrifter

Departementet kan gi forskrift om følgende

a. beregning av tidsfrister i EØS-avtalen

b. om gjennomføring av vedleggene til anskaffelsesdirektivene

c. om elektronisk faktura i offentlige anskaffelser

d. om gjennomføringsbestemmelser av rettsakter i EØS-avtalen vedlegg XVI

e. om gjennomføringsbestemmelser av rettsakter i EØS-avtalen for øvrig og som gjelder anskaffelser som er omfattet av loven.

Bestemmelsen er en nasjonal bestemmelse, og gjennomfører ingen direktivforpliktelse. Bestemmelsen gir departementet hjemmel til å fastsette forskrift. Alle forskriftshjemlene i første til fjerde ledd gir hjemmel til å gjennomføre EØS-forpliktelser.

Kapittel 33 - Avsluttende bestemmelser

§ 33-1 Ikrafttredelse og overgangsregler

(1) Loven gjelder fra den tid Kongen bestemmer. Fra samme tid oppheves [gjeldende anskaffelsesregelverk].

(2) Departementet kan gi forskrift om overgangsregler.

20 Lovspeil

Directive 2009/81/EC		**FOSA**		Ny lov om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser
Article	**Letter/Section**	**Paragrafh**	**Letter/Section**	**Paragraph**
1	(1)	§ 4-3	a	§ 5-2
1	(2)	§ 4-1	m	§-5-2
1	(3)	§ 4-1	a	§ 5-2
1	(4), 1. and 2. section	§ 4-1	z	§ 5-2
1	(5), 1 section	§ 4-1	u	§ 5-2
1	(5), 2 section	§ 2-4	(1)	§ 5-2

1	(5), 3. section	§ 2-4	(2)	§ 5-2
1	(6)	§ 4-1	f	§ 5-2
1	(7)	§ 4-1	h	§ 5-2
1	(7)	§ 4-1	i	§ 5-2
1	(7)	§ 4-1	g	§ 5-2
1	(8)	§ 4-1	j	§ 5-2
1	(9)	§ 4-1	q	§ 1-3
1	(10)			§ 5-2
1	(11)	§ 4-2	e	§ 5-2
1	(12), 1. and 2. section.	§ 4-2	b	§ 5-2
1	(13)			§ 5-2
1	(14)			§ 5-2
1	(15)			§ 5-2
1	(16)			§ 5-2
1	(17)	§ 4-1	p, r	§ 5-2
1	(18)	§ 4-1	k	§ 5-2
1	(19)	§ 4-2	a	§ 5-2
1	(20)	§ 4-2	d	§ 5-2
1	(21) 1. section	§ 4-2	c	§ 5-2
1	(21) 2 section first and second item	§ 5-2	(2) a and b	§ 5-2
1	(22)	§ 4-1	x	§ 5-2
1	(23)	§ 4-1	p	§ 5-2
1	(24)	§ 4-1	s	§ 5-2
1	(25)	§ 4-1	d	§ 5-2
1	(26)	§ 4-1	o	§ 5-2
1	(27)	§ 4-1	e	§ 5-2
1	(28)			§ 5-2
2	First section	§ 1-3	(1)	§ 1-2
2	letter a	§ 1-3	(1) a	§ 1-2
2	letter b	§ 1-3	(1) b	§ 1-2
2	letter c	§ 1-3	(1) 1 c	§ 1-2
2	letter d	§ 1-3	(1) d	§ 1-2
2	letter d	§ 1-3	(1) 1 e	§ 1-2
3	(1)	§ 1-4	(1)	§ 6-3
3	(2)	§ 1-4	(2)	§ 6-3
3	(3)	§ 1-4	(3)	§ 6-3
4		§ 2-4 Norwegian Law on Public		§ 10-1

		Procurement (LOA) § 5 (1)		
5	(1), 1 section	§ 8-7	(2) 1. sentence	§ 10-2
5	(1), 2. section	§ 8-7	(2) 2. sentence	§ 10-3
5	(2)	§ 8-7	(1)	§ 10-3
6		§ 3-4		§ 1-7
7		§ 3-3 and § 8-9, with reference to § 10 (2) second sentence		§ 1-7
8	(1) a)	§ 2-2	(1)	§ 4-2 og § 7-1
8	(1) b)	§ 2-2	(1)	§ 4-2 og § 7-1
9	(1), 1 section 1 sentence	§ 2-3	(1)	§ 7-2
9	(1), 1 section 2 sentence	§ 2-3	(6)	§ 7-2
9	(1), 2 section	*§ 2-3*	(2)	§ 7-2
9	(2)	§ 2-3	(2)	§ 7-2
9	(3)	§ 2-3	(4)	§ 7-2
9	(4)	§ 2-3	(12)	§ 7-3
9	(5) a) 1 section	§ 2-3	(7)	§7-3
9	(5) a) 2 section	§ 2-2	(2) 1 sentence	§ 7-3
9	(5) a) 3 section	§ 2-2	(2) 2 sentence	§ 7-3
9	(5) b) 1 section	§ 2-3	(8)	§ 7-3
9	(5) b) 2 section	§ 2-2	(2) 1. sentence	§ 7-3
9	(5) b) 3 section	§ 2-2	(2) 2. sentence	§ 7-3
9	(6) 1 section	§ 2-3	(14)	§ 7-5
9	(6) 1 section a)	§ 2-3	(14) a)	§ 7-5
9	(6) 1 section b)	§ 2-3	(14) b)	§ 7-5
9	(7) 1 section	§ 2-3	(11)	§ 7-4
9	(7) 1 section a)	§ 2-3	(11) a)	§ 7-4
9	(7) 1 section letter b	§ 2-3	(11) b)	§ 7-4
9	(7) 2 section	§ 2-3	(3)	§ 7-4
9	(8) 1 section	§ 2-3	(13)	§ 7-6
9	(8) 1 section a) (i)	§ 2-3	(13) a)	§ 7-6
9	(8) 1 section a) (ii)	§ 2-3	(13) b)	§ 7-6

9	(8) 1 section b) (i)	§ 2-3	(9)	§ 7-6
9	(8) 1 section b) (ii)	§ 2-3	(10)	§ 7-6
9	(9)	§ 2-3	(15)	§ 7-3
10	(1)			§ 12-10
10	(2)	§ 3-9, ref § 4-1 k)		§ 12-10
11				§ 1-11
12	a)	§ 1-3	(3) c)	§ 8-1
12	b)	§ 1-3	(3) a)	§ 8-1
12	c)	§ 1-3	(3) b)	§ 8-1
13	a)	§ 1-3	(3) a) ref EEA-Agreement art. 123.	§ 8-2
13	b)	§ 1-3	(2) j)	§ 8-2
13	c)	§ 1-3	(2) c)	§ 9-2
13	d)	§ 1-3	(2) i)	§ 8-2
13	e)	§ 1-3	(2) b)	§ 8-3
13	f)	§ 1-3	(2) h)	§ 8-2
13	g)	§ 1-3	(2) d)	§ 8-3
13	h)	§ 1-3	(2) e)	§ 8-3
13	i)	§ 1-3	(2) f)	§ 8-3
13	j)	§ 1-3	(2) g)	§ 9-3
14	1. section	§ 3-8	1. sentence	§ 10-4
14	2. section	§ 3-8	2. sentence	§ 10-4
15		§ 2-1	(2)	§ 5-1
16		§ 2-1	(3)	§ 5-2
17		§ 2-4		§ 8-1
18	(1)	§ 8-3	(1) and (3)	§ 14-1
18	(2)	§ 8-3	(2)	§ 15-2
18	(3)	§ 8-3	(4)	§ 15-2
18	(3) a)	§ 8-3	(4) a)	§15-2
18	(3) a) (i)	§ 8-3	(4) a)	§15-3
18	(3) a) (ii)	§ 8-3	(4) a)	§ 15-2
18	(3) a) (iii)	§ 8-3	(4) a)	§ 15-2
18	(3) a) (iv)	§ 8-3	(4) a)	§ 15-2
18	(3) a) (v)	§ 8-3	(4) a)	§ 15-2

