

Sentrale regler for kontrahering i prosjekters tidligfase – Forsvarets anskaffelser

Erik Normann Warberg

Forsvarets forskningsinstitutt/Norwegian Defence Research Establishment (FFI)

20. april 2007

FFI-rapport 2007/01459

1024/911

ISBN 978-82-464-1174-3

Emneord

Prosjekt

Kontrahering

Lov om offentlige anskaffelser

Anskaffelsesregelverket for Forsvaret

Artikkel 296 i EF traktaten

Artikkel 123 i EØS avtalen

Godkjent av

Einar Willassen

Prosjektlederr

Jan Erik Torp

Avdelingssjef

Sammendrag

Denne rapporten handler om hvordan man innenfor offentlige rammer og regler kan gjennomføre gode og effektive prosjekter som i sin natur er komplekse. Utgangspunktet er Forsvarets anskaffelser og behov. Vårt hovedspørsmål er hvordan man får til et godt og tett samarbeid innenfor de ulike regelverk, spesielt i tidligfase, samtidig som man ivaretar korrekt distanse til den private side for å sikre bla likebehandling og etterrettelighet.

Som offentlig organ er Forsvaret, på linje med andre offentlige organer i Norge og verden for øvrig underlagt en rekke regler for sin samhandling med næringslivet ved offentlige anskaffelser. Disse regler stiller bl.a. klare krav til likebehandling og mulighet for etterkontroll. Kontroll kan gjennomføres ved å praktisere åpne anbudsinnbydelser. Gjennom anbudsinstutttet sikres kravet til etterfølgende gjennomsiktighet og kontroll. Samtidig er en del offentlige anskaffelser kompliserte som medfører behov for tett samhandling med leverandører, også forut for en anskaffelse.

Dette avstedkommer 3 fokusområder i denne rapport.

Vårt første fokus er begrunnelsen for at Forsvaret har et eget anskaffelsesregelverk, hva som skiller dette regelverket fra Lov om offentlige anskaffelser samt hjemmelsgrunnlaget for at Forsvaret kan ha sitt eget regelverk. Siden EØS-avtalens artikkel 123 åpner for å unnta Forsvarsanskaffelser fra de sedvanlige offentlige regler er det avgjørende at man har klart for seg hvorfor Forsvaret er gitt anledning til å ha et eget regelverk. Vi vil derfor kort gjennomgå EF retten og forholdet til EF-traktatens artikkel 296, herunder EØS-avtalens artikkel 123 som gir Norge adgangen til å foreta unntak. Gjennomgangen viser at det fortsatt er full anledning til å utnytte unntaksmuligheter som eksisterer innenfor EF og EØS. Virkeområdet for unntakene er av ikke uvesentlig omfang.

Vårt andre fokus er kontrahering av kompetanse i prosjekters tidligfase. Tidligfase i et prosjekt er et stadié hvor det ofte er et stort behov for kunnskap for både hos kunde og leverandør og hvor tilgang på markedets kompetanse kan være kritisk for suksess. Rapporten gjennomgår mulighetene for bruk av leverandører som rådgivere under de forskjellige regelverk og eventuelle forskjeller som eksisterer. Gjennomgangen viser at *det er flere muligheter til å anvende rådgivere for så å la de få delta i en etterfølgende konkurranse*. Vilkåret er at man må tilrettelegge for prosessen på forhånd slik at konkurranse ikke utelukkes. Rapporten gir veiledning på hvordan en slik tilrettelegging kan gjennomføres.

Vårt tredje fokus er adgangen for kommunikasjon under en konkurransefase med eksterne aktører. Det er i tidligfase fortsatt en rekke usikre parametere som gjør det til en utfordring for oppdragsgiver å spesifisere hva man skal kontrahere. Da vil adgangen til å forhandle være viktig, spesielt hvor de konkurrerende løsninger ikke er direkte sammenlignbare. Samtidig er hovedregelen i offentlige anskaffelser anbud. Forhandling om kjøp kan i praksis kun foretas i særskilte tilfeller. Således vil hovedregelen for valg av anskaffelsesprosedyre i LOA i stor grad begrense muligheten for dialog mellom partene under konkurransefasen. Av den grunn er det interessant å se hvor langt forhandlingsadgangen går. I ARF er adgangen til å gjennomføre forhandlinger langt større. Rapporten vil se nærmere på hva forskjellene utgjør og begrunnelsen for de unntak som ARF gir. Rapporten viser at det er vesentlige forskjeller i friheten til å velge anskaffelsesprosedyre tilpasset den enkelte anskaffelse.

English summary

This report discusses how the public may achieve good and efficient projects while still operate within the public framework and legislation. The starting point is the Norwegian Defence procurements and their need to equip their forces. The main question is how close cooperation between the different parties is achieved, especially in the early phases of a project, while the public still maintains the correct distance to suppliers in order to secure fair treatment and transparency.

This report questions the restrictions to use the negotiated procedure within the EC Directive 2004/18. In order for the European Community to promote competition across national borders, there is a clear emphasis in the Directive to use open procedure for all public procurements. Other procurement procedures are just exceptions which have to be particular explained whenever used. This report discusses the need for using these exemptions, especially the negotiated procedure and competitive dialogue for the early phases in projects. The report also discusses how advisers may participate in the later competition without breaking the EC Directive 2004/18. In this respect, the report takes a closer look on the exemptions allowed for under the EC Treaty Article 296 in respect of Defence Procurement and how these situations are addressed in the Norwegian national regulations for Defence procurement.

Innhold

	Forord	7
1	Innledning	9
2	Hovedproblemstillinger	10
2.1	Bakgrunn	10
2.2	Hovedproblemstillinger	10
2.2.1	ARF sitt virkeområde	10
2.2.2	Tilgang på kompetanse i tidligfase - rådgiverrollen	11
2.2.3	Adgangen til å velge forhandlingsprosedyre i LOA og ARF	11
3	ARF sitt virkeområde	11
3.1	Begrunnelse for at Forsvaret har sitt eget anskaffelsesregelverk	11
3.2	ARF sin rettslige status	12
3.2.1	Rækkevidden av at ARF er en intern instruks	12
3.2.2	Noen konsekvenser av at ARF er en intern instruks	13
3.3	Avgrensning mellom ARF og LOA	17
3.3.2	Unntak fra LOA for anskaffelser til Forsvaret	17
3.3.3	Unntaksmuligheten i EØS avtalens artikkel 123	18
4	Tilgang på kompetanse i tidligfase – rådgiverrollen	30
4.1	Innledning	30
4.2	Allmenne regler	31
4.2.1	Kravet til ikke-diskriminering	31
4.2.2	Kravet til konkurranse	33
4.3	Rådgivning innenfor LOA	34
4.3.1	Ordlyden i Forskriften for offentlige anskaffelser § 3-8	34
4.3.2	Kravet om å ikke utelukke konkurranse	35
4.3.3	Motvirkning av mulige skjevheter i den etterfølgende konkurranse	38
4.4	Rådgivning innenfor ARF	41
4.4.1	Overordnede retningslinjer i ARF	41
4.4.2	Bruk av rådgivere iht ARF	42
4.4.3	Relevante prosessuelle avvik i ARF for tidligfase i prosjekter	46
4.4.4	Næringspolitiske forhold og innvirkningen på bruk av rådgivere i Norge	48
5	Adgangen til å velge forhandlingsprosedyre i LOA og ARF	51
5.1	Hovedregler ved valg av anskaffelsesprosedyre i LOA	51

5.1.1	Innledning	51
5.1.2	Hovedregel - anbudspålegget i LOA	51
5.1.3	Sentrale elementer i anbudsprosedyren	51
5.1.4	Unntak fra anbudspålegget	54
5.2	Valg av anskaffelsesprosedyrer i ARF	59
5.2.1	Den mest fordelaktige prosedyre	59
5.2.2	Konsekvenser ved brudd på bestemmelsen	60
6	Oppsummering	60
6.1	Generelt	60
6.1.1	Hovedbetraktninger	60
6.2	Anbefalinger	61
6.2.1	Anvendelse av ARF	61
6.2.2	Utnyttelse av industrien som rådgiver	61
6.2.3	Behovet for en næringsstrategi	61
6.2.4	Behovet for verktøy/implementering av anbefalinger	61
	Litteratur	62

Forord

Denne rapporten er et resultat av en lengre prosess som startet tilbake i 2004. Det året kom et komplett revidert anskaffelsesregelverk for Forsvaret. Det nye her var blant annet et kapittel om utferdigelse av anskaffelsesstrategier. Dette bar bud om en sterkere bevisstgjøring av Forsvaret om hvordan man ønsket å gå frem for å gjennomføre de totalt sett beste anskaffelser for Forsvarets behov. Et særtrekk ved dette nye kapittel var henvisningene til verktøykassen av muligheter man har til å skreddersy en anskaffelsesprosess for det enkelte prosjekt.

Samtidig startet FFI sin dialog med Concept-programmet. Våre samtaler viste snart at Forsvarets utfordringer i vel så stor grad gjenfinnes i andre deler av de offentlige, samt at innsikten og forståelsen av Forsvarets behov og særordninger ikke var særlig bred i det sivile. Et begrep som vokste frem var ”mulighetsrommet”. Både FFI og Concept var nysgjerrig på hvordan man innenfor de rammer og regler som gjelder, i størst mulig grad kunne tilpasse rammevilkårene til det enkelte prosjekt. Vi hadde en teori om at en best mulig tilpasning til det enkelte prosjekt, kunne bidra til å øke merverdien for oppdragsgiver og derigjennom det offentlige i forhold til prosjektets resultat. På bakgrunn av dette ble det gitt et studieoppdrag til FFI. Denne rapport er et av flere resultat av dette studieoppdraget.

Rapporten hadde ikke nådd sitt nivå uten bistand fra flere nøkkelspillere. Først å fremst har den nedsatte referansegruppe gitt gode tilbakemeldinger. I tillegg har Professor dr. juris Lasse Simonsen ved det juridiske fakultet gitt svært verdifulle innspill. Også Forskningsjef Ole Jonny Klakegg ved Concept programmet og Seniorrådgiverne Arne K Skogstad og Einar Willassen ved FFI har vært gode støtter.

Kjeller, mai 2007

Erik Normann Warberg
Seniorrådgiver
Næringsstrategigruppen
Avdeling for Analyse

1 Innledning

Bakgrunnen for rapporten er at komplekse prosjekter ofte vil ha behov for eksterne aktører i tidligfase. Samtidig vil slik deltagelse innebære begrensninger for de samme eksterne aktører til å delta i en senere konkurranse. Denne rapport vil vurdere mulighetsrommet til å anvende eksterne aktører før (endelig) konkurranse er gjennomført samtidig som disse aktører senere tillates å delta i selve konkurransen.

Siden 2000 har statlige investeringsprosjekter med anslått kostnad over 500 mill. kroner vært undergitt særskilt kvalitetssikring av kostnadsoverslag og styringsunderlag. Kvalitetssikringen har vært utført av særlig kvalifiserte, private virksomheter som har hatt rammeavtale med Finansdepartementet.

For å følge opp kvalitetssikringsarbeidet er det etablert et eget forskningsprogram – Concept-programmet (Concept). Concept startet høsten 2002 med fullfinansiering fra Finansdepartementet. Concept skal drive følgeforskning knyttet til store, statlige investeringsprosjekt. Programmet er lokalisert ved NTNU som et nøytralt og uavhengig organ. Formålet er å ta frem ny kunnskap om tidligfase og gjennomføring av store investeringsprosjekt og formidle denne kunnskapen på en måte som gjør dem praktisk anvendbare for et større tilfang av statlige beslutningstakere.

Denne rapport er et utdrag fra vår rapport skrevet i forbindelse med et studieoppdrag for CONCEPT, kalt ”Offentlige anskaffelser, kontraheringsformer og kontraktsmodeller - Forsvarets utnyttelse av offentlige rammevilkår ved større investeringer”. Hovedformålet med denne rapport er å etablere en oversikt over muligheter og begrensninger i Lov om offentlige anskaffelser (LOA) og Anskaffelsesreglementet for Forsvaret (ARF) ved kontraheringer i tidligfase for større og komplekse prosjekter.

Gjennom mange år har Forsvaret gjennom ARF (og tidligere BAF – Bestemmelser for anskaffelser til Forsvaret) hatt mulighet for en mer fleksibel tilnærming for valg av anskaffelsesprosedyre samt konkurranseform.. Dette har bl. a gitt Forsvaret anledning til å håndtere usikkerhet i tidligfase på en bedre måte. Forsvaret har i tillegg også inkorporert en rekke andre hensyn i sitt regelverk, eks kvalitetssikring, konfigurasjonskontroll, kontraktsrevisjon etc, som ikke berøres i LOA og dets forskrifter.

Adgangen til å ha et tilpasset regelverk for et bestemt virksomhetsområde gir større adgang til å ta bredere hensyn ved anskaffelser enn hva LOA gir anledning til. Eksempelvis gir ARF anledning til å ta næringspolitiske hensyn, som i tillegg kan kobles opp mot de krav man har til gjenkjøp ved anskaffelser av materiell fra leverandører utenfor Norge.

Det presiseres at rapporten kun vil berøre forhold som omfatter anskaffelser over terskelverdiene slik de fremgår av LOA.

2 Hovedproblemstillinger

2.1 Bakgrunn

Som offentlig organ er Forsvaret, på linje med andre offentlige organer i Norge og verden for øvrig underlagt en rekke regler for sin samhandling med næringslivet ved offentlige anskaffelser. Disse regler stiller bl.a. klare krav til likebehandling og mulighet for etterkontroll.

Kontroll kan gjennomføres ved å praktisere åpne anbudsinnbydelser. Gjennom anbudsinstutttet sikres kravet til etterfølgende gjennomsiktighet og kontroll. Samtidig er en del offentlige anskaffelser kompliserte som medfører behov for tett samhandling med leverandører, også forut for en anskaffelse.

Hovedfokus for denne rapport er å vurdere mulighetene for å etablere et godt og tett samarbeid innenfor de ulike regelverk, spesielt i tidligfase, samtidig som man ivaretar korrekt distanse til den private side for å sikre bla likebehandling og etterrettelighet.

2.2 Hovedproblemstillinger

2.2.1 ARF sitt virkeområde

Vårt første fokus er begrunnelsen for å ha et eget anskaffelsesregelverk, herunder hva som skiller ARF fra LOA samt hjemmelsgrunnlaget for at Forsvaret kan ha sitt eget regelverk.

Siden EØS-avtalens artikkel 123 åpner for å unnta Forsvarsanskaffelser fra de sedvanlige offentlige regler, er det avgjørende at man har klart for seg hvorfor Forsvaret er gitt anledning til å ha et eget regelverk. Vi vil derfor også kort gjennomgå EF¹ retten og forholdet til EF-traktatens artikkel 296, herunder EØS artikkel 123 som gir Norge adgangen til å foreta unntak.

Rapporten legger til grunn for sin behandling de nye reglene i LOA²/Forskrift for Offentlige Anskaffelser³ (FOA) som trådte i kraft 1.1.2007. Vi har i denne rapport av praktiske årsaker ikke gått nærmere inn på WTO regler og GATT avtalen, jfr LOA § 4.

¹ I denne rapport legger vi til grunn følgende begrepsbruk i forhold til EU; EF-traktaten (omtalt ofte som Amsterdamtraktaten), Europakommisjonen (ofte omtalt som EU kommisjonen), EF-domstolen (noen ganger omtalt som Domstolen i EU). Som samlebetegnelse for de stater som er en del av "European Community" (Europeiske Fellesskap EF) velger jeg for enkelhetens skyld å anvende EU (Den Europeiske Union)

² Ot.prp. nr. 62, (2005-2006) Om lov om endringer i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

³ Forskrift om offentlige anskaffelser - Fastsatt ved kgl.res. 7. april 2006 med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 11 første ledd. Fremmet av Fornyings- og administrasjonsdepartementet, trådt i kraft 1.1.2007.

2.2.2 Tilgang på kompetanse i tidligfase - rådgiverrollen

Vårt andre fokus er kontrahering av kompetanse i prosjekters tidligfase. Tidligfase i et prosjekt er et stadiet hvor det ofte vil være stort behov for kunnskap både for kunde og leverandør og hvor tilgang på markedets kompetanse kan være kritisk for suksess. Vi vil her se nærmere på muligheten for bruk av leverandører som rådgivere i hhv LOA og ARF, og eventuelle forskjeller som eksisterer. Videre hvordan man kan avhjelpe forhold som ellers ville ha hindret bruk av rådgivere.

2.2.3 Adgangen til å velge forhandlingsprosedyre i LOA og ARF

Vårt tredje fokus er adgangen for kommunikasjon under en konkurransefase med eksterne aktører. Ved inngangen til en konkurransefase vil det i komplekse prosjekter fortsatt være en rekke usikre parametere som gjør det til en utfordring for oppdragsgiver å spesifisere hva man skal kontrahere. Da vil adgangen til å forhandle være viktig. Spesielt hvor de konkurrerende løsninger ikke er direkte sammenlignbare.

Hovedregelen i offentlige anskaffelser er anbud. Forhandling om kjøp kan i praksis kun foretas i særskilte tilfeller.⁴ Således vil hovedregelen for valg av anskaffelsesprosedyre i LOA i stor grad begrense muligheten for dialog mellom partene under konkurransefasen. Av den grunn er det interessant å se hvor langt forhandlingsadgangen går i LOA.

I ARF er adgangen til å gjennomføre forhandlinger langt større. Rapporten vil se nærmere på hva forskjellene utgjør og begrunnelsen for de unntak som ARF gir.

3 ARF sitt virkeområde

3.1 Begrunnelse for at Forsvaret har sitt eget anskaffelsesregelverk

Hvis vi ser litt nærmere på begrunnelsen for at Forsvaret har et eget regelverk, er det noen sentrale hensyn som gjør seg gjeldende som på mange måter også er sammenfallende med de forhold som gjelder bl a for medlemsstatene i EU.

For å kunne sikre seg nok fleksibilitet/unntak i forhold til EU sine direktiver, er det overveiende sentrale hensyn nasjoner i EU viser til behovet for å kunne ivareta nasjonal sikkerhet. Dette gir seg flere utslag, først å fremst gjennom adgangen til å kunne unnta prosjekter fra full offentlighet. Dette har vært viktig for å kunne fremme innovasjon og banebrytende teknologisk utvikling gjennom flere tiår og samtidig forhindre at potensielle motstandere fikk tilgang til slik teknologi og vitale opplysninger om den enkelte nasjons kapasitet.

Videre betraktes forsvarsindustrien som en vital del av nasjonens forsvarskapasitet. Ikke bare evnen til å ta frem ny teknologi, men også evnen til å drifte, samt erstatte tap av systemer under

⁴ Se Forskrift om Offentlig anskaffelser (2006), § 14-3, b).

konflikter, er ansett som vesentlig for å trygge nasjonal sikkerhet. Sikker tilgang på materiell og tjenester og nasjonal evne til å understøtte materiellet i levetiden er viktige elementer for å opprettholde nasjonal råderett og handlingsfrihet i krisesituasjoner.

Forsvarsmarkedet er videre forskjellig fra andre markeder ved at det finnes bare én kunde pr nasjon. I motsetning til åpne frie sivile markeder er forsvaretsmarkedet et marked med klare internasjonale overtoner. Siden forsvarsmateriell i tillegg kan være sensitiv, innebærer dette at anskaffelser, eksempelvis gjennom bruk av anbudsinstytutet kan være vanskelig, når man vurderer vidt forskjellige løsninger for å løse et behov, og hvor vurdering av de forskjellige løsninger krever tett dialog med de respektive leverandører om sikkerhetsgraderte forhold.

Dette har ført til lukkede forsvaretsmarkeder, hvor handel ofte har vært betinget av gjenkjøpsavtaler. Denne form for "Security of Supply" er først i de siste 4-6 år blitt løst noe opp gjennom egne multilaterale avtaler i Norden samt Framework Agreement/LOI 6 mellom England, Spania, Frankrike, Italia, Tyskland og Sverige⁵.

Dette er noe av bakgrunnen for at EF har tillatt (siden 1957) at forsvaretsviktige anskaffelser faller utenfor EF sine direktiver gjennom Artikkel 223 (Roma-traktaten) og Artikkel 296 (Amsterdamtraktaten/EF-traktaten). Unntakene har medført at medlemsstatene har egne regelverk for anskaffelser til forsvar, som i Norge er synliggjort gjennom ARF.

3.2 ARF sin rettslige status

3.2.1 Rekkevidden av at ARF er en intern instruks

En viktig side ved ARF er at den gir langt større fleksibilitet i å kunne tilpasses den enkelte anskaffelse og prosjekt enn hva man kan under LOA. Dette skyldes bl a at ARF er gitt som en intern instruks⁶, fastsatt av FD 1. september 2004 med hjemmel i departementets instruksmyndighet og delegeringsvedtak 20. august 2004 nr. 1208. Således kan ARF ikke regnes som en forskrift som gir private rettigheter. I forvaltningslovens (fvl) § 2 fremkommer følgende om definisjonen av hva forskrifter er:

⁵ "Transatlantic Military Cooperability", 1st Colloquium, Berlin, November 14-15, 2002 at Stiftung Wissenschaft und Politik: *In Europe, Germany, France, Italy, Spain, Sweden and the UK have initiated the Framework Agreement/LoI6 process which will facilitate European transnational armaments projects by harmonizing national regulatory procedures and taking other necessary steps for the sharing of classified information and technology.*

⁶ Delegering av myndighet til Forsvarsdepartementet til å vedta og iverksette nytt anskaffelsesregelverk (ARF). Fastsatt ved kgl.res. 20. august 2004. Fremmet av Forsvarsdepartementet. Bestemmelser av 3. desember 1993 vedrørende anskaffelser til Forsvaret oppheves fra den dato Forsvarsdepartementet fastsetter, og Forsvarsdepartementet gis med dette myndighet til å vedta og iverksette det nye anskaffelsesregelverket (ARF) fra samme dato.

§ 2. (definisjoner).

I denne lov menes med:

- c) *forskrift, et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer;*

Utover hva fvl. §2 c anfører, sier man gjerne at en forskrift skal være fastsatt som en del av utøvelse av offentlig myndighet og at forskriften må være bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer, se fvl. §2 a). Det er i tillegg blitt anført at man anser at bestemmelser som enten fritar for plikter eller som gir rettigheter, også skal regnes som forskrift⁷.

