



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Saken gjelder: Ulovlig direkte anskaffelse

Innklagede gikk til anskaffelse av et komplett dronesystem gjennom en avtale med amerikanske myndigheter, ved bruk av det amerikanske utenrikspolitiske programmet Foreign Military Sales. Anskaffelsen ble ikke kunngjort. Klager anførte at innklagede hadde gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse. Klagenemnda fant at anskaffelsen omfattet forsvarsmateriell, men at anskaffelsen var unntatt regelverket i medhold av forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 1-3 (2) bokstav h. Klager fikk derfor ikke medhold i sin anførsel. På bakgrunn av dette resultatet, fant ikke klagenemnda grunn til å ta stilling til klagers anførsel om nemndas gebyrmyndighet.

Klagenemndas avgjørelse 7. september 2020 i sak 2019/391

Klager: Norsk forening for ubemannede luftfartøy (UAS Norway).

Innklaget: Forsvarsmateriell

Klagenemndas

medlemmer: Karin Fløistad, Halvard Haukeland Fredriksen og Elisabeth Wiik

Bakgrunn:

- (1) I anledning Prosjekt 5436 – Kampvogn for Hæren, delprosjekt ubemannede luftfartøyer, ønsket Forsvarsmateriell (heretter *innklagede*) å anskaffe Unmanned Aircraft Systems (komplette dronesystemer, heretter *UAS*) for å bidra til økt situasjonsbevissthet for Hærens kampbataljoner. Et UAS system består av tre hovedkomponenter:
 - Et autonomt eller menneskelig styrt system som vanligvis er på bakken eller et skip, men kan være på en annen luftbåren plattform.
 - Et ubemannet luftfartøy (UAV)
 - Et kommando- og kontrollsystem for å koble sammen de to overforstående punktene. Noen ganger referert til som et kommunikasjon- kommando- og kontrollsystem.
- (2) Innklagede – ved FLO Landkapasiteter – sendte i november 2014 ut en anmodning til ulike avdelinger i Forsvaret, hvor avdelingene ble bedt om å fremme synspunkter som kunne bidra til å belyse valg av Foreign Military Sales (heretter *FMS*) som anskaffelsesmetode for UAS. Anskaffelsesmetoden er et amerikansk utenrikspolitisk program for salg av militært materiell, tjenester og utdanning til andre nasjoner og internasjonale organisasjoner. Etter anmodning fra innklagede oversendte Hærstaben de etterspurte innspillene ved brev av 23. februar 2015. Av punkt 2.3 fremgikk følgende om anskaffelse og drift av UAS:

Postadresse
Postboks 511
Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse
Zander Kaaes gate 7
5015 Bergen

Tlf.: 55 19 30 00

E-post: post@knse.no
www.klagenemndssekretariatet.no

«Forsvaret har og vil i alliansesammenheng også i fremtiden ha et relativt lite UAS miljø. Det er etter [Hærstabens] syn svært viktig at Forsvarets ressurser ved anskaffelse av systemer og oppfølging av disse i driftsfasen holdes på et minimum der det er mulig. Det er herunder fordelaktig om Forsvaret gjør nytte av allierte nasjoners etablerte prosedyrer, operative konsepter, tekniske understøttelse og logistikksystem. Siden Puma AE allerede er under innføring i de amerikanske styrkene bør FLO vurdere å anskaffe systemene gjennom Foreign Military Sales (FMS) programmet. Dette vil etter [Hærstabens] syn medføre at hovedmålsettingene oppnås på operativ side ved at en stor aktør ivaretar videre utvikling av systemet. Dette kontra at Forsvaret med et lite antall systemer må bære hovedansvaret mot produsent. Erfaringsmessig har det tidvis også vært utfordrende å få frigitt reservedeler, etc. til militære produkter gjennom det amerikanske tollsystemet. Dette har Forsvaret blant annet erfart i P2046 Raven mini-UAV. En FMS avtale vil i stor grad gjøre denne prosessen mer smidig ved at leveransene er forhåndsgodkjent fra relevant amerikansk myndighet.»