18	(3) a) (vi)	§ 8-3	(4) a)	§ 15-2
18	(3) a) (vii)	§ 8-3	(4) a	§ 15-2
18	(3) a) (viii)	§ 8-3	(4) a)	§ 15-2
18	(3) a) last section	§ 8-3	(4) a) second last sentence	§ 15-2
18	(3) b) 1. and 2. section	§ 8-3	(4) b)	§ 15-2
18	(3) c)	§ 8-3	(4) c)	§ 15-2
18	(3) d)	§ 8-3	(4) d	§ 15-2
18	(4) 1. and 2. section	§ 8-3	(5)	§15-5
18	(5) 1. section	§ 8-3	(6) 1. sentence	§ 15-5
18	(5) 2. section	§ 8-3	(6) 2. sentence	§ 15-5
18	(5) 3. section	§ 8-3	(6) last sentence	§ 15-3
18	(6) 1. section	§ 8-3	(7)	§ 15-5
18	(6) (i)	§ 8-3	(7) a)	§ 15-5
18	(6) (ii)	§ 8-3	(7) b)	§ 15-5
18	(6) (iii)	§ 8-3	(7) c)	§ 15-5
18	(6) (iv)	§8-3	(7) d)	§ 15-5
18	(6) (v)	§ 8-3	(8)	§ 15-5
18	(7) 1. and 2. section	§ 8-3	(9) 1. and 2. sentence	§ 15-3
18	(8)	§ 8-3	(10)	§ 15-4
19	(1)	§ 11-4	1. sentence	§ 15-8
19	(2)	§ 11-4	2. sentence	§ 15-8
19	(3) 1. section	§ 11-4	3. sentence	§ 15-8
19	(3) 2. section	§ 11-13	(1) c) 1. sentence	§ 15-8
19	(4)	§ 11-13	(1) c) 2. sentence	§ 15-8
20	1. sentence	§ 3-10	(2) 1. sentence	§ 22-1
20	2. sentence		(2) 2. sentence	§ 22-1
21	(1)			
21	(2)	§ 8-10	a), b) and c	§ 22-2
21	(3)			
21	(4)			
21	(5)	§ 11-12 § 11-16	(4) (6)	
21	(6)			§ 22-2
21	(7)			§ 22-2
22	1. section			§ 10-8
22	2. section a) and b)	§ 8-9	a	§ 10-8

22	2. section c) and d)	§ 8-9	b	§ 10-8
23	a)	§ 8-8	(1) a)	§ 2-3
23	b)	§ 8-8	(1) b	§ 2-3
23	c) first part	§ 8-8	(1) c)	§ 2-3
23	c) second part	§ 8-8	(1) d)	§ 2-3
23	d)	§ 8-8	(1) e)	§ 2-3
23	e)	§ 8-8	(1) f)	§ 2-3
23	f)	§ 8-8	(1) g)	§ 2-3
23	g)	§ 8-8	(1) h)	§ 2-3
23	h)	§ 8-8	(1) i)	§ 2-3
23	Last section	§ 8-8	(2)	§ 2-3
24	(1)	§ 8-17 § 8-18		§ 14-1
24	(2)	§ 8-17 § 8-18		§ 14-1
25	(1)	§ 5-1		§ 11-3
25	(2)	§ 5-1	(1)	§ 11-3
25	(3)	§ 5-1	(2)	§ 11-3
25	(4)	§ 5-1	(3)	§ 11-3
26	(1)	§ 11-11	(4)	§ 11-11
26	(2)	§ 11-11	(5)	§ 11-11
26	(3)	§ 11-11	(1) 1. sentence	§ 11-12
26	(3) 2. sentence	§ 11-11	2. 2. sentence	§ 11-11
27	(1)	§ 5-2	(1)	
27	(1) 2. section + (7)	§ 11-9	(3)	
27	(2)	§ 9-3		
27	(3) 1. section	§ 11-8	1. section 1., 3. og 4. sentence	§ 11-17
27	(3) 2. section	§ 11-8	1. section second last og last setning	§ 11-17
27	(3) 3. section	§ 11-8	2. section	§ 11-17
27	(4)	§ 11-8	3.section	§ 11-18
27	(5)	§ 11-8	4. section	
27	(6) 1. section 1. sentence	§ 11-9	1. section 1. sentence	§ 11-19
27	(6) 2. sentence	§ 11-9	1. section 3. sentence	§ 11-19
27	(6) 2. section	§ 11-9	2. section	§ 11-19
27	(7) 1. section	§ 11-9	3. section	§ 11-19
27	(7) 2. section	§ 11-9	4. section	§ 11-19

27	(8)	§ 11-10		
28	(1) a	§ 5-3	a	§ 11-20
28	(b) (i) and (ii)	§ 5-3	b)	§ 11-20
28	(1) c)	§ 5-3	e)	§ 11-20
28	(1) d)	§ 5-3	d)	§ 11-20
28	(1) e)	§ 5-3	c)	§ 11-20
28	(2) a)	§ 5-3	f)	§ 9-4,
28	(2) b)	§ 5-3	g)	§ 9-4
28	(3) a)	§ 5-3	h)	§ 11-21
28	(3) b)	§ 5-3	i)	§ 11-21
28	(3) c	§ 5-3	j)	§ 11-21
28	(4) a) first part	§ 5-3	k)	§ 23-4
28	(4) a) second part	§ 5-3	k) 1)	§ 23-4
28	(4) a) second part	§ 5-3	k) 2)	§ 23-4
28	(4) a) (i) and (ii) first part	§ 5-3	k) 3)	§ 23-4
28	(4) a) (ii) part	§ 5-3	k) 4)	23-4
28	(4) b) first part	§ 5-3	l)	§ 11-22
28	(4) b) second part	§ 5-3	l)	§ 11-22
28	(4) b) last part	§ 5-3	l)	§ 11-22
28	(5)	§ 5-3	m)	§ 11-23
29	(1)	§ 6-1		§ 12-1
29	(2) 1. section	§ 6-1	(1)	§ 12-1
29	(2) 2. section	§ 6-1	(2) and (3)	§ 12-1
29	(2) 3. section	§ 6-1	(3)	§ 12-1
29	(2) 4. section	§ 6-1	(4)	§ 12-1
29	(2) 5. section	§ 6-1	(4)	§ 12-1
29	(2) 6. section	§ 6-1	(5)	§12-1
29	(3) 1. section	§ 6-2	(1)	§ 12-2
29	(3) 2. section	§ 6-2	(2)	§ 12-2
29	(4) 1. section	§ 6-3	(1)	§ 12-3
29	(4) 2. section	§ 6-3	(2) and (3)	§ 12-3
29	(4) a)		(3) a)	§ 12-3
29	(4) b)	§ 6-3	(3) b)	§ 12-3
29	(4) c)	§ 6-3	(3) c)	§ 12-3
29	(4) d)	§ 6-3	(3) d)	§12-3
30	(1) 1. section	§ 9-2	(1) 1. sentence and 2. section 1. sentence	§ 16-1
30	(1) a) 1. section	§ 9-2	(1) 2. sentence	§ 16-1
30	(1) a) 2. section	§ 9-2	(1) 2. sentence	§ 16-1

