

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Uunnværlige forsvarsanskaffelser

Adgangen til å bruke EØS-avtalen art. 123 b ved anskaffelse av militære varer som også har et sivilt bruksområde.

Kandidatnummer: 598

Leveringsfrist: 25.11.21

Antall ord: 15 369



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>1</b>
1.1	Tema og problemstilling .....	1
1.2	Presiseringer og avgrensninger .....	3
1.3	Rettskilder og metode .....	4
1.4	Aktualitet.....	7
1.5	Fremstillingen videre .....	8
<b>2</b>	<b>EØS-AVTALEN ART. 123</b> .....	<b>8</b>
2.1	Overordnet .....	8
2.2	En egentlig unntaksbestemmelse? .....	10
2.3	Strukturen i art. 123 b .....	11
2.3.1	«Treffe tiltak» .....	11
2.3.2	«Produksjon» eller «handel» .....	13
2.3.3	«Våpen, ammunisjon og krigsmateriell».....	13
2.3.4	«Andre varer» .....	15
2.3.5	«Ikke endre konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål» .....	16
2.4	Statenes skjønnsmargin.....	17
<b>3</b>	<b>ANALYSE AV «UUNNVÆRLIG FOR FORSVARSFORMÅL»</b> .....	<b>18</b>
3.1	«Uunnværlig».....	19
3.2	«Forsvarsformål» .....	21
3.2.1	C-337/05 (Augusta) .....	22
3.2.2	C-615/10 (Instiimi Oy) .....	23
3.2.3	Betydning for tolkningen av EØS-avtalen art. 123 .....	25
<b>4</b>	<b>PROPORSJONALITET</b> .....	<b>27</b>
4.1	C-615/10 (Instiimi Oy).....	28
4.2	C-474/12 (Schiebel Aircraft) .....	28
4.3	C-187/16 (ÖS).....	30
4.4	Proporsjonalitetskrav etter EØS-avtalen art. 123 b? .....	32
4.5	Betydningen av vedtagelsen av FSD .....	34
4.6	KOFA og proporsjonalitetskravet.....	35
<b>5</b>	<b>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</b> .....	<b>36</b>
5.1	Refleksjoner .....	36

5.2	Konklusjon.....	38
<b>KILDER</b> .....		<b>1</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Markedet for offentlige anskaffelser står for en vesentlig del av økonomien i de fleste industrialiserte land.<sup>1</sup> For Norges del kjøper offentlig sektor årlig inn varer og tjenester for omtrent 500 milliarder kroner.<sup>2</sup> Siden det er staten som er ansvarlig for denne ressursbruken, er det flere hensyn som begrunner at innkjøpsprosessen styres av et sett med regler. For det første er det i samfunnets interesse at ressursbruken er så effektiv som mulig.<sup>3</sup> Med det menes at anskaffelsen i seg selv dekker et nødvendig behov, samtidig som at prisen som betales er så lav som mulig.<sup>4</sup> Det offentlige har ikke det samme insentivet som private aktører til å presse prisen ned. Ved å konkurransesette oppdraget, og kreve at det «beste» tilbudet skal vinne, er dette effektivitetshensynet i stor grad ivaretatt.

For det andre er det etter Norges deltakelse i EØS nødvendig at også utenlandske leverandører gis mulighet til å delta i konkurransen. Det overordnede målet med EU er å etablere et felles, indre marked for medlemsstatene. Kort sagt kan en si at EU skal fungere som et nasjonalt marked.<sup>5</sup> Et slikt marked innebærer at det i prinsippet gjelder fri flyt av varer, tjenester, personer og kapital mellom landegrensene innad i EU. Dette kalles de fire friheter, og er en helt sentral del av EU-retten. I tillegg gjelder like konkurransevilkår i næringslivet uavhengig av stat, så lenge det er innenfor EU. Dette skal gjøre handel og samarbeid lettere og mer gunstig på tvers av landegrensene. Tankegangen er at dette vil føre til økonomisk vekst for alle medlemsstatene. En inngående gjennomgang av de ulike reglene som gjennomfører målsetningen om et indre marked faller utenfor oppgaven, men det er viktig å understreke denne helt sentrale forutsetningen for EU-samarbeidet. Årsaken er at når det gjøres unntak fra reglene som gjennomfører målsetningen om et indre marked, forutsettes det at det foreligger enda sterkere hensyn som begrunner at det gjøres unntak. Det er ikke tilstrekkelig at det er beleilig for en medlemsstat å unnta EU-regelverket anvendelse. EU-domstolen har gjentatte ganger understreket at unntaksreglene må praktiseres strengt for å ikke svekke EU-rettens bindende karakter.<sup>6</sup>

EØS-avtalen<sup>7</sup> innlemmer EFTA-statene, deriblant Norge, inn i dette indre markedet. Det betyr at de samme generelle prinsippene får betydning også i Norge, selv om vi ikke er medlem i EU. For eksempel fører prinsippet om ikke-diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet til at norske

---

<sup>1</sup> Arrowsmith (2018) s. 1 med videre henvisninger.

<sup>2</sup> Meld. St. 22 (2018–2019) s. 11.

<sup>3</sup> Se anskaffelsesloven § 1.

<sup>4</sup> Dragsten (2013) s. 52.

<sup>5</sup> Sejersted (2011) s. 60.

<sup>6</sup> Se blant annet C-284/05 avsnitt 45, C-615/10 avsnitt 35, C-474/12 avsnitt 33.

<sup>7</sup> Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde.

oppdragsgivere må vurdere utenlandske leverandører i EU objektivt opp mot tildelingskriteriene ved valg av tilbud.<sup>8</sup> Det er ikke adgang til å tildele kontrakt til en nasjonal leverandør for å styrke norsk økonomi, eller på annen måte legge begrensninger i utenlandske leverandører i EU sin adgang til å delta i konkurranser.

Anskaffelsesregelverket skal sikre at disse hensyn blir ivaretatt. Men også andre hensyn kan gjøre seg gjeldende. Når Forsvaret skal anskaffe stridsvogner, kan det sette nasjonal sikkerhet i fare dersom oppdragsgiver blir nødt til å dele sensitiv informasjon til et ubegrenset antall leverandører gjennom offentliggjøring av konkurransegrunnlaget. Det kan også være uheldig om oppdragsgiver er nødt til å delta i like detaljerte forhandlinger med alle leverandørene. Det er dermed liten tvil om at nasjonale interesser er et viktig hensyn å ivareta ved utformingen og praktiseringen av anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren.

«Nasjonale interesser» er et vidt begrep og kan være av ulik art. Det kan for eksempel gjelde lokal sysselsetting, kontroll over fiskeområder, skattepolitikk eller energiforsyning. EØS-avtalen art. 123 gjelder i hovedsak nasjonal *sikkerhet*. Den skal gi medlemstatene fleksibelt spillerom i områder av sensitiv karakter, som militærkapasiteter og kommunikasjonsverktøy. For eksempel kan regelen fritta oppdragsgiver fra plikten til å offentliggjøre konkurransen, og den kan gi oppdragsgiver anledning til å forskjellsbehandle leverandørene. Formålet er da nettopp å ivareta nasjonale sikkerhetsinteresser. De nasjonale interessene som ivaretas etter EØS-avtalen art. 123 står i et motsetningsforhold til de hensyn som begrunner EU-samarbeidet.

Utstrakt fravikelse av EU-retten er egnet til å svekke grunnprinsippet om et indre marked i hele EU.<sup>9</sup> EØS-avtalen art. 123 er begrenset i omfang ved at den bare gjelder forsvarsanskaffelser. Utenfor faller dermed anskaffelse av sivile varer. Men mellom disse to ytterpunktene kan det tenkes et vell av varer som kan ha en funksjon både i det sivile og militære markedet. Dette reiser spørsmålet om hvilken betydning unntaksregelen har for disse varene.

Oppgaven skal besvare spørsmålet om, og i så fall i hvilken utstrekning, oppdragsgiver kan bruke unntaksbestemmelsen i EØS-avtalen art. 123 b til anskaffelse av militære varer, når disse varene også har et sivilt bruksområde. Dette forutsetter en forholdsvis omfattende redegjørelse for unntaksbestemmelsen. Denne redegjørelsen og den påfølgende analysen vil reise en rekke spørsmål som må besvares for å kunne konkludere på problemstillingen.

---

<sup>8</sup> EØS-avtalen art. 4.

<sup>9</sup> C-222/84 (Johnston) avsnitt 26.

## 1.2 Presiseringer og avgrensninger

Med «klassisk sektor» menes anskaffelser som gjennomføres etter det alminnelige anskaffelsesregelverket, det vil si anskaffelser som ikke naturlig rubriseres under en annen sektor. En slik annen sektor er for eksempel forsvarssektoren. For denne sektoren er det vedtatt et eget direktiv, forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet. Dette går som *lex specialis* foran det alminnelige anskaffelsesdirektivet ved forsvarsanskaffelser. I oppgaven vil denne todelingen mellom klassisk sektor og forsvarssektor bli brukt for å belyse relevante forskjeller mellom regelverkene.

«EU-rett» som et begrep inkluderer i denne oppgaven EU-rett som er gjennomført i Norge ved EØS-avtalen. Det vil kanskje virke unaturlig å ikke benevne det som «EØS-rett». Grunnen til at jeg omtaler det som «EU-rett» er at reglene som det siktes til når begrepet «EØS-rett» i alminnelighet brukes er regler som tilsvarende de som følger av den egentlige EU-retten.<sup>10</sup> Det har derfor i utgangspunktet ikke noe for seg å skille mellom begrepene. En annen sak er at EU-rettslige regler kan få et annet innhold for EFTA-statene, noe jeg kommer tilbake til i behandlingen av EØS-avtalen art. 123 b.

«Dual use» er et begrep som er innarbeidet i litteraturen om forsvarsanskaffelser, og vil derfor også stedvis bli brukt her.<sup>11</sup> Begrepet tillegges ikke i seg selv rettslige virkninger av domstolene. Dets funksjon er å vise til varer og tjenester som har et bruksområde både i militær og sivil sektor. Eksempler kan være kjøretøy, navigasjonsutstyr og bekledning. Vi kan si at slikt utstyr har et dobbelt bruksområde («dual use»).

Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet vil ikke bli behandlet mer inngående enn nødvendig for å illustrere EØS-avtalen art. 123 b og besvare oppgavens problemstilling. Jeg nevner at direktivet har en tilsvarende henvisning til EØS-avtalen art. 123 som følger av det alminnelige anskaffelsesdirektivet. Som jeg kommer tilbake til, vil likevel forsvars og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet indirekte kunne føre til en mer restriktiv praktisering av unntaksbestemmelsen.<sup>12</sup> Utenfor oppgavens rammer faller også reglene om kontrakter som en stat tildeler en annen stat. Heller ikke vil kontrakter mellom stater utenfor EU-området behandles.

Anskaffelsesdirektivene kommer bare til anvendelse for anskaffelser som overstiger visse terskelverdier.<sup>13</sup> Er anskaffelsens verdi anslått til å ligge under disse terskelverdiene, kommer ikke direktivene til anvendelse. Da er det naturligvis ikke nødvendig å bruke unntaksbestemmelsen

---

<sup>10</sup> Sejersted (2011) s. 22.

<sup>11</sup> Se blant annet Ormberg (2018) s. 935, Arrowsmith (2018) s. 171, Trybus (2014) s. 94.

<sup>12</sup> Se kapittel 4.5.

<sup>13</sup> Anskaffelsesdirektivet art. 4, forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet art. 8.

i EØS-avtalen art. 123 b. Anskaffelser som ikke når opp til disse terskelverdiene vil derfor ikke bli behandlet i oppgaven.

Anskaffelsesregelverket gir enkelte særregler for de tilfeller der en anskaffelse haster.<sup>14</sup> Disse reglene er ikke unike for forsvarsanskaffelser, men kan også gjelde anskaffelse av for eksempel mat, medisin og energiforsyning. Av hensyn til oppgavens rammer vil ikke reglene om haste-tilfeller generelt omtales.

### 1.3 Rettskilder og metode

Gjennom EØS-samarbeidet er Norge bundet av blant annet anskaffelsesdirektivet<sup>15</sup> som regulerer offentlige anskaffelser når visse terskelverdier er oversteget.<sup>16</sup> Direktivet er gjennomført i norsk rett gjennom anskaffelsesloven<sup>17</sup> (LOA) og anskaffelsesforskriften<sup>18</sup> (FOA). Dette er det alminnelige rettsgrunnlaget i anskaffelsesretten, og regulerer den såkalte klassiske sektoren. I tillegg er Norge bundet av forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet<sup>19</sup> (FSD), som gir særregler for anskaffelser i forsvarssektoren. Direktivet er ment å hensynta de særlige hensyn som gjør seg gjeldende når anskaffelsen gjelder forhold av forsvars- og sikkerhetsmessig art, og dermed kan berøre forhold av sensitiv karakter. Blant annet gjelder høyere terskelverdier, og oppdragsgiver kan alltid benytte konkurranse med forhandling.<sup>20</sup> Direktivet er gjennomført i norsk rett gjennom forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser<sup>21</sup> (FOSA). Denne forskriften går som spesialregulering foran den alminnelige forskriften.<sup>22</sup>

Anskaffelsesregelverkets EU-rettslige dimensjon gjør at EU-domstolens avgjørelser får betydning ved fastleggelsen av regelverkets innhold.<sup>23</sup> Unntaksretten i EØS-avtalen art. 123 b har sitt motstykke i TEUV<sup>24</sup> art. 346 (1) b, og det kunne derfor tilsynelatende vært naturlig å legge stor vekt på denne bestemmelsen og tilhørende praksis ved tolkningen av regelen i EØS-avtalen art. 123 b. Ordlyden er imidlertid ikke identisk. For det første kan tiltak etter TEUV art. 346 (1) b fattes så lenge medlemsstaten anser det «necessary for the protection of its essential security interests.» Denne ordlyden gjenfinnes ikke i EØS-avtalen art. 123 b, som istedenfor krever at

---

<sup>14</sup> Se blant annet FOA § 5-2 (1) c, § 13-3 e, § 13-4 a.

<sup>15</sup> Direktiv 2014/24/EU.

<sup>16</sup> Anskaffelsesdirektivet art. 1 (1), art. 4.

<sup>17</sup> Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser.

<sup>18</sup> Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser.

<sup>19</sup> Direktiv 2009/81/EF.

<sup>20</sup> Goller (2017) s. 19-20.

<sup>21</sup> Forskrift 4. oktober 2013 nr. 1185 om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

<sup>22</sup> FOSA § 1-3 (1) og FOA § 2-1 (1) b.

<sup>23</sup> Dragsten (2013) s. 55, Goller (2017) s. 18.

<sup>24</sup> Traktaten om Den europeiske unions virkemåte.

anskaffelsen er «uunnværlig for forsvarsformål». I tillegg åpner denne bestemmelsen for at «andre varer» som er uunnværlige for forsvarsformål kan unntas. Tilsvarende følger ikke av TEUV art. 346 (1) b. Denne bestemmelsen har videre en uttrykkelig henvisning til en liste over varer, utstyr og materiell som faller inn under bestemmelsen. En slik henvisning følger ikke av ordlyden i EØS-avtalen art. 123 b.

I tillegg kan det synes som at EØS-avtalen art. 123 ikke er basert på TEUV art. 346 (eller dagjeldende EF-traktaten art. 296), men heller er basert på art. 21 i EFTA-landenes tidligere frihandelsavtaler med EU.<sup>25</sup> Selv om homogenitetsmålsetningen taler for en enhetlig tolkning i hele EU, inkludert EØS, kan ikke dette få avgjørende betydning når EFTA-statene har vedtatt en annen ordlyd enn TEUV art. 346 når det må legges til grunn at de var fullt klar over ordlyden i TEUV art. 346. Den uunngåelige konsekvensen blir at reglene kan få et ulikt innhold. Det har formodningen mot seg at dette ikke var tilsiktet ved vedtakelsen. Praksis besvarer ikke spørsmålet om forholdet mellom TEUV art. 346 og EØS-avtalen art. 123.<sup>26</sup>

Uansett blir det nødvendig å undersøke praksis fra EU-domstolen om TEUV art. 346. Dette skyldes først og fremst den totale mangelen på praksis fra EFTA-domstolen om EØS-avtalen art. 123, som normalt ville vært en helt sentral rettskilde i behandlingen av unntaksbestemmelsen. I tillegg er praksis fra nasjonale håndhevsorganer sparsomt. En utfordring vil være å fastslå overføringsverdien av avgjørelsene fra EU-domstolen skal ha for tolkningen av regelen i EØS-avtalen art. 123. Selv om dette kan variere fra sak til sak, kan det likevel sies at EU-domstolens praksis gjennom homogenitetsmålsetningen generelt sett må tillegges vekt.<sup>27</sup>

Uttalelser fra ESA (EFTA Surveillance Authority) kan få betydning for tolkningen av EØS-avtalen art. 123 b. ESA er EFTAs overvåkingsorgan, og kontrollerer medlemsstatenes overholdelse av EØS-avtalen.<sup>28</sup> ESA er ikke gitt generell kompetanse til å pålegge medlemsstatene plikter.<sup>29</sup> Likevel kan uttalelser fra ESA ved stor saksmengde gi en forventning om hvilken løsning som legges til grunn, tilsvarende betydningen av ensartet forvaltningspraksis.<sup>30</sup> Det er imidlertid lite praksis om EØS-avtalen art. 123 i ESAs praksis, slik at det som foreligger må antas å ha begrenset rettskildemessig vekt.