- (3) I det samme brevet ble det også fremhevet at muligheten for direkte samvirke med allierte avdelinger som bruker tilsvarende dronesystemer ville være fordelaktig. Dette ville muliggjøre stor overføring av operativ kunnskap og bidra til tettere samarbeid mellom allierte. Hærstaben konkluderte med at systemet PUMA AE burde anskaffes gjennom FMS.
- (4) FLO Luftkapasiteter oversendte også innspill til innklagede i brev av 30. april 2015, hvor de samme synspunktene som Hærstaben hadde gitt uttrykk for, ble gjengitt. I tillegg ble det pekt på at en anskaffelse gjennom FMS ville gi følgende fordeler:

«Ved å anskaffe gjennom FMS vil man mest sannsynlig få tilgang til underlagsdokumentasjon som vil være verdifull og tidsbesparende opp mot den tekniske og forvaltningsmessige godkjenningen av systemet.

[...]

Ved å tillempe en variant begrensning vil logistikken og forvaltningen bli enklere og mindre ressurskrevende ved anskaffelse og drift av et kjent system fra en kjent leverandør. Materiellet vil sannsynligvis være etablert i SAP og IMAS og i tillegg vil vedlikeholdsavtaler og forsyningslinjer være etablert.

En teknisk og forvaltningsmessig godkjenning av systemet vil være vesentlig mindre ressurskrevende, og derav gå raskere, hvis et kjent system hvor hele eller deler av systemet tidligere har blitt gitt en godkjenning.

Hvis de operative kravene tilsier at det skal anskaffes en militær GPS, så må GPS kortene anskaffes FMS. Ved å anskaffe systemet «Direct Commercial Sales» (DCS) og GPS kortene FMS vil man ha 2 kontrakter å forholde seg til, noe som vil medføre mer ressurser og kan være en risiko ved integrasjon av GPS kortene hos DCS leverandør.»

- (5) Den 10. september 2015 utarbeidet innklagede en vurdering av om anskaffelse gjennom FMS var hensiktsmessig, og i tråd med norsk lovgivning. Innklagede gjennomgikk administrative fordeler og ulemper ved FMS, og konkluderte med at det ville være fordelaktig å anskaffe ved bruk av FMS.

- (6) Den 21. desember 2015 sendte den norske ambassaden i Washington et «*Letter of Request for Price and Availability*» til et underliggende organ i det amerikanske forsvarsdepartementet. I brevet ba norske myndigheter om «*a detailed response to this Letter of Request for Price and Availability (P&A) as the basis for a LOR for LOA – FMS case to provide for the procurement of Unmanned Aircraft Systems (UAS) [...]*». Deretter fulgte en del korrespondanse mellom norske og amerikanske myndigheter vedrørende kjøp av UAS.
- (7) Amerikanske myndigheter oversendte et endelig tilbud på UAS 19. desember 2017.
- (8) Innklagede inngikk kontrakt med amerikanske myndigheter 10. januar 2018. Innklagede har opplyst at kontrakten har en samlet verdi på omtrent 168 millioner kroner. Avtalen omfatter levering av komplette UAS systemer med tilhørende software og hardware, opplæringstjenester og tilknyttet militær trening, samt gjennomførte tekniske og forvaltningsmessige godkjenningprosesser.
- (9) I etterkant av avtaleinngåelsen utarbeidet innklagede en anskaffelsesprotokoll. Følgende fremgikk om forholdet til anskaffelsesregelverket i punkt 3.1 («*Law on Public Procurement*»):
- «The acquisition is not subject to the Public Procurement Act jf. LOA § 3 jf. § 2 because the procurement involves sensitive materials within the purview of EØS Agreement Article 123; Specifically Military GPS equipped recognition card materials specifically designed, developed and installed in each UAV. There material subcomponents for the UAV are not available on the open market and more importantly, are subject to the strong export controls of the US Government through ITAR.*
- The procurement is carried out through a Foreign Military Sale that utilizes American Federal Acquisition Regulations (FAR) on behalf of FMS tenders. Accordingly, the procurement is not carried out through an open competition but is a direct acquisition by the US Government utilizing American federal procurement regulations on behalf of the NDMA [Norwegian Defence Materiel Agency]».*
- (10) Innklagede ga også en begrunnelse for valg av anskaffelsesmetode i punkt 4 («*Acquisition procedure*»):
- «The procurement is conducted through an FMS, ARF Del 5 (2013) § 34-2 (1) (b) where only one supplier can cover the Norwegian military's needs, ARF Del 5 (2013) § 34-2 (2) (a) Acquisition of materials falling under EØS Article 123, international cooperation agreement under an FMS where NATO and approved countries may participate and have the opportunity to procure materials through the US Military supply channels.*
- The procedure was chosen because the Unmanned Ariel System together with its sub-components cannot be acquired through common procurement procedures. However, it should be pointed out that the US Government through its' agencies do use procurement procedures under US Federal Acquisition Regulations providing similar procurement assurances addressing any lack of competition for sole source acquisition. Procurement Method Assessment Strategy – Vurdering av anskaffelsesmetode av UAS. See DL Ref. 2015034000-001».*
- (11) Klagen ble brakt inn for Klagenemnda for offentlige anskaffelser 26. august 2019.