30	(1) b)	§ 9-2	(1) 2. sentence	§ 16-1
30	(1) c)	§ 9-2	(2) 1. sentence	§ 16-1
30	(1) 2. section	§ 9-2	(2) 2. sentence	§ 16-1
30	(1) 3. section	§ 9-2	(4)	§ 16-1
30	(1) 4. section	§ 9-2	(3)	§ 16-1
30	(1) 5. section	§ 9-2		§ 16-1
30	(2)	§ 9-3		§ 16-2
30	(3) 1. section	§ 9-5	(1)	§ 16-3
30	(3) 2. section	§ 9-5	(2)	§ 16-3
30	(3) 3. section	§ 9-5	(3)	§ 16-3
31				
32	(1)	§ 9-1	(1)	
32	(2) 1. section	§ 9-1	(3)	
32	(2) 2. section	§ 9-1	(3)	
32	(3) 1. section	§ 9-1		
32	(3) 2. section	§ 9-1		
32	(4) 1. section	§ 9-1	(2)	
32	(4) 2. section	§ 9-1	(3)	
32	(5) 1. section	§ 9-1	(4) first sentence	§ 16-6
32	(5) 2. section	§ 9-1	(4) second sentence	§ 16-6
32	(5) 3. section	§ 9-1	(5)	§ 16-6
32	(6)	§ 9-1	(6)	
32	(7)	§ 9-1	(7) 1. sentence	
32	(8)	§ 9-1	(7) 2. sentence	
33	(1)	§ 10-1	(1)	§ 10-11, § 11-6
		§§ 10-2 og 10-3	(2) first sentence	§10-11
33	(2) 1.section	§§ 10-1,10-2 og 10-3		§ 10-11, § 11-4
33	(3) 2. section	§ 10-1	(2)	§10-11, § 11-6, § 11-15
33	(3) 1.section	§ 10-1	(4)	§10-11, § 11-8,
33	(3) 2. section	§ 10-1	(4)	§ 10-11, § 11-8
33	(3) 3. section	§ 10-1	(4)	§ 10-11, § 11-6, § 11-8
33	(4)	§§ 10-1, 10-2, 10-3		§ 10-11, § 11-4, § 11-8, § 11-15
33	(5) 1. section and 2. section	§ 10-1	(5)	§10-11, § 14-6
33	(6)	§ 10-1	(3)	§ 10-4
33	(7) (i)	§ 10-4	(1). section	§ 10-4
33	(7) (i)	§ 10-4	(1) a)	§ 10-4
33	(7) (ii)		(1) b)	§ 11-4

34	(1)	§ 10-1 § 10-2 § 11-8	(6) (3) (1)	§ 10-11
34	(2)	§ 10-1 § 10-2	(6) (3)	§ 10-11
34	(3)	§ 8-1	(2) a)	§ 10-11
34	(4) (except from last sentence)	§ 10-1 § 10-3 § 10-2	(7) (3) (4)	§ 10-11
34	(4) last sentence	§ 10-4	(2)	§ 10-11
34	(5) a)	§ 8- 1	(1) b) nr. 6	§ 10-11
34	(5) b) 1.sentence	§ 8-1	(1) b) nr. 2.	§ 10-11
34	(5) b) 1. sentence	§ 8-1	(1) b) nr. 5	§ 10-11
34	(5) b) 2. sentence	§ 11-9	(1) 4. sentence	§ 10-11
34	(5) c)	§ 8-1	(2) k)	§ 10-11
34	(5) d)	§ 8-1		§ 10-11
34	(5) e)	§ 8-1	(1) b) nr. 4	§ 10-11
35	(1)	§ 11-16	(1) and (3)	§ 21-1
35	(2) 1. section a)	§ 11-16	(2) a)	§ 21-2
35	(2) b)	§ 11-16	(4)	§ 21-2
35	(2) c)	§11-16	(4)	§ 21-2
35	(3)	§ 9-5 § 11-16	(3) c) (5)	§ 21-3
36	(1)	§ 7-1	(1)	§ 10-5
36	(2)	§ 7-1	(2)	§ 10-5
36	(3)	§ 7-1	(4)	§ 10-5, § 10-7
36	(4)	§ 7-1	(3)	§ 10-5
36	(5)	Headline § 7-3		§ 10-5
36	(5) a)	§ 7-3	(1)	§ 10-5
36	(5) b)			§10-5
36	(5) c)			§10-5
36	(5) d)	§ 7-3	(2)	§10-5
36	(6)			§10-5

36	(6) a)	§ 7-2	(1)	§10-5
36	(6) b)	§ 7-2	(1)	§10-5
36	(6) c)	§ 7-2	(2)	§10-5
37	(1)	§ 3-11	1. og 2. ledd	§ 25-1
37	a) – j)			§ 25-1
37	(2)			§ 25-1
37	(3)			§ 25-1
38	(1)	§ 11 -1		§ 17-1
38	(2) 1. section	§ 8-4	(1) 1. sentence.	§17-1, § 19-1
38	(2) 2. section	§ 8-4 8-10 § 8-11	(2) (6) (6)	§17-1, § 19-1
38	(2) 3. section	§ 8-5	(1) 1. sentence.	§ 17-1
38	(3) 1. section	§ 8-6	(1)	§ 19-6
38	(3) 1. section 1. alternative 1. sentence.	§ 8-6	(2)	§ 19-6
38	(3) 1. section 1. alternative last sentence …	§ 8-6	(3)	§ 19-6
38	… 2. alternativ + 2. section	§ 8-6 § 8-10 § 8-11	(3) (6)	§ 19-6
38	(3) 3. section	§ 8-6	(4)	§ 19-6
38	(4)			§ 17-1
38	(5)	§ 11-11 § 11-8	1. and 2. section 3. section first and second sentence.	§ 11-18
39	(1) a) - e)	§ 11-12	(1) e)	§ 18-3
39	(1) 2. section	§ 11-12	(1) e)	§ 18-3
39	(2) 1. section	§ 11-12	(2)	§ 18-3
39	(2) 1. section a)	§ 11-12	(2) a)	§ 18-5
39	(2) 1. section b)	§ 11-12	(2) b)	§ 18-5
39	(2) 1. section c)	§ 11-12	(2) c)	§ 18-5
39	(2) 1. section d)	§ 11-12	(2) d)	§ 18-5
39	(2) 1. section e)	§ 11-12	(2) h)	§ 18-5