Utenfor begrepet forskrift faller med andre ord generelle regler som ikke er bestemmende for privates rettigheter eller plikter. Typisk vil dette være regler som bare angår utøvelse av offentlig myndighet. Dette kan være alt fra delegasjonsbestemmelser og regler for organisering til gjennomføring av de interne forhold hos den enkelte offentlige myndighet. Selv om slike bestemmelser er myntet på den interne drift, vil de indirekte kunne påvirke privates rettsstilling. Likevel ansees ikke en slik påvirkning tilstrekkelig til å anse interne instruksjoner som forskrifter⁸, jfr. fvl. §2, c).

Dette innebærer at FD har ansvaret for de overordnede rammebetingelser for gjennomføring av anskaffelser utenfor EØS lovverket, noe som gir FD vide fullmakter og rammer for gjennomføring av slike anskaffelser. Forsvarsministeren vil ha det konstitusjonelle ansvar og tilsvarende myndighet for forvaltningen i Forsvaret og kan gripe inn i saksbehandlingen på ethvert trinn.

3.2.2 Noen konsekvenser av at ARF er en intern instruks

3.2.2.1 Innledning

At ARF er en intern instruks innebærer som hovedregel at tredjemann ikke er gitt rettigheter som kan påberopes iht ARF. Av den grunn er det av avgjørende betydning for tredjemann å ha klarlagt om en anskaffelse befinner seg innenfor eller utenfor EØS området. Tidspunktet for når man kan anvende ARF utenfor reglene for offentlige forskrifter tas under pkt 3.3.2.

Tredjemanns mangel på rettigheter er likevel ikke total. At Forsvaret kan unnta anskaffelser fra LOA, gir ikke Forsvaret en carte blanche til å gjøre hva de vil ved forsvarsanskaffelser. Det vil fortsatt være sentrale grunnleggende regler som en offentlig myndighet uansett må følge. Typisk skal Forsvarets opptreden alltid skje i samsvar med allmenne rettsprinsipper for opptreden overfor private. I hovedsak er det forvaltningsmessige regler som kommer til anvendelse, spesielt brudd på (sedvanerettslige) forvaltningsbestemmelser, eksempelvis kravet om saklighet, habilitet etc, som en intern instruks ikke kan fravike.

⁷ Torstein Eckhoff, Forvaltningsrett – 3 utgave, s. 561.

⁸ Torstein Eckhoff, Forvaltningsrett – 3 utgave, s. 562.

I den forbindelse viser vi til at Høyesterett i den nylig avsatte "Poncho-saken" (HR-2005-01917-A)⁹ har kommet frem til at Forsvaret har stor handlefrihet utenfor EØS lovverket. For etterlevelse av allmenne anskaffelsesrettslige prinsipper, anfører Høyesterett at det likevel gjelder et minimum av likebehandling. Etter vårt skjønn innebærer dette at man har stor grad av handlefrihet så lenge saklighetskravet etter de forvaltningsmessige prinsipper er ivarettatt. Slik vi ser det, er det tre hovedkonsekvenser for tredjepart at ARF er en intern instruks.

3.2.2.2 Manglende omgjøringsadgang

LOA og FOA gir leverandører visse rettigheter. Ved brudd på disse har leverandørene adgang til å påberope sine rettigheter rettslig, dvs gjennom KOFA og norske domstoler, jfr LOA § 7, og i ytterste konsekvens EF domstolen. Rettighetsbruken er særlig aktuelt når resultatet av konkurransen kunngjøres men før oppdragsgiver har signert selve kontrakten. Dette skyldes at en sentral del ved leverandørens (tapende part i konkurransen) rettigheter, er adgangen til å kreve en avgjørelse omgjort gjennom å klage¹⁰, eventuelt å ta ut begjæring om midlertidig forføyning¹¹ før kontrakt er inngått.

Derimot, ved anskaffelser foretatt etter ARF har leverandørene ikke mulighet til å forfølge saken rettslig, herunder adgang til å saksøke Forsvaret for eventuelle brudd. Deres eneste mulighet for å kreve en avgjørelse omgjort er å klage/inngi innsigelse til anskaffelsesmyndigheten.

Dette følger av ARF Pkt 25.5 – Administrative bestemmelser som anfører:

"For anskaffelser som følger Forsvarets anskaffelsesprosedyre er det anskaffelsesmyndigheten som avgjør innsigelser eller protester mot valg av leverandør, eller mot anskaffelsesprosessen som sådan, hva enten de fremkommer før eller etter at leverandør er valgt. Den som inngir protest eller innsigelse, skal gis skriftlig melding om den avgjørelse som er truffet."

⁹ Saken gjeldt spørsmål om erstatning etter avholdt konkurranse med forhandlinger (forhandlet kjøp) for anskaffelse av forsvarsmateriell (480.000 ponchoer til vern mot atom-, biologiske- og kjemiske våpen - « Chemical Cover Poncho »). Særlig spørsmål om hvilke rettsregler som kommer til anvendelse, og hvorvidt det er plass for anvendelse av mer allmenne anskaffelsesrettslige prinsipper på området, til tross for at anskaffelser av forsvarsmateriell er unntatt fra lovregulering.

¹⁰ FOA § 22-3. Meddelelse om kontraktstildeling og karenstid før inngåelse av kontrakt

(1) Oppdragsgivers beslutning om hvem som skal tildeles kontrakt eller som er valgt som leverandør til rammeavtalen skal meddeles til alle deltakerne i rimelig tid før kontrakt eller rammeavtale inngås. Med kontrakt eller rammeavtale inngås menes tidspunktet for signering av kontrakt eller rammeavtale av begge parter. Meddelelsen skal være skriftlig og gis samtidig til alle deltakerne. Meddelelsen skal inneholde en begrunnelse for valget i samsvar med § 20-16 (oppdragsgivers begrunnelsesplikt) første ledd, og skal angi frist for leverandører til å klage over beslutningen.

¹¹ LOA § 8. Beslutning om midlertidig forføyning og mulkt

Mot overtredelser av denne lov eller forskrift gitt i medhold av loven kan det ikke besluttes midlertidig forføyning etter at kontrakt er inngått.

En intern instruks vil i stor grad kunne begrense tredjeparts rettigheter ved at protester behandles internt hos den påklagede uten mulighet for å kunne påklage et eventuelt avslag. Derimot vil tredjepart ha adgang til å klage/saksøke Forsvaret for anskaffelser som skal følge/skulle ha fulgt LOA, herunder hvorvidt unntaksbestemmelsen i LOA § 3 er gyldig påberopt. Hvis Forsvaret velger å unnta en anskaffelse fra LOA, kan *denne* avgjørelsen påklages til KOFA.

Hvis en klage ikke fører frem, herunder en rettssak om det samme tvistes spørsmål, er det svært begrenset med andre materielle regler som gir tredjepart, dvs leverandør, mulighet til å kreve omgjøring. En mulighet vil være usakelig forskjellsbehandling, se pkt 3.2.2.3 nedenfor.

3.2.2.3 Usaklig forskjellsbehandling

Selv om offentlige myndigheter kun i henhold til interne instruksjoner som ARF, vil man likevel kunne stille krav om at allmenne forvaltningsmessige prinsipper blir ivaretatt. Et sentralt krav er at eventuell forskjellsbehandling skal være rimelig og saklig. Hvis en forskjellsbehandling er urimelig og/eller usaklig, har domstolene adgang til å gripe inn i forvaltningens anvendelse av det frie skjønn til forvaltningen.

Domstolene har slått ned på enkelte måter å praktisere skjønnsfriheten på. Dette gjelder særlig brudd på prinsipper om saklighet og likebehandling, som ofte omtales som myndighetsmisbruk. Andre begreper som ofte blir brukt er; utenforliggende hensyn, grov urimelighet, vilkårlighet og uforholdsmessighet.

Ikke alle feil fører nødvendigvis automatisk til ugyldighet. Urimeligheten og/eller usakligheten skal likevel være sterk før domstolen griper inn. Som eksempel kan det vises til rettstidene 1956, s. 29 som gjaldt drosjebevillinger. En mengde søknader var kommet inn etter fristen, men alle ble realitetsbehandlet med unntak av 2. En reiste sak og fikk medhold av domstolen. Selv om kommunen hadde adgang til å avvise søknader som kom for sent, blir likevel en realitetsbehandling av noen søknader en vilkårlig handling som fremtrer som usaklig.

Dette gjelder når avgjørelser er truffet av samme organ. For saker hvor det er forskjellige organer/avdelinger som utøver skjønnet, vil angjeldende organ/avdeling antakelig kunne ha et noe større skjønnspekter gjennom lokale forhold som tilsier en annen tilnærming enn hva hovedpraksis er.

I forhold til saklighets- og urimelighetskravet, vil det også være av betydning at parter som berøres (i all hovedsak leverandører) er kjent med de retningslinjer som angjeldende myndighet opptrer etter, og at avvik er i tråd med hva som er forutsigbart og saklig, selv om forskjellsbehandling vil skje. Etter vårt skjønn vil eksempelvis en overordnet anskaffelsesstrategi hvor FD bekjentgjør under hvilke forhold man ønsker å gjøre unntak fra hovedreglene, eks rekkevidden av næringspolitiske hensyn, gjøre Forsvarets handlinger mer forutsigbare. Samtidig vil man antakelig også kunne redusere konfliktpotensialet.

3.2.2.4 Adgangen til å kreve erstatning når LOA ikke dekker anskaffelsen

Hovedregelen i LOA er at erstatning kan gis saksøker for eventuelle tap han har lidt hvis

oppdragsgiver har brutt LOA eller FOA jfr LOA § 10. Det skilles ikke mellom indirekte eller direkte tap, eller mellom negativ og positiv kontraktsinteresse. Således kan prøve alle erstatningsmessige sider iht alminnelig norsk erstatningsrett utenfor kontraktsforhold. Det skal da foreligge ansvarsgrunnlag, økonomisk tap og adekvat årsakssammenheng mellom det påståtte tap og det materielle ansvarsgrunnlag.

Den positive kontraktsinteresse innebærer at leverandøren stilles som om han hadde fått kontrakten. Denne erstatningsmulighet er særlig aktuell ved konkurranser hvor oppdragsgiver har begått feil. Høyesterett synes ikke å ha tatt stilling til om potensielle leverandører ville kunne fått erstatning der oppdragsgiver helt har ignorert kravet til konkurranse. Uansett gjør kravet til årsakssammenheng at det er vanskelig å se for seg en situasjon hvor en leverandør er i stand til å påvise, med klar sannsynlighetsovervekt, at han ville fått kontrakten dersom det hadde vært arrangert en konkurranse.

Dette er en av årsakene til at man nå i LOA, jfr § 7b, har innført et overtredelsesgebyr som kan ilegges virksomheten. Som bl a Regjeringsadvokaten og Næringslivets Hovedorganisasjon, peker på i høringsrunden¹² til endringer i LOA i 2005 at det vil være et behov for å kunne sanksjonere mot ulovlige direkte anskaffelser fordi slike anskaffelser vanskelig vil være gjenstand for andre sanksjoner, som for eksempel erstatningskrav fra andre leverandører. Innføringen av et sanksjonsgebyr skyldes at leverandørene ikke har fått anledning til å være med i konkurransen og dermed ikke har lidt noe økonomisk tap.

ARF har ikke tilsvarende bestemmelser om at tredjepart kan kreve erstatning før kontrakt er inngått for eventuell brudd på ARF. Tvert i mot anfører ARF pkt 1.2.4, at: "*ARF gir i seg selv ingen rettigheter til leverandører eller potensielle leverandører*". Tredjepart har således ikke et materielt grunnlag å forholde seg til for å kreve erstattet tap på grunn av avgjørelser som fattes i medhold av ARF som intern instruks.

I den grad tredjepart kan kreve erstatning, vil dette måtte skje etter rene kontraktsmessige bestemmelser, dvs det vil være et krav om at partene har inngått en avtale. I slike tilfeller vil en tredjepart ha gått over til å bli en kontraktspart. Vi går ikke nærmere inn på dette her. Man kan likevel unntaksvis se for seg at Staten v/Forsvarsdepartementet vil kunne bli erstatningsansvarlig for den negative kontraktsinteresse, i den grad man kan enten påvise usaklighet/sterk urimelighet i en saksbehandling, eksempelvis ved valg av leverandør. Negativ kontraktinteresse innebærer erstatning for de kostnader som har påløpt ved deltakelse i en anbuds-/tilbudskonkurranse.

I forhold til den positive kontraktsinteresse for erstatning av tap som følge av at man ikke rettmessig fikk kontrakten (tapt fortjeneste), er vi mer usikker. I de senere år har likevel domstolene akseptert den positive kontraktsinteresse som erstatningsverdige. Antakelig er det mulig å vurdere en analogi fra LOA sine regler under forutsetning av grove brudd på de

¹² FAD – Ot.prp nr 62, 2005-06, pkt 3.3.1.

alminnelige forvaltningsprinsipper samt at det er en klar sannsynlighetsovervekt at saksøker ville ha fått kontrakten, jfr Rt 2001, s.1062¹³. I den grad det ikke har vært konkurranse, men en direkte anskaffelse, har man ingen muligheter for å ilegge Staten v/Forsvarsdepartementet overtredelsesgebyr for brudd på ARF på linje med hva man har under LOA § 7b.

3.3 Avgrensning mellom ARF og LOA

3.3.1.1 Hovedregel for anskaffelser til Forsvaret

Som utgangspunkt er alle offentlige anskaffelser i Norge underlagt LOA. De samme regler gjelder også for andre EØS land. Andre rettssubjekter som ikke er offentlige, men som enten er kontrollert av det offentlige eller bedriver visse konsesjonsbaserte virksomheter er også underlagt LOA, se LOA § 2¹⁴.

Hovedregelen fremkommer i LOA § 3, 1 setning som anfører;

Loven gjelder anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som foretas av oppdragsgivere som nevnt i § 2.

Dette betyr at Forsvarets anskaffelser faller innunder LOA, med mindre det er anledning til å påberope seg et unntak, se nærmere under pkt 3.3.2. ARF pkt 1.2.3 anfører da også at:

Lov om offentlige anskaffelser av 16. juli 1999 nr. 69 (LOA) og forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) fastsatt ved kgl. res. 15. juni 2001 mv. gjelder alle offentlig organer, herunder statlig myndigheter. Som et underliggende organ til Forsvarsdepartementet, er Forsvaret klart omfattet av lov og forskrift. Alle Forsvarets anskaffelser skal ta utgangspunkt i LOA/FOA

3.3.2 Unntak fra LOA for anskaffelser til Forsvaret

Det fremkommer i LOA § 3, 2 setning at: “Loven gjelder ikke anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123.” Det åpnes her for å unnta anskaffelser til Forsvaret fra LOA (ref

¹³ Rt. 2001.1062 H: *Anbod. skadebot. Val av anbydar. Offentleg anskaffing*. Fylkeskommune lyste ut anbuds konkurranse om kjøp av prosjekteringstenester. Det vart gjort fleire brot på plikta til likebehandling i valet mellom fleire prekvalifiserte anbydarar (ein anbydar fekk endre anbudet, det vart lagt vekt på at anbydaren hadde vore med i føregåande arkitektkonkurranse, det vart lagt vekt på at anbydaren var geografisk nær). Ein av anbydarane som ikkje fekk oppdraget, kravde skadebot for positiv kontraktsinteresse og fekk medhald. Førstvoterande la til grunn at fylkeskommunen kunne klandrast for feila, sette elles opp generelle vilkår for skadebotansvar for positiv kontraktsinteresse: 1) Det må gjelde vesentlege feil. 2) Det må vera klår sannsynlegovervekt for at vedkomande ville ha fått oppdraget. -- Prinsippet for utmåling (sju prosent av bruttoomsætning) var avgjort før. Retten avgjorde at grunnlaget skulle vera den faktiske kontraktssummen, ikkje kontraktssummen på anbudstidspunktet.

¹⁴ LOA § 2, første setning: “Loven gjelder for statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer”.

”forsvarsformål” i EØS avtalens artikkel 123). Unntaket innebærer at LOA i sin helhet ikke kommer til anvendelse hvis den påberopes. Dette følges tilsvarende opp av tilhørende forskrift til LOA, dvs Forskrift for anskaffelser (FOA), jfr FOA § 1-3, pkt 2a¹⁵. Således er FD fristilt fra å måtte følge LOA og FOA når EØS avtalens artikkel 123 (heretter benevnt Artikkel 123) kan påberopes.

Ved påberopelse av unntak etter LOA § 3 bør FD støtte seg til et eget regelverk for å sikre enhetlig og forsvarlig opptreden for anskaffelser utenfor virkeområdet til LOA. Dette regelverket er ARF.

For anskaffelser som faller utenfor LOA, skal ARF¹⁶ i sin helhet følges. Den samme presisering for unntaksmuligheten fra FOA er gjort i ARF pkt 1.2.4 som anfører: *ARF gjelder i sin helhet for anskaffelser som er unntatt fra "Forskrift om offentlige anskaffelser av 15. Juni 2001"*.

Utover regler for selve konkurransefasen, har ARF en rekke bestemmelser som favner videre enn LOA/FOA, dvs tiden før og etter en konkurransefase er gjennomført. Eksempler kan være kvalitetssikring, konfigurasjonsstyring og anskaffelsesstrategi som ikke berøres i LOA/FOA. Dette innebærer at ved anskaffelser som skal følge LOA/FOA, skal ARF likevel anvendes på de områder som ikke dekkes av LOA/FOA og hvor ARF har egne regler. Vi går ikke nærmere inn på disse forhold her.

3.3.3 Unntaksmuligheten i EØS avtalens artikkel 123

3.3.3.1 Den konkrete ordlyd

Artikkel 123 gir anvisning på hvilke muligheter Norge og FD har for å unnta forsvarsmessige anskaffelser fra EØS området. Det er likevel ingen plikt til å benytte seg av Artikkel 123. Det vil være opp til hver enkelt nasjon om man ønsker å gjøre bruk av unntaksmuligheten. Ordlyden i Artikkel 123 er som følger;

"Art 123. Bestemmelsene i denne avtale skal ikke hindre en avtalepart i å treffe tiltak:

- a) som den anser nødvendig for å hindre spredning av opplysninger som er i strid med dens vesentlige sikkerhetsinteresser;
- b) som angår produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål, eller forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål, såfremt disse tiltak ikke endrer konkurransevilkårene for varer

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

¹⁶ Fastsatt av Forsvarsdepartementet 1. september 2003 med hjemmel i departementets instruksmyndighet og delegeringsvedtak 20. august 2004 nr. 1208.

som ikke er bestemt for direkte militære formål;

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

Artikkel 123 er tredelt. Pkt a) henviser den til en medlemsstats mulighet til å hindre spredning av opplysninger som er i strid med dens *vesentlige sikkerhetsinteresser*. Denne bestemmelsen gir i utgangspunktet et videre virkeområde enn kun det forsvarsmessige. Eksempelvis kan vi se for oss at politiets anskaffelse av sensitivt materiell vil kunne falle innunder denne bestemmelse. For denne rapport som vedrører Forsvaret, vil likevel behovet for konfidensialitet og Forsvarets anskaffelsesprosess nok naturlig reguleres av det neste punkt i Artikkel 123.¹⁷

Artikkel 123 pkt b) innehar bestemmelser relatert til Forsvaret. Her introduseres forskjellige begrep. "*Våpen og ammunisjon*" vil være materiell produsert med det formål å benyttes i krig. Slikt materiell vil ikke ha tilsvarende sivile anvendelsesområder. Hva som regnes som "*våpen og ammunisjon*", tok EF stilling til i 1958 hvor det ble utarbeidet en liste som gir veiledning. Denne listen er "oppdatert" i et svar til EU parlamentet 27. september 2001¹⁸.

Vurderingen av hvorvidt materiell er å regne som "*krigsmateriell*", må knyttes til om materiellet i utgangspunktet er produsert spesielt med tanke på militærets særlige bruk. Dette innebærer at produktets egenskaper normalt ikke vil bli etterspurt i det sivile markedet, eksempelvis kommando og kontrollsystemer som sikrer militær kommunikasjon og beslutningsapparat. Dette støttes i forhold til ovennevnte liste, hvor begrepet "for military use" gjentas flere steder. Når det gjelder begrepet "*andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål*", vil vurderingen av hvorvidt varene er uunnværlige variere fra tilfelle til tilfelle, se også en nærmere vurdering av ordlyden "*uunnværlig for forsvarsformål*" under pkt 3.3.3.2. For en slik vurdering vil virkningen av en anskaffelse i forhold til markedspåvirkningen være av betydning.

Antakelig vil det i liten grad være mulig å påberope seg Artikkel 123 for varer som er lett tilgjengelig i markedet og som forsyner både det militære og sivile marked med de identiske produkter. Såkalte "*dual use goods*", er forutsatt å falle utenfor rekkevidden til Artikkel 123. Listen fra 1958 inkluderer kun konkrete militære varer med et klart militært formål, ikke varer

¹⁷ Dette synet støttes av Europakommisjonens "*Interpretative Communication on the application of Article 296 of the Treaty in the field of defence procurement*", Brussels, 7.12.2006, s 8. COM(2006) 779 final, se s. 4 siste avsnitt.

¹⁸ Trybus, The List of Hard Defence Products under Article 296 EC, page NA 17. Her er gjenstander som artilleri, ammunisjon, bomber, ildledningsstøtte, stridsvogner etc. listet opp. Trybus viser til at listen er gjort noe mer generisk enn hva listen fra 1958 opprinnelig utgjorde. Antakelig har ikke Europakommisjonen med hensikt endret på det faktiske innhold, kun gjort den mer lesevennlig for Parlamentet.

som kan anvendes av både sivile og militære¹⁹.

Pkt c) av Artikkel 123 omhandler forhold knyttet til *alvorlig indre uro, krigstid og alvorlig internasjonal spenning*. Videre har man unntaksmuligheter i relasjon til forpliktelser man har pådratt seg i forbindelse med opprettholdelse av internasjonal fred og sikkerhet. Dette er en regel som henspeiler mer mot konkrete situasjoner hvor man må kunne påberope seg en ”nødrett” i forhold til EØS avtalen. Denne delen er i hovedsak identisk med EF traktatens Artikkel 297²⁰. Etter vårt skjønn faller dette virkeområdet litt utenfor rapportens virkeområde med henspeilingen mot akutte situasjoner. Rapporten fokuserer på planlagte anskaffelser og samarbeidsmuligheter. Vi går derfor ikke nærmere inn på denne delen av Artikkel 123.