(12) Nemndsmøte i saken ble avholdt 7. september 2020.

Anførsler:

Klager har i det vesentlige anført:

- (13) Innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse. Hverken dronene eller totalsystemet er materiell som er spesielt utformet eller tilpasset militært bruk. Anskaffelsen omfatter ikke forsvarsmateriell i henhold til forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser § 4-1 bokstav f.
- (14) Innklagede har ikke dokumentert at det var nødvendig å benytte seg av FMS-programmet for at innklagede skulle oppnå formålet med anskaffelsen. Det er heller ikke dokumentert at interoperabilitet ikke kunne oppnås ved ettermontering av GPS- og anti-jammeutstyr på droner kjøpt gjennom en alminnelig anskaffelsesprosedyre.
- (15) I tilfeller hvor unntaket i § 1-3 (2) bokstav h kommer til anvendelse, plikter innklagede å ivareta de grunnleggende kravene i anskaffelsesloven. I denne saken har innklagede brutt kravet til konkurranse ved vurderingen av at totalsystemet måtte anskaffes som en helhetlig løsning. Innklagede har ikke foretatt en tilstrekkelig analyse av om unntaket for avtaler mellom stater var direkte anvendelig i dette tilfellet.
- (16) Dersom klagenemnda finner at innklagede har gjennomført en ulovlig direkte anskaffelse, anføres det at nemnda har adgang til å ilegge gebyr. Anskaffelsen ble iverksatt etter 1. januar 2017.

Innklagede har i det vesentlige anført:

- (17) Dronene er utformet og tilpasset militære formål og militært bruk. Dronene utgjør heller ikke den vesentligste delen av anskaffelsen. De spesialtilpassede dronene er inkorporert i et totalsystem som omfatter både software og annen hardware.
- (18) Endelig valg av system gjorde at det ikke var mulig å gjennomføre en konkurranse. Enkelte komponenter var ikke tilgjengelig på det kommersielle markedet, og kun én leverandør produserer systemet som var tatt i bruk og var under innføring hos andre allierte. Dette nødvendiggjorde bruk av FMS-programmet
- (19) Subsidiært anføres det at klagenemnda ikke har myndighet til å ilegge gebyr for denne anskaffelsen. Anskaffelsen ble iverksatt i desember 2015.

Klagenemndas vurdering:

- (20) Saken gjelder påstand om ulovlig direkte anskaffelse. Kravet om saklig interesse i klagenemndsforordningen § 6 annet ledd, gjelder ikke, jf. § 13a første ledd. Klagen er rettidig, jf. klagenemndsforordningen § 13a andre ledd.
- (21) En ulovlig direkte anskaffelse er en anskaffelse som er foretatt uten forutgående kunngjøring, selv om det foreligger en kunngjøringsplikt, se blant annet merknadene til lov om offentlige anskaffelser § 12 i Prop. 51 L (2015-2016). Det følger av dette at en anskaffelse ikke kan anses som en ulovlig direkte anskaffelse i regelverkets forstand med mindre den er kunngjøringspliktig.