EU-kommisjonens tolkningsuttalelser kan gi veiledning i fastleggelsen av retter og plikter etter anskaffelsesregelverket. Formelt sett er disse uttalelsene knyttet til regler som gjelder EU, og

---

<sup>25</sup> Ormberg (2018) s. 931 med henvisning til St. prp. nr. 100 (1991-1992) s. 103.

<sup>26</sup> Ormberg (2018) s. 931-932.

<sup>27</sup> Sejersted (2011) s. 236-237.

<sup>28</sup> ODA-avtalen art. 5 og 23.

<sup>29</sup> Sejersted (2011) s. 150-151.

<sup>30</sup> Sejersted (2011) s. 239.



ikke EØS. Hensynet til enhetlig fortolkning i hele EU, som EFTA-statene gjennom EØS-avtalen er ment å være en del av, tilsier likevel at også EFTA-statene tar tilbørlig hensyn til EU-kommisjonens uttalelser. Grovt sett kan det sies at uttalelsene har en sterkere vekt enn alminnelig juridisk teori, uten å være like vektig som vedtatt lovtekst og praksis.<sup>31</sup> Uttalelsenes rettskildemessige vekt beror på dens overbevisende kraft, det vil si om argumentasjonen er holdbar i et juridisk perspektiv, og om argumentasjonen i et bredere samfunnsmessig perspektiv er fornuftig.

Avgjørelser fra klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA) gir innsikt i hvordan spørsmål løses i forvaltningen fra et nasjonalt perspektiv. Nemnda gir rådgivende uttalelser, og er dermed ikke rettslig bindende for partene. Avgjørelser fra KOFA er vist til i Høyesterett, men spørsmålet om KOFA-avgjørelseres rettskildemessige vekt er ikke nærmere problematisert der.<sup>32</sup> Dens betydning i norsk rett antas å være begrenset.<sup>33</sup> I fastleggelsen av regelen i EØS-avtalen art. 123, som har en folkerettslig dimensjon, vil praksis fra KOFA komme helt i bakgrunnen. I oppgaven vil KOFA-praksis blant annet brukes til å illustrere forskjeller i hvordan KOFA og EU-domstolen behandler unntaksregelen i henholdsvis EØS-avtalen art. 123 og TEUV art. 346.<sup>34</sup>

Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren (ARF)<sup>35</sup> er en intern instruks som skal sikre forsvarlig forvaltning og mest mulig ensartet praksis for forsvarsanskaffelser.<sup>36</sup> Den binder forvaltningen, men er ikke i seg selv grunnlag for rettigheter og plikter til tredjemenn.<sup>37</sup> En praktisk følge av dette er at leverandører ikke kan bygge rettigheter på instruksene. Enkelte deler av instruksene gjelder til enhver tid, også når EØS-avtalen art. 123 kommer til anvendelse.<sup>38</sup> Den setter dermed rammer for oppdragsgivers bruk av unntaksbestemmelsen.

Veilederen til FOSA er utarbeidet av Forsvarsdepartementet, og går nokså grundig gjennom reglene som følger av FOSA. Den gir blant annet indikasjoner på hva departementet mener om ulike prinsipielle spørsmål om unntaksbestemmelsen, som også reises i denne oppgaven. Dens rettskildemessige vekt kan sammenlignes med juridisk teori, og må som utgangspunkt anses å være begrenset til sin overbevisningsevne i kraft av sin argumentasjon.

---

<sup>31</sup> Se Sejersted (2011) s. 239, Wien-konvensjonen art. 31.

<sup>32</sup> Rt. 2007 s. 1783 avsnitt 34, Rt. 2007 s. 983 avsnitt 103 (mindretallet).

<sup>33</sup> Goller (2017) s. 19.

<sup>34</sup> Kapittel 4.6.

<sup>35</sup> FOR-2013-10-25-1411.

<sup>36</sup> ARF § 1-1, Veileder til FOSA s. 8, Rt. 2005 s. 1638 avsnitt 29..

<sup>37</sup> ARF § 1-2 (2).

<sup>38</sup> ARF § 1-4 (5).

Oppgaven vil ta utgangspunkt i den norske ordlyden i EØS-avtalen art. 123 b, ettersom denne er sidestilt med de øvrige språkversjoner.<sup>39</sup> Enkelte ganger vil jeg kaste et blikk på den engelske språkversjonen, for eksempel når ordlyden åpner for flere tolkninger. Dette skyldes hensynet til enhetlig tolkning og praktisering av EU-retten, for å sikre at regelen får uniform anvendelse i hele EU.

For å besvare oppgavens problemstilling vil jeg bruke alminnelig juridisk metode. Dette innebærer blant annet å analysere ordlyden i EØS-avtalen art. 123, undersøke EU-domstolens praksis om den liknende regelen i TEUV art. 346, og vurdere betydningen dette har for tolkningen og praktiseringen av EØS-avtalen art. 123. I dette ligger også en komparativ dimensjon, idet regelen i TEUV art. 346 og tilhørende praksis vies en del plass, før dens betydning for regelen i EØS-avtalen art. 123 vurderes.

#### 1.4 Aktualitet

Unntaksbestemmelsene i EØS-avtalen art. 123 og TEUV art. 346 er svært praktiske for anskaffelser i forsvarssektoren. Det europeiske forsvarsbyrået antydet i 2005 at over halvparten av alle forsvarsanskaffelser ble foretatt helt utenfor anskaffelsesregelverket med grunnlag i TEUV art. 346.<sup>40</sup> En rekke forfattere går mer eller mindre langt i å antyde at unntaksbestemmelsen er overdrevent utnyttet av statene. Trybus skriver at praksis fra medlemslandene innebærer en «extensive use» av unntaksbestemmelsene i TEUV, inkludert art. 346.<sup>41</sup> Arrowsmith viser til en undersøkelse gjort av EU-kommisjonen i forkant av vedtakelsen av FSD, der flesteparten av svarene antydet at bestemmelsen var «frequently abused».<sup>42</sup> Masson hevder unntaksbestemmelsen ble anvendt «quasi automatically» for den store majoriteten av forsvarsanskaffelser.<sup>43</sup> I Nederland gikk det så langt at parlamentet på et tidspunkt vedtok en resolusjon som sa at TEUV art. 346 skulle brukes så ofte som mulig fordi det ville være i den nederlandske industriens interesser.<sup>44</sup>

Det er i utgangspunktet ingen grunn til å anta at norske oppdragsgivere bruker unntaksbestemmelsene i EØS-avtalen art. 123 i vesentlig mindre grad. I hovedsak er det Forsvaret som står for innkjøp der det er aktuelt å bruke bestemmelsen i EØS-avtalen art. 123 b. I perioden høsten 2019 til omtrent sommeren 2020 gjennomførte Forsvaret en rekke anskaffelser av personlig bekledning og utrustning (PBU) til en samlet verdi av 198 millioner kr, uten konkurranse med

---

<sup>39</sup> EØS-avtalen art. 129 nr. 1.

<sup>40</sup> Det europeiske forsvarsbyrået (2005).

<sup>41</sup> Trybus (2016) s. 524. Se også Eisenhut (2021) s. 278 og Kleczka (2020) s. 133-134 som begge viser til «extensive use».

<sup>42</sup> Arrowsmith (2018) s. 152, COM(2005) 626 s. 3-4.

<sup>43</sup> Masson (2015) s. 13. Se også COM(2005) 626 s. 4.

<sup>44</sup> Strikwerda (2018) s. 897 med videre henvisninger.

henvisning til EØS-avtalen art. 123 b. I etterkant av Forsvarets forums mange nyhetsartikler om disse anskaffelsene,<sup>45</sup> har ESA på eget initiativ bedt om redegjørelse fra Forsvaret om bruken av EØS-avtalen art. 123.<sup>46</sup> Et standpunkt fra ESA foreligger ikke ved oppgavens innlevering. Det er uansett verdt å merke seg at en overveldende andel av anskaffelsene gjelder varer som på grunn av sine egenskaper har både et militært og sivilt bruksområde. For eksempel er det med hjemmel i unntaksbestemmelsen blitt anskaffet utstyrsbager, snøscooterbriller, ullfrottébukser, arbeidshansker, håndkniver, kompass, underlagsmatter, ryggsekker og votter.<sup>47</sup>

Her har ESA mulighet til å behandle en rekke uavklarte spørsmål knyttet til EØS-avtalen art. 123 b. De kanskje viktigste er den rettskildemessige vekten som bør tillegges EU-domstolens avgjørelser om TEUV art. 346, og denne bestemmelsens betydning for tolkningen av EØS-avtalen art. 123, samt betydningen av 1958-listen som angir hva som omfattes av TEUV art. 346 (1) b. Klare uttalelser om skillet mellom militære og sivile varer, inkludert varer med dobbelt bruksområde, ville bidratt til forutberegnelighet for både oppdragsgivere og leverandører. Denne «dual use»-problematikken kan det virke som at ESA er spesielt opptatt av i saken.<sup>48</sup> Etter hvert som prosessen medfører mer publisitet om temaet, er det heller ikke utenkelig at en eller flere av anskaffelsene blir klaget inn for EFTA-domstolen, for eksempel av forbigåtte leverandører eller av ESA selv. Dersom det skulle skje, er det å håpe at EFTA-domstolen gir klare svar på de spørsmål jeg har skissert.

## 1.5 Fremstillingen videre

Jeg vil først redegjøre generelt for EØS-avtalen art. 123 (kapittel 2). Deretter vil jeg analysere selve unntaksbestemmelsen for varer som er «uunnværlig for forsvarsformål» (kapittel 3). Her vil en del plass brukes til å undersøke praksis fra EU-domstolen, og vurdere hvilken betydning dette har for regelen i EØS-avtalen art. 123 b. Etter dette kommer en redegjørelse av proporsjonalitetsprinsippet, som bestemmer i hvilken *utstrekning* oppdragsgiver kan bruke unntaksregelen (kapittel 4). Også her vil praksis fra EU-domstolen gis en grundig behandling. Jeg vil så konkludere på problemstillingen, og gi enkelte bemerkninger til temaet (kapittel 5).

## 2 EØS-avtalen art. 123

### 2.1 Overordnet

Innledningsvis presenterte jeg de bærende hensynene som begrunner EU-samarbeidet. Dette er i korte trekk opprettelsen av et indre marked i EU for å stimulere til økt samhandling på tvers

---

<sup>45</sup> Forsvarets forum, samleside (u.å.).

<sup>46</sup> Forsvarets forum (2021).

<sup>47</sup> FDs brev til ESA (2021), vedlegg 1.

<sup>48</sup> ESAs brev til FD (2021) s. 2.

av landegrenser og økonomisk vekst for medlemsstatene. Anskaffelsesregelverket gir detaljerte regler som må følges for å bidra til å realisere målsetningen om et indre marked. Som nevnt kan dette imidlertid stå i et motsetningsforhold til nasjonale interesser. For eksempel kan krav om kunngjøring av konkurranse og likebehandling av leverandørene gjøre det vanskelig for oppdragsgiver å dekke militære behov uten at det går vesentlig utover nasjonale sikkerhetsinteresser. EØS-avtalen art. 123 er ment som en mulighet for oppdragsgiver å unnta anskaffelsen fra regelverkets anvendelsesområde i slike situasjoner. Blant annet skal den «sikre Forsvaret handlefrihet og fleksibilitet på et sensitivt område av stor nasjonal betydning».<sup>49</sup> Bestemmelsen sier at reglene i EØS-avtalen ikke skal hindre en avtalepart i å «treffe tiltak» når de nærmere angitte vilkårene er oppfylt. Et slikt «tiltak» kan være å gjennomføre en anskaffelse uten kunngjøring, eller bruke en annen konkurranseform enn den som følger av regelverket. Jeg kommer tilbake til hva som nærmere ligger i «tiltak». For at bestemmelsen skal komme til anvendelse, må vilkårene i en av de tre alternative bokstavene være oppfylt. Disse er delt inn etter ulike forhold som berører nasjonal sikkerhet.

EØS-avtalen art. 123 a gjelder spredning av informasjon som er i strid med «vesentlige sikkerhetsinteresser». Det følger uttrykkelig av bestemmelsen at det er opp til medlemsstaten selv å avgjøre hva som er «nødvendig» for å hindre slik informasjonsspredning.<sup>50</sup> Etter ordlyden vil bestemmelsen ikke begrense seg til forsvarsspesifikke interesser. «Sikkerhetsinteresser» kan like gjerne dreie seg om forsyningssikkerhet eller politisk uro. Typisk vil bestemmelsen komme til anvendelse der offentliggjøring av dokumenter eller andre opplysninger i forbindelse med kunngjøring av konkurransen vil kunne sette nasjonens sikkerhet i fare. For å bøte på problemet kan oppdragsgiver for eksempel sikkerhetsgradere dokumenter, kreve sikkerhetsklarering fra personer som behandler dokumentene, eller pålegge taushetsplikt. Er dette ikke tilstrekkelig, kan mer inngripende tiltak, som å ikke kunngjøre konkurransen, være nødvendig.

Alternativet i bokstav c gjelder fare for nasjonal eller internasjonal uro eller krig, og skal gi oppdragsgiver mulighet til å unnta anskaffelsen fra regelverket i slike tilfeller. Heller ikke dette alternativet er forsvarsspesifikt. Det kan godt tenkes uroligheter uten at det er naturlig å involvere forsvaret. Eksempler kan være at Norge som følge av internasjonalt samarbeid må gjennomføre kritiske anskaffelser av forsyninger til et konfliktpreget område. Dersom leveransen blir forsinket kan det oppstå sammenstøt lokalt, og det er derfor nødvendig å gjennomføre konkurransen hurtig, for eksempel ved å tildele kontrakt direkte til en pålitelig leverandør.

---

<sup>49</sup> Rt. 2005 s. 1638 avsnitt 30.

<sup>50</sup> Se tilsvarende C-187/16 (ÖS) avsnitt 75 om TEUV art. 346 (1) a.

Alternativet i bokstav b gjelder anskaffelser som er «uunnværlig for forsvarsformål». Dette er et forsvarsspesifikt unntak, i motsetning til de to andre alternativene.<sup>51</sup> Den gjelder bare for det vi kan betegne som forsvarsanskaffelser, det vil si anskaffelser av militært utstyr, materiell eller andre varer. Denne bestemmelsen danner utgangspunkt for problemstillingen, og skal analyseres under kapittel 3.

Fordi EØS-avtalen art. 123 er en unntaksbestemmelse, skal den tolkes restriktivt.<sup>52</sup> Tilsvarende følger det av EU-domstolens praksis at TEUV art. 346 skal tolkes «strictly»,<sup>53</sup> og at bestemmelsen bare gjelder «exceptional and clearly defined cases».<sup>54</sup> Det er ikke slik at bestemmelsen får anvendelse automatisk ved at medlemsstatene bare henviser til vesentlige nasjonale sikkerhetsinteresser.<sup>55</sup> Bestemmelsens vilkår må oppfylles, og det er oppdragsgiver som har bevisbyrden for at det er tilfellet.<sup>56</sup> Det er ingen grunn til at ikke det samme skal gjelde etter EØS-avtalen art. 123.<sup>57</sup>

## 2.2 En egentlig unntaksbestemmelse?

I LOA § 2 (3) første punktum står det at loven «gjelder ikke» for anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123. Etter ordlyden er det naturlig å slutte at bestemmelsen gir anvisning på tilfeller der loven ikke får anvendelse, det vil si at den gir regler for situasjoner der loven enten kommer til anvendelse, eller ikke kommer til anvendelse. De eneste vilkårene som må oppfylles, er de som følger av EØS-avtalen art. 123. Regelen i LOA § 2 (3) gir etter ordlyden ikke anvisning på noen mellomløsning. Enten kommer regelverket til anvendelse, eller så gjør det ikke det.

Tilsvarende følger det av FOA § 2-2 (1) a at loven og forskriften «gjelder ikke» for anskaffelser som oppdragsgiver kan unnta etter EØS-avtalen art. 123. Av FOSA § 1-3 (2) a følger det at forskriften ikke får «anvendelse» på kontrakter som kan unntas etter EØS-avtalen art. 123. Ordlyden indikerer med andre ord også her et dikotomisk system, der regelverket enten kommer til anvendelse eller ikke, avhengig av om EØS-avtalen art. 123 kan gjøres gjeldende. Spørsmålet blir så om EØS-avtalen art. 123 egentlig er en slik unntaksbestemmelse som kun gir anvisning på to mulige løsninger – anvendelse, eller ikke anvendelse. Et slikt spørsmål er tilsynelatende ikke berørt i litteraturen.