3.3.3.2 Ordlydens rekkevidde

Så hvor stor fleksibilitet har man i å fortolke Artikkel 123? EUs Tjenestedirektiv²¹ anfører:

Article 10 - Defence procurement

“This Directive shall apply to public contracts awarded by contracting authorities in the field of defence, subject to Article 296 of the Treaty.”

Utgangspunktet er her klart. Hovedregelen for forsvarsanskaffelser er å etterleve EU direktiver som angår offentlige anskaffelser. Det er samtidig klart at ordlyden åpner for fortolkninger. For bedre å forstå innholdet i Artikkel 123 pkt b), må vi se hen til EF-traktaten. Det relevante unntak i Artikkel 123 bygger i hovedsak på Artikkel 296 i EF-traktaten (Artikkel 296). Dette innebærer at tolkning av Artikkel 123 i stor grad vil bygge på de vurderinger som gjøres av EF domstolen i forhold til Artikkel 296, selv om det er visse språkmessige forskjeller. Artikkel 296 sier følgende:

(1) The provisions of this Treaty shall not preclude the application of the following rules:
(a) no Member State shall be obliged to supply information the disclosure of which it considers contrary to the essential interests of its security;
(b) any Member State may take such measures as it considers necessary for the protection of the essential interests of its security which are connected with the production of or trade in arms, munitions and war material; such measures shall not adversely affect the conditions of

¹⁹ Dette støttes av siste del av EF traktatens artikkel 296(1)(b); “*Such measures shall not adversely affect the conditions of competition in the common market regarding products which are not intended for specifically military purposes.*”

²⁰ EF traktatens Artikkel 297: “*Member States shall consult each other with a view to taking together the steps needed to prevent the functioning of the common market being affected by measures which a Member State may be called upon to take in the event of serious internal disturbances affecting the maintenance of law and order, in the event of war, serious international tension constituting a threat of war, or in order to carry out obligations it has accepted for the purpose of maintaining peace and international security.*”

²¹ Directive 2004/18/EC of the European parliament and of the Council of 31 March 2004.

competition in the common market regarding products which are not intended for specifically military purposes.

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

Det sentrale begrep her er hhv “*uunnværlig for forsvarsformål*” versus “*as it considers necessary for the protection of the essential interests of its security which are connected with the..*”. Disse 2 begrep er ikke helt overensstemmende. Det pussige er at Artikkel 123 anvender dette begrepet i første del (vesentlige sikkerhetsinteresser), men innfører/viderefører et annet begrep i annen del. Det samme skjer ikke i Artikkel 296. I den engelske oversettelse av EØS avtalen (EEA-Agreement) heter det “*indispensable for defence purposes*”. Denne ordlyden er i stedet en videreføring av frihandelsavtalen EFTA hadde med EF²². Dette innebærer at man ikke umiddelbart kan sette direkte likhetstegn mellom de to artikler.

Det fremgår heller ikke av forarbeidene, Stortingsproposisjon nr 100 (1991-92) - EØS-avtalen, om hvorfor denne ordlyden er brukt. På en annen side er dette heller ikke vanlig i forbindelse med godkjenning av traktater og andre internasjonale avtaler. Det er kun et omforent møtereferat²³ fra forhandlingene mellom EFTA og EF hvor det fremgår om artikkel 123 at:

Avtalepartene var enige om at”Ad artikkel 123: de ikke ville gjøre urettmessig bruk av bestemmelsene i artikkel 123 for å hindre spredning av opplysninger på konkurranseområdet;”

Etter vårt skjønn vil antakelig forskjellen likevel være av mindre betydning, selv om den åpner for et visst tolkningsrom. Dette skyldes i hovedsak at EØS avtalen i størst mulig grad skal ta opp i seg de samme retningslinjer og bestemmelser som gjelder for det indre marked, samt dens unntak. Dette følger spesielt av EØS-avtalens Artikkel 105 (1), hvor det anføres at;

²² Karnovs Lovkommentar til EØS avtalens Art 123. Note (211): “Bestemmelsen er - med enkelte tillegg i bokstav c, bl.a. om indre uro - hentet fra EFTA-landenes frihandelsavtaler med EF, ikke fra EF-traktatens art. 296 (tidl. 223).”

²³ Særskilt vedlegg nr. 1 til St.prp. 100 (1991-92), se s. 424.

”For å nå avtalepartenes mål om å nå frem til en mest mulig lik fortolkning av bestemmelsene i denne avtale og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i avtalen, skal....”

Det er av partene til EØS-avtalen lagt vekt på at denne avtalen skal samsvare med de regler og forordninger som gis av EF. Dette følges opp i EØS-avtalens Artikkel 106 som skal sikre utveksling av dommer mellom de forskjellige domstoler i EF og EFTA for: *”å sikre en mest mulig lik fortolkning av denne avtale”*²⁴. Således blir den språklige forskjell minimalisert.

Et annet forhold som antakelig er mer viktig for bruken av disse 2 artikler, er at begge artikler har en *standard* innebygd i innledningen som ethvert kjøp av våpen, ammunisjon osv skal vurderes opp mot. At det er *forsvarsmateriell* som anskaffes er i seg selv ikke tilfredsstillende nok. Innledningen setter krav om at alle forsvarsrelaterte anskaffelser uavhengig hva de utgjør skal vurderes opp mot hvorvidt ²⁵*vesentlige sikkerhetsinteresser/uunnværlighet for forsvarsformål* foreligger. Eksempelvis bør man kunne kreve at varen er viktig for den operative evne slik eksempelvis sentrale IKT varer kan være²⁶.

Et annet spørsmål vil være hvor strengt man skal fortolke de angitte begreper som henviser til de forskjellige forsvarsmessige forhold. Etter vårt skjønn kan man i hvert fall forsvare å inkludere *tenester* som er direkte relatert til de *varer* som er omfattet av unntaket til Artikkene 123/296. En slik tolkning er viktig når mye av den operative evne bygger på tjenester eksempelvis programvare. Derimot vil forhold som kun relateres til økonomisk natur naturlig nok falle utenfor²⁷, noe dommen mellom Kommisjonen vs Spania viser.

3.3.3.3 Grønn boken fra Europakommisjonen på Artikkel 296 i 2004

I forbindelse med høringen av Europakommisjonen Grønn Bok i 2004 vedrørende Artikkel 296, ble det i en av høringsuttalelsene²⁸, fra Dr. Aris Georgopoulos, påpekt at man ikke nødvendigvis kan bruke den klassiske tilnærming i EU retten om proporsjonalitet for å vurdere hvorvidt appliseringen av Artikkel 296 er riktig eller ei. Hovedpoenget hans er at ”nasjonale sikkerhetsbehov” i stor grad varierer mellom de forskjellige medlemsland. Av den grunn er det vanskelig å sette en enhetlig standard som medlemslandene kan bli vurdert etter.

²⁴ EØS-avtalens Artikkel 106, 1 ledd.

²⁵ INTERPRETATIVE COMMUNICATION on the application of Article 296 of the Treaty in the field of defence procurement, Brussels, 7.12.2006, s 8. COM(2006) 779 final.

²⁶ “Military electronic equipment” er spesifikt angitt på listen som ble gitt EU Parlamentet i 2001.

²⁷ EØS-avtalen og EØS-loven med kommentarer, s. 193, Ole Gjems-Onstad 2 utg, 1 opplag 2000.

²⁸ Dr. Aris Georgopoulos, School University of Dundee, Green Paper on Defence Procurement: Anfører på side 1-2, *”Nevertheless Article 296 1b EC is not subjected to the classic proportionality test (i.e. examination of the suitability and necessity of the national measure) like other Treaty exemptions. “*

Samtidig vil ikke enhver henvisning til ”nasjonale sikkerhetsbehov” frata EF-domstolens frie skjønn til å vurdere legitimiteten/påstander fra de enkelte nasjoner. Tvert i mot, etter Artikkel 298 i Amsterdamtraktaten blir dette adressert, jfr følgende;

”If measures taken in the circumstances referred to in Articles 296 and 297 have the effect of distorting the conditions of competition in the common market, the Commission shall, together with the State concerned, examine how these measures can be adjusted to the rules laid down in the Treaty. By way of derogation from the procedure laid down in Articles 226 and 227, the Commission or any Member State may bring the matter directly before the Court of Justice if it considers that another Member State is making improper use of the powers provided for in Articles 296 and 297. The Court of Justice shall give its ruling in camera.”

Således er det klart at EF domstolen har adgang til å vurdere alle sider ved Artikkel 296. Det kan i denne sammenheng vises til en dom fra EF domstolen i 1999, Spania vs. Kommisjonen²⁹, hvor Spania hevdet at de kan unnta alle varer fra mva anskaffet i medhold av Artikkel 296. Et EU direktiv anfører dog at all import skal være mva pliktige, med mindre det er unntatt på generelt grunnlag. Spania tapte, og det er vist til at EF domstolen la til grunn en snever tilnærming ved bruken av Artikkel 296. Domstolen anfører at:

”It follows that the VAT exemptions are not necessary in order to achieve the objective of protecting the essential interests of the security of [...] Spain.”

Videre anføres det i pkt 21 i dommen;

“It must be observed in that regard, as the Court has already held in Case 222/84 Johnston [1986] ECR 1651, paragraph 26, that the only articles in which the Treaty provides for derogations applicable in situations which may involve public safety are Articles 36, 48, 56, 223 and 224 of the EC Treaty (now, after amendment, Articles 30 EC, 39 EC, 46 EC, 296 EC and 297 EC), which deal with exceptional and clearly defined cases. Because of their limited character, those articles do not lend themselves to a wide interpretation.”

Hvis vi forutsetter at Artikkel 296 er en strategisk bestemmelse som sikrer medlemslands rett til å håndtere sensitivitet, sikkerhet og ledende teknologisk utvikling, kan vil likevel spørre oss om nevnte dom er fullt ut representativ. Spanias ønske om å ”spare penger” ved å unnta anskaffelser fra mva gjennom henvisning til Artikkel 296 synes åpenbart ikke å kunne tilfredsstillere kravene til Artikkel 296. Man kan spørre seg om dommen ”type-riktig” i forhold til spørsmål av mer nasjonal sikkerhets karakter og forholdet til hva som faller innenfor og utenfor av forsvarsmateriell. I denne dommen er også den restriktive holdning til EF-domstolen koblet opp

²⁹ Sak C-414/97.

mot de andre unntak i EF-traktaten, - og likestilt med disse, noe Dr. Aris Georgopoulos er uenig i.

Sannsynligheten for at EF-domstolen vil være like bastant er nok ikke til stede i fremtidige saker som angår mer konkrete nasjonale sikkerhetsbehov. Antakelig må man gi medlemsstater videre vurderingsmuligheter i hva som skal inndeferes under Artikkel 296³⁰.

Det *kan* i den sammenheng stilles spørsmål om hvor langt EF-domstolen kan være uenig i en stats vurdering av nasjonal sikkerhetsbehov, siden disse behov varierer fra nasjon til nasjon. Skjønnfriheten knyttet til vurdering av egen sikkerhet går antakelig relativt langt. Å pålegge en stat å *endre* synet på eget sikkerhetsbehov vil frata dem sin nasjonale rett til å vurdere egen sikkerhet og derigjennom hvilke tiltak som er påkrevet for å bibeholde denne på et forsvarlig nivå. Dette synet støttes av Europakommisjonen et godt stykke på vei når de i sin fortolkning av Artikkel 296³¹ anfører på s. 6 at:

”According to Article 296 TEC, Member States can take measures they consider necessary for the protection of their essential security interests. This provision has been acknowledged to grant to Member States a broad degree of discretion in deciding how to protect their essential security interests”.

Nå påpeker Europakommisjonen at denne adgangen til å vurdere eget sikkerhetsbehov ikke er fullstendig fri. Det kreves at medlemsstaten (e) kan fremlegge bevis for at unntaket skyldes deres vesentlige sikkerhetsinteresser, jfr EF-traktaten Artikkel 298. Det blir i praksis et spørsmål om hvem som har kompetanse til å vurdere samt avgrense innholdet av Artikkel 296. UK har i sitt svar til Grønboken vært negativ til at EU skal definere nærmere innholdet av Artikkel 296 utover 1958 listen³².

I praksis vil nok et slikt syn innebærer at EF-domstolen vil begrense seg til å slå ned på åpenbare tilfeller av brudd på Artikkel 296, jfr. Spania vs. Kommisjonen. Trybus³³ hevder dog at dommen, i motsetning til hva Dr. Aris Georgopoulos anfører, stadfester proporsjonalitetsprinsippet. Han anfører at:

³⁰ Kommentar fra Trybus (1): *“The national security interests of the Members States are also accommodated as they are left a wide margin of appreciation.”*

³¹ INTERPRETATIVE COMMUNICATION on the application of Article 296 of the Treaty in the field of defence procurement, Brussels, 7.12.2006, s 8. COM(2006) 779 final.

³² Fra pkt 7 I UK MOD sin høringsuttalelse: *“Clearly, we would be opposed to any regulation that impinges upon the use of Article 296 TEC (or that seeks to regulate it), and where it affects matters within the competence of Member States.”*

³³ Trybus, Martin, European Union Law and Defence Integration, Hart Publishing Ltd., 2005, ISBN 1841134406.

” A member State measure has to be suitable and necessary to serve a public interest, for example public security. The interest is balanced with the interest of the internal market”

Vi er ikke nødvendigvis uenig med Trybus, men ovennevnte dom synes ikke å innfortolke proporsjonalitetsprinsippet. Etter vårt skjønn er EF domstolen mer opptatt av at stater som påberoper seg unntak fra EF-traktaten, kan begrunne samt dokumentere dette på en saklig måte³⁴.

I Dr. Aris Georgopoulos sin høringsuttalelse til Grønnboken, hevder han således at mens andre artikler i Amsterdamtraktaten vil bli vurdert opp mot et proporsjonalitetsprinsipp, vil man for Artikkel 296 legge til grunn et prinsipp om ”manifestly unsuitable”.³⁵ Dr. Aris Georgopoulos anfører at begrepet ”manifestly unsuitable” er en negativ test i sin natur. Dette innebærer at EF - domstolen antakelig ikke vil teste ut hvorvidt en beslutning er riktig, men vurdere i hvilken grad en beslutning er i åpenbar konflikt med Artikkel 296. Dette synet støttes også i det svar Sverige ga til Grønnboken³⁶. På spørsmål om man trenger å definere en egen varekategori som uttrykkelig unntas fra direktivet, anfører Sverige at det tilhører medlemsstatenes kompetanse til å unnta anskaffelser etter Artikkel 296. Indirekte blir dette synet også støttet av Wuermeling rapporten (2005/2030(INI)) til EU Parlamentet ift Grønnboken hvor det anføres:

“The core groups of goods that are sensitive for security reasons will – there is no question about that – remain unaffected. The exemption for goods which are clearly of a military nature will continue to apply. It is simply a matter of preventing Article 296 from being invoked for goods that are not clearly of a military nature...”

³⁴ De anfører i sin argumentasjon, se pkt 22: *“Accordingly, it is for the Member State which seeks to rely on those exceptions to furnish evidence that the exemptions in question do not go beyond the limits of such cases. In the present case, the Kingdom of Spain has not demonstrated that the exemptions provided for by the Spanish Law are necessary for the protection of the essential interests of its security. It is clear from the preamble to that Law that its principal objective is to determine and allocate the financial resources for the reinforcement and modernisation of the Spanish armed forces by laying the economic and financial basis for its overall strategic plan. It follows that the VAT exemptions are not necessary in order to achieve the objective of protecting the essential interests of the security of the Kingdom of Spain.”*

³⁵ *IBID*, side 2-3: *”I believe that the wide margin of discretion, which was awarded purposefully by the Community Legislator to the Member States is not unconditional. The discretion surpasses its theological boundaries, and therefore is unjustified, when the national measure is manifestly unsuitable for attaining the aim of protection of the essential interests of security. That was the case in C-414/97 Commission v. Spain where the Court found that: “24 The Spanish government has not established that the abolition of the exemption from the VAT on imports and acquisitions of armaments, , constituted a measure which could undermine the protection of the essential interests of security... ”.*

³⁶ Finansdepartementet, Rättssekretariatet, 30 mars 2005, Det svenske regeringens synspunkter på Europeiske kommissionens grønbok om forsvarsupphandlinger.

Mye av diskusjonen rundt anvendelsen av Artikkel 296 dreier seg om hvor grensen går. Europakommisjonen vil med sitt syn åpne markeder søke å gjøre anvendelsesområdet til Artikkel 296 så snever som mulig. Jo snevrere man kan fortolke Artikkel 296, desto mer vil falle innunder EF Direktiv 2004/18/EF, dvs LOA.

Motsatt ser flere av medlemsstatene at dette ikke bare har en direkte virkning på deres sikkerhetsinteresser og friheten under Artikkel 296. Grensedragningen påvirker også fleksibiliteten de har til å skreddersy gjennomføringen av forskjellige forsvarsanskaffelser for å oppnå kosteffektivitet. Ved anskaffelser innenfor de klassiske direktiver til EU (LOA), mister man mye av mulighetene til å kunne kommunisere effektivt (forhandle) med relevante leverandører³⁷. Dette problemet tas spesielt opp i Europakommisjonens kommunikasjon av 7. desember 2006 hvor de bl a anfører:

”The current Public Procurement (PP) Directive, even in its revised version (2004/18/EC), is considered ill-suited to many defence contracts, since it does not take into account some special features of those contracts. As a result, many Member States are reluctant to use the PP Directive for defence equipment, even if the conditions for the application of Article 296 are not met.”

Det er ennå ikke klarlagt når et slikt direktiv vil kunne foreligge.

3.3.3.4 Europakommisjonens regulatoriske tilnærming til forsvarsmarkedet

Frem til nylig har det vist seg praktisk vanskelig å harmonisere krav og anskaffelsestidspunkt til nytt materiell³⁸. En rekke prosesser er imidlertid iverksatt i ulike europeiske fora for å skape grunnlag for mer et omfattende samarbeid på tvers av landegrensene.

EDA³⁹ har iverksatt med en såkalt Code of Conduct som er en ikke-bindende avtale mellom medlemsstater som åpner opp forsvarsmarkedene fra 21. november 2005. Avtalen innebærer at deltakende stater (SMS) vil åpne for konkurranse for alle forsvarsanskaffelser over 1 mill € med

³⁷ Høringssvaret fra Norge sier: *”For instance, many even procurements of ”off the shelf” products require that both supplier and the procuring entity obtain final approval from appropriate officials, in order to award the contract. ... Under such circumstances the Classical Directives, will not provide for the needed dialogue between the supplier and the contracting authority, since appropriate measures only can be identified in the award phase and will vary from supplier to supplier.”*

³⁸ I rapporten, Militære anskaffelser, gjenkjøp og industripolitikk, av Kjell A. Eliassen og Markus Skriver (ISSN 1500-2683) skriver forfatterne; *”Landene i denne studien prøver alle i den grad det er mulig å gi forsvarskontrakter til industrien i eget land, og når dette ikke er mulig forlanger de gjenkjøp eller internasjonalt industrisamarbeid.”*

³⁹ European Defence Agency.

visse unntak⁴⁰. Hvis en SMS ønsker å gjøre unntak, anfører Code of Conduct at:

“Within the scope of the regime thus defined, it is recognised that SMS may exceptionally need to proceed with specific procurements without competition, in cases of pressing operational urgency; for follow-on work or supplementary goods and services; or for extraordinary and compelling reasons of national security. In such exceptional cases SMS will, once the procurement route has been confirmed, provide an explanation to the EDA, in its capacity as monitor of the regime on behalf of SMS..”

Man har kalt dette for ”the embarrassment clause”. EDA håper at det skal ha en viss dempende effekt på det lukkede marked at en medlemsstat må forklare seg overfor andre stater at man ikke ønsker å tillate konkurranse i et prosjekt. Code of Conduct er såpass ny at vi ennå ikke vet hvor omfattende og hva slags innflytelse den vil kunne få. Norge har nå inngått en samarbeidsavtale med EDA, som ble godkjent av EUs forsvarsministere i Innsbruck 7. mars 2006.

Flere er dog skeptiske til at EU skal få innflytelse i en sektor som historisk er så viktig for nasjonal suverenitet. Eksempelvis vil en fjerning av Artikkel 296 fra EF-traktaten kreve enstemmighet hvilket ansees som vanskelig i den nære fremtid. På den annen side har situasjonen endret seg betydelig i løpet av de siste fem årene. EDA vil nok sammen med Kommisjonen spille en svært viktig rolle i å koordinere medlemsstatene i forhold til både anskaffelser, driftsunderstøttelser, forsknings og utvikling samt langsiktige kapabilitetsplanlegging. EDA har uttrykt håp om at de praktiske samarbeid gjennom EDA over tid vil åpne opp EU sitt forsvarsmarked og derigjennom gjøre behovet for å påberope seg Artikkel 296 mindre.

Europakommisjonen arbeider også aktivt på regelsiden. Basert på høringsresultatene fra Grønn Boken på Art 296, kom det desember 2005⁴¹ en kunngjøring om at Kommisjonen i løpet av 2006 vil utestede en fortolkning på rekkevidden av Art 296 for å gi medlemsstatene en guide for hvordan denne kan brukes (kom 7 desember 2006). Guiden vil ikke være juridisk bindende. Antakelig vil den likefullt være et kraftfullt dokument på et rettsområdet som er i liten grad beskrevet i teori og praksis. Dette vil over tid kunne få implikasjoner på fleksibiliteten man i dag har til å gjennomføre konkurranser.