39	(2) 1. section f)	§ 11-12	(2) e)	§ 18-3
39	(2) 1. section g)	§ 11-12	(2) f)	§ 18-3
39	(2) 1. section h)	§ 11-12	(2) g)	§ 18-5
39	(3)	§ 11-12	(3)	§ 18-8
39	(4)	§ 11-12	(3)	
40	(1)	§ 8-13	(1)	§ 19-2
40	(2)	§ 8-13	(2)	§ 19-2
40	(3)			§ 19-2
41	(1)	§ 8-11	(1)	§ 19-3
41	(1) a)	§ 8-11	(1) a)	§ 19-3
41	(1) b)	§ 8-11	(1) b)	§ 19-3
41	(1) c)	§ 8-11	(1) c)	§ 19-3
41	(2)	§ 8-11	(2)	§ 19-7
41	(3)	§ 8-11	(3)	§ 19-7
41	(4)	§ 8-11	(4)	§ 19-3
41	(5)	§ 8-11	(5)	§ 19-3, § 19-5
42	(1)	§ 8-12	(1)	§ 19-7
42	(1) a) (i)	§ 8-12	(1) c)	§19-7
42	(1) a) (ii)	§ 8-12	(1) d)	§ 19-7
42	(1) b)	§ 8-12	(1) a) 1	§ 19-7
42	(1) c)	§ 8-12	(1) a) and c)	§ 19-7
42	(1) d)	§ 8-12	(1) a)	§ 19-7
42	(1) e)	§ 8-12	(1) a) 2	§ 19-7
42	(1) f)	§ 8-12	(1) d) 1	§ 19-7
42	(1) g)	§ 8-12	(1) d) 2	§ 19-7
42	(1) h)	§ 8-12	(1) d) 2	§ 19-7
42	(1) i) (i) og (ii)	§ 8-12	(1) b) 1	§ 19-7
42	(1) j)	§ 8-12	(1) a) 3	§ 19-7
42	(1) first section	§ 8-12	(6)	§ 19-7
42	(2)	§ 8-12	(2)	§ 19-7
42	(3)	§ 8-12	(3)	§ 19-7
42	(4)	§ 8-12		§ 19-1
42	(5)	§ 8-12	(4)	§ 19-4
42	(6)	§ 8-12	(5)	§ 19-4
43		§ 8-15	(1) and (2)	§ 19-5
44		§ 8-16	(2)	§ 19 (2) og (3)
45		§ 12-4		§ 17-2
46	(1) 1. section			§ 19-8
46	(1) 2. section			§19-8
46	(1) 3. section			§ 19-8
46	(2)	§ 8 - 14	1. ledd	§ 19-8

46	(3)	§ 8 - 14	2. ledd	§ 19-8
46	(4) 1. section	§ 8 - 14	3. ledd	§ 19-8
46	(4) 2. section	§ 8 - 14	4. ledd	§ 19-8
46	(5) 1. section			§ 19-8
46	(5) 2. section			§ 19-8
46	(6)			§ 19-8
46	(7)			§ 19-8
46	(8)			§ 19-8
47		§ 13-2		§ 20-1
48	(1)			
48	(2) 1. section	§ 13-5	(1)	§ 12-7
48	(2) 2. section	§ 13-5	(2)	§ 12-7
48	(2) 3. section	§ 13-5	(3)	§ 12-7
48	(3) 1. section	§ 13-5	(4)	§ 12-8
48	(3) 2. section	§ 13-5	(5)	§ 12-7
48	(3) 2. section a)	§ 13-5	(5) a)	§ 12-7
48	(3) 2. section b)	§ 13-5	(5) b)	§ 12-7
48	(3) 2. section c)	§ 13-5	(5) c)	§ 12-7
48	(3) 2. section d)	§ 13-5	(5) d)	§ 12-7
48	(3) 2. section e)	§ 13-5	(5) e)	§ 12-7
48	(3) 2. section f)	§ 13-5	(5) f)	§ 12-7
48	(4) 1. section	§ 13-5	(6)	§ 12-7
48	(4) 2. section	§ 13-5	(6)	§ 12-7
48	(5) 1. section	§ 13-5	(7)	§ 12-8
48	(5) 2. section	§ 13-5	(7) 2-4 sentence	§ 12-8
48	(5) 3. section	§ 13-5	(7) last sentence	§ 12-8
48	(6)	§ 13-5	(8)	§ 12-8
48	(7) 1. section	§ 13-5	(9)	§ 12-9
48	(7) 1. section a)	§ 13-5	(9) a)	§ 12-9
48	(7) 1. section b)	§ 13-5	(9) b)	§ 12-9
48	(7) 1. section c)	§ 13-5	(9) c)	§ 12-9
48	(7) 2. section	§ 13-5	(9) last sentence	§ 12-9
48	(8) 1. section	§ 13-5	(10)	§ 12-9
48	(8) 2. section	§ 13-5	(11) and (12)	§ 12-9
49	(1) 1. section	§ 11-14	(1)	§ 18-9
49	(2) a-e	§ 11-14	(2)	§ 18-9
49	(2)	§ 11-14	(3)	§ 18-9
49	(3)	§ 11-14	(4)	§ 18-9
50	(1)			
50	(2) 1. section			
50	(2) 2. section			

51				
52	(1)			
52	(2)			
52	(3)			
52	(4)			
52	(5)			
52	(6) 1. section			
52	(6) 2. section			
52	(6) 3. section			
52	(6) 4. section			
52	(7)			
52	(8)			
53				
54				
55		Reference is made to LOA.		
56				
57	(1)	§ 13-3	3. section	§ 27-1
57	(2) 1. section	§ 13-3	3. section	§ 27-1
57	(2) 2. section	§ 4-1	b)	§ 27-1
57	(3)	§ 4-1	b)	§ 27-1
57	(4)	§ 13-3	(2) 1. sentence	§ 27-1
57	(4) (i)	§ 13-3	(2) 2. sentence	§ 27-1
57	(4) (ii)	§ 13-3	(2) 2. sentence	§ 27-1
58	1. section		§ 13-3 (4)	§ 27-2
58	1. section a)		§ 13-3 (4) a.	§ 27-2
58	1. section b)		§ 13-3 (4) b.	§ 27-2
58	1. section c)		§ 13-3 (4) c.	§ 27-2
59		§ 10-6 and		
60	(1) a)	§ 14-1	(1) a)	§ 28-1
60	(1) b)	§ 14-1	(1) c)	§ 28-1

60	(1) c)	§ 14-1	(1) b)	§ 28-1
60	(2)			?
60	(3)	§ 14-1	(4) and (5)	§ 28-2
60	(4)	§ 14-1	(2)	§ 16-5
60	(5)	§ 14-1	(3)	§ 28-3
61	(1)	§ 14-2	(1)	§ 28-4
61	(2)	§ 14-2	(1), (2), (3) and (4)	§ 28-4
62		§ 14-3		
63		§ 3-17		
64				
65				
66				
67				
68				
69				
70			The Norwegian regulation coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal service sectors (forsyningsforskriften) § 1-3 (2) a)	
71			FOA § 1-3 (2) a)	
72				