---

<sup>51</sup> Veileder til FOSA pkt.7.2.1.

<sup>52</sup> E-4/04 avsnitt 53, E-5/96 avsnitt 33, E-1/94 avsnitt 56, ESA Decision 379/98/COL s. 2, ESA Decision 381/98/COL s. 3.

<sup>53</sup> C-187/16 avsnitt 77, C-615/10 avsnitt 35. Se også Ormberg (2018) s. 936.

<sup>54</sup> C-337/05 avsnitt 43, C-273/97 avsnitt 16, COM(2006) 799 s. 7.

<sup>55</sup> C-337/05 avsnitt 43, C-474/12 avsnitt 34.

<sup>56</sup> C-337/05 avsnitt 44, C-474/12 avsnitt 34.

<sup>57</sup> Slik også Dragsten (2013) s. 89. Se også ESA Decision 379/98/COL s. 2, ESA Decision 381/98/COL s. 3.

Det følger av bestemmelsen at EØS-avtalen ikke skal hindre en avtalepart i å «treffe tiltak» når nærmere bestemte vilkår er oppfylt. Jeg kommer tilbake til hva som ligger i «tiltak», og på hvilke vilkår oppdragsgiver kan iverksette slike tiltak. Poenget i denne sammenheng er å fremheve at det å unnta anskaffelsen fra anskaffelsesregelverket kun er ett av mange tiltak som kan tenkes gjennomført. Stort sett vil en slik fullstendig unntakelse fra regelverket være det mest inngripende tiltaket som kan iverksettes. Mindre inngripende tiltak vil være å praktisere reglene annerledes for å gi oppdragsgiver mer fleksibilitet. For eksempel kan et tiltak være å bruke en annen konkurranseform enn den regelverket gir anvisning på. Det faktiske innholdet i EØS-avtalen art. 123 gjør at det ikke er helt treffende å omtale den som en ren unntaksbestemmelse slik henvisningene i LOA, FOA og FOSA kan gi inntrykk av. Et alternativ kunne vært å angi i de nasjonale bestemmelsene at den aktuelle loven eller forskriften kommer til anvendelse *med de begrensninger som følger av EØS-avtalen art. 123*. Begrepet «unntaksbestemmelse» vil likevel opprettholdes her, ettersom det er innarbeidet i litteraturen.

## 2.3 Strukturen i art. 123 b

### 2.3.1 «Treffe tiltak»

EØS-avtalen art. 123 b sier at bestemmelsene i EØS-avtalen ikke skal hindre en avtalepart i å «treffe tiltak» når vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Slike tiltak skal dermed kunne iverksettes uten hensyn til EØS-avtalens øvrige bestemmelser. En vanlig forståelse av ordet «tiltak» inkluderer handlinger og utelatelser, presiseringer og korrigeringer som medlemsstaten kan iverksette. Det er klart at «tiltak» må forstås som å favne bredt. Typiske tiltak i anskaffelsesprosesser vil være å tolke bestemmelser mindre strenge overfor oppdragsgiveren, for eksempel ved å utelate visse plikter, eller endre selve innholdet av plikten. Oppdragsgiver kan eksempelvis anse det nødvendig å gjennomføre anskaffelsen i en annen konkurranseform enn det som i utgangspunktet er pålagt, eller unngå å dele de samme opplysningene med alle de potensielle leverandørene. Tradisjonelt er unntaksbestemmelsen i TEUV art. 346 brukt til å tildele kontrakt direkte til en nasjonal leverandør.<sup>58</sup> Det er ingen grunn til å tro at situasjonen er annerledes for bruken av EØS-avtalen art. 123.<sup>59</sup>

Selv om bestemmelsens vilkår er oppfylt, står ikke oppdragsgiver helt fritt til å iverksette tiltak etter eget skjønn. For det første er oppdragsgiver forpliktet til å overholde reglene i Anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF), som er en intern instruks som binder forvaltningen. Deler av instruksen gjelder selv om EØS-avtalen art. 123 kommer til anvendelse, og må derfor

---

<sup>58</sup> Arrowsmith (2018) s. 161.

<sup>59</sup> Se i denne retning Veileder til FOSA s. 18, 29, 37.

overholdes under enhver omstendighet.<sup>60</sup> Blant annet heter det i instruksen at forsvarssektoren skal opptre i samsvar med «god forretningsskikk» og sikre «høy forretningsetisk standard».<sup>61</sup> Så langt det er mulig skal alle anskaffelser baseres på konkurranse, og forvaltningen skal sørge for at hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvnbarhet ivaretas.<sup>62</sup> Tildeling av kontrakt skal, så langt det er mulig, baseres på objektive og ikke-diskriminerende kriterier.<sup>63</sup>

Ettersom leverandører ikke kan bygge rettigheter på instruksen, er det usikkert hvor stor betydning instruksen har på bruken av unntaksbestemmelsen i praksis. Dette styrkes av selve utformingen av prinsippene som nevnt over. Blant annet skal forvaltningen sørge for at anskaffelsen baseres på konkurranse «så langt det er mulig». Det er ikke opplagt hvor grensen går for hvor langt forvaltningen skal strekke seg for å tilrettelegge for konkurranse i forsvarsanskaffelser. Når oppdragsgiver ikke risikerer søksmål fra leverandører etter ARF, forsvinner også en del av insentivet til å forholde seg strengt til regelverket.

For det andre må oppdragsgiver ta tilbørlig hensyn til de generelle prinsippene som gjelder i anskaffelsesretten.<sup>64</sup> Dette innebærer at oppdragsgiver må opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet.<sup>65</sup> I stor grad vil de generelle prinsippene være grunnlag for de konkrete reglene som fremgår av ARF, slik at oppdragsgivers plikter uansett følger av instruksen. Den avgjørende forskjellen er at det kan utledes rettigheter for leverandørene ut fra de generelle prinsippene.<sup>66</sup> Det vil dermed kunne føre til rettslige konsekvenser dersom oppdragsgiver bryter med de generelle prinsippene. For eksempel kan oppdragsgiver risikere erstatningssøksmål. Det vil ikke en forbigått leverandør kunne kreve som følge av brudd på ARF.

For det tredje stilles det krav til tiltakets proporsjonalitet. I dette ligger at tiltaket må være både egnet og nødvendig for å oppnå formålet med bruken av unntaksbestemmelsen. Sentralt i proporsjonalitetskriteriet er at oppdragsgiver er henvist til å iverksette det minst inngripende tiltaket som i tilstrekkelig grad ivaretar de påberopte forsvarsinteressene. Proporsjonalitetskravet behandles under kapittel 4.

---

<sup>60</sup> ARF § 1-4 (5).

<sup>61</sup> ARF § 33-1 (3).

<sup>62</sup> ARF § 33-1 (4) a og b.

<sup>63</sup> ARF § 33-1 (4) c.

<sup>64</sup> Se Rt. 2005 s. 1683 avsnitt 30, Veileder til FOSA s. 28.

<sup>65</sup> Slik prinsippene er kommet til uttrykk i LOA § 4.

<sup>66</sup> Prop.51 L (2015-2016) s. 81, Arrowsmith (2014) s. 613.

### 2.3.2 «Produksjon» eller «handel»

Tiltakene som treffes må etter bestemmelsen angå «produksjon av eller handel med» våpen, ammunisjon eller krigsmateriell. Dette inkluderer etter ordlyden alle avtaler som gjøres i forbindelse med at varen produseres og leveres til forskjellige brukere. En kontrakt om anskaffelse av slikt utstyr faller klart innenfor. Også andre kontrakter der varers eiendomsrett overføres omfattes av bestemmelsen. Mer usikkert er det om kontrakter om vedlikehold og annen service er omfattet. En vedlikeholdsavtale for militært utstyr passer ikke helt med ordlyden «handel», og i alle fall ikke med «produksjon». Ettersom unntaksbestemmelsen må tolkes strengt, taler dette for at vedlikeholdskontrakter ikke omfattes.

Ordlyden etter TEUV art. 346 (1) b er «production of or trade in» våpen, ammunisjon og krigsmateriell. Dette samsvarer med den engelske språkversjonen av EØS-avtalen art. 123 b. EU-kommisjonen synes å være av den oppfatning at unntaksbestemmelsen kan omfatte vedlikeholdskontrakter.<sup>67</sup> Det at ordlyden i bestemmelsene på dette punkt er like, taler for at de må tolkes og anvendes likt. Dette skyldes målsetningen om et enhetlig indre marked i EU, med lik fortolkning og praktisering av regelverket i hele EU, også EØS. Samtidig står dette som nevnt i et spenningsforhold til prinsippet om streng fortolkning av unntaksregler i EU-retten.

Ikke sjelden gjelder anskaffelsen både selve ervervelsen av varen, og en avtale om vedlikehold av varen. Arrowsmith hevder at hele anskaffelsen kan unntas regelverket dersom vilkårene ellers er oppfylt, og at det ikke har betydning om anskaffelsen deles opp, for eksempel ved at selve innkjøpet gjøres hos en leverandør, og serviceavtale inngås med en annen leverandør.<sup>68</sup> Løsningen kan aksepteres med en henvisning til hensynet bak bestemmelsen. Også ved inngåelse av serviceavtaler kan oppdragsgiver ha vesentlige interesser i å anvende unntaksbestemmelsen med tanke på sine sikkerhets- og forsvarsmessige behov. For eksempel har oppdragsgiver naturligvis behov for et visst nivå av hemmelighold og tillit når det anskaffes krypteringsverktøy. Behovet for hemmelighold og tillit blir ikke mindre bare fordi det skal anskaffes vedlikeholdsavtaler for det samme krypteringsverktøyet. I mangel av klare uttalelser fra EFTA-domstolen og ESA må spørsmålet anses som åpent. Likevel taler nok de fleste grunner for at også serviceavtaler omfattes av regelen i EØS-avtalen art. 123 b.<sup>69</sup>

### 2.3.3 «Våpen, ammunisjon og krigsmateriell»

EØS-avtalen art. 123 b kommer til anvendelse ved produksjon av eller handel med «våpen, ammunisjon og krigsmateriell» eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål. Siden bestemmelsen representerer et unntak fra prinsippet om fri bevegelse av varer og tjenester,

---

<sup>67</sup> Arrowsmith (2018) s. 175-176 med henvisning til Commission Decision 1999/374/EC.

<sup>68</sup> Arrowsmith (2018) s. 176.

<sup>69</sup> Se også COM(2006) 779 s. 5.



skal det som tidligere nevnt tolkes restriktivt.<sup>70</sup> De to første begrepene innebærer etter en alminnelig tolkning tradisjonelt militært utstyr som er ment å uskadeliggjøre fienden, med tilhørende ammunisjon. Eksempler er håndpistoler, rakettkastere eller splintgranater. Det siste begrepet, «krigsmateriell», er en videre og mer uklart avgrenset kategori. Etter ordlyden må det dreie seg om utstyr som er knyttet til militært bruk på en måte som gjør at det er ment å kunne nyttiggjøres i krigssituasjoner. Eksempler kan være radarsystemer, platevester eller sendere for krypterte meldinger. Utenfor faller utstyr som ikke er egnet for bruk i krigssituasjoner.

Den tilsvarende bestemmelsen i TEUV art. 346 (1) b gjelder «arms, munitions and war material», det vil si en tilsvarende ordlyd på engelsk.<sup>71</sup> Denne bestemmelsen omfatter i utgangspunktet alt, og bare det, som går inn under den såkalte 1958-listen<sup>72</sup> som Rådet produserte i forbindelse med vedtagelsen av bestemmelsen.<sup>73</sup> Dette følger av EU-domstolens praksis,<sup>74</sup> selv om listens rettslige status har vært diskutert i teorien.<sup>75</sup> På denne listen står blant annet kampfly, bombekastere, elektroniske styringssystemer og stridsvogner.

Det er likevel etter EU-domstolens praksis ikke tilstrekkelig å fastslå at det aktuelle innkjøpet går inn under en av betegnelsene på 1958-lista. Varen må i tillegg være ment for spesifikt militære formål. I C-615/10 (Instiimi Oy) beskriver domstolen det slik at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse på materiell som «certainly» er for sivilt bruk, og «possibly» for militært bruk.<sup>76</sup> Dermed faller materiell som både har et sivilt og militært bruksområde ikke nødvendigvis inn under unntaksbestemmelsen. Jeg kommer tilbake til dette under kapittel 3.2.

Spørsmålet blir om EØS-avtalen art. 123 b skal forstås på samme måte. Bestemmelsen inneholder ingen henvisning til 1958-listen, i motsetning til TEUV art. 346 andre ledd. Likevel er den konkrete ordlyden om «våpen, ammunisjon og krigsmateriell» lik. I seg selv er det ingen grunn til å tolke ordene annerledes. ESA har uttalt at listen er relevant, men har ikke sagt noe konkret om dens vekt.<sup>77</sup> Det samme antydes i veilederen til FOSA,<sup>78</sup> og i forsvarsdepartementets tolkningsuttalelse.<sup>79</sup> Hensynet til ensartet praksis i hele EU, inkludert EØS, tilsier at EØS-avtalen art. 123 b forstås som å omfatte det samme som TEUV art. 346.<sup>80</sup> I samme retning taler

---

<sup>70</sup> Se blant annet E-4/04 avsnitt 53, E-5/96 avsnitt 56. Se også C-337/06 (Bayerischer Rundfunk) avsnitt 64.

<sup>71</sup> Se også tilsvarende den engelske ordlyden i EØS-avtalen art. 123 b.

<sup>72</sup> Council Decision 255/58.

<sup>73</sup> Trybus (2014) s. 88.

<sup>74</sup> C-615/10 (Instiimi Oy) avsnitt 36-37, T-26/01 (Fiocchi Munizioni) avsnitt 61.

<sup>75</sup> Trybus (2014) s. 89 flg., Arrowsmith (2018) s. 168 flg.

<sup>76</sup> Avsnitt 39.

<sup>77</sup> ESA Decision 346/04/COL s. 1.

<sup>78</sup> Veileder til FOSA s. 31-32 og 17.

<sup>79</sup> FDs tolkningsuttalelse (2005) s. 3.

<sup>80</sup> Slik også ESA Decision 346/04/COL s. 1.

hensynet til klarhet og forutberegnelighet. Det vil i tillegg være prosesskrevende å måtte vurdere hver ting som anskaffes konkret, i motsetning til å sammenholde det med en liste over utstyr som gir klart svar på om det omfattes av bestemmelsen eller ikke.

Det gjenstår å se om EFTA-domstolen vil stake ut en selvstendig kurs for hva som omfattes av «våpen, ammunisjon og krigsmateriell», men på bakgrunn av det jeg har nevnt kan jeg vanskelig se at domstolen vil ønske å skape avstand fra TEUV art. 346 her. I praksis betyr det at 1958-listen må få adskillig betydning ved vurderingen av hva som omfattes av vilkåret «våpen, ammunisjon og krigsmateriell».

#### 2.3.4 «Andre varer»

EØS-avtalen art. 123 b gjelder også for «andre varer» som er uunnværlige for forsvarsformål. Et tilsvarende sekkebegrep finnes ikke i TEUV art. 346, og det er heller ikke behandlet i praksis.<sup>81</sup> Et spørsmål er om dette alternativet har noen selvstendig betydning ved siden av kriteriet om «våpen, ammunisjon og krigsmateriell».

Det kan virke rart å vedta en ordlyd som ikke er ment å ha noen praktisk betydning. En mulighet er at det ved vedtakelsen var ønskelig å ikke utelate noe som *kunne bli* vesentlig for statenes forsvarsinteresser. Ved å legge til «andre varer» er statene sikret mot at teknologiske nyvinninger innen militærindustrien ikke lar seg forene med EØS-avtalen art. 123 b fordi den ikke passer inn i den tradisjonelle betegnelsen «våpen, ammunisjon og krigsmateriell». Sekkebegrepet har dermed den funksjonen at den sikrer bestemmelsen virkning fremover i tid ved at den er motstandsdyktig overfor teknologisk utvikling.

Dette kan likevel være problematisk med tanke på grunnsetningen om at unntaksbestemmelser skal tolkes strengt.<sup>82</sup> Det skal mye til for å tillate en utvidende tolkning av unntaksregelen i EØS-avtalen art. 123 b. Selv om en innvending kan være at det ikke er mulig å tolke «andre varer» utvidende fordi den på et vis er altomfattende, vil dette fort kunne komme i konflikt med målet om et indre marked i EU, og føre til en uthuling av EØS-avtalen art. 123. Disse synspunktene bør nok ikke overdrives, ettersom det etterfølgende vilkåret om at varen må være «uunnværlig for forsvarsformål» gjør at det vanskelig kan tenkes «andre varer» som er noe annet enn «våpen, ammunisjon eller krigsmateriell». Etter disse betraktningene må derfor «andre varer» gis selvstendig betydning som et alternativt vilkår til «våpen, ammunisjon og krigsmateriell».<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> Ormberg (2018) s. 934.

<sup>82</sup> E-4/04 avsnitt 53, E-5/96 avsnitt 33, E-1/94 avsnitt 56. Se også C-337/05 (Augusta) avsnitt 43, C-615/10 (Instiimi Oy) avsnitt 35, C-474/12 (Schiebel Aircraft) avsnitt 33 om TEUV art. 346.