I parallell vil også Europakommisjonen starte arbeidet med å utarbeide et mulig nytt direktiv tilpasset forsvarsanskaffelser og dets kompleksitet. Selv om man nå har innført mulighet for konkurransepreget dialog, se kapittel 5.1.4.2, ser Europakommisjonen behovet for enda mer tilpassede regler for komplekse militære anskaffelser. Håpet er at innføring av nytt direktiv vil

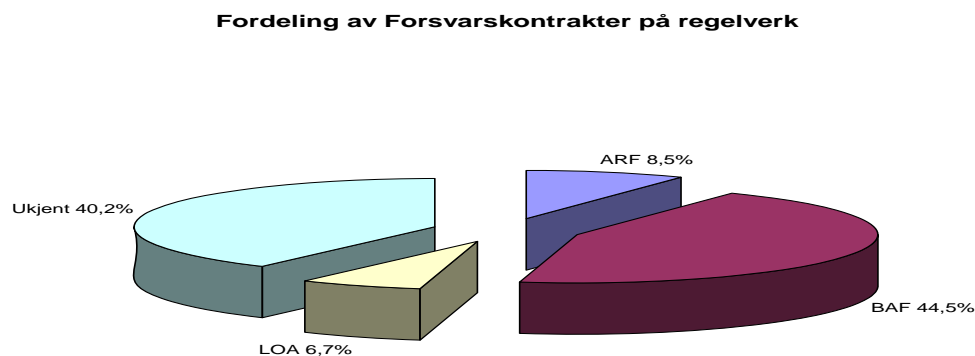
⁴⁰ *Except for procurement of research and technology; collaborative procurements; and procurements of nuclear weapons and nuclear propulsion systems, chemical, bacteriological and radiological goods and services, and cryptographic equipment.*

⁴¹ Public procurement: new Commission initiatives on more open and efficient defence procurement IP/05/1534, Brussels, 6 December 2005.

gjøre det lettere å anvende et felles sett med regler som sikrer større markedsadgang på tvers av EF sine grenser. Denne prosessen har nå kommet så langt at man har begynt å involvere medlemsstater i konsultasjoner.

3.3.3.5 Den praktiske bruk av EØS avtalens artikkel 123 i Norge

Ved uthenting av foreløpige data⁴² fra FFI sin CONCEPT database, ser vi følgende fordeling av regelverksbruken ift 82 prosjekter som hver har en ramme på 200 mil kr eller mer:



Figur 3.1: Fordeling av regelverksbruken på 209 kontrakter fra CONCEPT databasen for perioden 1997 til 2006 relatert til 82 prosjekter. Det høyere antall kontrakter kan forklares med at hvert prosjekt ofte har flere kontrakter.

Som vi ser av fordelingen, er identifisering av regelverksbruken foreløpig beheftet med en stor usikkerhetskomponent (40, 2 %). Denne vil antakelig bli vesentlig mindre ved fornyet gjennomgang av databasen når vi har mer prosjektinformasjon. Samtidig er det åpenbart at Forsvaret gjennom det gamle anskaffelsesregelverket (BAF) og dagens ARF, i stor grad har anvendt disse for de fleste anskaffelser. FD ønsker nå å rette et større fokus på anvendelsen av LOA ved at ARF retningslinjer fokuserer på at LOA er ”primærregelverket”⁴³.

Avgjørende for valg av regelverk er forståelsen av Artikkel 123. For å definere rekkevidden av Artikkel 123 ytterligere utover hva som allerede er beskrevet i ARF, se pkt 1.2.4, hadde FD i et skriv⁴⁴ søkt å klargjøre bruken av Artikkel 123. Denne klargjøringen har vært gjenstand for noen diskusjoner siste år. En av grunnene til diskusjonene har vært at man har anvendt andre begreper enn hva som fremkommer enten i Artikkel 123 eller Artikkel 296. Dette har skapt usikkerhet.

I følge FD sitt skriv skulle man kun anvende unntaksmuligheten i Artikkel 123 i de tilfeller hvor det foreligger ”åpenbare sikkerhetspolitiske eller beredskapsmessige hensyn”. Selv om begge artikler har henvisning til medlemsnasjonens sikkerhetsinteresser, skapte begrepsbruken mer

⁴² Det mangler fortsatt data fra en del prosjekter. Totalt 209 kontrakter er så langt lagt inn.

⁴³ ARF pkt 1.2.3, siste ledd.

⁴⁴ FD – EØS - Avtalens Art. 123 – skriv Forsvarsstaben 19. september 2005, ref 1998/01100-183/FD V/SLB.

usikkerhet enn det som var nødvendig. Nevnte begreper utgjør andre begreper enn hva som er brukt i Artikkel 123. Man bør i utgangspunktet være svært varsom med å innføre andre begreper, spesielt hvis de i sin ordlyd tilsynelatende ligger tett opptil de originale begreper. I dette tilfelle i forhold til anvendelsen av begrepene ”åpenbare” samt henvisningen til ”sikkerhetspolitikk”, og ”nasjonal beredskap” siden begrepsbruken kan oppfattes til å forskyve den vurdering som skal utføres, til et ”høyere” nivå.

Eksempelvis kan begrepet ”sikkerhetsinteresser” tolkes mer vidt enn ”sikkerhetspolitikk”, og ikke minst i forhold til *hvem* som vil stå for praktiseringen. Sikkerhetspolitikk vil i hovedsak være et anliggende for politiske myndigheter gjennom Stortinget og Regjeringen. Praktisering og ivaretagelse av sikkerhetsinteresser, vil i større grad kunne tilligge departementet og Forsvaret. Ved å henvise til sikkerhetspolitikk, vil relevante forvaltningsorganer kunne oppfatte dette som at man må ha godkjennelse for hver gang man skal anvende ARF etter Artikkel 123, siden dette krever en sikkerhetspolitisk vurdering⁴⁵.

FD anvender også begrepet ”åpenbare”, mens Artikkel 296 og Artikkel 123 legger til grunn begrepet ”vesentlig”. Selv om begge begreper krever klar overvekt av ”bevis” for å kunne anvendes, så kan begrepet ”åpenbar” tolkes som et strengere kriterium enn ”vesentlig”.

”Beredskapsmessige hensyn” er heller ikke anvendt i Artikkel 296 eller Artikkel 123 i forhold til anvendelsesområdet ved forsvarsanskaffelser under Artikkel 123 b). Begrepet ”uunnværlig for forsvarsformål” i Artikkel 123 kan riktignok muligens inneholde elementer av beredskapsmessig art, siden siste del av Artikkel 123 henviser til krise og krig og behovet for at medlemslandene konfererer når forsvarshandel vil kunne påvirke det indre marked. Men igjen, dette er ikke et begrep som er definert og anvendt i de 2 traktater i denne sammenheng.

Hva er så konsekvensen av at man i FD sitt skriv anvendte andre begreper? Resultatet ble av flere oppfattet å være innføring av tilleggskriterium hvor man ikke bare skal tilfredsstillte selve ordlyden i Artikkel 123, men at en anskaffelse i tillegg skulle være av ”åpenbare sikkerhetspolitiske eller beredskapsmessige hensyn”. Eksempelvis vil flere kategorier av materiell som faller innunder 1958-listen, ikke nødvendigvis oppfylle kravet i FD sitt skriv selv om de er av spesielle militære natur og hvor eksempelvis spesifikt militært vognmateriell ansees å være uunnværlig for forsvarsformål.

FD har senere presisert sitt skriv fra 19 sep 05 hvor de⁴⁶anfører at skrivet ”ikke er ment å være innsnevrende” og at ”..en lang rekke av Forsvarets anskaffelser (vil) falle inn under unntaksbestemmelsen”. FD påpeker her viktigheten av at dokumentasjonen på at bruken av unntaksbestemmelsene er godt faglig begrunnet blir presisert og at skrivet av 19 sep 05 var for å bistå forvaltningen med dette. En gjennomgang av rettskilder tilknyttet Artikkel 123 og Artikkel 296 viser at dette er et fagfelt som er sparsommelig behandlet, noe som kan gjøre det vanskelig

⁴⁵ Dette synet ble gjennomgående registrert i samtaler med flere ledende offiserer i FLO/Investering.

⁴⁶ FD sitt skriv av 28 sep 06, *EØS-Avtalens Artikkel 123 – Presisering*; ref 1998/01100-184/FD V/PAC.

for forvaltningen å forstå hvor grensen faktisk går.

Samtidig vil vi presisere at norske myndigheter har full rett i å snevre inn virkeområdet til Artikkel 123, og i stedet bruke LOA. Adgangen til å unnta fra Artikkel 123 er en rett, ikke en plikt. *En* begrunnelse for å anvende LOA, i tråd med det arbeid som Europakommisjonen gjør, er at dette vil kunne bidra til åpning av forsvarsmarkedet i Norge og Europa for øvrig. På den annen side vil det kunne hevdes, ref. det norske tilsvaret til Europakommisjonen på Grønnboken, at det norske markedet i praksis allerede er åpent under det eksisterende ARF-regime. I dag anskaffes vel 45 % ⁴⁷ fra norske bedrifter, mens over 55 % anskaffes fra utlandet.

Begrunnelsen for å beskrive FD sin saksgang i fortolkningen av Artikkel 123 er å bidra til en debatt om bruken av en sentral unntaksmulighet som befinner seg i EØS avtalen. Hovedhensikten for en slik debatt er at Forsvaret trenger et effektivt regelverk som ivaretar deres interesser på en balansert måte, samtidig som den håndterer et til dels svært lukket marked. ARF er nettopp designet for dette, mens LOA ikke er det. Av den grunn bør man vurdere i hvilken grad man i større grad bør utnytte det mulighetsrom som Artikkel 123 faktisk gir Forsvaret gjennom å anvende ARF så langt det er mulig. Vi er usikre på om dette gjøres i tilstrekkelig grad i dag.

Det samme behov for tilpassede anskaffelsesprosedyrer har Europakommisjonen identifisert, og har gått i gang med å utarbeide et mulig nytt direktiv tilpasset forsvarsanskaffelser og dets kompleksitet, enn hva dagens EU direktiver gir anledning til. Innføring av et nytt direktiv vil antakelig gjøre det lettere å anvende et felles sett med regler som samtidig vil kunne sikre større markedsadgang mellom medlemsstatene.

4 Tilgang på kompetanse i tidligfase – rådgiverrollen

4.1 Innledning

Bruk av rådgivere som både bistår i utarbeidelse av spesifikasjoner før en konkurranse og som får delta i den etterfølgende konkurranse, er noen ganger en nødvendighet for å lykkes med prosjekter. Vi ønsker i dette kapittel å se på regler som styrer bruk av rådgivere i tidligfase av prosjekter/anskaffelser før endelig leverandør er valgt, og hvorledes man bør innrette seg for å sikre etterlevelse etter relevante regler. I Punkt 4.3 ser vi på hvordan dette kan gjøres i et LOA regime, mens punkt 4.4 vurderer dette under et ARF regime. Det presiseres at alle vurderinger gjøres for anskaffelser over terskelverdiene.

I denne rapport vil vi avgrense oss til å vurdere rådgivning som har innvirkning på utarbeidelse av spesifikasjoner eller annen konkurransesensitiv informasjon. Som det vil fremkomme nedenfor, er dette også hovedfokuset for reglene i både LOA og ARF, nemlig rådgivers rolle ift utarbeidelse av spesifikasjoner. Når vi anvender begrepet *rådgiver* heretter, vil det relatere seg til

⁴⁷ Det norske svaret til Grønn boken på artikkel 296.

leverandørens bistand til kunde ifm utarbeidelse av spesifikasjoner tilsv.

Vi vil først gjennomgå noen allmenne regler for anskaffelser hentet fra LOA for å gi et komplimenterende bilde som også er relevante for ARF.

4.2 Allmenne regler

4.2.1 Kravet til ikke-diskriminering

Et sentralt hovedprinsipp i LOA, jfr LOA § 5, er kravet om ikke-diskriminering. Kvalifisering av leverandører og tildeling av kontrakt skal baseres på objektive kriterier kjent for alle involverte. Konkurransen er et bærende prinsipp, og av den grunn er det avgjørende at konkurransen skjer på like vilkår for alle leverandører.

Krav til likebehandling forutsetter blant annet at alle potensielle leverandører får samme informasjon på samme tidspunkt. Dette skal forhindre at en eller flere leverandører får et konkurransefortrinn. I en anbudsprosess kan tidsfaktoren være viktig for hvordan anbudet utformes. Får en leverandør mer tid på å forberede sitt anbud fordi informasjonen er kommet på et tidligere tidspunkt, kan det gi et konkurransefortrinn. Det samme gjelder om en leverandør får mer utfyllende informasjon som kan påvirke selve konkurransesituasjonen.

Kravet til lik og samtidig informasjon og publisering av denne, skal sikre en lik konkurranse. EF domstolen har for øvrig i den sammenheng uttalt⁴⁸ ”..for the benefit of any potential tenderer, a degree of advertising sufficient to enable the services market to be opened up to competition, and the impartiality of the procurement procedures to be reviewed”. Uttalelsen viser til kravet om publisering av offentlige anskaffelser, som igjen vil sikre domstolene mulighet for å etterprøve den angjeldende anskaffelse med *nok* informasjon. Å sikre tilgang til *nok* informasjon er viktig for å kunne føre ”kontroll” over uavhengigheten til anskaffende myndighet, gjennom leverandørens adgang til å føre sak for klageorgan/domstol. For å sikre at ikke-diskrimineringsprinsippet fungerer for det indre marked i EU kan det anføres 3 viktige prinsipper:

- Kunngjøring av konkurranseforespørsler i EU/EØS
- Tilgang på samtidig, lik og tilfredsstillende informasjon for alle potensielle leverandører
- At markedet har klageadgang og derav kan opptre som kontrollører i ettertid

Forbudet mot diskriminering i LOA § 5, 4 ledd⁴⁹ er et eksempel på konkretisering av kravet til

⁴⁸ Sak C-324/98 Telaustria, para 61-62.

⁴⁹LOA §5, 4 ledd: *Oppdragsgiver skal ikke:*

- a. diskriminere mellom leverandører på grunnlag av nasjonalitet,*
- b. bruke standarder og tekniske spesifikasjoner som et virkemiddel for å hindre konkurranse, eller*
- c. dele opp en planlagt anskaffelse i den hensikt å unngå at bestemmelser gitt i eller i medhold av denne lov kommer til anvendelse.*

likebehandling av alle leverandører. Selv om man formelt kanskje har likebehandlet leverandørene, kan man likevel rammes av forbudet mot diskriminering. Forbudet rammer nemlig også de tilfeller hvor oppdragsgiver stiller krav til enten leverandør eller produkt, og hvor kravet på grunn av sitt innhold *i praksis* kan ekskludere utenlandske leverandører fra å bli kvalifisert.

Anskaffelse av tjenesteleveranse kan tjene som et eksempel. Det er ikke noe i veien for at oppdragsgiver gjennom objektive kriterier krever at den valgte leverandør skal yte en viss servicegrad. Derimot kan man ikke kreve at oppgaven løses ved lokal tilstedeværelse, kun hvilken eventuell (funksjonell) service grad man ønsker. Hvordan den valgte leverandøren løser oppgaven er opp till ham. Ved å overlate til leverandørene hvordan oppgavene løses, oppmuntrer man til innovativitet for å løse behovet til kunden. Tekstboks 4.1 nedenfor viser utdrag fra Europakommisjonens forklaring på grunnprinsippene bak offentlige anskaffelser i EU.

PUBLIC PROCUREMENT IN THE EUROPEAN UNION - DIRECTIVE 92/50/EEC

Objectives and scope of the public procurement directives

The creation of a common market for public-sector procurement and construction contracts was unlikely to come about entirely as a result of the obligations Member States had undertaken in the Treaties to remove restrictions on foreign goods, services and businesses. It was still likely to be frustrated by differences in national regulations.

Community legislation was necessary to make sure that government contracts were open to all nationalities on equal terms and to make tendering procedures more transparent so that compliance with the principles laid down in the Treaties could be monitored and enforced.

Therefore, to back up the prohibition of import restrictions resulting from discriminatory public purchasing and to make it easier for resident and non-resident foreign firms to compete for public-sector contracts, the Council issued directives to coordinate procurement procedures in all public-sector procurement subject to the Treaties. The public procurement directives are based on three main principles:

- Community-wide advertising of contracts so that firms in all Member States have an opportunity of bidding for them.
- The banning of technical specifications liable to discriminate against potential foreign bidders.
- Application of objective criteria in tendering and award procedures.

The latter principle is ensured by the following requirements:

- Contracts are to be put out to open tender (open to all interested parties) or restricted tender (open only to selected candidates), at the choice of the authority placing the contract.
- Authorities may have recourse to negotiated tendering only in specified exceptional circumstances.

- Interested parties may only be excluded from participating (in restricted or negotiated tenders) or from final selection (in open, restricted or negotiated tenders) on certain specified qualitative criteria.
- Contracts may be awarded only on economic or technical criteria, namely either the lowest price or the economically most advantageous tender overall.

Tekstboks 1: Fra Europakommisjonen: Public procurement in the European Union - Directive 92/50/EEC - Objectives and scope of the public procurement directives

4.2.2 Kravet til konkurranse

Et viktig prinsipp til all offentlig anskaffelse er kravet til konkurranse jfr LOA § 5, 2 ledd⁵⁰. I NOU 1997:21 – Offentlige anskaffelser anføres det under kommentaren til LOA § 5, at:

”Et overordnet prinsipp er at offentlige anskaffelser skal skje på grunnlag av konkurranse, uten hensyn til hvilken anskaffelsesprosedyre som blir benyttet. Ved offentlige anskaffelser er det både ut fra samfunnsøkonomiske- og forretningsmessige hensyn, samt forvaltningsrettslige likhetsbetraktninger ønskelig at disse skjer etter konkurranse mellom potensielle leverandører.”

Dette innebærer videre at enhver kontakt med leverandører må håndteres ut fra hvordan kontakten kan påvirke en (mulig) fremtidig konkurranse. LOA/FOA ikke er til hinder for at oppdragsgiver kan samarbeide med både nåværende og potensielle leverandører før en konkurranse. Kravet er at dette ikke skal *undergrave* konkurransen om konkrete anskaffelser, eller diskriminerer andre leverandører.

Samtidig, i en situasjon hvor det ønskes skjerpet konkurranse om offentlige anskaffelser, har Næringsdepartementet⁵¹ vektlagt at det offentlige skal bidra til å styrke bedriftenes⁵² konkurranseevne ved at offentlige myndigheter skal opptre som aktive leverandørutviklere. Dette vil kunne bidra til at flere leverandører kan gi konkurransedyktige tilbud ved selve anskaffelsen. Derved bør oppdragsgiver kunne gis større mulighet til å oppnå en bedre anskaffelse, fordi oppdragsgiver vil kunne få flere tilbud å velge mellom. Næringsdepartementet trekker frem 3 hovedgrupper som det offentlige bør fokusere på:

- *informasjon* til leverandørene
- *konkurranse* mellom leverandørene
- *samarbeid* med leverandørene

⁵⁰ LOA §5, 2 ledd ”En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse”.

⁵¹ Næringsdepartementet, Leverandørutvikling - Offentlig sektor som konkurransefortrinn for næringslivet, oktober 1998.

⁵² Indirekte forstått norske bedrifter, selv om dette ikke sies direkte, med unntak av forordet.

n slik tilnærming krever god kontakt og samarbeid mellom aktørene, og ikke minst åpenhet. For tillitvekkende opptreden er det viktig at man er åpen om den aktive leverandørutvikling man gjennomfører. Det er av stor betydning at kunden er åpen om sin anskaffelsesstrategi og jevnlig informerer markedet. Dette skaper forutsigbarhet og etterrettelighet for potensielle leverandører og bidrar til en åpen agenda, noe som kan skape større trykk på konkurransen. Et slikt samarbeid kan gi grobunn for fremtidig utvikling av nye produkter og løsninger. På sikt kan dette medføre store besparelser for oppdragsgiver

4.3 Rådgivning innenfor LOA

4.3.1 Ordlyden i Forskriften for offentlige anskaffelser § 3-8

Vår hovedproblemstilling håndteres av Forskriften for Offentlige Anskaffelser (FOA) § 3-8⁵³ som gir regelen for bruk av rådgivere. Det fokuseres her på utarbeidelse av spesifikasjoner forut for en konkurranse. Ordlyden er som følger:

§ 3-8. Bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner.

Oppdragsgiver skal 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

Hovedregelen er å unngå at konkurransen påvirkes av rådgivere som senere selv vil kunne delta, dersom dette vil kunne utelukke konkurranse⁵⁴. For det første kan rådgiver ha gitt råd som kan påvirke valg av spesifikasjoner til hans fordel (og på andre leverandørers bekostning). For det andre kan rådgiver gjennom sin deltagelse før konkurransen ha fått større tilgang til informasjon enn de andre aktørene. Han har antakelig fått lenger tid på å forberede og utarbeide tilbudet i tillegg til at han sitter med kjennskap til detaljer om hva som vil være vesentlig mv. i forbindelse med utformingen av tilbudet.

Begge tilfeller vil, enten sammen eller hver for seg, kunne være konkurransevridende i en grad som vil kunne *utelukke* konkurranse. Det er således lett å trekke den konklusjon at man ikke skal tillate rådgivere å delta i en etterfølgende konkurranse. Til det kan usikkerheten knyttet til disse spørsmål være for stor. Hvis en rådgiver vinner kontrakten kan det være enkelt for de tapende

⁵³ Bestemmelsen følger også av Norges forpliktelser etter WTO-avtalen om offentlige anskaffelser (GPA) art. VI nr. 4. som er gjengitt i direktiv 2004/18/EF fortalens premiss 8: "...seek or accept advice which may be used in the preparation of the specifications provided, however, that such advice does not have the effect of precluding competition."

⁵⁴ Bestemmelsen i FOA følger også av Norges forpliktelser etter WTO avtalen om offentlige anskaffelser (GPA art. VI). Det samme prinsippet ligger til grunn for at ansatte i oppdragsgivers virksomhet eller organisasjon ikke skal kunne delta i en konkurranse om tildeling av en offentlig anskaffelseskontrakt.

leverandører å hevde at all informasjon ikke er blitt fremlagt, - at den kunnskap som rådgiver har tilegnet seg om kunden utgjør en fordel som ikke kan erstattes gjennom skriftlig dokumentasjon. En annen fare er at rådgivningen kan medføre at andre relevante aktører anser det kommersielt uinteressant å delta i en konkurranse, slik at konkurransefasen får mangelfull deltagelse.

Samtidig er det viktig å påpeke at bestemmelsen helt klart åpner for unntak. Tilgang på nøytrale rådgivere innenfor visse områder er ikke påtagelig stor. Spørsmålet blir da, *hva det reelle spillerom er* for en oppdragsgiver til å sikre seg tilgang på kompetanse fra markedet i tidligfase av et prosjekt/anskaffelse forut for konkurransefasen. Nedenfor vil vi se nærmere på disse unntak.

4.3.2 Kravet om å ikke utelukke konkurranse

Bestemmelsen i FOA § 3-8 omfatter bare de tilfeller hvor konsekvensen av å benytte rådene i en anskaffelsesprosess innebærer at man vil kunne *utelukke konkurranse*.