73				
74				
75				
Annex I		Annex 5		
Annex II		Annex 6		
Annex III		§ 4-3		
Annex IV		§ 8-1 ref chapter 9		
Annex V				
Annex VI				
Annex VII				
Annex VIII	a	§ 7-3	(1) a)	
Annex VIII	b	§ 7-3	(1) b)	
Annex VIII	c	§ 7-3	(1) c)	
Annex VIII	d	§ 7-3	(1) c)	
Annex VIII	e	§ 7-3	(1) d)	
Annex VIII	f	§ 7-3	(1) e)	
Annex VIII	g	§ 7-3	(1) f)	
Annex VIII	h	§ 7-3	(1) g)	

Referanseliste

Forkortelser

DFØ Direktoratet for forvaltning og økonomistyring

Doffin Nasjonal kunngjøringsdatabase for offentlige anskaffelser

ESPD Europeisk egenerklæringsskjema

EU Den europeiske union

EØS Europeiske økonomiske samarbeidsområde

GPA WTO-avtalen om offentlige innkjøp

KOFA Klagenemnden for offentlige anskaffelser

LUP Leverandørutviklingsprogrammet

NHO Næringslivets hovedorganisasjon

NOU Norges offentlige utredninger

Prop. L Lovproposisjon

SMB Små og mellomstore bedrifter

TED EUs kunngjøringsdatabase for offentlige anskaffelser

TEU Traktaten om den europeiske union

TEUV Traktaten om Den europeiske unions virkemåte

Referanse- og litteraturliste

Lovgivning

Norske lover

Forvaltningsloven. (1967). Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (LOV-1967-02-10). Lovdata. https://lovdata.no/lov/1967-02-10

EØS-loven. (1992). Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-loven) m.v Lovdata. https://lovdata.no/lov/1992-11-27-109

Offentleglova. (2006). Lov om rett til innsyn i dokument i offentleg verksemd (LOV-2006-05-19-16). Lovdata. https://lovdata.no/lov/2006-05-19-16

Anskaffelsesloven. (2016). Lov om offentlige anskaffelser (LOV-2016-06-17-73). Lovdata. https://lovdata.no/lov/2016-06-17-73

Lov om forebyggende sikkerhetstjeneste av 20. mars 1998 nr. 10. Lov om forebyggende sikkerhetstjeneste (sikkerhetsloven) - Lovdata

Sikkerhetsloven. Lov om nasjonal sikkerhet (2018) (sikkerhetsloven) Lov om nasjonal sikkerhet (sikkerhetsloven) Lov om nasjonal sikkerhet (sikkerhetsloven) - Lovdata

Lov om midlertidig beskyttelse av og kontroll med geografisk informasjon av hensyn til rikets sikkerhet 07. august 2015 -LOV-2015-08-07-83. Midlertidig lov om beskyttelse av og kontroll med geografisk informasjon av hensyn til rikets sikkerhet - Lovdata

Lov om oppfinnelser av betydning for rikets forsvar (LOV-1953-06-26-8). Lov om oppfinnelser av betydning for rikets forsvar - Lovdata

Norske forskrifter

Anskaffelsesforskriften. (2016). Forskrift om offentlige anskaffelser (FOR-2016-08-12-974). Lovdata. https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-974?q=foa

Forsyningsforskriften (2016). Forskrift 12. august 2016 nr. 975 om innkjøpsregler i forsyningssektorene. (FOR-2024-03-14-449). https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-975.

Konsesjonskontraktforskriften (2016). Forskrift om konsesjonskontrakter. Forskrift (FOR-2016-08-12-976). https://lovdata.no/dokument/SF/forskrift/2016-08-12-976

FOSA. Forskrift av 4. oktober 2014 nr. 1185 om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser - Lovdata

Kongelig resolusjon 28. mars 2014. Om endringer i anskaffelsesregelverket som følge av revidert WTO/GPA-avtale.

Kongelig resolusjon 28. mars 2014. Om endringer i anskaffelsesregelverket som følge av revidert WTO/GPA-avtale. Nærings- og fiskeridepartementet. https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fkd/kongelig_resolusjon_gpa_lovdata.pdf

Eksportkontrollforskriften. Forskrift om eksport av forsvarsmateriell, flerbruksvarer, teknologi og tjenester (FOR-2013-06-19-718). Forskrift om eksport av forsvarsmateriell, flerbruksvarer, teknologi og tjenester - Lovdata

Utenlandsk Lovgiving

Svensk lovgivning

Lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

Lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS)

Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling («LOU»)

Lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (vatten, energi, transporter och posttjänster) («LUF»)

Lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner («LUK»).

Dansk lovgivning

Lovbekendtgørelse nr. 10 af 06/01/2023

Lovbekendtgørelse nr. 1410 af 07/12/2007

Finsk lovgivning

- Lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling[1] (1531/2011), som gjennomfører direktiv 2009/81/EF.

- Lag om offentlig upphandling och koncession[2] (1397/2016), som gjennomfører direktivene 2014/23/EU og 2014/24/EU.

- Lag om upphandling och koncession inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster[3] (1398/2016), som gjennomfører direktiv 2014/23/EU.

Internasjonale kilder

EØS-komiteens beslutninger

EØS-komiteens beslutning nr. 97/2016 om endring av EØS-avtalens vedlegg XVI (Offentlige innkjøp).

EØS-komiteen 14. juni 2013 ved EØS-komitebeslutning nr. 129/2013.

Traktater og konvensjoner

EØS-avtalen. (1992). Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Oporto, 2. mai 1992.

TEUF. (2020). Traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde. Konsolidert tekst.

Government Procurement Agreement, GPA (2012).

Direktiver og forordninger

Forordning 1182/71 om fastsettelse av regler for frister, d. o. t. Rådets forordning (EØF, Euratom) nr. 1182/71 af 3. juni 1971 om fastsættelse af regler om tidsfrister, datoer og tidspunkter.

Forordning 2023/1525 om etablering av regelverk for støtte til ammunisjonsproduksjon. (2023). Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2023/1525 af 20. juli 2023 om støtte til pro-duktion af ammunition (ASAP).

Anskaffelsesdirektivet. (2004). Europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/18/EF av 31. mars 2004 om samordning av framgangsmåtene ved tildeling av offentlige bygge- og anleggskontrakter, kontrakter om offentlige varekjøp og kontrakter om offentlig tjenesteyting.

Håndhevelsesdirektivet. (2007). Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. desember 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter.

Forsvarsanskaffelsesdirektivet. (2009). Europaparlaments- og rådsdirektiv 2009/81/EF av 13. juli 2009 om samordning av framgangsmåtene ved oppdragsgiveres eller offentlige oppdragsgiveres tildeling av visse bygge- og anleggskontrakter, varekontrakter og tjenestekontrakter på for-svars- og sikkerhetsområdet og om endring av direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF.

Anskaffelsesdirektivet. (2014). Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF.

Forsyningsdirektivet. (2014). Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/25/EU av 26. februar 2014 om innkjøp foretatt av enheter som driver virksomhet innenfor vann- og energiforsyning, trans-port og posttjenester, og om oppheving av direktiv 2004/17/EF.

Konsesjonskontraktsdirektivet. (2014). Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/23/EU av 26. februar 2014 om tildeling av konsesjonskontrakter.