- (22) For forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er utgangspunktet at oppdragsgiver har plikt til å kunngjøre alle vare- og tjenesteanskaffelser der den anslåtte verdien er lik eller overstiger 4,1 millioner kroner ekskl. mva., jf. forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser §§ 2-1 og 2-2 jf. § 9-3.
- (23) Innklagedes anskaffelse av UAS har en verdi på ca. 168 millioner kroner, som er over terskelverdien i forskriften § 2-2.
- (24) Innklagede anfører imidlertid at det er hjemmel i regelverket for å unnta anskaffelsen fra kunngjøring, og at det dermed ikke foreligger en ulovlig direkte anskaffelse. Innklagede fremholder nærmere bestemt at anskaffelsen faller inn under unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav h.
- (25) Klager anfører prinsipalt at anskaffelsen ikke er en forsvars- og sikkerhetsanskaffelse, og at den nevnte forskriften dermed ikke kommer til anvendelse i det hele tatt. Subsidiært anfører klager at vilkårene i forskriften § 1-3 (2) bokstav h uansett ikke er oppfylt.
- (26) Det følger av forskriften § 1-3 (1) bokstav a at forskriften kommer til anvendelse på kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet som gjelder levering av «forsvarsmateriell». Hva som skal anses å være forsvarsmateriell er nærmere definert i § 4-1 bokstav f, hvor det fremgår at «*materiell som er spesielt utformet eller tilpasset militære formål og militært bruk, som våpen ammunisjon eller krigsmateriell*» er forsvarsmateriell.
- (27) Anskaffelsen omfatter et såkalt totalsystem for droner (UAS) som skal benyttes til rekognosering, overvåking og forbedret situasjonsforståelse for soldater på bakkenivå. Slik klagenemnda forstår det, har innklagede anskaffet 36 slike UAS med tilhørende leveranser og tjenester. Anskaffelsen har som nevnt en samlet verdi på omtrent 168 millioner kroner.
- (28) Partene er enige om at materiellet hovedsakelig er ment benyttet som krigsmateriell av innklagede, og klagenemnda legger dette til grunn. Uenigheten mellom partene dreier seg om hvorvidt anskaffelsen gjelder materiell som er «*spesielt utformet eller tilpasset militære formål og militært bruk*».
- (29) Klagenemnda finner det ikke tvilsomt at dette vilkåret er oppfylt.
- (30) For det første produseres dronene med innebygde militære komponenter. I tillegg omfatter anskaffelsen teknisk bistand fra amerikanske myndigheter på et militært fagområde, samt tilhørende militær trening og kvalitetssikringstjenester basert på «*the Army's Total Package Approach*». Videre er bruksområdet for sensorpakken, som kobler dronene og systemet for øvrig sammen, rekognosering, overvåking og deteksjon og identifisering av målplassering, som i denne sammenheng må forstås som militært bruk.
- (31) Slik klagenemnda ser det, er det på denne bakgrunn klart at ikke bare dronene isolert sett, men også totalsystemene som de inngår som integrerte bestanddeler i, er «*spesielt utformet eller tilpasset militære formål og militært bruk*», jf. forskriften § 4-1 bokstav f.
- (32) Klagenemnda finner det etter dette klart at anskaffelsen gjelder levering av «*forsvarsmateriell*», jf. forskriften § 1-3 (1) bokstav a.