Hvor langt bestemmelsen rekker, må vurderes *konkret* for den enkelte anskaffelse. KOFA uttaler (i sak 2003/36) i forhold til FOA § 3-6 (gml bestemmelse) at ”*Bestemmelsen forutsetter at konkurranse utelukkes, men må tolkes slik at også risiko for konkurranseforvridding av betydning i favør av vedkommende rådgiver omfattes.*”

Belgia hadde en bestemmelse som automatisk utelukket rådgivere fra å delta i konkurranse nettopp med tanke på å unngå eventuelle uklarheter relatert til FOA § 3.8. Dette ble behandlet i EF-domstolen hadde i sakene C-21/03 og C-34/03. Det ble fra EF-domstolen uttalt at det må foretas en konkret vurdering av for hver situasjon⁵⁵. En lovbestemmelse som automatisk ekskluderer rådgivere blir for strengt. Det ble spesielt anført at automatisk avvisning innebar at ulike forhold ble behandlet likt, noe som strider mot likebehandlingsprinsippet.

Ved rådgivers utarbeidelse av kun deler av konkurransegrunnlaget, vil det være et spørsmål om en slik begrenset deltakelse er tilstrekkelig vesentlig. Eksempelvis hvor deltakelsen er begrenset til ”input”, mens oppdragsgiver selv har ansvaret for sammenstilling og utforming. Hvis en leverandør derimot gir direkte råd til hele eller vesentlige deler av kravspesifikasjonen/tekniske spesifikasjoner, vil dette høyst sannsynlig innebærer at *mulige aktører utelukkes* og at konkurransen av den grunn blir skjev. Et klassisk eksempel er utarbeidelse av IKT kravspesifikasjoner⁵⁶ som innebærer at man i realiteten står igjen med 1 løsning/leverandør før konkurransen.

På den annen side er det adgang til å anvende råd om hva som er mulige alternative løsninger.

⁵⁵ I saken for EF-domstolen hadde belgisk lovgivning en avvisningsbestemmelse som ekskluderte personer som hadde ytet visse tjenester for oppdragsgiver i forbindelse med det aktuelle prosjektet. Kommisjonen argumenterte for at dette var i tråd med EF-retten, fordi en automatisk avvisning medførte at en forhindret mulig diskriminering og at dette førte til økt samhandel. Generaladvokaten argumenterte også for at den belgiske regelen var i tråd med EF-retten, fordi den sikret forutberegnlighet og gjennomsiktighet.

⁵⁶ Fornyings- og Administrasjonsdepartementet (FAD) har 30 nov 2006 publisert en egen veileder for spesifisering av mikroprosessorer i datamaskiner.

Oppdragsgiver kan utnytte den kompetansen leverandørene besitter under planleggingen av en anskaffelse. En leverandør som ønsker å delta i konkurranse om en kontrakt, kan eksempelvis gi råd om generelle spesifikasjoner som ikke er særegne for leverandørens eget produkt, et syn også KOFA⁵⁷ har lagt til grunn. Dette er fulgt opp i FAD sin nye veileder⁵⁸ som anfører på side 71 at:

”Det er imidlertid viktig at oppdragsgiver kan utnytte den kompetansen leverandørene besitter under planleggingen av en anskaffelse. En rådgiver som ønsker å delta i konkurranse om en kontrakt, kan derfor gi råd om for eksempel generelle tekniske spesifikasjoner som ikke er særegne for rådgiverens eget produkt, uten at det i seg selv fører til utelukkelse.”

Fokuset på spesifikasjoner har de senere år tatt en ny dreining. Det er en sterk trend å gå vekk fra detaljerte tekniske krav spesifikasjoner til mer overordnede funksjonelle spesifikasjoner. Ved bruk av funksjonelle spesifikasjoner vil private aktører lettere kunne finne nye løsninger for å løse funksjonelle behov. Dette kan igjen gjøre det noe lettere å anvende leverandører som rådgivere som gir mer funksjons basert rådgivning enn proprietære råd.

Praksis viser at dersom rådgiveren utarbeider tekniske eller merkantile vilkår som går direkte inn i tilbudsgrunnlaget, skal det lite til for at bestemmelsen anses overtrådt, fordi rådgiver vil kunne vri spesifikasjonene til egen fordel. I KOFA sak 2004/46 hadde rådgiver utarbeidet kravspesifikasjon for låser og beslag og deltok deretter selv i konkurransen. Klagenemnda fant da at bestemmelsen var overtrådt fordi rådgiveren *”etter alt å dømme hadde en egeninteresse i bruk av et bestemt låsprodukt”*.

Motsatt med det danske Klagenævnet for Udbuds avgjørelse av 7. juli 1995, hvor bestemmelsen ikke ble ansett overtrådt fordi *”det ikke er godtgjort, at Decaux eller andre har haft indflydelse på designparameterne i udbudsmateriale”*). Med andre ord blir det et spørsmål om hvor stort kravet til avstand mellom de spesifikasjoner som utgjør konkurransegrunnlaget og de underliggende dokumenter som rådgiver har utarbeidet, må være.

Når tekniske utredninger, skisseprosjekter osv er bearbeidet videre av kunden, eller at rådgiverens bidrag bare har vært av foreløpig karakter, anses det ikke å foreligge mulighet for påvirkning av konkurranseforholdene til egen fordel. KOFA har godtatt at et arkitektkontor som hadde utarbeidet et skisseprosjekt for oppføring av et sykehjem, fikk delta i en konkurranse som bla omfattet supplering av skisseprosjektet. KOFA anførte at:

“Ottar Arkitekter AS har deltatt både i konkurransen og utarbeidet skissegrunnlaget som forprosjektet skulle legge til grunn for videre bearbeidelse. Så langt klagenemnda kan se, innebærer ikke dette at innklagede har mottatt eller søkt råd som kan benyttes under utarbeidelsen av spesifikasjonene. I alle tilfeller kan klagenemnda ikke se at utarbeidelsen av skisseprosjektet var egnet til å utelukke

⁵⁷ Klagenemnden for Offentlige Anskaffelser.

⁵⁸ FAD sin Veileder til reglene om offentlige anskaffelser av 30 nov 2006.

konkurranse. Klagenemnda finner etter dette at innklagede ikke har brutt § 3-6.”⁵⁹

I en annen KOFA sak 2004/215 om bruk av rådgivere ved utarbeidelse av konkurransegrunnlaget, fremgår det bl. a.

”Innklagede har mottatt et notat fra Frost som inneholdt konkrete anbefalinger for tilbudsinnhenting, og hele konkurransegrunnlagets beskrivelse av oppdragets formål er sitert fra notatet fra Frost. Innklagede har imidlertid anført at de formuleringene som ble benyttet fra Frosts notat innholdsmessig finnes igjen i innklagedes egen marine strategi og i fylkeskommunens regionale utviklingsplan. Dette legger klagenemnda til grunn. Klagenemnda finner ikke at utarbeidelsen av notatet var egnet til å medføre risiko for konkurranseforvridning av betydning i favør av Frost. Saken kan sammenliknes med KOFA sak 2003/74, der klagenemnda kom til samme resultat vedrørende et utarbeidet skisseprosjekt i en arkitektkonkurranse.”

Til illustrasjon har vi fra dansk praksis saken Arkitekt CF Møllers Tegnestue mot Vestsjællands Amt hvor ”medvirken ved gjennomførelsen af Bygningsmæssig funktionsanalyse” ikke ga oppdragsgiver grunnlag for å utelukke arkitekten som tilbyder⁶⁰.

Således kan en rådgiver utarbeide underliggende tekniske rapporter, behovsvurderinger og lignende for oppdragsgiver forutsatt at slike vurderinger ikke inneholder så detaljerte krav/tekniske løsninger at de går direkte inn i kravspesifikasjonene. Dette forutsetter at kunden har nok selvstendig kompetanse til å kunne vurdere rådgivers dokumentasjon på et overordnet nivå.

⁵⁹ KOFA sak 2003/74 – Vestby kommune.

⁶⁰ Klagenævnet la i den forbindelse ”afgørende vægt på, at det af klageren [arkitekten]... tilvejebragte materiale utvivlsomt har været tilgængeligt for enhver, der måtte have være interesseret i at opnå prækvalifikation, og at dette materiale er indgået i udbudsbetingelserne. Det er endvidere ikke uden betydning, at klagerens materiale under sagsbehandlingen i et vist omfang er blevet bearbejdet af andre og derfor ikke mere er identisk med det, klageren i sin tid præsterede overfor indklagede. Det er endvidere godtgjort, at der fra klagerens side ikke foreligger noget, der overhovedet kan betegnes som »færdige projekter« vedrørende den kommende opgave, og at de af klageren uøvede skøn vedrørende byggeomkostningerne alene har foreløbigheds karakter og derfor ikke kan lægges til grund ved eventuel tilbudsgivning. Det lægges endvidere til grund, at den udførte opgave var af begrænset karakter, og at klageren efter det under klagesagens behandling oplyste ikke ville få noget nævneværdigt forspring i forbindelse med udarbejdelse af forslag til bygninger og ombygning af sygehuset i forhold til andre tilbudsgivere. Klagenævnet finder herefter, at der efter en samlet vurdering af klagerens virke forud for udbudet til prækvalifikation ikke har foreligget mulighed for klageren for enten at få en viden, som andre tilbudsgivere ikke kunne få, eller i kraft af viden om indklagedes forhold i det hele at opnå en fordel i forhold til de tilbudsgivere, hvormed klageren i givet fald skal konkurrere”.

4.3.3 Motvirkning av mulige skjevheter i den etterfølgende konkurranse

4.3.3.1 Distribuering av underliggende dokumenter i forespørsel

Under forutsetning av at man ønsker å anvende en leverandør som rådgiver før konkurranse, bør det vurderes å iverksette noen tiltak for å motvirke en ellers mulig utelukkelse fra konkurranse eller konkurransevridning av betydning.

Det første vil være å frigi og inkludere all relevant informasjon som er tatt frem av rådgiver inn i tilbudsforespørselen. Dette er viktig i forhold til at alle konkurrenter skal ha lik informasjon. I KOFA sak 2005/296 som gjaldt krav til utjevning av eventuelle konkurransefordeler ved å opplyse om visse forhold i konkurransegrunnlaget, hadde oppdragsgiver brukt et konsulentfirma til å utarbeide konkurranse- grunnlag for en totalentreprise og til å evaluere tilbudene. Oppdragsgiver utlyste så en konkurranse for byggeledelse. Klagenemnda anfører:

”(26) Etter å ha evaluert det valgte tilbudet om totalentreprise hadde Ilje etter klagenemndas vurdering en del viktig informasjon om denne kontrakten som de andre tilbyderne manglet. Dette gjelder særlig opplysninger om total sum for byggearbeidene og sum for de enkelte delene. Slik konkurransegrunnlaget var utformet, finner klagenemnda derfor at Ilje hadde bedre forutsetninger for å utforme tilbud enn de andre tilbyderne. ”

Videre:

”(27) Dette medfører imidlertid ikke nødvendigvis at Ilje skulle vært avvist. Kravene til konkurranse og likebehandling tilsier at oppdragsgiveren innen rimelige grenser forsøker å utligne de fortrinnene en enkelt leverandør kan ha, slik at også vedkommende kan delta i konkurransen. Klagenemnda antar at det hadde vært mulig å utligne Iljes kunnskapsfortrinn ved å inkludere de vesentligste opplysningene fra entreprisekontrakten i konkurransegrunnlaget for byggeledelse. ”

Det er således viktig at alle får ta del i de samme underlagsdokumenter.

4.3.3.2 Tidsaspektet

Et sentralt virkemiddel for å rette opp en mulig skjev konkurranse, er å gi konkurrerende aktører tilstrekkelig med *tid* for å sette seg inn i konkurransegrunnlaget.

Ulovlig forskjellsbehandling foreligger antakelig ikke dersom alle tilbydere gis tilgang på all relevant informasjon i konkurransegrunnlaget, og tilbudsfristen settes lang nok til at også eksterne tilbydere har *tilstrekkelig tid* til å sette seg inn i materialet og utarbeide tilbud. Fra KOFA sak 2004/215 i forhold til å gi potensielle tilbydere *tilstrekkelig tid*, anføres følgende (pkt 35 og 36):

”Lovens § 5 oppstiller et generelt forbud mot forskjellsbehandling. Kravet til likebehandling kan innebære at oppdragsgiver har en plikt for å utjevne eventuelle

fordeler en leverandør har som følge av tidligere oppdrag for oppdragsgiver, slik at leverandørene stilles mest mulig på lik linje i konkurransen, jf. KOFA sak 2004/46.

Klagenemnda legger til grunn at Frost, som følge av diskusjonen rundt Frosts notat i april/mai, satt inne med en kunnskap om oppdragsgivers preferanser. Spørsmålet om Frost satt på kunnskap utover det som kunne utledes av konkurransegrunnlaget, egner seg ikke for skriftlig nemndsbehandling. Fordelen Frost hadde ved sitt tidligere arbeid i forbindelse med prosjektet kunne utjevnes ved å gi samtlige leverandører tilstrekkelig tid til å utarbeide sine tilbud og eventuelt stille spørsmål til konkurransegrunnlaget.”

Hva KOFA anfører her er av sentral betydning. Man kan utjevne en eventuell forskjellsbehandling ved å gi samtlige leverandører tilstrekkelig tid til å sette seg inn i konkurransegrunnlaget. At rådgiver alltid vil ha et tidsmessig forsprang, ansees akseptabelt. Deres forsprang vil over tid bli tilstrekkelig utvannet.

Fra dansk praksis når de andre tilbydere ikke har fått relevant dokumentasjon kom Klagenævnet frem til i saken *Skanska mot Løgstør kommune* at den tidligere konsulent;

”Friis og Moltke A/S har ved at udarbejde de 2 rapporter [...], fået et kendskab til indklagedes særlige ønsker og behov vedrørende det aktuelle projekt og dets udformning, som ikke fremgår af licitationsbetingelserne. Ingen af de 2 rapporter var del af licitationsbetingelserne, og det samme gælder de plantegninger, som Friis og Moltke A/S udarbejdede som en del af rapporterne. [...] den viden om kommunens ønsker, som Friis og Moltke A/S har fået ved sit tidligere arbejde for indklagede, og de overvejelser om udbygningen, som Friis og Moltke A/S på dette tidspunkt gjorde, via Friis og Moltke A/S's samarbejde med NCC Construction Danmark A/S har givet denne tilbudsgiver en konkurrencefordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere,”

Som denne saken viser, vil det å gi tilbydere tilstrekkelig tid, kreve at de samtidig får all relevant informasjon. Ved tilbakeholdelse, vil man ha brutt forutsetningene for avhjelp slik som i denne saken. I forhold til kravet om tilstrekkelig tid, fremgår det fra Klagenævnet i dansk praksis i saken *E.Phil & Søn mot Hadsund kommune*, at det forelå brudd på likebehandlingsprinsippet fordi det på et komplisert prosjekt var satt for kort frist til at øvrige tilbydere innen fristen kunne sette seg like godt inn i saken som den tidligere konsulent⁶¹.

⁶¹ ”Uagtet at det ikke er godtgjort, at kendskabet til udviklingsrapporten har haft betydning for elementer i projektet fra KPC Byg A/S's konsortium, er der grund til at antage, at KPC Byg A/S's konsortium derved har haft en sådan særlig viden, at konsortiet har haft en fordel, som medførte at dette konsortium på kortere tid end klagerens konsortium kunne sætte sig ind i udbudsbetingelserne og udarbejde et gennemarbejdet tilbud. [...] Når det tillige tages i betragtning, at der var en kort frist for afgivelse af tilbud på dette omfattende og komplicerede projekt, hvilket indklagede fra potentielle tilbudsgivere var blevet gjort opmærksom på, og at der var en række uklarheder i udbudsbetingelserne, er det Klagenævnets

Oppsummert kan vi si at det ikke er problematisk at en rådgiver har fått *lengre tid* enn konkurrentene til å vurdere relevant informasjon så lenge andre potensielle leverandører får *tilstrekkelig tid* til å sette seg inn i konkurransegrunnlaget. Det er dog viktig at kravspesifikasjonene er så fullstendige at tilbyderne ikke er avhengige av annen kjennskap til kunden for å kunne utarbeide fullverdige tilbud og at eventuelle forstudier, tekniske evalueringer etc. utarbeidet forut for en konkurranse fra rådgiver eller andre, bør inntas som en del av konkurransegrunnlaget.

4.3.3.3 Likebehandling av alle tilbydere ved evaluering av tilbud

Alle tilbud skal behandles likt, dvs. alle tilbydere blir behandlet likt gjennom *hele* konkurransefasen. Hva innebærer dette? Kravet til konkurranse på like vilkår innebærer at rådgiver må oppfylle konkurransens krav og vilkår på linje med eksterne tilbydere. Rådgiver skal kun få tilgang til konkurransegrunnlaget på samme vilkår som øvrige tilbydere. Videre må samme tilbudsfrist respekteres, og det må stilles samme krav til opplysninger og innhold i tilbudet fra *alle* tilbydere. Alle tilbud må vurderes på samme måte i forhold til de oppgitte tildelingskriterier, og man kan ikke legge vekt på utenforliggende hensyn.

Av den grunn må tilbudet fra rådgiver bli vurdert på samme grunnlag som de øvrige. Eventuelt valg av rådgivers tilbud forutsetter at det er best i forhold til oppgitt tildelingskriterium, enten dette er laveste pris eller er det økonomisk mest fordelaktige i henhold til oppgitte kriterier. Dette innebærer bl.a. at rådgivers tilbud må *avvises* dersom eksempelvis nødvendig dokumentasjon mangler eller avviker fra konkurransegrunnlaget i tråd med gjeldende regler, jfr FOA § 8-6. Det må ikke kunne oppstå grunnlag for mistanke om favorisering av rådgiver. Prinsippet om likebehandling forutsetter at også tilbud fra rådgiver må innleveres innen tilbudsfristen; i motsatt fall må tilbudet avvises.

Rådgiver må selvsagt ikke gis tilgang til informasjon fra kunde underveis i anskaffelsesprosedyren, dvs. informasjon om konkurrentenes tilbud, eller kundens tekniske eller merkantile vurderinger av dem. Dette gjelder særlig hvor konkurransen gjennomføres ved forhandlinger. Kjennskap til konkurrentenes tilbud eller oppdragsgivers forhandlingsstrategi gir da mulighet til å tilpasse eget bud. Dette ville være et klart brudd på likebehandlingsprinsippet. Det er i den sammenheng avgjørende at alle tiltak for å sikre konkurransen fremstår som tydelig, både internt og eksternt, slik at oppdragsgiver inngir tillit og etterrettelighet i markedet. Således må rådgiver ikke være engasjert i rådgivning i konkurransefasen, og må selvsagt heller ikke ha innflytelse på vurdering av tilbudene, verken av eget eller konkurrenters tilbud.

vurdering, at konsortiet KPC Byg A/S, Jensen + Jørgensen + Wohlfeldt Arkitekterne A/S, Kjeld Berg A/S og Carl Bro A/S har haft en betydelig konkurrencemæssig fordel ved udarbejdelsen af tilbud.” (Våre uthevinger.)

4.3.3.4 Generelle kriterier for å motvirke konkurranseutelukkelse

For å opprettholde en reell konkurranse, samtidig som man ønsker å anvende rådgivere som senere kan konkurrere, kan man motvirke konkurranseutelukkelse dersom visse forutsetninger oppfylles:

- All vesentlig informasjon av betydning for deltakelse i konkurransen og utforming av tilbud må gjenspeiles i grunnlagsdokumentasjonen og tilflyte samtlige tilbydere.
- At leverandørens deltakelse som rådgiver ikke tillegges betydning ved evalueringen av konkurransen, eksempelvis gjennom oppsettet av tildelingskriterier.
- Etter at all vesentlig informasjon er videreformidlet til tilbydere gjennom konkurransegrunnlaget, vil fortrinnene i det vesentlige være redusert til tid. Betydningen av tid som fortrinn blir redusert/faller vekk når andre tilbydere har tilstrekkelig tid. Av den grunn må fristene settes såpass romslig at andre aktørers deltakelse i konkurransen blir reell. At de andre potensielle leverandørene aldri vil kunne innhente rådgiveren kan aksepteres.
- Respektere forskriftens krav om bruk av funksjonelle spesifikasjoner, standarder og bestemmelsene om kvalifikasjonskrav, samt kravene vedrørende tildelingskriterier.
- Ved forhandlet prosedyre kan eventuelt fortrinn kunne bli kompensert for gjennom forhandlingene.
- Eventuelle fortrinn vil kunne reduseres gjennom befaring/konferanse samtidig med alle.
- For opprettholdelse av konkurranse er det viktig å være åpen om situasjonen og informere om den strategi man har, og ikke minst, etterleve strategien.

Gitt at ovennevnte kriterier hensyntas i nødvendig grad skal man kunne anvende rådgivere uten å komme i konflikt med FOA § 3-8. Anskaffelsens art og markedets oppfatning av rådgivers reelle innvirkning på konkurransesituasjonen er også faktorer som bør tas hensyn til. Hvis en ønsker å anvende rådgivere som skal delta i en etterfølgende konkurranse vil betydningen av god informasjon og kommunikasjon for å skape trygge rammer og en riktig avveid gjennomsiktighet, etter vårt skjønn ikke kunne undervurderes.

4.4 Rådgivning innenfor ARF

4.4.1 Overordnede retningslinjer i ARF

LOA § 5 oppstiller en del grunnleggende krav ved offentlige anskaffelser. Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører.

Dette følges opp av Forsvaret gjennom ARF pkt 1.2.5. Denne bestemmelse sier at Forsvaret skal sikre at; konkurranseprinsippet, hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ivaretas i anskaffelsesprosessen, samt at utvelgelsen skjer på grunnlag av

objektive og ikke- diskriminerende kriterier. Det er med andre ord ikke store forskjeller mellom LOA og ARF her.

Det følger likevel av punkt 1.2.5 at anskaffelser etter EØS avtalens Artikkel 123 muliggjør en helt eller delvis fravikelse av krav når andre hensyn krever det. Ved unntak må anskaffelsesmyndigheten begrunne hvorfor andre hensyn eller forpliktelser gjør at grunnleggende krav helt eller delvis må fravikes. Begrunnelsen skal fremgå av anskaffelsesprotokollen⁶². Fravik av pkt 1.2.5 må begrunnes i 2 trinn. Først må det klargjøres om unntaksbestemmelsen (EØS Artikkel 123) kan påberopes. Deretter må man begrunne hvorfor de grunnleggende krav i dette regelverket fravikes til fordel for andre hensyn.