Forsyningsvirksomhetdirektivet (2004). Europa- og rådsdirektiv 2004/17/EF av 31. mars 2004 om offentlige kontrakter innen vann- og energiforsyning, transport og posttjenester.

For- og etterarbeider

Offentlige utredninger

NOU 2014: 4 Enklere regler – bedre anskaffelser — Forenkling av det norske anskaffelsesregelverket. Nærings- og fiskeridepartementet.

NOU 2016: 19 Samhandling for sikkerhet - Beskyttelse av grunnleggende samfunnsfunksjoner i en omskiftelig tid. Forsvarsdepartementet.

NOU 2024: 7 Norge og EØS – Utvikling og erfaringer. Utenriksdepartementet.

NOU 2023: 26 Ny lov om offentlige anskaffelser – første delutredning. Nærings- og fiskeridepartementet.

NOU 2024: 9 Ny lov om offentlige anskaffelser – andre delutredning. Nærings- og fiskeridepartementet.

NOU 2023: 17 Nå er det alvor, rustet for en usikker fremtid. Justis- og beredskapsdepartementet.

Proposisjoner

St.prp. nr. 100 (1991-1992) s. 103 Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), undertegnet i Oporto 2. mai 1992.

St.prp. nr. 62 (1994–1995) Om samtykke til ratifikasjon av ILO-konvensjonen nr 94 og tiltreding til ILO-rekommandasjon nr 84 om arbeidarklausular i offentlege arbeidskontrakter. Kommunal- og arbeidsdepartementet.

Prop. 87 S (2023-2024) Forsvarsløftet – for Norges trygghet, Langtidsplan for forsvarssektoren 2025-2036 Prop. 87 S (2023–2024).

Prop. 12 L (2011-2012) Endringer i lov om offentlige anskaffelser og kommuneloven (gjennomføring av EUs håndhevelsesdirektiv i norsk rett - Prop. 12 L (2011–2012).

Prop. 157 S (2012–2013) Samtykke til godkjennelse av protokoll av 30. mars 2012 om endring av WTO-avtalen om offentlige innkjøp av 15. april 1994.

Prop. 147 L (2024-20025) Lov om endringer i anskaffelsesloven av 15. mai 2025.

Prop. 153 L (2016-2017) Lov om nasjonal sikkerhet (sikkerhetsloven).

Innstillinger

Innst. 426 S (2023-2024) Innstilling fra utenriks- og forsvarskomiteen om Forsvarsløftet – for Norges trygghet – Langtidsplan for forsvarssektoren 2025–2036

Innst. 507 S (2020-2021) Innstilling fra utenriks- og forsvarskomiteen om Samarbeid for sikkerhet - Nasjonal forsvarsindustriell strategi for et høyteknologisk og fremtidsrettet forsvar.

Stortingsmeldinger

Meld. St. 17 (2020-2021) Samarbeid for sikkerhet - Nasjonal forsvarsindustriell strategi for et høyteknologisk og fremtidsrettet forsvar

Meld. St. 9 (2015-2016) Nasjonal forsvarsindustriell strategi

Rettspraksis mv.

Fra Høyesterett

HR-2005-1917-A –New Pac Safety - Rt. 2005 s. 1638.

HR-2007-1124-A –SB Transport – Rt. 2008 s. 1705.

HR-2015-1347-A –Hurtigruta – Rt. 2015 s. 795.

HR-2015-206-A- Maria – Rt. 2015 s. 93.

HR-2019-1801-A Fosen-Linjen.

HR-2022-1964-A Flage Maskin.

HR-2023-206-A Perpetuum Miljø.

HR-2023-1246-A Droneforbud.

HR-2024-1107-A Karantenehotell.

HR-2025-490-S Innreisesaken.

HR-2025-1098-A Consto.

Fra lagmannsrettene

LB-2018-152914.

LB-2019-851112 Zenitel.

LB-2022-60123 Telenor.

LE-2022-19926.

Rettspraksis fra EU-domstolen

C-6/64 Costa.

C-13/68 Salgoil.

C-15/69 Württembergische Milchverwertung.

C-270/80 Polydor.

C-76/81 Transporoute et travaux.

C-72/83 Campus Oil.

C-222/84 Johnston.

C-3/88 Kommisjonen mot Italia.

C-21/88 Du Pont de Nemours.

C-367/89 Richardt.

C-243/89 Kommisjonen mot Danmark.

C-360/89 Kommisjonen mot Italia.

C-71/92 Kommisjonen mot Spania.

C-107/92 Kommisjonen mot Italia.

C-328/92 Kommisjonen mot Spania.

C-324/93 Evans.

C-57/94 Kommisjonen mot Italia.

C-83/94 Leifer.

C-87/94 Vallonske Busser.

C-114/97 Kommisjonen mot Spania.

C-273/97 Sirdar.

C-349/97 Kommisjonen mot Spania.

C-414/97 Kommisjonen mot Spania.

C-81/98 Alcatel Austria.

C-107/98 Teckal.

C-176/98 Holst Italia.

C-258/98 Kreil.

C-423/98 Albore.

C-483/99 Kommisjonen mot Frankrike.

C-503/99 Kommisjonen mot Belgia.

C-513/99 Concordia Bus Finland.

C-92/00 Hospital Ingenieure.

C-463/00 Kommisjonen mot Spania.

C-186/01 Dory.

C-252/01 Kommisjonen mot Belgia.

C-448/01 Wienstrom.

C-385/02 Kommisjonen mot Italia.

C-26/03 Stadt Helle.

C-228/04 La Cascina.

C-234/03 Conste.

C-503/03 Kommisjonen mot Spania.

C-525/03 Kommisjonen mot Italia.

C-340/04 Carboterm.

C-220/05 Auroux.

C-284/05 Kommisjonen mot Finland.

C-294/05 Kommisjonen mot Sverige.

C-337/05 Kommisjonen mot Italia.

C-372/05 Kommisjonen mot Tyskland.

C-387/05 Kommisjonen mot Italia.

C-409/05 Kommisjonen mot Hellas.

C-461/05 Kommisjonen mot Danmark.

C-38/06 Kommisjonen mot Portugal.

C-157/06 Kommisjonen mot Italia.

C-239/06 Kommisjonen mot Italia.

C-450/06 Varec.

C-454/06 Pressetext.

C-526/06 Kommisjonen mot Italia.

C-532/06 Liniakis.

Forente saker C-147/06 og C-148/06 SECAP.

C-213/07 Michaniki.

C-316/07 mfl. Stoss.

C-323/07 Termoraggi.

C-324/07 Coditel.

C-538/07 Assitur.

C-540/07 Kommisjonen mot Italia.

C-573/07 Sea.

C-138/08 Hochtief.

C-196/08 Acoset.

C-305/08 CoNISMa.

C-376/08 Serrantoni.

C-400/08 Kommisjonen mot Spania.

C-568/08 Combinatie Spijker.

C-74/09 WISAG. Motsatt Pascal Friton og Janis Zöll 2021.

C-368/10 Kommisjonen mot Nederland.

C-615/10 Insinööritoimisto InsTiimi.

C-159/11 Aziende.

C-182/11 Econord.

C-218/11 Édukövízig og Hochtief Construction.

C-244/11 Kommisjonen mot Hellas.

C-300/11 ZZ.

C-465/11 Forposta.

