



Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Klagenemndas avgjørelse 5. juni 2003 i sak 2003/27

Klager: Normeca AS

Innklaget: Forsvarets logistikkorganisasjon

Klagenemndas medlemmer: Svein Dahl, Kai Krüger, Inger Roll-Matthiesen.

Saken gjelder:

EØS-avtalens art. 123. Forsvarsanskaffelser.

Bakgrunn:

Forsvarets logistikkorganisasjon (heretter kalt "FLO") gjennomførte høsten 2002 en anskaffelse av en plattform for livreddende kirurgisk virksomhet og kritisk pleie i et stridsmiljø (kirurgisk enhet). FLO var blant annet i kontakt med UniTeam AS og Normeca AS (heretter kalt "klager"), men valgte å senere å inngå kontrakt med Marshall SV. Anskaffelsen ble ikke gjennomført etter reglene i lov om offentlige anskaffelser.

Formålet med anskaffelsen har vært å etablere et militært feltsykehus til bruk ved militære kamphandlinger. Det er derfor stilt en rekke militærspesifikke krav til produktet. Den kirurgiske enheten skal således beskytte mot atom-, biologiske- og kjemiske våpen (ABC-våpen). Utover dette er det uenighet mellom partene om hvilke funksjoner enheten har.

Anførsler:

Klagers anførsler:

Klager anfører at anskaffelsen var omfattet av lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. FLO har derfor brutt loven og forskrift om offentlige anskaffelser ved ikke å følge de angitte prosedyrer ved inngåelsen av kontrakten.

Enheten er ikke beregnet på, eller egnet for bruk i første linje ved kamphandlinger. Enheten er beregnet for bruk i bakre del av et kampområde da enheten er stor og kompleks.

Alle moduler i enheten benyttes både til militære og sivile formål. Klager har levert medisinske containere til Forsvaret som ved to anledninger er lånt ut til norske sykehus. Klager har også levert medisinske containere til det Emiratiske forsvar. Dette ble benyttet nesten utelukkende i sivil sammenheng i mer enn tre år i Kosovo. Klager har videre levert containersykehus i Banja Luka som ble drevet av en humanitær organisasjon, hvor pasientene utelukkende var sivile. Tilsvarende containersykehus ble også brukt av danskene under jordskjelvet i India i 2001. Enheten egner seg derfor like godt til sivile formål som militære. ABC-beskyttelse ved hjelp av filter og overtrykk er mer militært enn sivil, men dette skyldes i mange tilfeller kun mangel på økonomi hos de humanitære organisasjoner.

Forsvarets sanitet har i et informasjonshefte om den nye kirurgiske enheten i mars 2003 selv opplyst at "Enheten skal også brukes til samme oppgave i humanitære formål eller ved en nasjonal krise". Dette viser at enheten også er tiltenkt sivil bruk.

Innklagedes anførsler:

Innklagede anfører at anskaffelsen omfattes av EØS-avtalens art. 123, og dermed faller utenfor anvendelsesområdet for lov om offentlige anskaffelser. Den kirurgiske enheten er uunnværlig for forsvarsformål og vesentlig for Forsvarets sikkerhet.

Formålet med anskaffelsen er å etablere et militært feltsykehus som skal fungere i militære kamphandlinger. Det er stilt en rekke militærspesifikke krav til produktet, herunder ABC-beskyttelse. Det er ikke et sivilt marked for systemet eller tilsvarende systemer. Det er betydelige forskjeller på enheten og de feltsykehus som sivile hjelpeorganisasjoner benytter seg av i dag.

Klagenemndas vurdering:

Klager har deltatt, eller har vært i posisjon til å kunne delta, i den aktuelle konkurransen og har derfor saklig klageinteresse, jf. forskrift 15.11.2002 om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6. Klagen er rettidig.

Utgangspunktet er at offentlige oppdragsgiveres anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider omfattes av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 2. Dette gjelder også Forsvarets anskaffelser. I loven er det likevel gjort unntak for anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123, jf. § 3. Dette er en snever unntaksregel.

EØS-avtalen artikkel 123 bokstav b) lyder:

”Bestemmelsene i denne avtalen skal ikke hindre en avtalepart i å treffe tiltak: ...

...

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

Det er enighet mellom partene at andre produkter som benyttes i tilknytning til den kirurgiske enheten, som bord, stoler, annet inventar og medisinsk materiell omfattes av lov om offentlige anskaffelser med forskrifter og skal inngås etter de angitte prosedyrer i regelverket.

Det er enighet mellom FLO og klager om at anskaffelsen av den kirurgiske enheten ikke ble gjennomført etter prosedyrene i lov om offentlige anskaffelser. Problemstillingen er derfor om anskaffelsen av den kirurgiske enheten kunne unntas fra loven med hjemmel i EØS-avtalens artikkel 123. Vesentlige deler av saksdokumentene er gradert, og klager er ikke gitt innsyn i disse. Klagenemnda anser dette ikke for nødvendig for å kunne ta stilling til om anskaffelsen omfattes av lov om offentlige anskaffelser.

Bestemmelsen gir hjemmel for å ”treffe tiltak” for anskaffelse av alle varer som er uunnværlige for forsvarsformål. De aktuelle tiltak kan for eksempel være å sikkerhetsgradere anskaffelsen eller å helt eller delvis unnta den fra lov om offentlige anskaffelser med forskrifter, herunder kravet til likebehandling av leverandører. I dette tilfellet består tiltaket i å gjøre unntak fra lov om offentlige anskaffelser med forskrifter i sin helhet.

Bestemmelsen sonderer mellom to grupper av varer som begge kan være uunnværlige for forsvarsformål. Første kategori gjelder produkter som er bestemt for direkte militære formål. For denne gruppen er det ikke oppstilt noen vilkår for å treffe ”tiltak”. Andre kategori gjelder produkter som ikke er bestemt for direkte militære formål. Det kan da bare treffes ”tiltak”

som ikke endrer konkurransevilkårene mellom leverandørene. Dette innebærer en begrensning blant annet i muligheten til å forskjellsbehandle leverandørene.

I den foreliggende sak må det anses for uomtvistet at produktet er uunnværlig for forsvarsformål. Klagenemnda legger videre til grunn at partene er enig om at produktet er bestemt direkte for militært bruk. Klagenemnda viser her til klagers kommentarer hvor det fremheves at enheten ”er beregnet til bruk i bakre del av et kampområde...”.

At varer bestemt direkte for militær bruk også har et sivilt marked, medfører ikke noen begrensning i muligheten for å unnta anskaffelsen fra lov om offentlige anskaffelser med forskrifter. Anskaffelsen gjelder da den kategori produkter hvor det kan treffes tiltak som innebærer endring i konkurransevilkårene mellom leverandørene.

Klagenemnda finner etter dette at FLO kunne unnta anskaffelsen fra lov om offentlige anskaffelser med forskrifter, med hjemmel i EØS-avtalen artikkel 123. FLO kan derfor ikke anses å ha opptrådt i strid med loven.

Konklusjon:

Forsvarets logistikkorganisasjon har ikke brutt lov om offentlige anskaffelser ved kjøp av kirurgisk enhet fra Marshall SV.

For klagenemnda,

Svein Dahl

Oslo, 5. juni 2003