<sup>83</sup> Ormberg (2018) s. 934 holder spørsmålet åpent.

### 2.3.5 «Ikke endre konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål»

En stor andel av det utstyret Forsvaret tar i bruk kan brukes på en eller annen måte i en sivil sammenheng. Dette gjelder for eksempel telt, bekledning og navigasjonsutstyr. Produsentene av slikt utstyr har på denne måten en fot innenfor både det sivile og det militære markedet. Som Trybus påpeker, vil tiltak som fører til at forsvarsanskaffelser unntas regelverket lett kunne ha påvirkning på varer som er ment for det sivile markedet.<sup>84</sup> Dette er forsøkt avhjulpet ved et vilkår om konkurransepåvirkning. Det følger av EØS-avtalen art. 123 b at selv om anskaffelsen gjelder våpen, ammunisjon og krigsmateriell som er uunnværlig for forsvarsformål, kan ikke tiltak iverksettes dersom det vil «endre konkurransevilkårene» for varer som ikke er bestemt for «direkte militære formål». I dette vilkåret ligger dermed to vurderinger.

Først blir det et spørsmål om det aktuelle tiltaket vil «endre konkurransevilkårene» for varer i det sivile markedet. Etter ordlyden kreves ingen vesentlig forandring – en *endring* er i seg selv nok, om den så er stor eller liten. Endringen knytter seg til «konkurransevilkårene», det vil si forutsetningene som ligger til grunn for at produsentenes varer og tjenester kan nå frem til potensielle kjøpere i markedet. Dersom det aktuelle tiltaket er å kreve at virksomheten til leverandøren skal være lokalisert i Norge, vil dette klart endre konkurransevilkårene for leverandørene. Utenlandske leverandører vil i stor grad kunne bli avskåret fra konkurransen, mens nasjonale leverandører får et klart konkurransefortrinn.

En slik konkurransepåvirkning får bare betydning etter EØS-avtalen art. 123 b dersom konkurransevilkårene endres for varer som ikke er bestemt for «direkte militære formål». At uunnværlige forsvarsanskaffelser fører til skjevheter i konkurransevilkårene for det spesifikt militære markedet, kan aksepteres. Derimot gir EØS-avtalen art. 123 b ikke adgang til å bruke unntaksbestemmelsen dersom konkurransevilkårene endres for varer i det sivile markedet. Ordlyden «direkte militære formål» indikerer at den aktuelle varen er produsert eller utformet med det formål å nyttes i militær sammenheng, og at den ikke er tiltenkt bruk i det sivile. Et spørsmål er om varer som både har sivilt og militært bruksområde faller inn under bestemmelsen. Ordlyden kan indikere at det må besvares benektende. Den viser til varer som er «direkte» bestemt for militære formål. Den engelske tekstversjonen underbygger dette. Her heter det at tiltak ikke må endre konkurransevilkårene for «products not intended for *specifically* military purposes» (min utheving). En slik tolkning harmonerer også bedre med den EU-rettslige tilnærmingen om at unntaksregelen i TEUV art. 346 (1) b ikke gjelder for varer som er «certainly for civilian use, and possibly for military use».<sup>85</sup> Nøyaktig hvor grensen skal trekkes for hva som er varer med

---

<sup>84</sup> Trybus (2014) s. 98.

<sup>85</sup> C-337/05 avsnitt 48, C-615/10 avsnitt 39.

«direkte» militære formål, og hva som har et sterkere preg av sivile formål, er vanskelig å si ettersom EFTA ikke har behandlet bestemmelsen. Som ordlyden antyder må i alle fall listen settes noe høyt for hva som anses å være «direkte» militære formål.

Ut fra vilkåret om konkurransepåvirkning kan det sies at EØS-avtalen art. 123 b skiller mellom to typer varer.<sup>86</sup> På den ene siden er varer som er bestemt for spesifikt militære formål. På den andre siden er alle andre varer. Dette skillet danner grunnlag for utgangspunktet om at varer som har både et sivilt og et militært anvendelsesområde («dual use») ikke omfattes av unntaksbestemmelsen. Dette kommer jeg tilbake til under kapittel 3.2.

## 2.4 Statenes skjønnsmargin

Den faktiske betydningen EØS-avtalen art. 123 b har på området for forsvarsanskaffelser påvirkes av den skjønnsmarginen statene er gitt i å anvende bestemmelsen.<sup>87</sup> Med «skjønnsmargin» forstås her statens eller oppdragsgivers mulighet til å fastslå at et vilkår etter bestemmelsen er oppfylt, uten at dette overprøves i en etterfølgende rettslig vurdering. Dersom oppdragsgiver kunne tolke og anvende unntaksregelen helt etter eget skjønn, ville det ikke vært mye igjen av det indre markedet i EU. Samtidig kan det være uhensiktsmessig at domstoler, både nasjonale og internasjonale, skal kunne overprøve enhver vurdering som oppdragsgiver gjør i løpet av en anskaffelsesprosess. Det blir derfor et spørsmål om statene er gitt en slik skjønnsmargin, for hvilke deler av bestemmelsen den eventuelt gjelder, og hvor langt den rekker.

I motsetning til de øvrige unntakene i EØS-avtalen art. 123, har bokstav b ingen uttrykkelig henvisning til at tiltak kan fattes etter oppdragsgivers skjønn. Etter bokstav a kan oppdragsgiver treffe tiltak «som den anser nødvendig» for å hindre spredning av opplysninger i strid med vesentlige sikkerhetsinteresser. Etter ordlyden er oppdragsgiver gitt kompetanse til å fastslå hva som er nødvendig for å oppnå formålet. Etter bokstav c kan oppdragsgiver treffe tiltak «som den anser vesentlig» for sin sikkerhet i tilfeller av uro og liknende. Også her gir ordlyden klar anvisning på at oppdragsgiver som utgangspunkt selv avgjør om tiltak er nødvendig eller ikke.

Bokstav b inneholder ingen tilsvarende henvisning til oppdragsgivers skjønn. Bestemmelsen sier ikke at tiltak kan iverksettes når medlemsstaten anser det «nødvendig» eller «vesentlig» for ivaretagelse av visse forsvarsinteresser. Dette kan indikere at bestemmelsen er ment å kunne håndheves effektivt opp mot objektive vilkår, fremfor at håndhevingsorganene blir henvist til å akseptere oppdragsgivers mer eller mindre velfunderte begrunnelser for bruken av unntaksbestemmelsen. En slik tolkning er egnet til å styrke håndhevingsregimet, og bidra til å forebygge eventuelt misbruk av bestemmelsen.

---

<sup>86</sup> Slik ESAs brev til FD (2021), s. 1.

<sup>87</sup> Se Arrowsmith (2018) s. 164.

Som nevnt har ikke EFTA-domstolen behandlet unntaksbestemmelsen i EØS-avtalen art. 123 b. Tilsvarende har EU-domstolen generelt vært motvillig til å overprøve statenes vurderinger etter TEUV art. 346, selv om praksis fra de senere årene kan tyde på at domstolene mer aktivt prøver statenes bruk av unntaksbestemmelsen.<sup>88</sup> Denne tilbakeholdenheten kan skyldes flere forhold. I kjernen ligger at det dreier seg om statenes sikkerhets- og forsvarsmessige behov. Av alle oppgaver og kompetanser som tilfaller en suveren stat, er militære og sikkerhetsmessige forhold noe statene historisk sett har sett på som sitt eget herredømme.<sup>89</sup> Det har dermed vært liten plass til internasjonal overprøving. Den fraværende praksisen fra EFTA-domstolen om EØS-avtalen art. 123 b kan tyde på at domstolen fortsatt er tilbakeholden med å slå ned på bruken av unntaksbestemmelsen. Som antydnet av Trybus kan det tenkes at domstolen venter med å behandle bestemmelsen til det foreligger et klart nok tilfelle av urettmessig bruk av bestemmelsen, for å sikre at avgjørelsen skal kunne få størst mulig virkning uten at det er stor uenighet om resultatet.<sup>90</sup>

Situasjonen er en litt annen etter TEUV art. 346 (1) b, der det fremgår at medlemsstatene kan fatte de tiltak «as it considers necessary for the protection of the essential interests of its security». Bestemmelsen henviser uttrykkelig til det statene selv «considers necessary».<sup>91</sup> Dette skjønnet er videre knyttet til «the essential interests of its security». Noe tilsvarende følger ikke av EØS-avtalen art. 123 b. Her er kravet derimot at anskaffelsen skal være «uunnværlig for forsvarsformål». Det gjør at bestemmelsen i TEUV art. 346 (1) b ikke kan ha avgjørende betydning for fastleggelsen av statenes skjønnsmargin etter EØS-avtalen art. 123 b. Selv om TEUV art. 346 (1) b etter sin ordlyd gir medlemsstaten en bred skjønnsmargin, følger det av EU-domstolens praksis at medlemsstatene ikke kan nøye seg med bare å vise til unntaksbestemmelsen. Det kreves en begrunnelse, og medlemsstaten har bevisbyrden for at vilkårene etter bestemmelsen er oppfylt.<sup>92</sup> Det samme må som utgangspunkt gjelde også etter EØS-avtalen art. 123 b.<sup>93</sup>

### **3 Analyse av «uunnværlig for forsvarsformål»**

---

<sup>88</sup> Trybus (2014) s. 107.

<sup>89</sup> Ormberg (2018) s. 930.

<sup>90</sup> Trybus (2014) s. 107 om TEUV art. 346.

<sup>91</sup> Se også COM(2006) 799 s. 6.

<sup>92</sup> C-474/12 avsnitt 34.

<sup>93</sup> Dragsten (2020) kommentar til FOA § 2-2, ARF kommentar til § 1-4. Se også Ormberg (2018) s. 936, veileder til FOSA s. 30.

### 3.1 «Uunnværlig»

EØS-avtalen art. 123 b kommer til anvendelse for våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er «uunnværlig for forsvarsformål». Som jeg har nevnt må unntak fra EØS-avtalen tolkes restriktivt.<sup>94</sup> Selv om det ikke foreligger praksis fra EFTA-domstolen om vilkåret, følger det allerede av ordlyden «uunnværlig» at det skal mye til for at vilkåret kan anses oppfylt. Det er ikke tilstrekkelig at anskaffelsen gir et nyttig bidrag i den stående landstyrken, eller at den fyller et behov i muligheten for å hevde suverenitet til sjøs. Den må være *uunnværlig*, nærmest slik at staten ikke kan klare seg uten. Den engelske språkversjonens ordlyd, «indispensable», gir støtte til en slik høy terskel. For at vilkåret skal bli oppfylt, må anskaffelsen være av en slik karakter at det ikke med rimelighet kan forventes at forsvarsevnen opprettholdes på adekvat måte uten anskaffelsen.

Et spørsmål Ormberg reiser er om kriteriet «uunnværlig til forsvarsformål» knytter seg kun til «andre varer» eller også «våpen, ammunisjon og krigsmateriell».<sup>95</sup> Etter norsk lovgivningstradisjon ville det vært naturlig å tolke kriteriet dithen at den viser til begge vilkårene, slik at «uunnværlig for forsvarsformål» er et vilkår som alltid må oppfylles. I motsatt tilfelle burde det vært et kommategn etter «våpen, ammunisjon og krigsmateriell». Ormberg holder spørsmålet åpent og viser til at det ikke er løst i praksis.<sup>96</sup> Som jeg kommer tilbake til under behandlingen av «forsvarsformål», vil kriteriet «uunnværlig til forsvarsformål» kunne innebære et krav om at anskaffelsens gjenstand er ment til militært, og ikke sivilt, bruk. For at et slik krav skal gjelde fullt ut, må den knytte seg både til «andre varer» og «våpen, ammunisjon og krigsmateriell».

Et annet spørsmål er om tidspress er en omstendighet som kan begrunne bruken av unntaksbestemmelsen. Argumentasjonen kan da være at anskaffelse av militært utstyr med hjemmel i EØS-avtalen art. 123 b er blitt «uunnværlig» som følge av tidspress. Noe slikt kan gjenfinnes i korrespondansen mellom Forsvaret og ESA i den pågående saken omtalt under kapittel 1.4.<sup>97</sup> I brevet viser Forsvaret blant annet til at mangel i lagerbeholdningen som følge av utløpte rammeavtaler gjorde det nødvendig å gjennomføre anskaffelsene hurtig. Etter ordlyden kan en slik argumentasjon aksepteres. Dersom det er helt avgjørende for nasjonens forsvarsevne, vil anskaffelsen kunne sies å være «uunnværlig». Problemet er at det kan føre til at oppdragsgiver ser seg tjent med å vente med å gjennomføre anskaffelser til det *blir* «uunnværlig» for forsvarsformål, slik at unntaksregelen kan brukes. På den måten vil medlemstater som planlegger godt i forveien, innbyr til bred konkurranse på tvers av landegrensene, og slikt bidrar til målet om et indre marked, bli straffet ved å måtte følge regelverket. Samtidig vil medlemsstater som lar

---

<sup>94</sup> E-4/04 avsnitt 53, E-5/96 avsnitt 33, E-1/94 avsnitt 56. Se også C-337/06 avsnitt 64 og C-337/05 avsnitt 57 som gjelder TEUV art. 346.

<sup>95</sup> Ormberg (2018) s. 935.

<sup>96</sup> Ormberg (2018) s. 935.

<sup>97</sup> FDs brev til ESA (2021) s. 2.

anskaffelsen vente til det blir et prekært behov, gis mulighet til å ta anskaffelsen helt utenfor regelverket. En slik omgåelse av regelverket vil EU-domstolen og EFTA-domstolen neppe akseptere.

Det kan virke som at «uunnværlig»-kriteriet ikke blir underlagt en streng vurdering av domstolene. Som nevnt har EFTA-domstolen foreløpig ikke behandlet bestemmelsen, men EU-domstolen har i en rekke saker om TEUV art. 346 vist til at det er opp til statene selv å definere sine nasjonale interesser.<sup>98</sup> En vesentlig forskjell er at denne diskresjonære kompetansen som er lagt til medlemsstatene følger allerede av ordlyden, som sier at medlemsstatene har rett til å fatte tiltak «as it considers necessary» for beskyttelsen av vesentlige sikkerhetsinteresser. En tilsvarende kompetanse følger ikke av ordlyden i EØS-avtalen art. 123 b. Denne bestemmelsen krever at anskaffelsen «er uunnværlig for forsvarsformål» (min utheving), ikke at medlemsstaten selv mener at den er det. Samtidig har ikke bestemmelsen et krav om at anskaffelsen skal være nødvendig for «the protection of the essential interests of its security», slik TEUV art. 346 har. I tillegg gir EØS-avtalen art. 123 a og c medlemsstaten rett til å treffe tiltak «som den anser» nødvendig eller vesentlig for visse nasjonale interesser. Når bokstav b nettopp ikke har en slik henvisning til medlemsstatens eget skjønn, kunne det tyde på at det var meningen at medlemsstaten ikke skulle kunne stå helt fritt med tanke på hva som er «uunnværlig» for forsvarsformål.

Likevel er det naturlig å anta at domstolene vil være tilbakeholdne med å overprøve medlemsstatenes oppfatning av hva som er i nasjonens sikkerhetsinteresse. For det første er dette et område der folkerettslig innflytelse i utgangspunktet havner i bakgrunnen. Et av de bærende prinsippene i folkeretten er statsuverenitet, og forsvars- og sikkerhetsvurderinger ligger i kjernen av dette.<sup>99</sup> En folkerettslig domstol vil alene av denne grunnen nok være varsom med å overprøve vurderinger av nasjonale sikkerhetsinteresser. For det andre kan det av sikkerhetsfaglige årsaker være grunn til å vise forsiktighet med en eventuell overprøving. Det er medlemsstaten selv som har den beste kunnskapen om hva som er i statens sikkerhetsinteresser, og dermed har de beste forutsetningene for å bedømme hva som er «uunnværlig» for statens forsvarsformål.

Tilbakeholden prøving av «uunnværlig»-kriteriet synes også å være forutsatt i KOFAs noe beskjedne praksis om EØS-avtalen art. 123 b. I sak 2014/86 var partene uenige om unntaksbestemmelsen kom til anvendelse ved anskaffelse av rammeavtale for kjøp av lastebiler tilpasset Forsvarets bruk. Nemnda reiser den generelle problemstillingen om anskaffelsen er «krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlig for forsvarsformål», og behandler dette samlet.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Se blant annet C-187/16 avsnitt 75.

<sup>99</sup> Ormberg (2018) s. 930.

<sup>100</sup> Avsnitt 25 flg.

Nemnda nevner ikke «uunnværlig»-kriteriet særskilt i drøftelsen, og viser ikke til argumenter for hvorfor eller hvorfor ikke den aktuelle anskaffelsen skulle vært «uunnværlig» for forsvarsformål. Drøftelsen består i stedet av en mer generell vurdering av om anskaffelsen er uunnværlig for «forsvarsformål», og om anskaffelsen har en tilstrekkelig sivil karakter til å havne utenfor EØS-avtalen art. 123 b. Dette kan tyde på at nemnda legger til grunn at det nettopp er «uunnværlig», uten å prøve vurderingene som ligger bak.