- (33) Anskaffelsen skulle da i utgangspunktet ha vært kunngjort i henhold til reglene i forskriften kapittel 9, jf. forskriften § 2-2 (1). Spørsmålet er om innklagede hadde hjemmel i forskriften til å unnta anskaffelsen fra kunngjøring.
- (34) Innklagede fremholder som nevnt at forskriften § 1-3 (2) bokstav h ga slik hjemmel for å unnta anskaffelsen fra kunngjøring.
- (35) Det følger av denne bestemmelsen at forskriften ikke kommer til anvendelse ved «kontrakter som en stat tildeler en annen stat».
- (36) For at en kontrakt kan anses for å være tildelt fra én stat til en annen, må kontrakten inngås på myndighetsnivå mellom to stater, eksempelvis på departementsnivå eller ved at underliggende etater inngår kontrakter på vegne av departementene etter fullmakt. Som uttalt i Forsvarsdepartementets veileder til forskriften om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, kan unntaket blant annet omfatte «anskaffelse av nytt materiell både fra EU-stater og tredjestater, eksempelvis materiell som anskaffes direkte fra USA via det såkalte Foreign Military Sales-programmet (FMS)» (side 41).
- (37) Kontrakten ble i vår sak inngått mellom norske og amerikanske myndigheter gjennom det nevnte FMS-programmet. Kontrakten ble nærmere bestemt inngått av Forsvarets logistikkorganisasjon på vegne av – og etter fullmakt fra – Forsvarsdepartementet.
- (38) Klager har imidlertid gjort gjeldende at adgangen til å benytte unntaket i forskriften § 1-3 (2) bokstav h må tolkes restriktivt. Bestemmelsen er en gjennomføring av direktiv 2009/81/EC artikkel 13 bokstav f, og det følger av fast praksis fra EU-domstolen at bestemmelser som tillater unntak fra EU-rettens bestemmelser om offentlige anskaffelser må fortolkes restriktivt, jf. f.eks. sak C-337/06 *Bayerischer Rundfunk*, avsnitt 64. Samtidig er det klart nok at en unntaksbestemmelse ikke kan tolkes så snevert at den fratras sin tilsiktede virkning, jf. sak C-19/13 *Fastweb*, avsnitt 40.
- (39) Kommisjonens har vedtatt en egen veileder for anvendelsen av unntaksbestemmelsen i direktivets artikkel 13 bokstav f, publisert i EU-tidende 2016/C 450/01 («*Vejledning om tildeling af regering-kontrakter inden for forsvar og sikkerhed (artikel 13, litra f), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF*»). Kommisjonen uttaler her at bruk av unntaksbestemmelsen må forbeholdes «*behørigt begrundede tilfælde*», noe som krever at det foretas «*en hensigtsmæssig analyse, som klart fastlægger, at tildelingen af en særlig kontrakt til en anden regering er den eneste eller den bedste løsning med henblik på at opfylde den købende regerings identificerede krav i forbindelse med offentlige indkøb*» (punkt 3). Samtidig medgis det i innledningen at salg direkte mellom stater «*under visse omstændigheder kan [...] være den mest hensigtsmæssige — eller endog den eneste — mulighed for offentlige indkøb, der kan opfylde særlige militære kapacitetskrav, der er nødvendige for at sikre interoperabilitet eller den «operationelle fordel» hos medlemsstaternes væbnede styrker*» (punkt 1).
- (40) Etter klagenemndas syn har innklagede levd opp til disse kravene. Innklagede har forklart at nasjonal sikkerhet og interoperabilitet med allierte styrker hadde avgjørende betydning for valg av UAS og anskaffelsesmetode. Anskaffelsen omfatter teknologi spesialutviklet for militært bruk som er underlagt amerikanske eksportrestriksjoner, og klagenemnda forstår det slik at disse komponentene derfor ikke kunne anskaffes på annen måte enn gjennom FMS-programmet. Innklagede har videre forklart at anskaffelsen av et totalsystem – sammenlignet med et egenkomponert system – var betydelig

risikoreduserende med tanke på sikkerhet i militære operasjoner og ulike tekniske og forvaltningsmessige godkjenningsprosesser. Med et egenkomponert system ville det vært en risiko for at systemet ikke kunne kobles sammen med andre alliertes systemer, eller at allierte ville motsatt seg en slik teknisk sammenkobling. Innklagedes vurdering var at en prosess knyttet til et egenkomponert system ville vært ressurskrevende, og preget av mange usikkerhetsmomenter.

- (41) Klagenemnda finner ikke grunn til å tvile på innklagedes vurderinger på dette punkt.
- (42) Klagers anførsel om at innklagede har foretatt en ulovlig direkte anskaffelse, har etter dette ikke ført frem.
- (43) På bakgrunn av denne konklusjonen, finner ikke klagenemnda grunn til å ta stilling til partenes anførsler om når anskaffelsen ble iverksatt, herunder nemndas gebyrmyndighet i saken.

Konklusjon:

Forsvarsmateriell har ikke foretatt en ulovlig direkte anskaffelse.

For Klagenemnda for offentlige anskaffelser,

Halvard Haukeland Fredriksen

Dokumentet er godkjent elektronisk