I forbindelse med anskaffelser utenfor EØS-avtalen, se ARF pkt 1.5.1, kan Forsvarets anskaffelsesprosedyre bl.a. gjennomføres uten konkurranse:

- Når bare en leverandør kan dekke Forsvarets behov.
- Når Forsvarsdepartementet i det enkelte tilfelle beslutter det eller samtykker i det.
- Departementet kan delegerer myndigheten etter dette punkt til sjef for forvaltning eller fellesinstitusjon.

FD kan således beslutte eller gi samtykke til, direkte anskaffelser uten at det er avholdt konkurranse. Dette behøver ikke nødvendigvis være en konsekvens av næringspolitiske forhold. Bestemmelsen gir FD generelle fullmakter til alle anskaffelser til Forsvaret under et ARF regime og med en større fleksibilitet enn hva LOA/FOA gir.

ARF pkt 1.8.6 som omhandler likebehandling av leverandører, anfører som hovedregel at leverandører skal gis like muligheter til å oppnå en leveranse. I andre del av bestemmelsen gis FD likevel unntaksmulighet dersom næringspolitiske- eller andre politiske forhold gjør det nødvendig å sette likhetsprinsippet til side. Rollene er tydeliggjort ved at Forsvarets saksbehandlere ikke skal legge vekt på næringspolitiske- eller andre politiske forhold ved sin saksbehandling.

Samme metode følges opp i ARF pkt 1.8.7 som omhandler forbud mot diskriminering av leverandører. Her skal det ikke stilles tekniske, merkantile eller juridiske krav for å hindre konkurranse eller for å favorisere en eller flere leverandører, med mindre næringspolitiske valg er gjort av FD.

4.4.2 Bruk av rådgivere iht ARF

4.4.2.1 Hovedregel ved utarbeidelse av spesifikasjoner

ARF kapittel 6 gjennomgår hvordan man skal utarbeide de forskjellige krav i forbindelse med en

⁶² Eksempler på dette kan være bilateralt samarbeid, NATO/ EDA forpliktelser, konkrete næringspolitiske anskaffelser eller gjenkjøp.

anskaffelse. ARF pkt 6.3.1 – utarbeidelse, gir de overordnede retningslinjer. Som et overordnet mål i ARF pkt 6.3.1, følger det at ansvarlig myndighet for utarbeidelse av kravspesifikasjon skal sørge:

”For å unngå at det stilles krav som er mangelfulle, kostnadsdrivende eller unødvendig konkurransehemmende, skal den som er ansvarlig for utarbeidelse av kravspesifikasjonen ha et nært samarbeid med brukere og det kommersielle fagmiljø.”

Hva dette mer presist innebærer er ikke nærmere beskrevet. Hensikten er dog å tilrettelegge for Forsvarets kontaktbehov med industri både i investerings og driftsfasen. Her vil man kunne identifisere mulige teknologier, tekniske ytelser og leverandører for å kunne vurdere oppnåelighet av brukerkrav og eventuell usikkerhet knyttet til dette. Kravspesifikasjon skal ikke ferdigstilles før fremskaffelsestrategi og anskaffelsesmetode er valgt.

Spørsmålet som likevel gjenstår er hvordan man skal håndtere industri og andre som man vil være avhengig av for planlegging og gjennomføring av en anskaffelse. Slik håndtering er behandlet av ARF pkt 6.3.3 - kravspesifikasjoner utarbeidet av rådgivere. Den anfører følgende:

ARF pkt 6.3.3: ”Dersom det er behov for å benytte eksterne rådgivere for å utarbeide kravspesifikasjon, skal det benyttes rådgivere som er leverandøruavhengige, og som ikke har økonomiske interesser i den påfølgende anskaffelsen.

Dersom det ikke foreligger leverandøruavhengige rådgivere skal eventuelle rådgivere benyttes på en måte som ikke påvirker konkurranseforholdet mellom Framtidige tilbydere.

Dersom kravspesifikasjonen er utarbeidet av rådgivere med leverandørtilknytning, skal kravspesifikasjonen bli gjort tilgjengelig for et utvalg leverandører for kommentering før den endelige forespørselen/anbud sendes ut.”

Hovedregelen her er at eksterne rådgivere som er med å utarbeide kravspesifikasjon, skal være leverandøruavhengige (dvs ikke være aktuell som tilbyder, eller med økonomiske interesser hos potensielle tilbydere) samt ikke ha egne økonomiske interesser i den påfølgende anskaffelsen.

Siden dette kan være vanskelig å oppnå på visse teknologiområder tas det høyde for å kunne bruke rådgivere med leverandørtilknytning, herunder leverandører. I så fall er det et krav om at slike rådgivere benyttes på en måte som ikke påvirker konkurranseforholdet mellom framtidige tilbydere.

Som et ledd i å opprettholde konkurransen skal kravspesifikasjon utarbeidet med assistanse fra rådgiver bli gjort tilgjengelig for et utvalg leverandører for kommentering før endelige forespørsel/anbud sendes ut. Hvordan dette utvalget skal foretas er det ikke anført noe om.

Antakelig vil dette bli en konkret vurdering fra sak til sak. Avgjørende for en slik vurdering vil være avveining mellom å sikre tilfredsstillende konkurranse samtidig som bedriftssensitive opplysninger sikres på en forsvarlig måte. I kommentarfeltet til ARF pkt 6.3.3 anføres det at:

”Bestemmelsen medfører en liberalisering av tidligere regler for i større grad kunne utnytte leverandørens kunnskap for å utarbeide kosteffektive krav uten å ødelegge konkurransemomentet.”

Når man ønsker å anvende slike rådgivere blir etterlevelse av ARF pkt 6.2.2. - *funksjon/ytelse* viktig. Det fremgår her at Forsvarets krav primært bør uttrykkes i form av funksjon/ytelleskrav, ikke i form av fabrikat, varemerke, produksjonsmåte, patenter, osv. Dette sikrer høyere konkurransedriv, samt at det tillater en større grad av innovasjon fra industrien i å løse de funksjonelle behov som Forsvaret har. Samtidig ivaretas industriens immaterielle rettigheter bedre før og under konkurransefasen.

I kommentarfeltet til ARF pkt 6.2.2 anføres det at funksjon/ytelleskrav gir:

”... Lavere kostnader og bedre løsninger fordi man overlater til Leverandørene å finne den mest kostnadseffektive måte å dekke Forsvarets behov på. Videre utnytter man i større grad Leverandørens kompetanse til å finne gode løsninger og reduserer muligheten for favorisering av spesielle leverandører ved å styre leveransene til disse ved å stille spesielle krav til teknisk løsning.”

Dette er etter vårt skjønn viktige presiseringer. Vi vil likevel påpeke at en slik tilnærming krever et godt og tett samarbeid for å kunne oppnå målene.

Ovennevnte regulerer anskaffelsesmyndighetens rammer for bruk av rådgivere forut for en konkurranse. I praksis betyr dette at Forsvarets Logistikkorganisasjon (FLO) kan gjøre bruk av disse muligheter *uten* å måtte søke om avvik fra FD. Det presiseres at FD kan foreta *ytterligere* hensiktsmessige og saklige avvik fra dette basert på næringspolitiske hensyn.

4.4.2.2 Planlegging av en anskaffelse i tidligfase - strategier

Kapittel 3 om anskaffelsesstrategier er helt nytt i forhold til det gamle regelverk (BAF – Bestemmelser for Anskaffelser i Forsvaret). Dette er et viktig kapittel hvor man søker å balansere mellom de forskjellige behov og prioriteringer. I forhold til bruk av rådgivere, fremkommer det i ARF pkt 3.3.1 - mål for anskaffelsen, flere forhold av interesse.

For det første kan det foreligge næringspolitiske målsettinger for anskaffelsen. Dette følges opp i ARF pkt 3.4.2 - politiske føringer, hvor næringspolitiske føringer og mål og eventuelt andre politiske føringer skal tas høyde for ved utarbeidelse av en anskaffelsesstrategi. FD kan eksempelvis gi føringer på:

- Hvilke tilbydere som skal få forespørsel,
- Om, og hvilke leverandører som skal delta med forstudier eller delta i tidlig integrerte prosjektorganisasjoner
- Krav til industrisamarbeid/gjenkjøp
- Oppdeling/inndeling av et prosjekt i delprosjekter osv.

Spesielt pkt 2 er sentral ved bruk av leverandør(er) før en konkurranse. Ved vurdering av de forskjellige alternativer er markedssituasjonen viktig å ta hensyn til. Forsvarsmarkedet er til dels svært lukket og en strategi er viktig for håndteringen. I ARF pkt 3.4.3 - vurdering av markedssituasjon, gjøres nettopp det. Her skal det gjennomføres en vurdering av mulige leveringskilder/tilbydere, kompetanse og konkurransesituasjon. I den grad man ønsker å gjøre bruk av næringspolitiske hensyn vil markedssituasjonen være av vesentlig betydning, spesielt ved bruk av rådgiver i prosjektets tidligfase.

Kapittel 3 i ARF gir anvisning på hjelpemidler for å oppnå en effektiv anskaffelse, jfr. pkt 3.3.2 - virkemidler for å nå målene. Gjennomføringsoppdraget (GO) fra FD vil angi de overordnede retningslinjer for anskaffelsen. I den sammenheng er det i ARF pkt 3.2 – Hovedregel påpekt at kontraktsstrategiene skal påbegynnes så tidlig som mulig i anskaffelsesprosessen samt at det er vesentlig at det legges ned mye arbeid i kontraktsstrategien. Det er videre påpekt at virkemiddelapparatet er stort for Forsvaret i å nå de mål som er gitt i GO. ARF pkt 3.3.2 gir en utfyllende liste over disse:

ARF pkt 3.3.2 – Virkemidlene for å nå målene

- a) Flernasjonale samarbeidsløsninger
- b) Konkurranse mellom leverandører
- c) Alternative anskaffelsesprosedyrer (konkurranse med forhandling, anbudskonkurranse, direkte anskaffelse, FMS osv.)
- d) Offentlig privat partnerskap
- e) Leie og leasing
- f) Oppdeling av anskaffelsen i delanskaffelser
- g) Oppdeling av anskaffelsen i faser eller sammenslåing av faser (for eksempel utvikling og produksjon)
- h) Spesifikasjonsmetoder - (funksjon/ytelse/detalj, bruk av standarder osv.)
- i) Kontraktstyper (kompensasjonsformater)
- j) Kontraktvilkår (garantiklausuler, innsyn, insitammenter, opsjoner, osv.)
- k) Samarbeidsformer med leverandører (f.eks. tidlig integrert samarbeid)
- l) Leverandøroppfølgings- og verifikasjonsteknikker (tid, økonomi, ytelse)
- m) Evalueringsteknikker
- n) Innkjøpsamarbeid med andre etater nasjonalt
- o) Byttehandel, kjøp av brukt materiell.

Det er klart at dette gir Forsvaret et godt utgangspunkt i å tilpasse seg til de enkelte prosjekter, også med hensyntagen til oppfølging inn i driftsfasen. Her har man full anledning til å skreddersy gjennomføringen av en anskaffelse opp mot den prosjektmodell som ønskes valgt.

Samtidig er det behovet for kompetanse i tidligfase og derav behovet for anvendelse av rådgivere forut for konkurransen. Slik deltakelse vil antakelig ikke være interessant for industrien med mindre industrien også får adgang til å konkurrere i konkurransefasen. Etter vårt skjønn tar ARF i stor utstrekning høyde for slike behov.

4.4.3 Relevante prosessuelle avvik i ARF for tidligfase i prosjekter

4.4.3.1 Adgangen til fleksibilitet i valg av anskaffelsesprosedyre

Adgangen til å bruke rådgivere er til en viss grad avhengig av hvilken anskaffelsesprosedyre som anvendes. Forsvarets anskaffelser er meget varierte når det gjelder verdi og kompleksitet. FD sitt Gjennomføringsoppdrag (GO)⁶³ vil som prinsipp legge vekt på at de forskjellige anskaffelser krever forskjellig ressursbruk og framgangsmåter/virkemidler. Av den grunn har man i ARF kapittel 3 lagt føringer for hvordan frembringelse av en fremskaffelses- og kontraktsstrategi skal kunne skje i tråd med de krav GO stiller.

Tidligere under det gamle BAF regime, var det ikke særlig veiledning for hvorledes man kunne utnytte den fleksibilitet man var gitt for anskaffelser unntatt fra EØS området. Gjennom det nye ARF kapittel 3 – Kontraktsstrategier, er man mer målrettet ved bruk av de forskjellige virkemidler.

Med utgangspunkt i de muligheter som finnes, gir ARF pkt 3.3.2 en pekepinn på virkemidlene for hvorledes man kan foreta anskaffelser som er mest mulig tilpasset Forsvarets behov. Denne går videre enn kun å vurdere anskaffelsesprosedyrer, men beskriver et vidt spenn av muligheter. Denne regel som bistår anskaffende myndighet i å kunne velge både riktig prosedyre, korrekte samarbeidsformer, kontraktsvilkår etc, er relativt unikt i norsk statlig sektor. Disse muligheter må leses opp mot de begrensninger som er angitt i ARF pkt 3.3.3 – Begrensninger i virkemidler, som i praksis viser til hva som følger av lov/forskrift, egen kompetanse samt overordnede direktiver i hovedsak gitt av FD.

Dessverre er det i liten grad gitt ut veiledninger i bruk av de forskjellige muligheter. Det nærmeste er Offentlig privat partnerskap (OPP) utgitt som eget konsept fra FD. Etter hvert vil også den planlagte metode som en oppfølger til konseptet utgis.

Riktig bruk av valgfrihet betinger et godt gjennomarbeidet system der medarbeidere er godt orientert og hvor det er tid og rom for å skreddersy de enkelte anskaffelser. Med de nedskjæringer

⁶³ GO er å anse som et iverksettelsesbrev for en anskaffelse og vil bl.a. fastsette og/eller stadfeste valgt fremskaffelsesstrategi, ytelsesmål, økonomiske rammer, fremdriftsplan, samt usikkerhetshåndtering. GO vil også inneholde eventuelle føringer for innhold i forespørselen.

som spesielt FLO har vært igjennom i de senere år kan det stilles spørsmål om Forsvaret er i stand til å utnytte mulighetene på en effektiv måte. Dette skyldes hovedsakelig mangel på kvalifisert personell.

4.4.3.2 Adgangen til direkte anskaffelser av rådgivning i tidligfase

Som en del av den fleksibilitet som er bygget inn i ARF er også adgangen til å begrense konkurranse eller å foreta direkte anskaffelser.

Ut fra konkurranseprinsippet i ARF pkt 2.15.4 om forhandlinger, fremgår det her at anskaffelsesmyndigheten kan føre forhandlinger med de tilbydere som ”*har en reell mulighet til å få tildelt kontrakten*”. Dette innebærer et pålegg om å skreddersy en konkurranseform som er tilpasset den enkelte situasjon. Finnes det svært få aktører innenfor det aktuelle segment, vil man kun rette forespørsel til eks de 2 som kan levere mulige systemer. Er det svært sensitive systemer innenfor elektronisk krigføring ønsker man i mange tilfeller å basere seg på norske firmaer og det vil være naturlig å foreta direkte anskaffelser fra disse.

Likevel er det satt en del restriksjoner før man kan velge vekk konkurranse. Den primære strategi i ARF er konkurranse, slik det er beskrevet i pkt 1.2.5 og 1.4.2, hvor sistnevnte bestemmelse anfører ”*Alle anskaffelser skal uansett anskaffelsesløsning så langt det er mulig baseres på reell konkurranse mellom kvalifiserte leverandører i markedet*”.

Unntaksmuligheten for å gjennomføre direkte anskaffelser, følger av ARF pkt 1.5.1, b) som anfører:

Forsvarets anskaffelsesprosedyre kan gjennomføres uten konkurranse i følgende tilfeller:

- Når bare en leverandør kan dekke Forsvarets behov.
- Ved mindre etterbestillinger for å dekke uforutsette behov
- Når kjøpet på grunn av uforutsette omstendigheter ikke kan utsettes
- Når Forsvarsdepartementet i det enkelte tilfelle beslutter det eller samtykker i det. Departementet kan delegere myndigheten etter dette punkt til sjef for forvaltning eller fellesinstitusjon.

I motsetning til LOA, kan FD beslutter eller samtykker i å unnta en anskaffelse fra konkurranse. Vi er ikke kjent med at denne myndigheten er delegert ned til Forsvaret Militære Organisasjon (FMO). Videre er ikke det eksplisitt gitt noen unntak for FOU⁶⁴. Det er viktig å være klar over ved direkte anskaffelser, skal det foretas en kostnadskontroll⁶⁵. Det fremgår av ARF pkt 11.1.1:

⁶⁴FOA § 1-3 (2) Forskriften får ikke anvendelse på:

g. forsknings- og utviklingstjenester, når oppdragsgiver ikke fullt ut betaler for tjenesten eller den ikke fullt ut tilfaller oppdragsgiver til bruk i hans virksomhet,”

⁶⁵ Gjennom kostnadskontrollen kan Forsvaret forsikre seg om at leverandøren har basert sine kalkyler på korrekte, oppdaterte og fullstendige data, og at leverandøren har fulgt bestemmelsene for

”Anskaffelser til Forsvaret skal som hovedprinsipp gjennomføres som kjøp etter konkurranse. Når det ikke er mulig å gjennomføre anskaffelsen basert på konkurranse, skal det normalt gjennomføres kostnadskontroll av pristilbudet fra leverandøren. Kostnadskontrollen gjennomføres med andre ord for å oppveie for manglende konkurranse. I slike tilfeller skal prisen baseres på at leverandøren får dekket sine relevante kostnader samt en rimelig avkastning på investert kapital for kontraktsgjennomføringen, under forutsetning av at leverandøren har en mest mulig effektiv utnyttelse av sine ressurser (innsatsfaktorer).

Nettopp slikt innsyn og kontroll er viktig i lukkede markeder, og Forsvaret har stor erfaring med å følge opp denne form for anskaffelser.

4.4.4 Næringspolitiske forhold og innvirkningen på bruk av rådgivere i Norge

4.4.4.1 Hva menes med næringspolitiske forhold?

Et gjennomgående trekk ved ARF er at unntaksmulighetene ofte begrunnes i næringspolitiske forhold.

ARF har ikke gitt noen formkrav til unntak som baserer seg på næringspolitiske hensyn, men ARF pkt 1.3.1 henviser til at FD har utarbeidet næringspolitiske retningslinjer for anskaffelser til Forsvaret gjengitt i St. prp. nr. 42 (2003-2004). Det anføres videre at FD har ansvaret for at næringspolitiske aspekter blir vurdert i fm fremskaffelser av prioritert materiell.

Hvis vi går til St.prp.42, anfører denne at de næringspolitiske aspektene og tilnærmingen til Forsvarets materiellanskaffelser skal bygge opp under den videre utvikling av Forsvaret. Forsvarsmarkedets egenart og Forsvarets behov for sensitive/graderte militære systemer som kan være vanskelig å få tilgang til innebærer særskilte utfordringer. Iflg. St.prp.42 innebærer dette nye muligheter for forsvarsindustrien i Norge. Forutsetningen er konkurranseevne og kontinuerlig videreutvikling av kompetanse samt evne til å posisjonere seg. Strategiske allianser med internasjonale samarbeidspartnere er en mulighet som bør arbeides videre med.

St.prp. 42 fremholder at Forsvaret i større grad bør anvende sivil kompetanse og produkter der dette tilfredsstillende kravspesifikasjonene. Kjøp av kompetanse skal prioriteres der dette er kostnadseffektivt, fremfor å opprettholde egen kompetanse i Forsvaret. For å oppnå dette er tidlige aktiviteter og konkurransefremmende kompetanseutvikling i industrien avgjørende. En annen konsekvens er at behovet for bruk av eksterne rådgivere vil øke med en slik strategi.

Anskaffelse av systemer som øker den tekniske kompleksitet og behovet for langsiktige

kostnadsberegning i ARF. Gjennomført kostnadskontroll danner basis for forhandling av en riktig pris for kontraktsgjennomføringen mellom anskaffelsesmyndigheten og leverandøren.

relasjoner samtidig som Forsvaret reduserer bemanningen og derigjennom mister verdifull kompetanse medfører at avhengigheten til leverandører blir større. Selv om man tar i bruk teknologi hentet fra det sivile vil militær applisering og industriell innsikt i militære systemer fortsatt være kritisk for vår evne til å bruke ny teknologi i samvirke med den teknologiske arv man også skal leve med i årene fremover. Dette innebærer at næringspolitikk blir en viktig plattform for Forsvarets samhandel med sine strategiske leverandører.

St.prp.42 viser til viktigheten av de muligheter som ligger i Offentlig privat partnerskap (OPP)⁶⁶, der Forsvaret og eksterne aktører inngår et partnerskap som vil kunne ha positive konsekvenser for norsk næringsliv i form av oppdrag og arbeidsplasser. Det er likevel en klar retning i St.prp. 42 at næringspolitisk strategi ikke skal brukes til å skjerme norsk industri som ikke er konkurransedyktig.

I tråd med dette kan man si at norsk industri har noen naturlige fortrinn som de står nærmest til å utnytte, bl.a.:

- Nærhet til kunde
- Korte kommunikasjonsveier
- Kunnskap om kundens behov
- Effektiv organisering
- Tidlig involvering

Forsvarets bidrag til bærekraftig norsk verdiskapning vil være å utnytte effektive anskaffelsesmetoder og prinsipper for prosjektgjennomføring som utnytter beste praksis.

Litteratur har beskrevet de ovennevnte 5 punkter som viktige for å oppnå effektive anskaffelser av kompliserte systemer og ivaretagelse av leverandørkjeden. Det skal bemerkes at dette ikke behøver å være konkurransevridende til fordel for *norsk* industri. Den åpner også for utenlandsk industri som ønsker å etablere seg i Norge for å følge opp Forsvaret som kunde.

4.4.4.2 Behovet for en næringsstrategi ved bruk av rådgivere i Norge

En næringsstrategi kan være viktig for å lykkes med norsk deltakelse i flernasjonalt materiellsamarbeid. Jo mer integrert man ønsker å operere med andre nasjoner, desto tidligere må man komme med i diskusjoner og vurderinger av nye krav og kapabiliteter. Denne form for tilnærming krever en omforent strategi for alle relevante aktører bidrar i samme retning som ledd i understøttelse av en næringspolitikk. Slik deltakelse krever også industriell kompetanse.