På samme måte synes nemnda å legge til grunn oppdragsgivers vurderinger av hva som er «uunnværlig» til forsvarsformål i sak 2017/34. Her var anskaffelsen en rammeavtale for kjøp av flydeler til F-16. Når det gjaldt spørsmålet om EØS-avtalen art. 123 b kom til anvendelse, nøyer nemnda seg med å vise til at det «er på det rene» at deler til F-16 er å regne som «krigsmateriell» etter bestemmelsen. Nemnda ser helt bort i fra vilkåret om at anskaffelsen må være «uunnværlig» til forsvarsformål, og går rett over i en proporsjonalitetsvurdering av tiltaket som ble iverksatt.

På denne bakgrunn er det grunn til å tro at domstolene, inkludert EFTA-domstolen, vil være varsomme med å overprøve selve «uunnværlig»-kriteriet. Dette må gjelde selv om det følger av ARF at oppdragsgiver skal begrunne bruken av unntaksbestemmelsen.<sup>101</sup> Denne begrunnelsesplikten må nok forstås som at oppdragsgiver må sannsynliggjøre at bestemmelsens vilkår for øvrig er oppfylt, og at tiltaket som iverksettes er nødvendig. Hensikten med håndhevelsen av EØS-avtalen art. 123 b er ikke å granske de forsvarsfaglige vurderingene som gjøres ved bruken av bestemmelsen, men å sørge for at medlemsstatene ikke misbruker bestemmelsen til fortrensel for EUs indre marked.

### **3.2 «Forsvarsformål»**

For at EØS-avtalen art. 123 b skal komme til anvendelse må anskaffelsen være uunnværlig for «forsvarsformål». Etter ordlyden vil alle anskaffelser knyttet til nasjonens forsvarsevne kunne bli omfattet. Eksempler er utstyr og materiell til bruk i kamphandlinger som stridsvester og hjelmer, men også utstyr som er mer indirekte involvert i kamphandlinger som krypteringsverktøy og signalsendere. Meningen er at bestemmelsen bare skal brukes i strengt militært øyemed. Utenfor faller anskaffelser som er nødvendige av andre grunner, for eksempel økonomiske eller sosiale grunner.<sup>102</sup> Slike hensyn er ikke relevante i vurderingen av EØS-avtalen art. 123 b.

Ordlyden åpner for flere tolkninger. For det første kan uunnværlig for «forsvarsformål» forstås som at oppdragsgivers intensjon er det avgjørende. Dersom oppdragsgiver gjennomfører anskaffelsen med et spesifikt militært formål for øye, er vilkåret oppfylt uavhengig av om det

---

<sup>101</sup> ARF kommentar til § 1-4. Se også FDs tolkningsuttalelse (2005) s. 2.

<sup>102</sup> Se tilsvarende COM(2006) 799 s. 7.



eksisterer et sivilt marked for anskaffelsesgjenstanden. Et eksempel kan være anskaffelse av fyrovn til oppvarming i telt. Forsvaret vil kun bruke det i militær sammenheng, enten i forbindelse med militærøvelser eller skarpe oppdrag. Ellers vil den ikke bli tatt i bruk. Det er ikke avgjørende at fyrovnen *kan* brukes til sivile formål. Den er dermed ment til «forsvarsformål», og vil etter denne tolkningen omfattes av bestemmelsen.

En annen tolkning er at anskaffelsesgjenstanden i kraft av sine egenskaper må være egnet til militære formål. Det er med andre ord ikke nok at oppdragsgivers intensjon er å bruke varen for militære formål. Dette må også være tiltenkt fra produsentens side, og materialisere seg i gjenstandens iboende egenskaper. Da vil det normalt sett ikke være et sivilt marked for gjenstanden. For eksempelet over kan det konstateres at fyrovnen kan ha et bruksområde i det sivile markedet. Det skyldes dens iboende egenskaper, og evne til å varme opp et telt. Selv om Forsvarets intensjon er å bruke det i militær sammenheng, er det altså også et sivilt marked for produktet. Vi kan si at fyrovnen har et dobbelt bruksområde («dual use»). Etter denne tolkningen vil ikke fyrovnen kunne omfattes av bestemmelsen.

Som nevnt har ikke EFTA-domstolen behandlet unntaksregelen. På dette punktet er også ordlyden i bestemmelsen ulik TEUV art. 346 (1) b. Her er det nemlig ikke noe tilsvarende krav om at anskaffelsen må være «uunnværlig for forsvarsformål». Likevel har EU-domstolen i flere avgjørelser uttalt at det kreves at anskaffelsens gjenstand er «intended for specifically military purposes». Dette kan utvilsomt minne om et krav om at anskaffelsen må være uunnværlig for «forsvarsformål». Det er derfor av interesse å se på disse avgjørelsene, og vurdere om de samme kriteriene må gjelde etter EØS-avtalen art. 123 b.<sup>103</sup>

### 3.2.1 C-337/05 (Augusta)

EU-domstolens avgjørelse i C-337/05 (Augusta) gjaldt de italienske myndighetenes anskaffelse av Augusta-helikoptre. Disse skulle dekke behovet til «several military and civilian corps» i Italia.<sup>104</sup> Kontrakt ble inngått uten kunngjøring eller konkurranse, og Kommisjonen anla traktatbruddssøksmål. Italia anførte at anskaffelsene var lovlige, og viste til en rekke grunnlag for dette. Blant disse var TEUV art. 296 (1) b (någjeldende art. 346 (1) b).

Domstolen nevner at unntaksregelen ikke kan benyttes automatisk, og at den kun gjelder eksepsjonelle og klart definerte saksforhold.<sup>105</sup> Etter en generell gjengivelse av ordlyden i bestemmelsen, sier domstolen at det følger av ordlyden at den kun omfatter ting som er «intended for

---

<sup>103</sup> Se Ormberg (2018) s. 934, Veileder til FOSA s. 28.

<sup>104</sup> Avsnitt 1.

<sup>105</sup> Avsnitt 42-43.

specifically military purposes». <sup>106</sup> Det er ikke helt klart hva domstolen mener grunnlaget for dette er, når den ikke viser til en konkret del av bestemmelsen, men forankrer det i bestemmelsen generelt. Ordlyden «specifically for military purposes» kan gjenfinnes i vilkåret om konkurransepåvirkning, som er lik etter EØS-avtalen art. 123 b. <sup>107</sup> Den sier at det ikke kan iverksettes tiltak som «adversely» påvirker konkurransevilkårene for varer som ikke er «intended for specifically military purposes». <sup>108</sup> Det kan virke som at domstolen oppstiller et skille for varer som er, og ikke er, ment spesifikt for militære formål. <sup>109</sup> Det som er ment for spesifikt militære formål omfattes av bestemmelsen, så lenge det ikke påvirker konkurransevilkårene for varer som ikke er ment for spesifikt militære formål.

EU-domstolen går dessverre ikke særlig langt i å utpensle hva som menes med «intended for specifically military purposes». Domstolen uttaler at som følge av dette kriteriet må anskaffelser av gjenstander hvis militære formål er «hardly certain» nødvendigvis foregå i tråd med gjeldende anskaffelsesregelverk. <sup>110</sup> Det er ikke opplagt hva domstolen mener med dette. Utsagnet er selvfølgelig riktig – når det kreves at anskaffelsens gjenstand er ment for «specifically military purposes», er det ikke tilstrekkelig at oppdragsgiver bare anser det som en fjerntliggende mulighet at det vil bli brukt til militære formål («hardly certain»). En kunne spurt seg om domstolen mente å korrigere kursen for hva som anses som «specifically military purposes», ved å angi en terskel som skiller mellom det som er «hardly certain» for militære formål, og det som er mer «certain» enn det. Men da ville det vært mer naturlig av domstolen å endre selve ordlyden i kriteriet «intended for specifically military purposes», eller i det minste gjøre det klart at det kriteriet ikke gjelder lenger. Svaret ligger nok i de konkrete omstendighetene i saken. Domstolen viser til at de aktuelle helikoptrene var «certainly» for sivilt bruk, og «possibly» for militært bruk. <sup>111</sup> Dette er åpenbart ikke nok til å være «intended for specifically military purposes», og passer med utsagnet om at når det militære formålet er «hardly certain», kan ikke unntaksregelen påberopes. Men det kan tenkes et stort spenn av utstyr og materiell hvis militære formål er mer enn «hardly certain», men som likevel ikke når helt opp til «intended for specifically military purposes». Da kan ikke unntaksregelen komme til anvendelse.

### 3.2.2 C-615/10 (Instiimi Oy)

I EU-domstolens avgjørelse i C-615/10 (Instiimi Oy) var det igjen spørsmål om TEUV art. 296 (1) b (någjeldende art. 346 (1) b) kom til anvendelse. I saken hadde det finske forsvaret gjennomført en konkurranse om anskaffelse av dreieskiver til bruk for elektromagnetiske målinger.

---

<sup>106</sup> Avsnitt 46-47.

<sup>107</sup> Omtalt under kapittel 2.3.5.

<sup>108</sup> Tilsvarende den engelske språkversjonen av EØS-avtalen art. 123 b.

<sup>109</sup> Se også COM(2006) 799 s. 6, og ESAs brev til FD (2021) s. 1.

<sup>110</sup> Avsnitt 47.

<sup>111</sup> Avsnitt 48.

Konkurransen ble ikke kunngjort. En forbigått leverandør, Instiimi Oy, brakte tvisten inn for nasjonale domstoler, som igjen forela spørsmål om unntaksregelens anvendelse for EU-domstolen.

I behandlingen av unntaksbestemmelsen gjentar domstolen de generelle utgangspunktene om at bestemmelsen må tolkes snevert, og at den ikke kan tolkes slik at den gir medlemsstatene automatisk rett til å tilsidesette hele anskaffelsesregelverket med grunnlag i en henvisning til vesentlige sikkerhetsinteresser.<sup>112</sup> Etter at domstolen nevner at tiltaket ikke kan forringe konkurransevilkårene for varer i det sivile markedet, plukker domstolen opp utsagnet fra Augustadommen om at materiell som er «certainly» for sivilt bruk og «possibly» for militært bruk ikke er tilstrekkelig.<sup>113</sup> Selv om dette er riktig, er det ikke helt klart hvorfor domstolen ikke viser direkte til kriteriet om at materiellet må være ment for «specifically military purposes». Slik det fremstår i Augustadommen, er det dette som er det avgjørende kriteriet. Ut fra dette grunnvilkåret kan en trekke at materiell som er «certainly» for sivilt bruk og «possibly» for militært bruk ikke faller inn under unntaksbestemmelsen. Av klarhets hensyn hadde det vært mer tilfredsstillende om domstolen her hadde vist til «specifically military purposes» fra Augustadommen, men det kan uansett ikke være tvil om at det er nettopp det kriteriet som gjelder.<sup>114</sup>

Domstolen gir seg likevel ikke der, og sier at for at TEUV art. 346 (1) b skal komme til anvendelse på varer som har «technical applications» for sivilt bruk som er «largely identical» med det militære, må slikt militært bruk være et resultat av materiellets «intrinsic characteristics» som følge av at det er spesifikt designet, utviklet eller modifisert «significantly» for slikt militært bruk.<sup>115</sup> Det er ikke tilstrekkelig at oppdragsgivers intensjon er å bruke materiellet for «specifically military purposes». Det må allerede fra leverandørens side være ment spesifikt for militært bruk. Her kommer domstolen med en nyansering av kravet til at materiellet skal være ment for «specifically military purposes», som ikke tidligere er nevnt i EU-domstolens praksis. Domstolen viser ikke til et grunnlag for denne nyanseringen, men det er nok fordi den finske domstolen konkret stilte spørsmål om dagjeldende anskaffelsesdirektiv kom til anvendelse på utstyr som har et «specifically military purpose», men hvor det også er «technical applications» for utstyret i det sivile markedet som er «fundamentally similar».<sup>116</sup> Dette ga dermed foranledning til domstolens uttalelser.

---

<sup>112</sup> Avsnitt 35.

<sup>113</sup> Avsnitt 39.

<sup>114</sup> Se Ormberg (2018) s. 935.

<sup>115</sup> Avsnitt 40.

<sup>116</sup> Avsnitt 23.

For at denne regelen som domstolen oppstiller i det hele tatt skal tas i betraktning, må anskaffelsesgjenstanden ha «technical applications» i det sivile markedet som er «largely identical» med det militære markedet. Domstolen bruker også uttrykket «essentially identical».<sup>117</sup> Et eksempel kan være krypteringsverktøy, som på grunn av sine egenskaper har et sivilt marked, men også et militært. I begge markedene er hensikten å hindre at uvedkommende får tilgang til informasjon, for eksempel ved å passordbeskytte dokumenter. Etersom bruken i det sivile og militære markedet må være «largely identical», kan ikke bruksområdet være særlig annerledes mellom den sivile og militære bruken. Et eksempel kan være droner. I det sivile markedet er den ment til å fly, ta bilder og videoopptak. I det militære markedet må dronen i tillegg ha avanserte radarsystemer, signalsendere og våpensystemer. Det tekniske bruksområdet er her ganske forskjellig, og kan ikke lenger sies å være «largely identical». Støvler vil derimot «largely» ha det samme tekniske bruksområde både i sivil og militær sammenheng.

Dersom den sivile og militære bruken er «largely identical» blir det avgjørende om materiellet, i kraft av sine «intrinsic characteristics», kan sies å ha blitt «specially designed, developed, or modified significantly» for militært bruk.<sup>118</sup> Anskaffelsesgjenstanden må med andre ord allerede fra produsentens side være tiltenkt spesifikt militære formål. Et eksempel kan være et alminnelig helikopter som senere er blitt utstyrt med avanserte våpensystemer. En betydelig egenskap ved et helikopter er å kunne bevege seg i luften, og frakte personer og utstyr. Men på grunn av utrustningen har den fått egenskaper som egner seg spesielt til krigføring, og denne egenskapen er iboende («intrinsic») i helikopteret. Det er da ikke avgjørende at helikopteret i utgangspunktet var produsert for sivil bruk. Modifikasjonen som gjøres for at helikopteret skal kunne anses for å være spesifikt til militære formål må være «significantly».<sup>119</sup> Domstolen bruker også uttrykket «substantial modifications».<sup>120</sup> Det er i alle fall klart at det skal en del til før utstyr med sammenlignbare sivil og militært bruksområde skal kunne anses som «specially designed, developed or modified significantly» for militært bruk. Dersom dette er tilfellet, er vilkåret om at anskaffelsesgjenstanden må være ment for «specifically military purposes» oppfylt.

### 3.2.3 Betydning for tolkningen av EØS-avtalen art. 123

Disse avgjørelsene gjelder tolkningen og anvendelsen av TEUV art. 346, og er ikke direkte overførbare for tolkningen av EØS-avtalen art. 123. Jeg har allerede nevnt flere forhold som kan tale både for og mot å legge vekt på løsningen etter TEUV art. 346 ved tolkningen av EØS-avtalen art. 123, samt vektleggingen av EU-domstolens praksis. I denne sammenhengen vil jeg

---

<sup>117</sup> Avsnitt 45.

<sup>118</sup> Avsnitt 40.

<sup>119</sup> Avsnitt 40.

<sup>120</sup> Avsnitt 44.

understreke at ordlyden i de to bestemmelsene ikke er lik. Etter EØS-avtalen art. 123 b er det et krav at anskaffelsesgjenstanden er «uunnværlig for forsvarsformål», eller «indispensable for defence purposes» som det heter i den engelske språkversjonen. Etter TEUV art. 346 (1) b er kravet etter EU-domstolens praksis at anskaffelsesgjenstanden må være «intended for specifically military purposes». Ordlyden i sistnevnte synes i større grad å vektlegge at materiellet må være tiltenkt militært bruk, til forskjell fra sivilt bruk. EØS-avtalens ordlyd vektlegger på sin side at anskaffelsen skal være så viktig at den ikke kan unnværes, og at dette knyttes til forsvarsformål. Likevel er det utvilsomt et betydelig element i begge bestemmelsene at anskaffelsen må ha en klar og gjennomtruffende militær karakteristikk. Kjernen i bestemmelsene synes dermed å være den samme.<sup>121</sup>

ESA synes i sin sparsomme praksis å gi regelen etter TEUV art. 346 betydelig vekt i tolkningen av EØS-avtalen art. 123.<sup>122</sup> I en sak fra 2004 som gjaldt anskaffelse av kystvaktfartøy, viser ESA til TEUV art. 346 som etter deres syn «includes provisions similar to those found in Article 123 of the EEA Agreement».<sup>123</sup> I tillegg viser ESA til 1958-listen uten å problematisere dennes rettskildemessige betydning. Disse uttalelsene gjelder likevel bare forholdet mellom bestemmelsene generelt. Derfor er uttalelsene fra ESA i deres korrespondanse med Forsvarsdepartementet i den pågående saken omtalt under kapittel 1.4 av interesse. Her sier ESA uttrykkelig at EØS-avtalen art. 123 b skiller mellom «products intended for specifically military purposes», og «products not intended for specifically military purposes».<sup>124</sup> Dersom anskaffelsesgjenstanden ikke er «intended for specifically military purposes», kommer ikke unntaket i EØS-avtalen art. 123 b til anvendelse.<sup>125</sup> En slik tolkning av bestemmelsen kan begrunnes i vilkåret om konkurransepåvirkning, som jeg har nevnt tidligere,<sup>126</sup> eller det kan være en direkte overføring av EU-domstolens tolkning av TEUV art. 346. Det kan også være en kombinasjon.