C-583/11 Inuit.

C-94/12 Swm Costruzioni.

C-99/12 Eurofit.

C-179/12 The Dow Chemical Company.

C-203/12 Billerud.

C-246/12 Ellinka Nafpigeia.

C-358/12 Consorzio Stabile Libor.

C-474/12 Schiebel Aircraft.

C-561/12 Nordecon.

C-19/13 Fastweb.

C-42/13 Cartier Dell' Adda.

C-113/13 Spezzino.

C-161/13 Idrodinamica.

C-440/13 Croce Amica.

C-470/13 Generali-Providencia Biztosító.

C-538/13 e-Vigilio.

C-552/13 Grupo Hospitalario.

C-115/14 Regio Post.

C-203/14 Cosorci Santari del Maresme.

C-234/14 Ostas celtnieks.

C-278/14 Enterprise Focused Solutions.

C-387/14 Esaproject.

C-396/14 MT Højgaard.

C-406/14 Wroclaw.

C-549/14 Finn Frogne.

C-6/15 Dimarso.

C-27/15 Pizzo.

C-51/15 Remondis.

C-171/15 Connexxion Taxi Services.

C-296/15 Medisanus.

C-298/15 Borta.

C-391/15 Marina Del Mediterràneo.

C-76/16 Ingsteel.

C-178/16 Impresa di Construzion.

C-187/16 Kommisjonen mot Østerrike.

C-408/16 Compania Naţională.

C-416/16 Landkreis Aichach-Friedberg.

Forente saker C-523/16 og C-536/16 MA.T.I SUD.

C-531/16 Ecoservice.

C-536/16 MA.T.I SUD.

C-546/16 Montte.

C-144/17 Lloyd’s of London.

C-267/17 Rhein-Sieg-Kreis.

C-413/17 Roche Lietuva.

C-526/17 Kommisjonen mot Italia.

C-41/18 Meca.

C-101/18 Idi.

C-395/18 Tim.

C-425/18 Consorzio Nazionale Servizi.

C-511/18

C-520/18 La Quadrature du Net mfl.

C-521/18 Pegaso.

C-796/18 ISE.

C-808/18 Kommisjonen mot Ungarn.

C-3/19 Asmel.

C-598/19 Conacee.

C-742/19 B.K.

C-927/19 Klaipedos.

C-6/20 Sotsiaalministeerium.

C-23/20 Simonsen & Weel.

C-210/20 Rad Services.

C-642/20 Caruter.

C-669/20 Veridos.

C-54/21 Antea Polska.

C-403/21 NV Construct.

C-416/21 Landkreis Aichach-Friedberg,

C-601/21 Kommisjonen mot Polen.

C-682/21 HSC Baltic,

C-769/21 BTA Baltic Insurance Company.

C-66/22 Futrifer.

C-72/22 M.A

C-106/22 Xella

C-128/22 Nordic Info.

Forente saker C-441/22 og C-443/22 Obsjtjina Razgrad

C-443/22 Obsjtjina Razgrad.

C-480/22 EVN Buisness Service.

C-493/22 Armaprocure.

C-528/22 NW og PQ.

C-683/22 Morandi.

Forente saker C-728/22 til C-730/22 Anib

C-737/22 BibMedia.

C-181/23 Kommisjonen mot Malta.

C-185/23 Protectus.

C-404/23 Luxone.

C-424/23 DYKA Plastics.

C-578/23 Česká republika.

C-807/23 Plavec.

C-82/24 Veolia Waters.

C-202/24 Alchaster.

Rettspraksis fra underretten

T-26/01 *Fiocchi*

Avgjørelse fra EFTA-domstolen

E-5/96 Nille.

E-2/97 Maglite.

E-5/98 Fagtun.

E-1/06 ESA mot Norge.

E-2/06 Hjemfall.

E-9/07 og E-10/07 L'Oreal.

E-2/11 STX.

E-13/11 Granville.

E-15/11 Wall.

E-24/13 Wolfgang Egger.

E-28/15 Jabbi.

E-1/16 Synnøve Finden.

E-16/16 Fosen-Linjen I.

E-8/19 Scanteam.

E-4/22 Stendi.

E-5/23 LDL.

E-8/23 Trannel International Limited.

E-11/23 Låsesenteret.

E-2/24 Bygg og Industri Norge.

E-7/24 TC og AA.

E-14/24 Elmatica.

Praksis fra KOFA

KOFA-2014/86 I.M Skaugen.

KOFA-2017-34.

KOFA-2021-2139 Vestland fylkeskommune.

KOFA-2023-148- Emagine.

Annen offentlig praksis

Høringer

Høring 13. april 2023 - ny lov om beskyttelse av norsk forsvarsteknologi og sikkerhetsgraderte patenter Høring - ny lov om beskyttelse av norsk forsvarsteknologi og sikkerhetsgraderte patenter.

Høring 13. januar 2023 Høring - ny lov om beskyttelse av norsk forsvarsteknologi og sikkerhetsgraderte patenter.

Instrukser/retningslinjer

Forsvarsdepartementet – Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (2013) FOR-2013-10-25-1411 (ARF).

Forsvarsdepartementet - Veileder til forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (2019) 1.07.2019.

Forsvarsdepartementet, Nærings- og fiskeridepartementet (2019) - Veileder om ivaretakelse av sikkerhet i offentlige anskaffelser 21.11.2019.

Nærings- og fiskeridepartementet. (2017). Veileder til reglene om offentlige anskaffelser.

Offentlige publikasjoner

Riksrevisjonen. (2024). Dokument 3:16 (2023– 2024) Gjennomføring av materiellinvesteringer i forsvarssektoren.

PST, Nasjonal trusselvurdering 2025. Nasjonal trusselvurdering 2025

NSM, Risiko 2025, Risiko 2025 - Nasjonal sikkerhetsmyndighet

Voldhaug, Jan Erik m.fl., «Materiellinvesteringer i forsvarssektoren – når vi målene?», FFI, 2024.

Welde, Morten og Bukestein, Ingrid, «Til rett tid? En undersøkelse av forsinkelser i gjennomføringsfasen av store statlige prosjekter», Concept rapport nr 69, NTNU, 2022.

Øvrige EU kilder

[1]European commission 17.6. 2025, Proposal for a directive of the european parliament and of the council, cd1e5e0f-5c51-47f9-b147-17dcd45b0345_en

Defence Readiness Omnibus - European Commission

eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0407

https://defence-industry-space.ec.europa.eu/eu-defence-industry/defence-readiness-omnibus_en [defence-industry-space.ec.europa.eu]

https://defence-industry-space.ec.europa.eu/document/download/cd1e5e0f-5c51-47f9-b147-17dcd45b0345_en?filename=Proposal-for-a-directive_defence-simplification.pdf.

https://eda.europa.eu/news-and-events/news/2025/03/19/joint-white-paper-for-european-defence-readiness-2030.