Så lenge man er avhengig av en ekstern ressursbase vil forsvarsindustri i Norge være en viktig aktør for Forsvaret når man vurderer flernasjonalt samarbeid. Ikke bare for å skaffe flere oppdrag til egen industri, men også for bedre å forstå systemkrav, hensyntagen til norske krav og omsette operative krav til funksjonell/teknisk forståelse og innsikt.

⁶⁶ St.prp. 42, kapittel 8.5.6.

Eksempelvis er den teknologiske innsikt Norge har på missiler, og spesielt sjømålsmissiler både hos industri, Forsvaret og ved FFI, viktig. Selv om dette er et "snevert" felt gir likevel teknologiinnsikten en grunnleggende forståelse til å vurdere andre missilers ytelse opp mot norske operative krav og forhold. Dette gjør igjen Forsvaret til en god og profesjonell kunde når man skal gå til anskaffelse av andre typer missiler gjennom å kunne støtte seg på nasjonale miljøer. Det er således betimelig at Forsvaret trenger en strategi for utøvelsen av næringspolitiske forhold.

Under ARF pkt 1.3.1, 7 ledd fremkommer det at:

"Forsvarsdepartementet har ansvaret for at næringspolitiske aspekter blir vurdert i fm fremskaffelser av prioritert materiell. Til grunn for departementets vurderinger ligger den til enhver tid gjeldende næringspolitiske strategi."

Nettopp en næringsstrategi som effektuerer de overordnede næringspolitiske formål, vil kunne ivareta slike hensyn. Man har likevel pr dags dato ikke fått noen næringsstrategi som kan informere de aktuelle aktører om hvordan FD ønsker å nærme seg forsvarsmarkedet, slik eksempelvis UK MoD har (Defence Industrial Strategy). Uten en mer konkret næringsstrategi, blir en henvisning til de overordnede næringspolitiske føringer diffus. En ting er at det gjør det vanskelig å etterprøve saklighetskravet i forhold til god forvaltningsskikk. Mer praktisk, tror vi at man antakelig kan oppnå en større forutsigbarhet og effektivitet i utøvelsen av næringspolitikken gjennom en næringsstrategi.

Til støtte for behovet av en næringsstrategi, er etter vårt skjønn det klare krav til saklighet for de unntak som gjøres fra ARF i tråd med forvaltningsmessige prinsipper, noe også "Ponchoddommen" indikerer. Som eksempel på saklig forskjellsbehandling er hvor norsk industri på et tidligere tidspunkt får kunnskap om anskaffelsen, eventuelt bidrar inn i kravfasen før man iverksetter konkurransen. Dette ble gjort ved anskaffelsen av Fridtjof Nansen klassen (Nye norske fregatter). Av den grunn er det viktig å få på plass en næringsstrategi for å sikre en omforent gjennomføring av slike aktiviteter.

I forbindelse med oppdrag fra FD før jul 2006, har FFI nå levert en rapport på hvorledes en næringsstrategiske aspekter ved Forsvarets anskaffelser kan ivaretas. FLO vil antakelig bedre kunne bistå FD på alle nivåer når man på en bred måte bekjentgjør strategien for å nå de overordnede mål. I denne sammenheng vil næringsstrategi i stor grad kunne sammenlignes med de private bedrifters "Supply Chain Strategy". På denne måten blir det antakelig enklere å vite hvorledes man skal engasjere (norsk) industri som rådgiver i de innledende faser, og hvilke retningslinjer dette skal skje etter.

Av den grunn er det å anbefale at FD til en hver tid appliserer en næringsstrategi som konkret oppfølging av vedtatte næringspolitikk.

5 Adgangen til å velge forhandlingsprosedyre i LOA og ARF

5.1 Hovedregler ved valg av anskaffelsesprosedyre i LOA

5.1.1 Innledning

Komplekse anskaffelser vil måtte ta stilling til en rekke usikkerhetsfaktorer både før og under en konkurransefase. Håndtering av disse usikkerhetsfaktorer er ofte betinget av informasjonsutveksling mellom kunde og potensielle leverandører som går begge veier.

En sentralt virkemiddel i håndtering av usikkerhet er å gjennomføre konkurranse med forhandlinger fremfor en anbudsprosess. På denne måte vil man kunne få lettere tilgang til informasjon som har betydning for valg av leverandør. Videre vil leverandører få bedre innsikt i hva kunden ønsker, og derigjennom kunne bedre sitt presisjonsnivå for teknisk ytelse og kostnader. Som vi har anført under innledningen, er drøftelsen i dette kapittel for anskaffelser som befinner seg over EØS terskelverdier.

5.1.2 Hovedregel - anbudspålegget i LOA

EU direktivene og LOA har som bærende element ved offentlige anskaffelser å gjennomføre anskaffelser etter anbudsprosedyren. I den nye forskriften vises det i §§ 14-1⁶⁷ til 14-3 hovedprosedyrene som hhv er, anbudskonkurranse, konkurransepreget dialog og konkurranse med forhandling. Den klare hovedregel å anvende anbudsprosedyren. De andre prosedyreformer kan kun anvendes når visse krav er oppfylt.

Vilkårene for å benytte forhandlinger over terskelverdiene er strenge, og oppdragsgiver må kunne bevise at vilkårene er oppfylt for å avvike hovedprinsippet.

Når det gjelder fremgangsmåten for kunngjøringer, kan denne enten være åpen eller begrenset. Vi går ikke nærmere inn på kunngjøringsmåten her. Kunngjøringsmetoder rokker ikke ved det som er sentralt for vår rapport, behovet for å forhandle ved komplekse anskaffelser.

5.1.3 Sentrale elementer i anbudsprosedyren

5.1.3.1 Bakgrunnen for bruken av anbudsinstituttet

Hvis vi ser på EU landenes historikk på offentlige anskaffelser er nok en ikke-uvesentlig andel

⁶⁷ § 14-1. *Tillatte anskaffelsesprosedyrer*

(1) Anskaffelsen skal foretas ved åpen eller begrenset anbudskonkurranse.

(2) Konkurransepreget dialog kan benyttes når vilkårene i § 14-2 (konkurransepreget dialog) er oppfylt.

(3) Konkurranse med forhandling kan benyttes når vilkårene i § 14-3 (konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring) eller § 14-4 (konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring) er oppfylt.

anskaffet direkte nasjonalt. Anbudsformen og kravet til utlysning skal i EU gjøre det enklere for aktører også utenfor vedkommende stat i å konkurrere seg til oppdrag/leveranser.

Gjennom anbudsformen tvinger man alle aktører til et strengt regulert regime for hvordan man skal forholde seg til hverandre i en konkurranse. Viktige hensyn som er vektlagt er for det første at anbud gjennom *tvungen offentlig utlysning i EU* i større grad tvinger frem økt konkurranse. Det vektlegges at man skal fokusere på funksjonelle, ikke tekniske krav for å unngå å diskriminere potensielle tilbydere. Tilnærming med fokus på objektive kriterier for utvelgelse er også av stor viktighet.

Ved gjennomgang av hvordan de ulike elementer tilhører anbudsprosedyren slår ut, ser vi at prosedyren inneholder sentrale elementer/prinsipper for å åpne EF sitt indre marked. Mye av de samme elementer gjenfinnes også i andre sektorer som eks bygge- og anleggsnæringen.

5.1.3.2 Likebehandling - anbudets grunnprinsipp

Likebehandling er helt sentralt innenfor anbudsretten. Mange andre anbudsrettslige prinsipper kan sees som utslag av denne grunnleggende normen. Forholdene må legges til rette for at flest mulig av de potensielle leverandørene får anledning til å konkurrere om leveransen på samme grunnlag. Leverandørene må gis likeverdige forutsetninger for å få sitt anbud antatt.

5.1.3.3 Forhandlingsforbudet

I henhold til FOA § 12-1, (1) er det ved anbudskonkurranser et absolutt forbud mot å føre forhandlinger med leverandørene. Dette er grunnleggende for hele anbudsformen. Man må derfor velge det beste tilbudet "slik det er". Det er imidlertid adgang til å foreta avklaringer rundt forhold som er uklare eller å rette åpenbare feil dersom det er klart hva feilen skal rettes til. Avklaringer og presiseringer må imidlertid ikke endre grunnleggende sider ved tilbudene. Forhandlingsforbudet forhindrer imidlertid ikke oppdragsgiver fra å føre en teknisk dialog i forkant av konkurransen. Det vil si at oppdragsgiver sonderer markedet og undersøker hvilke løsninger som kan være aktuelle.

At det ikke foregår forhandlinger underveis er en grunnleggende forutsetning for hele anbudsformen. Dersom bare en anbyder fikk forhandle, ville det være et brudd på likebehandlingsprinsippet. Hvis alle fikk forhandle, ville hensikten med anbudsprosessen undergraves. Forhandlingsforbudet krysses imidlertid av avklaringsregelen. Forutsatt at partene nytter avklaringsregelen på en lojal måte er dette en hensiktsmessig ordning. Et fullstendig kommunikasjonsforbud vil kunne resultere i misforståelser og økte kostnader.

5.1.3.4 Avvisningsreglene

Dersom et anbud eller en anbyder ikke fyller konkurransebetingelsene påligger det anbudsinnbyder en plikt til å avvise anbudet for noen tilfeller, mens for andre forhold kan

oppdragsgiver utvise et skjønn⁶⁸, jfr FOA §§20-12 til 20-15.

5.1.3.5 Rettssikkerhetsgarantier

Disse skal sikre at likhetsprinsippet etterleves. Viktig er her anonymitetsprinsippet om anbud i lukket konvolutt, om mottagelse og oppbevaring av anbud og om anbudsåpning. Videre vil rettssikkerhetshensyn ivaretas ved at alle får samme dokumenter og at ingen får dokumenter underhånden.

5.1.3.6 Prinsippet om forsvarlig saksbehandling

Dette prinsippet gjelder for gjennomføringen av en (anbuds)konkurranse uansett om det er offentlige eller private rettssubjekter som står som arrangører. En avgjørelse i en (anbuds)konkurranse skal være saklig, upartisk og formelt riktig, se også FOA § 20-16. For det offentlige kommer læren om myndighetsmisbruk til anvendelse. Det er slått fast i flere underrettsdommer at anbyderne har et rettskrav på forsvarlig saksbehandling. Dette følger av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.

5.1.3.7 Anbudsinnybyders frie valgrett

Den deklarasjoniske hovedregelen i norsk anbudsrett er at anbudsinnybyder etter eget fritt skjønn kan avgjøre konkurransen og at han fritt kan forkaste samtlige anbud, jfr FOA § 22-1. Denne bedømmelsesfriheten begrenses av forbudet mot usaklige og utenforliggende hensyn. Relevante bedømmelseskriterier kan være forhold hos anbyder, slik som økonomisk status, kapasitet, administrasjon og yrkesmessig vandel. Videre kan det være forhold ved anbudet, for eksempel pris, tid og forbehold. Viktige bedømmelseskriterier kan også være forhold ved den tilbudte løsningen, herunder driftskostnader og funksjonalitet og anbyders driftsmetode og opplegg.

⁶⁸ KOFA 2006/39 - Trio Entreprenør AS mot Statsbygg: I sak 2006/39 behandlet KOFA et spørsmål om avvisning av en leverandør fordi oppdragsgiver ikke fant at han oppfylt kvalifikasjonskravene i konkurransegrunnlaget ved en åpen anbuds konkurranse ifm med ny sentralarrest i Oslo. Innen tilbudsfristens utløp kom det inn tilbud fra i alt fem leverandører, herunder fra Trio Entreprenør AS (heretter bare Trio). I konkurransegrunnlaget var det satt krav til «at tilbyder har erfaring fra oppdrag av tilsvarende størrelse og kompleksitet de siste fem år». Statsbygg fant at Trio ikke hadde slik erfaring og avviste entreprenøren fra konkurransen.

KOFA vurderte om det var det stilt lovlig kvalifikasjonskrav. Ift egnethetskriteriet, slår KOFA fast grunnprinsippet om at oppdragsgiver har et ”betydelig skjønn” med hensyn til utformingen av kravet. I den aktuelle saken hadde oppdragsgiver tatt utgangspunkt i foa § 17-9 f nr 2, men tilføyd ”tilsvarende størrelse og kompleksitet”. Dette ble godtatt av KOFA blant annet under henvisning til KOFA 2003/31 hvor det ble uttalt at ”selv om bestemmelsen er formulert generelt, mener klagenemnda at det er adgang til å spesifisere kravene til opplydninger om tidligere kontrakter til den type kontrakt den aktuelle anskaffelsen omfatter”. Videre vurderte KOFA om det kunne det gjøres innsigelser mot kvalifikasjonsvurderingen. KOFA fastslår et viktig grunnprinsipp: ”Ved kvalifikasjonsvurderingen har oppdragsgiver et skjønn som bare i begrenset grad kan overprøves rettslig.” I den aktuelle saken fant KOFA at oppdragsgivers vurderinger av leverandørens kvalifikasjoner verken var usaklige eller uforsvarlige. Dessuten hadde ikke leverandøren levert inn skriftlige referanser.

5.1.3.8 Adgangen til avklaringer og rettinger i en anbudskonkurranse

I henhold til FOA § 17-2, har oppdragsgiver adgang til å gjennomføre avklaringer av innholdet i et tilbud før tilbudsfristens utløp som ikke er av vesentlig karakter. Kravet er at (§17-2 (2)):

”Rettelser, suppleringer eller endringer skal umiddelbart sendes samtlige som har mottatt konkurransegrunnlaget. Opplysninger som oppdragsgiver gir på forespørsel fra en av leverandørene, skal likeledes meddeles alle”

I den grad slike justeringer kommer sent, skal en forholdsmessig forlengelse av tilbudsfristen settes, jfr. § 17-2 (3).

5.1.3.9 Tildelingskriterier

I henhold til FOA § 22-2, skal tildeling skje enten på basis av hvilket tilbud som er det mest økonomisk fordelaktige, eller utelukkende ut fra hvilket tilbud som har den laveste prisen. Det viktig å være oppmerksom på at kravene her også gjelder for forhandlet prosedyre.

Dersom tildelingen av kontrakten skjer på grunnlag av det økonomisk mest fordelaktige tilbud, skal det benyttes kriterier som har tilknytning til kontraktsgjenstanden, eksempelvis kvalitet, pris, teknisk verdi, estetiske og funksjonsmessige egenskaper, driftsomkostninger, kundeservice, teknisk bistand, eller tid for levering eller ferdigstilling. Det sentrale krav er at kriterier man ønsker å anvende for evalueringen av de forskjellige leverandører skal oppgis i kunngjøringen. I tillegg skal de angitte kriterier vektas eller prioriteres. FOA § 22-2 (2 og 3) anfører følgende:

”..Alle kriterier som vil bli lagt til grunn skal oppgis i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget. Oppdragsgiver skal angi den relative vektningen som gis hvert av kriteriene. Vektningen kan angis innenfor et område med et passende maksimalt utslag.

Der det etter oppdragsgivers mening av påviselige grunner ikke er mulig å foreta en vektning, skal oppdragsgiver i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget angi kriteriene i prioritert rekkefølge med det viktigste først.”

Dette setter store krav til oppdragsgiver om hvordan han på forhånd må ta stilling til hva slags behov som ønskes dekket, og hvordan han ønsker å vekte de forskjellige behov seg imellom.

5.1.4 Unntak fra anbudspålegget

5.1.4.1 Konkurranse med forhandling

I henhold til FOA § 14-3 og § 14-4 for anskaffelser over terskelverdiene, kan man gjennomføre anskaffelse med forhandling når visse kriterier er oppfylt.

Hvis vi ser bort fra unntakstilfeller som gir adgang til å gjennomføre forhandling når en

anbudskonkurranse har mislykkes, samt hvor det er anledning til å foreta direkteanskaffelse (§ 14-4), er det gitt følgende muligheter til å gjennomføre kjøp etter forhandling av FOA § 14-3, b;

”...(1) Oppdragsgiver kan benytte konkurranse med forhandling ved tildeling av kontrakter etter å ha offentliggjort en kunngjøring i henhold til § 18-3 (kunngjøring av konkurranse), jf. § 18-1 (fremgangsmåten ved kunngjøringer) i følgende tilfeller:

b. i særlige tilfeller hvor vare-, tjeneste- eller bygge- og anleggskontraktens art eller tilknyttede risiko ikke tillater samlet prisfastsettelse på forhånd,”

Gammel bestemmelse av FOA, se § 4-2, anfører i pkt b:

”I særlige tilfeller hvor tjenestens eller bygge- og anleggskontraktens art eller tilknyttede risiko ikke tillater samlet prisfastsettelse på forhånd.”

I den nye forskriften er det nå tillatt å føre forhandlinger for varer, noe som tidligere ikke var tillatt. Dette gir en større åpning for mulige prosedyrer ved anskaffelse av materiell, som ellers ikke kunne ha blitt benyttet. Det er med tilfredshet vi ser at man nå aksepterer at varer kan være i en særlig stilling som betinger adgang til å kunne føre forhandlinger, ikke kun ved tjenester, eksempelvis ved kjøp av finansielle tjenester.

Hva ligger så i begrepet ”i særlige tilfeller”? Ut fra ordlyden synes det klart at lovgiver ønsker at dette skal være en unntaksbestemmelse. Bestemmelsen må antakelig tolkes strengt. EF-domstolen har flere ganger understreket at de tilsvarende bestemmelsene i EU-direktivene er utømmende unntaksregler som må fortolkes restriktivt, og at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene er oppfylt. I en KOFA sak fra 2005⁶⁹ anfører likevel KOFA at:

”Innklagede er avhengig av å se tilbudene før kontrakten endelig utformes. Dersom oppdragsgiveren skulle være nødt til å benytte anbudskonkurranse i et slikt tilfelle, ville det kreve at spesifikasjonene var nærmere fastlagt på forhånd og eventuelt at oppdragsgiveren og leverandøren i større grad måtte gjøre tilpasninger i kontrakten etter at valg av leverandør var gjort, med økt fare for at kontraktstildelingen foretas på feil grunnlag. Klagenemnda kan ikke se at den fremgangsmåten innklagede har valgt, er i strid med de grunnleggende kravene i regelverket, og finner ikke grunnlag

⁶⁹ KOFA sak 68/2005: Unntaket for konkurranse med forhandling over EØS-terskelverdiene.

Gjennomføring av forhandlingene: *Innklagede gjennomførte en konkurranse med forhandling for etablering av et offentlig-privat samarbeid (OPS) for prosjektering, bygging, finansiering og drift av et bygg med forskjellige funksjoner. Med henvisning til at kontrakten var sammensatt og komplisert, fant klagenemnda at prosedyreformen ikke var i strid med regelverket. Det ble gjort endringer i konkurransegrunnlaget under forhandlingene, men klagenemnda kom til at disse ikke var så vesentlige at det i realiteten innebar en ny konkurranse. Klagenemnda fant også for øvrig at forhandlingene hadde vært i samsvar med regelverket.*

for å sette til side innklagedes vurdering av at kontraktens art og risiko ikke tillot en samlet prisfastsettelse på forhånd.”

Dersom vilkårene for å benytte konkurranse med forhandling i § 14-3 er oppfylt, må konkurransen kunngjøres. De øvrige reglene i anskaffelsesregelverket gjelder så langt de passer. Det nevnes blant annet at reglene om minimumsfrister vil gjelde i disse tilfellene.

Betegnelsen ”ikke tillater” tilsier at en prisfastsettelse vil være så usikker at det ikke er mulig for leverandørene å levere inn et tilbud i en anbudskonkurranse. Det er neppe tilstrekkelig at det er vanskelig å gjøre et prisoverslag på forhånd. Antakelig vil det være krav om at en slik prisfastsettelse er tilnærmet umulig gjennom et anbudsregime. Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver subjektivt sett finner det vanskelig å fastsette en pris. Det typiske anvendelsesområdet vil være for særlig komplekse anskaffelser.

Det er viktig å poengtere at det er tjenestens art som er årsaken til at det ikke i tilstrekkelig grad kan fastsettes nøyaktige spesifikasjoner. Dersom oppdragsgiver mangler kompetanse til å spesifisere ytelsen er vilkåret ikke oppfylt. I sak 2003/184 har KOFA⁷⁰ uttalt at utgangspunktet for vurderingen må være hva en normalt dyktig innkjøper, uten spesialkunnskap på området, vil kunne prestere. Dette innebærer ikke at ethvert kjøp av slike tjenester kan skje ved kjøp etter forhandling, det må foretas en konkret vurdering av om de strenge vilkårene er oppfylt.

Hinderet mot å anvende forhandlinger må sees i sammenheng med formålet med EU sine direktiver, nemlig å åpne de nasjonale grenser for kjøp til det offentlige. Kontrollerbarheten av offentlige anskaffelser er enklere og mer gjennomskiktig enn ved forhandlinger. For sistnevnte vil det være større rom for skjønn.

Selv om de nye endringer nå tillater å gjennomføre forhandlinger også for varer, vil det være en høy terskel hvor anskaffende myndighet må kunne dokumentere at unntakskravene (”i særlig tilfelle” og ”ikke tillater”) er tilfredsstillt og at usikkerheten er for stor til å gjennomføre en anbudskonkurranse. Med de særlige krav som foreligger, vil nok en del velge å gjennomføre anbudskonkurranse for å være sikker på å overholde lovens- og forskriftenes krav til gjennomføring av anskaffelser. For slike situasjoner løper en da risiko for at prosjektet ikke blir like vellykket som om man hadde gjennomført det som et forhandlet kjøp.

5.1.4.2 Konkurranspreget dialog – hvor ofte kan den anvendes?

En side ved anbudsprinsippet er kravet til at oppdragsgiver selv klarer å spesifisere alle krav til det som ønskes kjøpt. Anvendelse av anbudsprinsippet har imidlertid vist seg vanskelig ved

⁷⁰ KOFA sak 184/2003: *Klagenemnda kom til at det ikke var adgang til å benytte konkurranse med forhandling for den konkrete anskaffelsen av forsikringsmeglertjenester. Nemnda kunne ikke se at det var vanskelig å spesifisere ytelsen, og de aktuelle tjenestene var nemndas vurdering ikke kompliserte nok. Det ble vist til at det hadde vært mulig for oppdragsgiver å angi ønsket prisstruktur, herunder en prismatrise. Nemnda mente oppdragsgiver med få og enkle grep kunne spesifisere ytelsen.*

kompliserte anskaffelser fordi man ikke klarer å gjennomføre en effektiv og fullverdig kommunikasjon.