Også uttalelser fra KOFA støtter en slik tolkning. I sak 2014/86 viser klagenemnda til innklagedes opplysninger om at lastebilene som skulle anskaffes var produsert spesielt for forsvarret.<sup>127</sup> Blant annet skulle en stor andel av lastebilene leveres ferdig pansret og utstyrt med forskjellige våpensystemer. Klagenemnda kom derfor til at lastebilene var «produsert med tanke på militærets særlige bruk, og ikke er beregnet for, eller egnet til, sivilt bruk».<sup>128</sup> Denne vurderingen harmonerer med vurderingskriteriet i «intended for specifically military purposes». Ikke

---

<sup>121</sup> Slik også Veileder til FOSA s. 28

<sup>122</sup> Ormberg (2018) s. 932 med videre henvisninger.

<sup>123</sup> ESA Decision 346/04/COL s. 1.

<sup>124</sup> ESAs brev til FD (2021) s. 1-2.

<sup>125</sup> ESAs brev til FD (2021) s. 2.

<sup>126</sup> Kapittel 2.3.5.

<sup>127</sup> Avsnitt 27.

<sup>128</sup> Avsnitt 28.

bare er det klart at Forsvaret har militære formål for øye, men lastebilene er også produsert eller modifisert med dette formålet i tankene, i tillegg til at det ikke er beregnet eller egnet for sivil bruk. Vurderingen til nemnda treffer dermed også nyanseringen som fulgte av Instiimi Oy-saken, omtalt over.<sup>129</sup> Noen direkte henvisning til denne dommen, eller annen praksis fra EU-domstolen, følger derimot ikke i saken. Heller ikke viser klagenemnda konkret til vurderingen av «intended for specifically military purposes». Men slik nemnda refererer innklagedes anførsler, og selv uttaler at lastebilene var «produsert med tanke på militærets særlige bruk», virker vurderingene i stor grad å sammenfalle.<sup>130</sup>

På bakgrunn av historien bak EØS-avtalen art. 123 må «uunnværlig for forsvarsformål» tolkes konkret etter sin ordlyd. Vurderingskriteriene etter TEUV art. 346 (1) b kan ikke ukritisk legges til grunn. Det gjenstår å se hvordan EFTA-domstolen vil stille seg med tanke på forholdet mellom disse to bestemmelsene. På bakgrunn av de forhold jeg har nevnt, er det god grunn til å forvente at EFTA vil operere med et krav om at varen må være ment for «specifically military purposes», slik det fremgår av EU-domstolens praksis. Om dette hjemles i «uunnværlig til forsvarsformål», vilkåret om konkurransepåvirkning, eller TEUV art. 346, er ikke lett å si. Bestemmelsene lest i sammenheng, og i tråd med praksis, gir uansett godt grunnlag for en slik praktisering av unntaksregelen.

#### 4 Proporsjonalitet

Proporsjonalitetsprinsippet er en grunnleggende del av EU-retten.<sup>131</sup> Ut fra dette prinsippet er det blant annet utledet at unntak fra EU-rettslige regler, som for eksempel fri bevegelse av varer, må være proporsjonale (eller forholdsmessige, som her gis samme mening). Grovt sett kan det sies at dette innebærer at det må være et rimelig forhold mellom målet som forsøkes oppnådd, og middelet som benyttes for å oppnå målet. Tiltaket som iverksettes kan dermed ikke være strengere enn nødvendig.<sup>132</sup> I oppgaven brukes begrepet slik det fremgår av EU-domstolens praksis. Det vil si at et krav om proporsjonalitet innebærer et krav om *egnethet* og *nødvendighet*.<sup>133</sup>

Som når det ellers gjøres unntak fra de fire frihetene, er det etter EU-domstolens praksis et krav om at tiltak som medlemsstaten iverksetter etter TEUV art. 346 er proporsjonale. Det er altså ikke slik at ethvert tiltak kan iverksettes så lenge varen som anskaffes er ment for «specifically military purposes». Kun de tiltak som anses som forholdsmessige kan iverksettes. Ettersom det

---

<sup>129</sup> Kapittel 3.2.2.

<sup>130</sup> Se også sak 2003/27.

<sup>131</sup> C-265/87 (Schröder) avsnitt 21, Trybus (2014) s. 113.

<sup>132</sup> Dragsten (2013) s. 89.

<sup>133</sup> C-474/12 (Schiebel Aircraft) avsnitt 37.

ikke foreligger praksis fra EFTA-domstolen om EØS-avtalen art. 123 b, blir det et spørsmål om det samme kravet til proporsjonalitet må gjelde også etter denne bestemmelsen. Det blir da nødvendig å undersøke nærmere hva som ligger i kravet til proporsjonalitet etter EU-domstolens praksis.

#### **4.1 C-615/10 (Instiimi Oy)**

Saken i C-615/10 (Instiimi Oy), omtalt over,<sup>134</sup> gjaldt det finske forsvarets anskaffelser av dreieskiver til bruk for elektromagnetiske målinger. Det ble gjennomført en konkurranse, men denne ble ikke kunngjort. Oppdragsgiver hjemlet dette i unntaksregelen i TEUV art. 296 (1) b (nå gjeldende art. 346 (1) b). Instiimi Oy brakte saken inn for nasjonale domstoler, som forela spørsmål om unntaksregelens anvendelse for EU-domstolen.

Om kravet til proporsjonalitet, sier domstolen at det er opp til den refererende domstolen å avgjøre om medlemsstaten i tilstrekkelig grad kan vise at det er «necessary» å ta i bruk unntaksregelen for å beskytte sine vesentlige sikkerhetsinteresser. Det er også opp til den refererende domstolen å avgjøre om behovet for å beskytte de vesentlige sikkerhetsinteressene kunne vært ivaretatt i rammene av en konkurranseutsatt anskaffelsesprosess.<sup>135</sup> Det avgjørende er dermed om oppdragsgiver kan vise at det tiltaket som iverksettes er *nødvendig* for å ivareta sine sikkerhetsinteresser. Samtidig må oppdragsgiver vise at andre, mindre inngripende tiltak er utilstrekkelige. Sagt på en annen måte er det oppdragsgiver som har bevisbyrden for at vilkårene for å bruke unntaksbestemmelsen er oppfylt. I saken ble bedømmelsen av om oppdragsgiver hadde bevist at vilkårene var oppfylt overlatt til den refererende domstolen.

#### **4.2 C-474/12 (Schiebel Aircraft)**

Saken i C-474/12 (Schiebel Aircraft) gjaldt et selskap, Schiebel Aircraft, som søkte om autorisasjon til å drive økonomisk virksomhet i forsvarssektoren. Virksomheten bestod blant annet i handel med våpen og ammunisjon. Bundesminister, ansvarlig for å behandle søknaden, viste til at deler av selskapets ledelse ikke var østerrikske statsborgere, og avslo søknaden. Kravet om østerriksk statsborgerskap fulgte av nasjonal lovgivning. Når Schiebel Aircraft viste til prinsippet om ikke-diskriminering på bakgrunn av nasjonalitet, samt etableringsretten, begrunnet Bundesminister regelen om statsborgerskap i nasjonale interesser, jf. TEUV art. 346 (1) b. Saken endte opp i den østerrikske domstolen, som la frem spørsmål om unntaksbestemmelsens anvendelse for EU-domstolen.

Domstolen viser til det generelle utsagnet i Instiimi Oy-saken, der det fremgår at medlemsstaten som ønsker å bruke unntaksbestemmelsen må selv vise at det er «necessary» for å beskytte sine

---

<sup>134</sup> Kapittel 3.2.2.

<sup>135</sup> Avsnitt 45.

vesentlige sikkerhetsinteresser.<sup>136</sup> Til dette kommenterer domstolen at det ut fra informasjonen som er tilgjengelig ikke er «apparent» at Østerrike har vist at nasjonalitetskravet er nødvendig for å beskytte sine vesentlige interesser.<sup>137</sup> Selv om det ikke sies uttrykkelig, er det klart at domstolen her mener Østerrike ikke har oppfylt sin plikt til å vise at tiltaket var «necessary» for ivaretagelse av sine sikkerhetsinteresser. I motsatt fall ville det ikke vært tvil om («not apparent») at Østerrike har vist at tiltaket var «necessary».

Selv om domstolen kunne gitt seg her, gir den noen ytterligere bemerkninger om proporsjonalitetskravet. Domstolen viser til at tiltaket som iverksettes ikke kan gå «beyond what is *appropriate and necessary*» (min utheving).<sup>138</sup> «Appropriate» ble ikke nevnt i *Instiimi Oy*-saken. Derimot er den gjennomsyret i EU-retten ellers, som en del av proporsjonalitetsprinsippet.<sup>139</sup> Det er med andre ord ikke noe nytt at unntak fra grunnleggende EU-rettslige regler må være både egnet og nødvendig. Det samme gjelder tiltak som fattes etter TEUV art. 346.

I saken viser domstolen til en rekke mindre inngripende tiltak som ville vært tilstrekkelig til å sikre formålet bak nasjonalitetskravet, som Bundesminister hevder er å sikre troverdigheten til søkerne, forsyningssikkerhet og informasjonssikkerhet.<sup>140</sup> Domstolen viser til at andre tiltak kan være å gjennomføre jevnlig kontroll av produksjonen og handelen, pålegge håndhevbar taushetsplikt, og implementere regler om pønale reaksjoner.<sup>141</sup> Etersom disse tiltakene i tilstrekkelig grad ville ivaretatt de sikkerhetsmessige behovene, og disse var mindre inngripende enn å ikke kunngjøre konkurransen, var det ikke «necessary» å unngå å kunngjøre konkurransen. Dette tiltaket var med andre ord ikke proporsjonalt – det var strengere enn nødvendig.<sup>142</sup>

Domstolen vurderer ikke uttrykkelig «appropriate»-kriteriet. Den innleder vurderingen av proporsjonalitetskriteriet ved å si at selv om tiltaket skulle vært «suitable» for å ivareta sikkerhetsinteressene, er det uansett andre, mindre inngripende tiltak som i tilstrekkelig grad ivaretar sikkerhetsinteressene.<sup>143</sup> Det er ikke et nytt fenomen at håndhevingsorganer hopper over bukken der den er lavest. I dette tilfellet kan domstolens tilnærming tas til inntekt for at vurderingen av «appropriate»-kriteriet ikke skal undergis en like streng overprøving som «necessary»-kriteriet.

---

<sup>136</sup> Avsnitt 34.

<sup>137</sup> Avsnitt 35.

<sup>138</sup> Avsnitt 37.

<sup>139</sup> Se blant annet C-222/84 (*Johnston*) avsnitt 38, C-423/98 (*Albore*) avsnitt 19. Se også Sejersted (2011) s. 295.

<sup>140</sup> Avsnitt 37.

<sup>141</sup> Avsnitt 38.

<sup>142</sup> Slik formulert av Dragsten (2013) s. 89.

<sup>143</sup> Avsnitt 38.



For det første er statenes forsvars- og sikkerhetsinteresser på bakgrunn av statssuverenitetsprinsippet historisk sett ansett som statenes domene.<sup>144</sup> Selv om innføringen av EUs indre marked har overført en del av kontrollen statene har over til EU, er det klart at det henger litt igjen ettersom statene kan gjøre unntak med hjemmel i TEUV art. 346 og EØS-avtalen art. 123. Dette kan gjøre at domstolen er tilbakeholden med å overprøve vurderinger som ligger tett opp til statens kjerneinteresser.

For det andre er det medlemsstaten selv som er nærmest til å vurdere hva som er et «appropriate» tiltak. Medlemsstaten har den forsvarsfaglige kunnskapen, i tillegg til innsikt i lokale særegenheter. Det er ikke gitt at et tiltak som er «appropriate» i et land, er «appropriate» i et annet. Medlemsstatens nærhet til de faktiske forholdene gjør dem faglig sett bedre egnet til å vurdere tiltakets egnethet.

I den juridiske teorien er det lansert flere måter å vurdere et tiltaks egnethet på. Hvilken metode EU-domstolen bruker er ikke kjent, ettersom det ikke kan leses ut fra avgjørelsene.<sup>145</sup> Arrowsmith tar til orde for et krav om at tiltaket ikke må være «manifestly unsuitable».<sup>146</sup> Dette er etter ordlyden en svært høy terskel. Medlemsstatens vurderinger må etter denne terskelen være grunnleggende uegnet til å ivareta sikkerhetsinteressene for at «appropriate»-vilkåret ikke skal oppfylles. Med tanke på de hensynene jeg har nevnt over om hvorfor medlemsstaten bør gis en skjønnsmargin i vurderingen av hvilke tiltak som er «appropriate», kan en slik høy terskel være fornuftig. Selv om det i mangel av rettspraksis må anses som et uavklart spørsmål, tyder forholdene jeg har nevnt på at statene nyter en bred skjønnsmargin i vurderingen av hvilke tiltak som er «appropriate».<sup>147</sup>

### **4.3 C-187/16 (ÖS)**

I 2018 var Østerrike igjen involvert i spørsmål om rekkevidden av TEUV art. 346 i EU-domstolen, denne gang under alternativet i første ledd bokstav a om informasjonssikkerhet som har klare likhetstrekk med EØS-avtalen art. 123 a. Saken i C-187/16 (ÖS) gjaldt anskaffelse av trykkeritjenester, til trykking av blant annet identitetspapirer og oppholdstillatelser. Kontrakt ble inngått direkte med Österreichische Staatsdruckerei (ÖS). Dette mente Østerrike var nødvendig på grunn av behovet for beskyttelse av sensitiv informasjon, sikre autoriteten og troverdigheten til dokumentene, og sikre tilgangen på trykkeritjenestene. ÖS ble med andre ord sett på som en særlig troverdig leverandør. Kommisjonen uttrykte tvil om direkteanskaffelsen var i

---

<sup>144</sup> Ormberg (2018) s. 930.

<sup>145</sup> Arrowsmith (2018) s. 166.

<sup>146</sup> Arrowsmith (2018) s. 166. Se også Trybus (2014) s. 111.

<sup>147</sup> Slik også Trybus (2014) s. 111-112.

tråd med regelverket, og brakte etter korrespondanse med Østerrike saken inn for EU-domstolen.

Domstolen viser til tidligere praksis, hvor det fremgår at unntaksbestemmelsen skal tolkes snevert, og at medlemsstaten selv må vise at vilkårene for å anvende regelen er til stede.<sup>148</sup> Medlemsstaten må vise at tiltaket som iverksettes er «necessary» for ivaretagelse av sine sikkerhetsinteresser.<sup>149</sup> Dette innebærer at det ikke er andre, mindre inngripende tiltak tilgjengelig som er tilstrekkelige for å ivareta sikkerhetsinteressene.<sup>150</sup> Praksisen domstolen her viser til gjelder TEUV art. 346 (1) b, og den presiserer at henvisningene er «by analogy». Likevel er det ingen avgjørende grunn til at proporsjonalitetsvurderingen skal være vesentlig annerledes mellom bestemmelsene, særlig med tanke på at vurderingen er utslag av et prinsipp som gjelder generelt i EU-retten.

Domstolen går deretter særdeles grundig til verks i å vurdere om alternative, mindre inngripende tiltak ville vært tilstrekkelig for å ivareta de påberopte sikkerhetsinteressene.<sup>151</sup> Domstolen går systematisk gjennom alle interessene Østerrike har vist til i forklaringen av hvorfor unntaksregelen etter deres syn gir rett til direkte tildeling av kontrakt til ÖS. Felles for dem er at domstolen finner at Østerrike ikke i tilstrekkelig grad har vist at alternative tiltak var utilstrekkelige. Blant annet, når det gjelder hensynet til å kunne verifisere at taushetsplikt overholdes, viser domstolen til at dette kan sikres ved at leverandøren forplikter seg til å delta i sikkerhetsprotokoller, stikkprøver, eller andre løpende undersøkelser.<sup>152</sup> Domstolen viser også til at det ikke er noe i veien for at det i konkurransegrunnlaget stilles svært strenge krav til leverandørens egnethet for en slik tjeneste som innebærer behandling av sensitiv informasjon, uten å tilsidesette anskaffelsesregelverket fullstendig.<sup>153</sup> Oppdragsgiver kunne krevd at leverandørene måtte stille garantier for at oppdraget ville bli utført i henhold til kontrakten, og inkludert strenge reaksjoner på eventuelle kontraktbrudd.<sup>154</sup> Ettersom Østerrike dermed ikke viste at andre, mindre inngripende tiltak var utilstrekkelige, var ikke tiltaket «necessary» etter EU-domstolens praksis. Tiltaket som ble iverksatt, å tildele kontrakt direkte til ÖS, var dermed «disproportionate».<sup>155</sup>

---

<sup>148</sup> Avsnitt 77-78.