EU-tiltag inden for udenrigs- og sikkerhedspolitik | Den Europæiske Union

European Defence Fund | EU Funding Overview

Kommisjonens guidance Note Defence- and security-specific exclusions DocsRoom - European Commission (europa.eu)

Kommisjonens Staff Working Document SEC(2007)1598 EUR-Lex - 52007SC1598 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

Kommisjonens Staff Working Document SEC(2007)1598 EUR-Lex - 52007SC1598 - EN - EUR-Lex (europa.eu)

Kommisjonens meddelelse Security of Information DocsRoom - European Commission (europa.eu)

Kommisjonens meddelelse Secuirty of Supply DocsRoom - European Commission (europa.eu)

Kommisjonens Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive

Kommisjonens Staff Working Document SEC(2007)1598 - EUR-Lex - 52007SC1598 - EN - EUR-Lex

Kommisjonens forslag av 17.6.2025 om endring av direktiv 2009/81. https://defence-industry-space.ec.europa.eu/document/download/cd1e5e0f-5c51-47f9-b147-17dcd45b0345_en?filename=Proposal-for-a-directive_defence-simplification.pdf

Defence Readiness Omnibus - European Commission

Den Europæiske Unions Tidende - EUR-Lex

Europakommisjonen, European Defence Fund (EDF) - Official Webpage of the European Commission, https://defence-industry-space.ec.europa.eu/eu-defence-industry/european-defence-fund-edf-official-webpage-european-commission_en .

Europakommisjonen, Joint White Paper for European Defence Readiness 2030, 19.03.2025.

EU, Permanent Structured Cooperation – PESCO – Deepening defence cooperation among EU member states – factsheet, mars 2024.

Den Europeiske Unions Tidende, Meddelelse fra Kommissionen om vejledning om udbudssamarbejde på forsvars- og sikkerhedsområdet (direktiv 2009/81/EF om udbud på forsvars- og sikkerhedsområdet) EØS-relevant tekst, 08.05.2019.

Forslag til EUs assosieringsavtale med Andorra og San Marino, jf. COM (2024) 189.

Nettsteder/linker

Regjeringen.no, EDIRPA gjennomføringsnotat, 04.12.2023. EDIRPA - regjeringen.no

Regjeringen.no – EØS-notatbasen, EDIP – foreløpig posisjonsnotat, 09.08.2024.
EDIP - regjeringen.no

Utenriks- og sikkerhetspolitisk samarbeid - regjeringen.no

Meddelelse fra Kommissionen om vejledning om udbudssamarbejde på forsvars- og sikkerhedsområdet (direktiv 2009/81/EF om udbud på forsvars- og sikkerhedsområdet) EØS-relevant tekst.

450 millionar kroner frå Det europeiske forsvarsfondet til Noreg - regjeringen.no

10807: Offentlige innkjøp (mill. kr) 1995 - 2023. Statistikkbanken oppsummert på DFØs nettsider (Utgifter til offentlige innkjøp | DFØ

Nye fregatter vil bli største enkeltinvestering for Forsvaret i moderne tid – Siste nytt – NRK

Norge kjøper fregatter for et titall milliarder kroner

Forsvaret, «Forsvaret skaper luftfartshistorie med biodrivstoff», pressemelding 17.10.2024, https://www.forsvaret.no/aktuelt-og-presse/presse/pressemeldinger/biodrivstoff

Øvrige kilder

United Nations Convention Against Transnational Organized Crime (Palermo-konvensjonen), som EU ble tilsluttet ved Rådets avgjørelse 2004/579/EF.

Kibar, Oman, «CNN: Tysk sikkerhetstjeneste skal ha avverget russisk attentatplan mot tysk toppsjef», DN 11. juli 2024.

Rapport om Forsvars- og sikkerhetsindustriens økonomiske fotavtrykk: En verdiskapings- og ringvirkningsanalyse for 2023, Menon publikasjon nr. 184/2024.

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 2019. *Transaktionsomkostninger ved EU-udbud,* Valby: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen.

Konvensjonen om opprettelse av det europeiske frihandels forbund av 1. april 1960.

IPCC Sixth Assessment Report (AR6) (2021-2023), 2024.

Store norske leksikon, Internetts historie, 2025, https://snl.no/internetts_historie

FFI, Videreutvikling av forsvarssektoren innovasjonsmodell, Trekantmodellen versjon 2.0.

Litteratur

Pawel Nowicki. (2021). Article 4 Treshold amounts. I Roberto Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU, (s. 42-47). Edward Elgar Publishing.

Anicetti, J (2024). Defence Offsets and the Global Arms Trade – Explaining cross-national variations. Routledge.

Arrowsmith, S. (2014). The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK (3. utg., Bd. 1). Sweet & Maxwell.

Arrowsmith, S. (2018). The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK (3. utg., Bd. 2). Sweet & Maxwell.

Heuninckx. Baudouin (2021). Article 15 Defence and security. I Roberta Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing 2021.

Gomes, P. (2021). Article 31 Innovation Partnership. I Roberta Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

Fredriksen, H. & Mathisen, G. (2022). EØS-rett (Bd. 4). Fagbokforlaget.

Hammersvik, S. (2023). Utredning av det rettslige handlingsrommet for regulering av offentlige anskaffelser under EØS-terskelverdi.

Lonardo, L (2022). EU Common Foreign and Security Policy After Lisbon – Between Law and Geopolitics. Springer.

Trybus, M. (2014): Martin Trybus, Buying Defence and Security in Europe - the Defence and security procurement directive in context, Cambridge 2014.

Arnesen & Hammersvik (2022): Finn Arnesen, Simen Hammersvik, Erling Hjelmeng, Olav Kolstad & Ole-Andreas Rognstad, Oversikt over EØS-retten, Universitetsforlaget 2022.

Steinicke, M. & Vesterdorf, Peter, EU Public Procurement Law – Brussel Commentary, Hart (2018).

Piotr Bogdanowicz (2021). Article 72 Modification of contracts curing their term. I Roberto Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

Arrowsmith og Treumer «Competitive Dialogue in EU Procurement», Cambridge University Press (2012).

Steinicke, M. o. G., Lise (2008). EU's Udbudsdirektiver med kommentarer. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

Van Garrse, S. (2021) Article 66 Reduction of the number of tenders and solutions. I Roberto Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

Hammersvik, S. (2014) «Tilgi våre synder: Om misligheter som avvisningsgrunn ved offentlige anskaffelser», MarIus 445, 2014.

Dragsten, M. H. (2020). Anskaffelsesloven: lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser: med forskrift: kommentarutgave. Universitetsforlaget.

Stalzer, J. (2021). Article 71 Subcontracting. I Roberta Caranta and Albert Sanchez-Graells (Red.), European Public Procurement – Commentary on Directive 2014/24/EU. Edward Elgar Publishing.

Steinicke, M. & Vesterdorf, Peter L, *EU Public Procurement Law – Brussel Commentary*, Hart (2018).

Ormbergs kommentarer til artikkel 123 i EEA Commentary (2018) s. 930.

Prebensen, Frida m.fl., 24/01313 - Veien mot bærekraftige investeringsprosjekter i forsvarssektoren, 2024.

Utgitt av:
Forsvarsdepartementet

Bestilling av publikasjoner:
Departementenes sikkerhets- og serviceorganisasjon
publikasjoner.dep.no
Telefon: 22 24 00 00
Publikasjoner er også tilgjengelige på:
www.regjeringen.no

Trykk: Departementenes sikkerhets- og
serviceorganisasjon 09/2025 – opplag 30

SVANEMERKET
Trykksak
2041 0446