Det har således vokst frem et behov for mer fleksibilitet, særlig for OPP-prosjekter (offentlig privat partnerskap) og teknisk kompliserte kontrakter. Konkurranspreget dialog⁷¹ er en nyvinning innført av EU gjennom direktiv 2004/18 EC, som nå er innført i FOA. Hensikten med innføring av konkurranspreget dialog er å tilrettelegge for håndtering av særlig komplekse kontrakter hvor anvendelse av åpen eller begrenset anbudskonkurranse "ikke gjør det mulig" å tildele kontrakt. Slik bestemmelsen er formet tror vi dessverre at terskelen for å anvende konkurranspreget dialog har blitt for høy. Vi vil her se litt nærmere på *når* konkurranspreget dialog faktisk kan anvendes.

Hvis vi ser på ordlyden⁷², vil "særlig kompleks" kontrakt kunne foreligge i to tilfeller. *Objektivt* skal oppdragsgiver; enten ikke være i stand til å presisere de tekniske vilkår i en kravspesifikasjon; eller ikke være i stand til å definere de rettslige eller finansielle vilkår i forbindelse med et prosjekt.

Det har vært en del debatt om hva som ligger i begrepet "*oppdragsgiver ikke er i stand til, objektivt å presisere de tekniske vilkår*" eller "*objektivt å presisere de rettslige eller finansielle forhold*". I følge høringsbrevet⁷³ til Moderniseringsdepartementet (nå Fornyings og administrasjonsdepartementet (FAD)) blir det anført at det må være objektivt umulig å anvende åpen eller begrenset anbudskonkurranse. Dette innebærer at subjektive forhold hos oppdragsgiver ikke er relevant og at bevisbyrden for umuligheten påligger oppdragsgiver. FAD anfører videre at den nærmere tolkningen av konkurranspreget dialog må overlates til praksis. Til dags dato er bestemmelsen for ny til at vi kan se noen rettspraksis på bestemmelsen.

Etter vårt skjønn er dette svært strenge krav. I fortalen til EF-direktiv 2004/18 pkt 31 som anføres som understøttelse for FAD sitt syn, sies det at:

⁷¹ § 14-2. Konkurranspreget dialog

(1) Oppdragsgiver kan benytte konkurranspreget dialog ved tildeling av særlig komplekse kontrakter.

(2) En kontrakt er særlig kompleks når oppdragsgiver ikke er i stand til:

a. i samsvar med § 17-3 (krav til ytelsen og bruk av tekniske spesifikasjoner) tredje ledd 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.

⁷² §14-2. Konkurranspreget dialog:

(1) Oppdragsgiver kan benytte konkurranspreget dialog ved tildeling av særlig komplekse kontrakter.

(2) En kontrakt er særlig kompleks når oppdragsgiver ikke er i stand til:

a. i samsvar med § 17-3 (krav til ytelsen og bruk av tekniske spesifikasjoner) tredje ledd 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.

⁷³ MOD 6 april 2005, ref 20040412.

“Contracting authorities which carry out particularly complex projects may, without this being due to any fault on their part, find it objectively impossible to define the means of satisfying their needs or of assessing what the market can offer in the way of technical solutions and/or financial/legal solutions. This situation may arise in particular with the implementation of important integrated transport infrastructure projects, large computer networks or projects involving complex and structured financing the financial and legal make up of which cannot be defined in advance. To the extent that use of open or restricted procedures does not allow the award of such contracts, a flexible procedure should be provided which preserves not only competition between economic operators but also the need for the contracting authorities to discuss all aspects of the contract with each candidate. However, this procedure must not be used in such a way as to restrict or distort competition, particularly by altering any fundamental aspects of the offers, or by imposing substantial new requirements on the successful tenderer, or by involving any tenderer other than the one selected as the most economically advantageous.”

Dette synet følges opp av Europakommisjonen, som i forhold til begrepet ”objektiv” har anført⁷⁴:

“The complexity must be established and able to be objectively justified by the contracting authority. This does not therefore concern subjectively impossibility, i.e. due to the deficiencies on the part of the contracting authority itself. The authority may not simply affirm that it is unable to provide a definition or an evaluation. On the contrary, the contracting authority must prove that this is objectively impossible, given the nature of this specific contract. Depending on the case this might mean that the contracting authority would be required to prove that there are no precedents for the project, or that disproportionate time or money would be required to acquire the necessary knowledge.”

Det må stilles store spørsmålstegn ved om dette ikke er altfor strenge krav for å anvende prosedyren. Det kan synes som om at oppdragsgiver vil være nødt til først å prøve mulighetene for bl a innleie av enten juridiske, tekniske eller finansielle eksperter, eller på annen måte bygge opp sin kompetanse. Først når dette er ansett som objektivt umulig, kan man innlede en konkurransepreget dialog. Bevisbyrden ligger på anskaffende myndighet, som må bevise at den har gjennomført alle nødvendige tiltak for å sikre seg nødvendig kompetanse, men ikke lykkes.

I en publisert artikkel av Anne Rubach Larsen⁷⁵ anføres det at:

“If the Commissions views on the scope are followed, the competitive dialogue procedure can probably only be applied to a very few highly innovative projects, which in most cases would fall within the negotiated procedures anyway.”

⁷⁴ Europakommisjonens forslag, COM (2000) 275 final, Part III, vedrørende kapittel 4, artikkel 29.

⁷⁵ Ruth Nielsen mfl, The new EU Public Procurement Directives, s 70-72.

Dette er vi enig i. Hvis ikke terskelen for anvendelsen justeres ned, vil man i svært liten grad dra nytte av den nye prosedyren. I stedet bør en hensiktsmessighetsbetraktning legges til grunn for en slik vurdering. Oppdragsgiver bør tillates å vurdere hva slags ressurser som må til for å innhente ekstern støtte, og om dette vil være regningsssvarende i forholdet til omfanget og usikkerheten av anskaffelsen. Dette er indirekte indikert i Europakommisjonen siste setning, se ovenfor.

5.2 Valg av anskaffelsesprosedyrer i ARF

5.2.1 Den mest fordelaktige prosedyre

Det er et viktig prinsipielt skille mellom ARF og LOA når det gjelder valg av anskaffelsesprosedyrer. Dette skillet går i hovedsak på hvilken fleksibilitet man ønsker å gi anskaffende myndighet.

Som vi har vist ovenfor har man i EU og derav i Norge lagt seg på en linje hvor den klare hovedregel er anbud. Det spørres ikke om dette er den optimale anskaffelsesprosedyre. Man ønsker av mer politiske årsaker å tvinge frem en åpenhet på tvers av landegrenser gjennom å anvende anbud med krav til et strengt objektivisert prosedyregrunnlag.

For anskaffelser som i sin helhet kan anvende ARF, er situasjonen en annen. Det fremgår i ARF pkt 1.5.2 følgende:

1.5.2 Valg av anskaffelsesprosedyrer

For anskaffelser som faller inn under LOA/FOA skal det benyttes prosedyrer som er i henhold til forskriftens bestemmelser. For øvrige anskaffelser benyttes den anskaffelsesprosedyren som vil gi den mest fordelaktig anskaffelse for Forsvaret. Ved anskaffelser hvor tilbyder må få tilgang på gradert informasjon skal ikke åpen anbudskonkurranse benyttes.

Ved å fokusere på hva som vil være den mest fordelaktige anskaffelsesprosedyre, legger man til rette for bruk av andre prosesser enn anbudskonkurransen. Man kan i stedet fokusere på en optimal anskaffelsesprosess for Forsvaret. Dette er en mer pragmatisk tilnærming hvor man i større grad ikke bare kan skreddersy prosessen, men også hensynta et videre spekter av behov Forsvaret måtte ha samtidig som man kan tilrettelegge for den mest passende konkurranseform.

Hva som ligger i begrepet ”den mest fordelaktige anskaffelse for Forsvaret”, kan likevel diskuteres. Det første spørsmålet er ”fordelaktig for hvem”? Er det den operative avdeling vi snakker om, vedlikeholdsorganisasjonen, muligheten for senere kobling mot nettverk osv. Som vi ser, åpner bestemmelsen rom for tolkning.

Etter vårt skjønn må den leses i sammenheng med St prp 42 og henvisningen til Forsvarets behov. Med andre ord så vil indirekte fordeler, eksempelvis industrimessige forhold, antakelig falle

utenfor som eneste begrunnelse. Unntaket vil være hvor de indirekte fordeler gir en totalmessig gevinst for Forsvaret, eks deling av kostnader med andre nasjoner/etater.

5.2.2 Konsekvenser ved brudd på bestemmelsen

At ARF er en intern instruks for Forsvaret innebærer, som tidligere anført ovenfor, en stor frihet for FD til å gi regler man anser er passende for Forsvarets anskaffelser. I utgangspunktet er det kun de mest elementære prinsipper som må legges til grunn, jfr ”Poncho-saken” fra HR.

I det gamle anskaffelsesregelverket Bestemmelser for Anskaffelser til Forsvaret (BAF) pkt 1.204, fremgår det klart at ” *En vesentlig del av Forsvarets anskaffelser er imidlertid av en slik art at kjøp i stor utstrekning vil måtte foretas etter forhandling eller som direkte kjøp.*” For å kunne anvende forhandlet kjøp etter de gamle bestemmelser, måtte en eller flere av de kriterier som var nevnt i BAF pkt 3.102, være tilfredstillet. Dette gjaldt alt fra usikkerhet med hensyn til kostnader, ønsket om å få frem mer innovasjon samt hvor det ikke er tilstrekkelig med konkurranse.

Således har man i stor grad i Forsvaret opp i gjennom årene ofte valgt forhandlet kjøp for å kunne best mulig skreddersy leveransen samt bedre kunne sammenligne forskjellige løsninger på et kapabilitetsbehov. Med ARF, er det blitt foretatt noen justeringer, men etter vårt skjønn er de bærende hovedprinsipper fortsatt beholdt.

Valg av feil prosedyrer i ARF vil, så lenge man befinner seg utenfor LOA i utgangspunktet ikke gi leverandører noen mulighet til saksøke Forsvaret, eller bringe saken inn for KOFA.

6 Oppsummering

6.1 Generelt

6.1.1 Hovedbetraktninger

Denne rapport har vist at der er signifikante forskjeller mellom LOA og ARF med henblikk på hvordan man tilnærmer seg komplekse anskaffelser. For det første har ARF en større fleksibilitet på mange felter. Alt fra valg av anskaffelsesprosedyrer, herunder adgangen til å forhandle til hvordan man gjennomfører konkurranse. For det andre har ARF i langt større grad bygget inn veiledninger til hvorledes de respektive regler skal håndteres/forstås. Dette skal presumptivt gjøre bruk av ARF mer hensiktsmessig og at innsikten i kompliserte prosesser blir enklere.

Begge hensyn er med på å underbygge et fortsatt behov for ARF i å håndtere komplekse anskaffelser. Et eventuelt vedtak om å ta vekk ARF for kun å støtte seg på LOA, vil antakelig medføre en økt usikkerhet for å kunne gjennomføre vellykkede prosjekter.

6.2 Anbefalinger

6.2.1 Anvendelse av ARF

Det er viktig å få rett informasjon til rett tid for beslutningstakere. Samtidig må man navigere etter en plan er lagt. Dette betinger en rekke ting, herunder tidlig og tett samarbeid mellom relevante aktører.

Vi anbefaler at man i enda større grad anvender ARF. Det vil for de tidlige faser, være en utfordring for industrien å delta med sin intellektuelle kapital hvis de samtidig ved en senere anskaffelse av fremtatte løsninger blir ekskludert grunnet sin deltagelse og rådgivning. Av den grunn bør mulighetsrommet anvendes i ARF for å skreddersy en anskaffelsesprosess til det enkelte prosjekt innenfor forsvarlige rammer.

I den sammenheng kan det også være en ide at man over tid samler alle avgjørelser for når man velger ARF i en database for bedre å akkumulere kunnskap innenfor dette feltet.

6.2.2 Utnyttelse av industrien som rådgiver

For det andre, bør man i større grad nyttiggjøre seg industriens kunnskap forut for en konkurransefase. Både LOA og ARF gir anledning til dette etter nærmere regler. Det vil for de tidlige faser, være en utfordring for industrien å delta med sin intellektuelle kapital hvis de samtidig ved en senere anskaffelse av fremtatte løsninger blir ekskludert grunnet sin deltagelse og rådgivning.

6.2.3 Behovet for en næringsstrategi

For det tredje bør man iverksette en næringsstrategi under ARF. I denne sammenheng vil næringsstrategi i stor grad kunne sammenlignes med de private bedrifters ”Supply Chain Strategy”. På denne måten blir det antakelig enklere for ansvarlige myndigheter innad i Forsvaret å vite hvorledes man skal engasjere (norsk) industri som rådgiver i de innledende faser, og hvilke retningslinjer dette skal skje etter.

6.2.4 Behovet for verktøy/implementering av anbefalinger

For det fjerde bør det utvikles/tas i bruk verktøy som tilrettelegger for ovennevnte anbefalinger. Dette gjelder både på den kontraktuelle side, konkurransemessige forhold samt kompetanse. Disse forhold bør i alle henseender ha klare etiske regler som bibeholder klare linjer mellom Forsvaret og de respektive leverandører. Eksempelvis inneholder Forsvarets kontraktsmodell for integrert samarbeid (ISAM) flere elementer som kan og bør benyttes⁷⁶. Også internasjonalt er det utviklet mange modeller for iterative prosesser som ivaretar behovet for å skape synergi og effektiv samhandling på den ene side, men også ivaretar begge siders prosjektmedarbeideres behov for å ivareta sin arbeidsgivers interesser.

⁷⁶ Rapport fra Granskingsutvalget for IKT-kontrakter i Forsvaret oppnevnt av Kongen i statsråd 6. januar 2006, avgitt 16. juni 2006.

Litteratur

[1-50]

- [1] B. Andersen and H. Kilde, "**Benchmarking av prosjektstyring**," PS 2000 - NTNU/SINTEF., Trondheim,1996.
- [2] B. Andersen, "Benchmarking av store prosjekter," PS 2000,NTNU99011, 1999.
- [3] K. Austeng, B. O. Elvenes, H. Hynne, O. J. Klakegg, and T. Skjønhal, "Gjennomføringsmodeller og kontraktstrategier,"STF38 A98610, 1998.
- [4] Australian Department of Defence, "The Electronic Systems Sector Strategic Plan," Defence Materiel Organisation, Canberra,2004.
- [5] U. Bernitz, *The EEC-EFTA Free Trade Agreements - In the Context of an Emerging Economic Space - Conference Papers* Institute for Intellectual Property and Market Law at the Stockholm University, 1988.
- [6] U. Bernitz, M. Levin, L. Pehrson, J. Rosen, T. Sigemann, and N. Wahl, *EES-avtalet i svenskt rätt*. Stockholm: Juristförlaget, 1993.
- [7] Bjørk Hanne Marit and Skøelv Åge, "Policy og praksis for gjenkjøp - en komparativ studie av sju nasjoner," Forsvarets forskningsinstitutt,2006/02132, 2006.
- [8] Burkard Schmitt, Gordon Adams, Andrew D.James, ndrew D.James, and hristophe Cornu , "Between Cooperation and Competition: the Transatlantic Defence Market," The European Union Institute for Security Studies (EUISS),Jan.2001.
- [9] D. M. Dalen and C. Riis, "Konkurrans for innovasjon," **Handelshøyskolen BI , Institutt for samfunnsøkonomi** ,2005.
- [10] Dalseide-utvalget, "Rapport fra Granskingsutvalget for IKT-kontrakter i Forsvaret," Forsvarsdepartementet,2006.
- [11] A. Department of Defence, "Defence and Industry - Strategic Policy Statement,"1998.
- [12] A. Department of Defence, "Report on Defence Governance, Acquisition and Support,"2000.
- [13] Dr.Aris Georgopoulos, "**Contribution to the Consultation process for the establishment of a European Defence Equipment Market**," School University of Dundee, School University of Dundee,2005.
- [14] K. A. Eliassen and M. Skriver, "Militære anskaffelser, gjenkjøp og industripolitikk," Handelshøyskolen BI,2002.
- [15] European Commission, "Public procurement in the European Union - Objectives and scope of the public procurement directives," Directive 92/50/EEC ed 1992.
- [16] European Commission, "The Challenges facing the European Defence-related Industry: a contribution for action at the European level,"Jan.1996.
- [17] European Commission, "Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of public supply contracts, public service contracts and public works contracts," COM/2000/0275 final - COD 2000/0115 ed 2000.

- [18] European Commission, "European Defence Industrial and Market Issues - Towards an EU Defence Equipment Policy," Europakommisjonen, COM 113 final/ Doc. 8484/03 POLARM 10 COMPET 14 IND 59 MI 85 RECH 59, 2003.
- [19] European Commission, "Public procurement: new Commission initiatives on more open and efficient defence procurement," Europakommisjonen, IP/05/1534, 2005.
- [20] Forsvarsdepartementet, "Våre utfordringer," Forsvarsdepartementet, **St.prp. nr. 1 (2003-2004) FOR BUDSJETTERMINEN 2004**, 2003.
- [21] Forsvarsdepartementet, "Den videre moderniseringen av Forsvaret i perioden 2005-2008," Forsvarsdepartementet, St.prp.42 (2003-2004), 2004.
- [22] Forsvarsdepartementet, "Konsept for fremskaffelse av materielle kapasiteter i forsvarssektoren.," Forsvarsdepartementet, Oslo, 2004.
- [23] Forsvarsdepartementet, "Policy for militær tilpasning og anvendelse av informasjons- og kommunikasjonsteknologi i Forsvaret," Forsvarsdepartementet, 2005.
- [24] Forsvarsdepartementet, "Strategisk konsept for Forsvaret i perioden 2005-2008: Styrke og relevans," Forsvarsdepartementet, 2005.
- [25] Forsvarsstaben and Militær Faglig Utredning 03, "LOGISTIKK- OG STØTTEKONSEPT FOR FORSVARET," Forsvarsstaben, Oslo, 2004.
- [26] R. Furuseth, "Konkurranserettslige unntak for forsvarsanskaffelser innenfor EØS området," Forsvarets forskningsinstitutt, 2001/04663, 2001.
- [27] L.-E. Gadde and H. Håkansson, *Professionelt inköp* Studentlitteratur, 1993.
- [28] O. Gjems-Onstad, *EØS-AVTALEN OG EØS-LOVEN - med kommentarer*, 2 utgave ed Gyldendal, 2000.
- [29] A. D. Gjønnnes and S. Knudtzon, *EØS-Håndboken - EØS-avtalen - innhold og praktisering*, 2nd, 1998 ed. Oslo: Universitetsforlaget, 1992.
- [30] Fr. Fr. Gundersen and U. Bernitz, *Innføring i EØS- og EF-rett med traktattekster*, 1st ed. Oslo: Aktiv Trykk as, 1993.
- [31] J. D. Lewis, *The Connected Cooperation, How leading Companies Win Through Customer-Supplier Alliances* The Free Press, 1995.
- [32] O. Lædre, "State of the Art - Tidligfasevurdering av prosjekter," Concept programmet/ NTNU, Institutt for bygg- og anleggsteknikk, CONCEPT 01-30, 2002.
- [33] O. Lædre, "Valg av kontraktsstrategi i bygg- og anleggsprosjekt." Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet, Fakultet for ingeniørvitenskap og teknologi, 2006.
- [34] M. Marøy, "**Prosjekt - Teori og Praksis**," PS 2000, **SINTEF Teknologiledelse**, Produksjonsteknikk, Trondheim, STF38 A98207, 1997.
- [35] P.-C. Müller-Graff and E. Selvig, *The European Economic Area - Norway's Basic Status in the Legal Constructioun of Europe* Berlin Verlag, Arno Spitz GmbH og Tano-Aschehoug, 1997.
- [36] P. Næss, O. J. Klakegg, N. Olsson, and K. A. Brekke, "Tidlig fase i store offentlige investeringsprosjekter. Vurdering av behov, mål, fleksibilitet og effekt," Concept programmet/, Trondheim, 1050-5, 2004.

- [37] C. Pollitt and G. Bouckaert, *Public management Reform - A comparative analysis* Oxford University Press, 2000.
- [38] PricewaterhouseCoopers, "The Defence industry in the 21st Century - Thinking Global ... or thinking American?," PricewaterhouseCoopers Global Aerospace and Defence, London, 2005.
- [39] Prinsix-sekretariatet, *Veiledning i håndtering av usikkerhet*, 1 utgave ed Forsvarets overkommando, 1999.
- [40] N. Rackham, L. Friedman, and R. Ruff, *Getting Partnering Right - How market leaders are creating long-term competitive advantage*. New York: McGraw-Hill, 1996.
- [41] REPORT BY THE COMPTROLLER AND AUDITOR GENERAL, "Implementation of Integrated Project Teams," UK National Audit Office/ Ministry of Defence, HC 671 Session 2001-2002: 14 March 2002, 2002.
- [42] Ruth Nielsen mfl, "The new EU Public Procurement Directives," Djøf Publishing, 2005.
- [43] Rättssekretariatet, "Det svenske regeringens synspunkter på Europeiske kommissionens grønbok om forsvarsupphandlinger," Det Svenske Finansdepartement, Fi2004/4841, 2005.
- [44] E. S. Savas, *Privatisation and Public-Private Partnerships* Chatham House Publishers, Seven Bridges Press, LLC, 2000.
- [45] Shahzad Ali, Skogstad Arne K, Skøelv Åge, E. N. Warberg, and E. Willassen, "Næringspolitiske aspekter ved forsvarets anskaffelser," Forsvarets forskningsinstitutt, Kjeller, FFI-rapport 2007/00915, 2007.
- [46] L. Simonsen, *Prekontraktuell ansvar*. Oslo: Universitetsforlaget, 1997.
- [47] Skogstad Arne K and E. N. Warberg, "Revisjon av de teknologiske kompetanse- og satsningsområder for Forsvaret og norsk forsvarsindustri," Forsvarets forskningsinstitutt, 2005/01678, 2005.
- [48] Skogstad Arne K and E. N. Warberg, "Samarbeid mellom Forsvaret og industrien innen programområdet INI," Forsvarets forskningsinstitutt, 2006/01620, 2006.
- [49] H. G. Solheim, E. Dammen, H. O. Skaldebø, E. Myking, E. Krogh Svendsen, and P. Torgersen, "Konseptutvikling og -evaluering i store statlige investeringsprosjekter," Concept programmet/Terramar AS og Metier Scandinavia AS, 1060, 2004.
- [50] Stortinget, "EØS-avtalen - Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)," nr.109 ed 1992.