<sup>149</sup> Avsnitt 78.

<sup>150</sup> Avsnitt 79.

<sup>151</sup> Avsnitt 80-96.

<sup>152</sup> Avsnitt 86.

<sup>153</sup> Avsnitt 90.

<sup>154</sup> Avsnitt 93.

<sup>155</sup> Avsnitt 95.

Et spørsmål er hvor langt oppdragsgiver må gå i å vise at alternative, mindre inngripende tiltak er utilstrekkelige for å ivareta de påberopte sikkerhetsinteressene. I Instiimi Oy-saken nøyde domstolen seg med å vise til det generelle kravet om at tiltaket må være «necessary», at det er opp til medlemsstaten å vise dette og at behovet for å beskytte sikkerhetsinteressene ikke kunne vært ivaretatt innenfor rammen av anskaffelsesregelverket.<sup>156</sup> I Schiebel Aircraft-saken gjentar ikke domstolen disse uttalelsene, men sier at tiltaket ikke må gå utover det som er «appropriate and necessary» for å ivareta sikkerhetsinteressene.<sup>157</sup> Domstolen gir i den saken derimot konkrete eksempler på alternative tiltak som er mindre inngripende, blant annet jevnlig kontroll av produksjonen, taushetsplikt og andre reaksjoner.<sup>158</sup> Dette gir en klar indikasjon på hva domstolen mente oppdragsgiver som et utgangspunkt måtte vurdere av alternative tiltak, og kan derfor også gi en antydning av hva en oppdragsgiver i alminnelighet må vurdere av alternative tiltak.

I ÖS-saken går domstolen enda grundigere til verks. Domstolen behandler hvert hensyn Østerrike har vist til, og konkluderer på hvert av dem at det ikke var vist at alternative, mindre inngripende tiltak var utilstrekkelige.<sup>159</sup> Også her viser domstolen til konkrete tiltak som kunne vært iverksatt. Som nevnt over inkluderer dette at leverandøren underkaster seg jevnlig kontroll og stikkprøver, og at det stilles krav om leverandørens særlige egnethet og garanti for overholdelse av kontraktens bestemmelser. Dette gir tilsvarende indikasjoner på hva domstolen mener må vurderes av alternative tiltak.

Det er ikke dermed sagt at oppdragsgiver må uttømmende behandle alle tenkelige tiltak som kan bidra til å ivareta de påberopte sikkerhetsinteresser. Ut fra domstolens praksis synes det likevel at oppdragsgiver i rimelig grad må undersøke andre tiltak som kan tenkes å være tilstrekkelige. Etter bestemmelsen i TEUV art. 346 (1) b er det særlig krav om taushetsplikt, kontroll med produksjonen og reaksjoner på kontraktsbrudd som virker å være tiltak som må undersøkes av oppdragsgiver. For å iverksette strengere tiltak enn dette, for eksempel å ikke kunnngjøre konkurranse, må oppdragsgiver vise at de mindre inngripende tiltakene ikke vil være tilstrekkelige.

#### **4.4 Proporsjonalitetskrav etter EØS-avtalen art. 123 b?**

Spørsmålet blir om et liknende proporsjonalitetskrav må gjelde også etter EØS-avtalen art. 123 b. Bestemmelsen har ingen uttrykkelig henvisning til et krav om proporsjonalitet eller forholdsmessighet. Kravet om at anskaffelsen må være «uunnværlig» til forsvarsformål kan likevel

---

<sup>156</sup> C-615/10 (Instiimi Oy) avsnitt 45.

<sup>157</sup> C-474/12 (Schiebel Aircraft) avsnitt 37.

<sup>158</sup> Avsnitt 38.

<sup>159</sup> C-187/16 (ÖS) avsnitt 82-94.

tolkes som et uttrykk for et forholdsmessighetskrav.<sup>160</sup> Det kan se ut til å harmonere med regelen i TEUV art. 346 (1) b, der det heter at tiltak kan fattes når det anses «necessary» for beskyttelsen av vesentlige sikkerhetsinteresser. En sentral forskjell er at der «necessary»-kriteriet knytter seg til *tiltaket* som iverksettes etter TEUV art. 346, viser «uunnværlig»-kriteriet i EØS-avtalen art. 123 b til selve *anskaffelsen* som gjennomføres, ikke tiltaket. Det er med andre ord ikke etter EØS-avtalen art. 123 b et krav om at *tiltaket* må være uunnværlig.

Et krav om proporsjonalitet kan antydes i anskaffelsesloven. Paragraf 4 sier at oppdragsgiver skal opptre i samsvar med grunnleggende prinsipper om blant annet «forholdsmessighet». Dette er ikke bare en symbolsk prinsippbestemmelse, men kan etter omstendighetene gi grunnlag for rettigheter og plikter.<sup>161</sup> Selv om forsvarsanskaffelser kan unntas fra bestemmelsens virkeområde når EØS-avtalen art. 123 b kommer til anvendelse,<sup>162</sup> vil de generelle prinsippene bestemmelsen gir uttrykk for etter omstendighetene kunne sette begrensninger for oppdragsgivers handlingsrom.<sup>163</sup> Av forarbeidene synes det som at lovgiver med henvisningen til forholdsmessighetsprinsippet mente å understreke at anskaffelsesregelverket må tolkes i samsvar med den enkelte anskaffelsens kompleksitet og betydning.<sup>164</sup> Et sentralt formål med det nye regelverket var nettopp mer effektive anskaffelser. Forholdsmessighetsprinsippetets betydning for tolkning av regelverkets unntaksbestemmelser blir derimot ikke nevnt.

EFTA-domstolens praksis viser at proporsjonalitetsprinsippet har en helt sentral funksjon også i EØS.<sup>165</sup> Innholdet synes å være det samme som etter EU-domstolens praksis. Når det gjøres unntak fra reglene i EØS-avtalen må det være «suited» for å oppnå formålet, og det må ikke foreligge andre tiltak som er «less restrictive».<sup>166</sup> Noen betydelig forskjell fra kravene om «appropriate» og «necessary» fra Schiebel Aircraft-saken er vanskelig å se.<sup>167</sup> Dette støttes av hensynet til enhetlig tolkning og praktisering i hele EU. Denne løsningen legges også til grunn i Veileder til FOSA,<sup>168</sup> samt praksis fra KOFA.<sup>169</sup> Proporsjonalitetskravet etter EU-domstolens praksis må derfor få tilsvarende anvendelse etter EØS-avtalen art. 123 b.

---

<sup>160</sup> Slik også Ormberg (2018) s. 937.

<sup>161</sup> Prop.51 L (2015-2016) s. 81.

<sup>162</sup> LOA § 2 (3).

<sup>163</sup> Se Rt. 2005 s. 1638 avsnitt 30, Veileder til FOSA s. 28.

<sup>164</sup> Prop.51 L (2015-2016) s. 81. Se også Veileder til offentlige anskaffelser s. 55-56.

<sup>165</sup> Se blant annet E-6/96 avsnitt 87, E-3/00 avsnitt 27, E-4/04 avsnitt 56.

<sup>166</sup> E-4/04 avsnitt 56.

<sup>167</sup> C-474/12 (Schiebel Aircraft) avsnitt 37.

<sup>168</sup> Veileder til FOSA pkt. 7.2.2. Se også Veileder til offentlige anskaffelser s. 55.

<sup>169</sup> Sak 2014/86 avsnitt 31 flg., sak 2017/34 avsnitt 24 flg. Se også Dragsten (2013) s. 89 og Sejersted (2011) s. 295.

#### 4.5 Betydningen av vedtagelsen av FSD

Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet (FSD), gjennomført i norsk rett gjennom FOSA, skal ivareta de særlige hensyn som gjør seg gjeldende ved gjennomføring av anskaffelser i forsvarssektoren.<sup>170</sup> Direktivet skal gi statene verktøy til å gjennomføre anskaffelser i tråd med de grunnleggende prinsippene som gjelder for offentlige anskaffelser, uten å måtte anvende unntaksregelen i EØS-avtalen art. 123 og TEUV art. 346.<sup>171</sup> Selv om direktivet ikke i seg selv legger direkte føringer for hvordan unntaksbestemmelsen i EØS-avtalen art. 123 skal tolkes, vil den ha betydning for hvilke tiltak som kan anses for å være egnede og nødvendige for å ivareta de påberopte nasjonale interessene.<sup>172</sup>

Dette skyldes nettopp det at direktivet er ment å være tilpasset anskaffelser i forsvarssektoren. For å kunne bruke unntaksregelen i EØS-avtalen art. 123 b må oppdragsgiver vise at andre, mindre inngripende tiltak er utilstrekkelige. Spesielt må oppdragsgiver vise at fremgangsmåten som følger av det nye regelverket i FSD, gjennomført i FOSA, ikke i tilstrekkelig grad ivaretar forsvars- og sikkerhetshensynene som gjør seg gjeldende ved den konkrete anskaffelsen.<sup>173</sup> Sentrale endringer innført ved FSD/FOSA inkluderer oppdragsgivers valg mellom å bruke konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring eller begrenset anbudskonkurranse.<sup>174</sup> I tillegg kan rammeavtaler som utgangspunkt ha en lengre maksimal varighet.<sup>175</sup> Ettersom reglene i FSD/FOSA er tilpasset anskaffelser i forsvarssektoren, skal det mer til for at oppdragsgiver skal kunne vise at regelverket i utilstrekkelig grad ivaretar deres sikkerhetsinteresser.<sup>176</sup>

Strengt tatt burde det ikke vært nødvendig å vedta FSD. De tiltakene som statene kan iverksette etter EØS-avtalen art. 123 og TEUV art. 346 burde tilsvare omtrent de fremgangsmåtene som foreskrives i FSD. Men ved å innføre regler egnet for forsvarsanskaffelser vil det kunne bidra til enhetlig praksis mellom medlemsstatene. Ved utstrakt bruk av unntaksbestemmelsen er sjansen stor for at det blir betydelige forskjeller i hvilke tiltak medlemsstatene iverksetter. Ved å fastsette klare fremgangsmåter for anskaffelser i forsvarssektoren vil risikoen for dette i det minste begrenses, og leverandørens forutberegnelighet styrkes. Med klarere regler vil det også bli lettere for forbigåtte leverandører å formulere gode klager. I tillegg vil kanskje domstolen finne det lettere å overprøve medlemsstatenes bruk av unntaksbestemmelsen når det kan vises til et regelverk som er tilpasset forsvarsanskaffelser.<sup>177</sup>

---

<sup>170</sup> Trybus (2014) s. 4, Ormberg (2018) s. 938.

<sup>171</sup> Trybus (2014) s. 85, Ormberg (2018) s. 939.

<sup>172</sup> Ormberg (2018) s. 939.

<sup>173</sup> Se Veileder til FOSA s. 17.

<sup>174</sup> FOSA § 5-1.

<sup>175</sup> FOSA § 6-1 (4), sml. FOA § 11-1 (4) og § 26-1 (4).

<sup>176</sup> Se Ormberg (2018) s. 939.

<sup>177</sup> Se tilgrensende betraktninger i Trybus (2014) s. 128, Georgopoulos (2007) pkt. NA52.

#### 4.6 KOFA og proporsjonalitetskravet

Som gjennomgangen over har vist, har EU-domstolen i nyere saker anlagt en ganske streng vurdering av tiltakets proporsjonalitet etter TEUV art. 346.<sup>178</sup> Jeg har også kommet til at den samme regelen må gjelde etter EØS-avtalen art. 123 b.<sup>179</sup> På denne bakgrunnen er enkelte av sakene som er behandlet i KOFA diskuterte.

Siden 2000 har KOFA behandlet EØS-avtalen art. 123 b i tre saker. Sak 2003/27 gjaldt Forsvarets anskaffelse av en plattform for kirurgisk pleie i stridsområder. Anskaffelsen ble unntatt fra anskaffelsesregelverket i sin helhet. En forbigått leverandør klagde inn saken for nemnda, men i behandlingen nevner ikke nemnda proporsjonalitetskravet. Riktignok anførte ikke klager at tiltaket var uforholdsmessig. Dermed hadde heller ikke nemnda kompetanse til å behandle dette.<sup>180</sup> I praksis blir ordningen slik at oppdragsgiver slipper unna sin plikt til å sannsynliggjøre at tiltaket var forholdsmessig, så lenge klager ikke spesifikt påberoper at tiltaket ikke oppfyller kravet til proporsjonalitet. Dette harmonerer dårlig med kravet om at oppdragsgiver selv må vise at andre tiltak var utilstrekkelige.

Sak 2014/86 gjaldt Forsvarets anskaffelse av rammeavtale for kjøp av lastebiler. Konkurransen ble ikke kunngjort, noe Forsvaret begrunnet i EØS-avtalen art. 123 b. En forbigått leverandør klagde inn saken. Argumentasjonen mellom partene dreide seg i stor grad om lastebilene var ment for militært bruk, og mindre om spørsmålet om proporsjonalitetskravet var oppfylt.<sup>181</sup> Nemnda kommer uansett inn på denne vurderingen, og viser til C-474/12 (Schiebel Aircraft).<sup>182</sup> Forsvaret viste særlig til behovet for å hemmeligholde informasjon om lastebilene, fordi dette er informasjon som kan si noe om forsvarets militærkapasitet og stridsevne.<sup>183</sup> Dette er naturligvis relevante hensyn som må ivaretas. Men oppdragsgiver har ikke med dette vist at andre tiltak, som ville vært mindre inngripende, var utilstrekkelig for å ivareta disse hensynene. Nemnda påpeker heller ikke dette, og kommer til at innklagede har «sannsynliggjort at det var nødvendig» å unnta anskaffelsen fra anskaffelsesregelverket for å beskytte informasjon om forsvarets kapasiteter.<sup>184</sup> For å bevare hemmelighold om lastebilene, og dermed også informasjon om den militære styrken generelt, kunne oppdragsgiver for eksempel krevd at leverandøren underkastet seg jevnlig sikkerhetskontroller, og implementert plikter i kontrakten med tilhørende reaksjoner på eventuelle brudd. Pålegg om taushetsplikt, sikkerhetsklarering og gradering

---

<sup>178</sup> Se særlig C-187/16 (ÖS).

<sup>179</sup> Kapittel 4.4.

<sup>180</sup> Klagenemndsforordningen § 12 (3).

<sup>181</sup> Se avsnitt 10 og 12.

<sup>182</sup> Avsnitt 31.

<sup>183</sup> Avsnitt 33.

<sup>184</sup> Avsnitt 36.

av dokumenter er ytterligere tiltak som kan tenkes å ivareta hensynet til hemmelighold i tilstrekkelig grad.

Sak 2017/34 gjaldt Forsvarets anskaffelse av flydeler til kampflyet F-16. Anskaffelsen ble gjennomført etter ARF, og ble ansett å falle utenfor anskaffelsesregelverket ellers. Partene var uenige i om EØS-avtalen art. 123 b kom til anvendelse. Klageren anførte at oppdragsgiver ikke hadde sannsynliggjort at det var «nødvendig å unnta anskaffelsen fra forskriften».<sup>185</sup> Nemnda har derfor all oppfordring til å behandle dette grundig, og starter med å vise til EU-domstolens praksis på området.<sup>186</sup> Nemnda viser til innklagedes anførsler om hvilke fordeler bruken av unntaksbestemmelsen gir, som blant annet er å kunne gjennomføre anskaffelsen som en konkurranse med forhandling fremfor en begrenset anbudskonkurranse.<sup>187</sup> Dette gir bedre muligheter for å hemmeligholde opplysninger om den stående luftstyrken. Nemnda slår med det fast at anskaffelsen er «uunnværlig for forsvarsformål».<sup>188</sup> Nemnda ser dermed ikke på om oppdragsgiver har vist at andre, mindre inngripende tiltak var utilstrekkelige. Kunne for eksempel taushetsplikt, sikkerhetskontroller, reaksjoner på brudd på kontrakten eller krav om særlig egnethet vært tilstrekkelig for å ivareta hensynet til hemmelighold? På bakgrunn av EU-domstolens praksis skulle et slikt spørsmål vært stilt til oppdragsgiver. Det er ikke avgjørende at svaret på spørsmålet er usikkert. Det avgjørende er at oppdragsgiver ikke har vist at slike mindre inngripende tiltak var utilstrekkelige for å ivareta hensynet til hemmelighold. EU-domstolen ville ikke akseptert oppdragsgivers argumentasjon, men vist til at oppdragsgiver ikke har vist at det var «necessary» å gjennomføre tiltaket. Vi ser dermed at KOFA i sin praksis vurderer tiltakets proporsjonalitet mye mildere overfor oppdragsgiver enn EU-domstolen. På bakgrunn av drøftelsen under kapittel 4.4 er det ingen grunn til det.

## 5 Avsluttende bemerkninger

### 5.1 Refleksjoner

Arbeidet med problemstillingen har ført til flere interessante funn. For det første kan det virke som at EU-domstolen har intensivert håndhevingen av unntaksregelen. Særlig ser det ut til at proporsjonalitetskriteriet nå underkastes en ganske streng vurdering av domstolen.<sup>189</sup> En av årsakene til dette kan være vedtakelsen av FSD, selv om det ikke fremgår uttrykkelig av noen av avgjørelsene. Oppdragsgiver må nå vise at ikke engang disse reglene, som er mer fleksible og

---

<sup>185</sup> Avsnitt 11.

<sup>186</sup> Avsnitt 24.

<sup>187</sup> Avsnitt 25-26.

<sup>188</sup> Avsnitt 26.

<sup>189</sup> Se særlig C-187/16 (ÖS), omtalt under kapittel 4.3.

generelt mer egnet for gjennomføring av forsvarsanskaffelser, er tilstrekkelige for å ivareta de påberopte forsvars- og sikkerhetsinteressene.

For det andre viser det seg at denne utviklingen i EU-domstolens praksis ikke er fulgt opp i praksis fra KOFA.<sup>190</sup> Riktignok var ikke ÖS-saken, som er den avgjørelsen som går grundigst inn i proporsjonalitetskriteriet, avsagt da nemnda behandlet EØS-avtalen art. 123 b i sak 2017/34. Det var derimot Schiebel Aircraft-saken, og denne gir også klart uttrykk for at oppdragsgiver selv må vise at andre, mindre inngrepene tiltak er tilstrekkelige.<sup>191</sup> Høyesterett har ikke hatt anledning til å følge opp EU-domstolens praksis. Dette gjør at det sannsynligvis eksisterer en del usikkerhet om innholdet i unntaksbestemmelsen blant norske leverandører og oppdragsgivere, spesielt for de som har holdt øye med sakene for EU-domstolen i tillegg til nasjonal praksis.

En tredje observasjon er at vi kanskje ikke er så langt unna en avklaring. Jeg nevnte innledningsvis den pågående saken i ESA om Forsvarets direkteanskaffelser.<sup>192</sup> Blant varene som ble anskaffet med hjemmel i EØS-avtalen art. 123 b var utstyrsbager, snøscooterbriller, ullfrottébukser, arbeidshansker, håndkniver, kompass, underlagsmatter, ryggsekker og votter.<sup>193</sup> Som jeg har vært inne på, kan mangelen på praksis fra EFTA-domstolen og ESA kanskje delvis forklares i ønsket om å vente til det foreligger et klart nok tilfelle av feilbruk av unntaksbestemmelsen, og slå ned på denne.<sup>194</sup> På den måten vil resultatet i saken bli mindre kontroversielt, og avgjørelsen få størst mulig effekt på medlemsstatenes faktiske bruk av bestemmelsen. Det er ikke utenkelig at ESA står overfor et slikt tilfelle nå. I så fall har ESA all foranledning til å ta stilling til flere viktige spørsmål, blant annet betydningen av TEUV art. 346, 1958-listen, og tilhørende praksis fra EU-domstolen i fastleggelsen av innholdet i EØS-avtalen art. 123 b.

Medlemsstatene bruker unntaksregelen i EØS-avtalen art. 123 og TEUV art. 346 i egeninteresse. Det argumenteres stort sett med at det av forsvars- og sikkerhetshensyn er nødvendig å bruke unntaksregelen. I et bredere økonomisk perspektiv er det diskutabelt om det egentlig er i statenes interesse å bruke unntaksregelen. Når en stor andel av forsvarsanskaffelsene tas utenfor regelverket, fører det til en fragmentering av markedet for forsvarsanskaffelser. I stedet for ett felles marked for forsvarsanskaffelser, blir det et marked for hver medlemsstat. Dette fører til svekket konkurranse, og i lengden mindre effektive anskaffelser.<sup>195</sup> Varen som anskaffes blir dårligere, og prisen høyere, enn om det var fullstendig konkurranse mellom alle aktører i EU.

---

<sup>190</sup> Se kapittel 4.6.

<sup>191</sup> Se omtalen av dommen under kapittel 4.2.

<sup>192</sup> Kapittel 1.4.

<sup>193</sup> FDs brev til ESA (2021), vedlegg 1.

<sup>194</sup> Slik Trybus (2014) s. 107 om EU-domstolen og TEUV art. 346.

<sup>195</sup> Slik COM(2005) 626 s. 4.



Studier viser at det kan spares 10-30% av utgiftene ved forsvarsanskaffelser bare ved å harmonisere markedet for forsvarsanskaffelser.<sup>196</sup> I dette perspektivet vil det gagne medlemsstatene å *ikke* bruke unntaksregelen. I tillegg kan det bedre det politiske forholdet mellom statene, på grunn av økt handel og interaksjon på tvers av landegrensene.

## 5.2 Konklusjon

Problemstillingen har vært hvilken adgang oppdragsgiver har til å bruke unntaksbestemmelsen i EØS-avtalen art. 123 b for anskaffelse av militære varer, når disse varene også har et sivilt bruksområde. Gjennomgangen har vist at en slik problemstilling reiser mange rettslige spørsmål, og i mangel av avklaring fra EFTA-domstolen er det nødvendig å trekke konklusjoner ut fra noe mer usikre kilder, særlig EU-domstolens praksis om regelen i TEUV art. 346 (1) b. På bakgrunn av rettskildebildet er det likevel god grunn til å anta at oppdragsgiver må sannsynliggjøre for hver anskaffelse at bestemmelsens vilkår er oppfylt, noe som innebærer at varen som anskaffes er ment for «specifically military purposes», med de nyanseringene som fremgår av C-615/10 (Instiimi Oy).<sup>197</sup> Hvis oppdragsgiver kan vise at varen er ment for «specifically military purposes», kan oppdragsgiver iverksette de tiltak som er proporsjonale.<sup>198</sup> I dette ligger et krav om at det ikke er mulig å ivareta de påberopte sikkerhetsinteressene, for eksempel behov for hemmelighold, ved bruk av mindre inngripende tiltak.

---

<sup>196</sup> Arrowsmith s. 139 med videre henvisninger.

<sup>197</sup> Kapittel 3.

<sup>198</sup> Kapittel 4.

## Kilder

### Lover, forskrifter og annet regelverk

Anskaffelsesforskriften	Forskrift 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser.
Anskaffelsesloven	Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser.
Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren	FOR-2013-10-25-1411.
Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesforskriften	Forskrift 4. oktober 2013 nr. 1185 om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.
Klagenemndforskriften	Forskrift 15. november 2002 nr. 1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser

### Internasjonalt regelverk

Direktiv 2014/24/EU (Anskaffelsesdirektivet)	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2014/24/EU av 26. februar 2014 om offentlige innkjøp og om oppheving av direktiv 2004/18/EF.
Direktiv 2009/81/EF (Forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesdirektivet)	Europaparlaments- og rådsdirektiv av 13. juli 2009 om samordning av fremgangsmåtene ved inngåelse av visse offentlige bygge- og anleggs-, vare- og tjenestekontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet og om endring av direktivene 2004/17/EF og 2004/18/EF.
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde. Oppdatert utgave 14. oktober 2014.
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol. 31. januar 1994.
TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte. Konsolidert utgave 7. juni 2016.
VCLT	Vienna Convention on the Law of Treaties. 23. mai 1969.

### Forarbeider

Meld. St. 22 (2018–2019)	Smartere innkjøp – effektive og profesjonelle offentlige anskaffelser.
Prop.51 L (2015-2016)	Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven).
St. prp. nr. 100 (1991-1992)	Om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), mv.

## **Avgjørelser, rådgivende uttalelser og annen praksis**

### Høyesterett

Rt. 2007 s. 1783      NIDA  
Rt. 2007 s. 983        SB Transport  
Rt. 2005 s. 1638      New Pac

### Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Sak 2017/34    Blue Aerospace LCC mot Forsvarets logistikkorganisasjon  
Sak 2014/86    I.M Skaugen SE mot Forsvarets logistikkorganisasjon  
Sak 2003/27    Normeca AS mot Forsvarets logistikkorganisasjon

### EU-domstolen og Førsteinstansdomstolen

C-187/16	ÖS	ECLI:EU:C:2018:194
C-474/12	Schiebel Aircraft	ECLI:EU:C:2014:2139
C-615/10	Instiimi Oy	ECLI:EU:C:2012:324
C-337/06	Bayerischer Rundfunk	ECLI:EU:C:2007:786
C-337/05	Augusta	ECLI:EU:C:2008:203
C-423/98	Albore	ECLI:EU:C:2000:401
C-273/97	Sirdar	ECLI:EU:C:1999:523
C-265/87	Schräder	ECLI:EU:C:1989:303
C-222/84	Johnston	ECLI:EU:C:1986:206
T-26/01	Fiocchi Munizioni	ECLI:EU:T:2003:248

### EFTA-domstolen

E-4/04            Pedicel mot sosial- og helsedirektoratet  
E-3/00            EFTAs overvåkingsorgan mot Norge  
E-6/96            Tore Wilhelmsen AS mot Oslo kommune  
E-5/96            Ullensaker kommune mfl. mot Nille AS  
E-1/94            Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark mot Helsingin piiritullikamari

### ESA

ESA Decision 346/04/COL, 15. desember 2004  
ESA Decision 381/98/COL, 16. desember 1998  
ESA Decision 379/98/COL, 16. desember 1998

### EU-kommisjonen

Commission Decision 1999/374/EC, 28. oktober 1998

- COM(2005) 626      *Communication from the commission to the council and the European Parliament on the results of the consultation launched by the Green Paper on Defence Procurement and on the future Commission initiatives.* Brussel, 6. desember 2005.
- COM(2006) 799      *Interpretative Communication on the application of Article 296 of the Treaty in the field of defence procurement.* Brussel, 7. desember 2006.

## Litteratur

- Arrowsmith (2014)      Arrowsmith, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and the UK. Volume 1.* 3. utg., London: Sweet & Maxwell, 2014.
- Arrowsmith (2018)      Arrowsmith, Sue. *The Law of Public and Utilities Procurement. Regulation in the EU and the UK. Volume 2.* 3. utg., London: Sweet & Maxwell, 2018.
- Dragsten (2020)      Dragsten, Marianne. *Anskaffelsesloven. Med forskrift. Kommentartutgave.* Oslo: Universitetsforlaget, 2020. [Lest i Juridika].
- Dragsten (2013)      Dragsten, Marianne. *Offentlige anskaffelser. Regelverk, praksis og løsninger.* Oslo: Universitetsforlaget, 2013.
- Eisenhut (2021)      Eisenhut, Dominik. «The Defence, Military and Dual-Use Sector.» *YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions* vol. I (2021) s. 265-282. <https://doi.org/10.1007/978-3-030-43757-2>
- Georgopoulos (2007)      Georgopoulos, Aris. «The Commission's Interpretative Communication on the application of Article 296 EC in the field of defence procurement.» *Public Procurement Law Review*, nr. 3 (2007) NA43-52. Hentet 12.11.21 fra [https://uk-practicallaw-thomsonreuters-com.ezproxy.uio.no/Document/I25C8DE40E3D211DBB19ABA1496637E01/View/FullText.html?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&ppcid=5ddd2b8ce0224fa5889c538186359771&context-Data=\(sc.Default\)&comp=wluk](https://uk-practicallaw-thomsonreuters-com.ezproxy.uio.no/Document/I25C8DE40E3D211DBB19ABA1496637E01/View/FullText.html?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&ppcid=5ddd2b8ce0224fa5889c538186359771&context-Data=(sc.Default)&comp=wluk)
- Goller (2017)      Goller, Morten mfl. *Anskaffelsesrett i et nøtteskall.* 2. utg., Oslo: Gyldendal juridisk, 2017.

- Kleczka (2020) Kleczka, Mitja, Caroline Buts og Marc Jegers. «Addressing the “headwinds” faced by the European arms industry.» *Defense & Security Analysis* vol. 36, nr. 2 (2020) s. 129-160. <https://doi.org/10.1080/14751798.2020.1750178>
- Masson (2015) Masson, Hélène og Kévin Martin. «The Directive 2009/81/EC on Defence and Security Procurement under Scrutiny.» *Recherches & Documents* nr. 3 (2015). Hentet 21.09.21 fra <https://www.frstrategie.org/en/publications/recherches-et-documents/directive-2009-81-ec-defence-and-security-procurement-under-scrutiny-2015>
- Ormberg (2018) Arnesen, Finn mfl. *Agreement on the European Economic Area. A commentary*. Baden-Baden, Tyskland: Nomos Verlagsgesellschaft, 2018. <https://doi.org/10.5771/9783845275796>
- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik mfl. *EØS-rett*. 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Strikwerda (2018) Strikwerda, Johanna. «Unexpected compliance? The implementation of the Defence and Security Procurement Directive.» *Journal of European Integration* vol. 40, nr. 7 (2018) s. 889–904. <https://doi.org/10.1080/07036337.2018.1482288>
- Trybus (2014) Trybus, Martin. *Buying Defence and Security in Europe. The EU Defence and Security Procurement Directive in Context*. Cambridge, Storbritannia: Cambridge University Press, 2014. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511751462>
- Trybus (2016) Trybus, Martin. «The new EU defence procurement regime.» I *Research Handbook on EU Public Procurement Law*. Christopher Bovis red., Cheltenham, Storbritannia: Edward Elgar Publishing Limited, 2016, s. 523-547. <https://doi.org/10.4337/9781781953266.00029>

## **Annet**

- Council Decision 255/58 Council of the European Union. *Extract of the Council Decision 255/58 of 15 April 1958*. Ref. nr. 14538/4/08 Rev 4. Brussel, 26. november 2008. Hentet 31.08.21 fra <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/08/st14/st14538-re04.en08.pdf>

Det europeiske forsvarsbyrået (2005)	Det europeiske forsvarsbyrået. <i>EU Governments Agree Voluntary Code for Cross-Border Competition in Defence Equipment Market</i> , 21. november 2005. Hentet 05.10.21 fra <a href="https://eda.europa.eu/news-and-events/press-office/latest-press-releases/2005/11/20/EU_Governments_Agree_Voluntary_Code_for_Cross-Border_Competition_in_Defence_Equipment_Market">https://eda.europa.eu/news-and-events/press-office/latest-press-releases/2005/11/20/EU_Governments_Agree_Voluntary_Code_for_Cross-Border_Competition_in_Defence_Equipment_Market</a>
ESAs brev til FD (2021)	ESAs brev til Forsvarsdepartementet av 4. juni 2021. <i>Supplementary request for information in respect of an own initiative case concerning a possible breach of the EEA procurement rules by the Norwegian Defence Logistics Organization</i> . Dok. nr. 1179273. Hentet 08.10.21 fra <a href="http://einnsyn.no">http://einnsyn.no</a> , saksnr. 2020/982, dok. nr. 19.
FDs brev til ESA (2021)	Forsvarsdepartementets brev til ESA av 1. februar 2021. <i>Letter in response to the EFTA Surveillance Authority's Request for information in respect of Case No 85882</i> . Med vedlegg. Hentet 08.10.21 fra <a href="http://einnsyn.no">http://einnsyn.no</a> , saksnr. 2020/982, dok. nr. 13.
FDs tolkningsuttalelse (2005)	Forsvarsdepartementets tolkningsuttalelse i brev til Forsvarsstaben av 19. september 2005, ref. 1998/01100-183/FD v/SLB. Inntatt som vedlegg til dagjeldende ARF (FOR-2008-03-13-317), del 26, vedlegg L.
Forsvarets forum, samleside (u.å.)	Forsvarets forum. Samleside. (u.å.) <a href="https://forsvaretsforum.no/tag/uunnv%C3%A6rlig">https://forsvaretsforum.no/tag/uunnv%C3%A6rlig</a> hentet 30.08.21.
Forsvarets forum (2021)	Forsvarets forum. «EØS-tilsyn vil se nærmere på Forsvarets PBU-anskaffelser.» 7. januar 2021 <a href="https://forsvaretsforum.no/flo-forsvarsdepartementet-pbu/eos-tilsyn-vil-se-naermere-pa-forsvarets-pbu-anskaffelser/175507">https://forsvaretsforum.no/flo-forsvarsdepartementet-pbu/eos-tilsyn-vil-se-naermere-pa-forsvarets-pbu-anskaffelser/175507</a> hentet 30.08.21.
Veileder til FOSA	Forsvarsdepartementet. <i>Veileder til forsvars- og sikkerhetsanskaffelsesforskriften</i> . (u.å.). Hentet 23.08.21 fra <a href="https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-til-forskrift-om-forsvars--og-sikkerhetsanskaffelser/id2662555/">https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-til-forskrift-om-forsvars--og-sikkerhetsanskaffelser/id2662555/</a>

Veileder til offentlige  
anskaffelser

Nærings- og fiskeridepartementet. *Veileder til offentlige anskaffelser*. November, 2017. Hentet 23.08.21 fra <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/veileder-offentlige-anskaffelser/id2581234/>