

**Vår saksbehandler**Kristine Kirkebø Giske, krgiske@mil.no
+47**Vår dato**

2023-04-25

Vår referanse

2023/017189-001/FORSVARET/ 99

FMA/LANDKAP/KONTRAKTSAVD/KONTRAKTSEK2

Tidligere dato**Tidligere referanse****Til**Anskaffelseslovutvalget
v./ Samantha Tahir-Hafting**Kopi til**

Svar til lovutvalget på forsvars- og sikkerhetsområdet

1 Forsvars- og sikkerhetsanskaffelser bør reguleres i egen lov eller forskrift

Det vises til spørsmål fra anskaffelseslovutvalget til referansegruppen, med særlig oppfordring til å kommentere forslag om å samle dagens regelverk i en lov eller forskrift.

Grunnprinsippene for offentlige anskaffelser er ivaretatt i dagens forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA). Dagens forskrift muliggjør gode innkjøp for sektoren. I det følgende vil det vises til hvorfor det fremdeles er ønskelig å ha de ulike regelverkene adskilt, fremfor å forene disse i en felles lov eller forskrift.

Ikke alle hensyn som begrunner reglene for offentlige anskaffelser er sammenfallende med hensynene som er viktig ved offentlige anskaffelser av forsvarsmateriell, gradert materiell m.v. Disse anskaffelsene har en sentral side til nasjonale forsvars- og sikkerhetsinteresser som ofte ikke er fullt ut forenlig med mer kommersielle hensyn, eller øvrige anskaffelsesrettslige grunnprinsipper. Dette er også bakgrunnen for at anskaffelsene er regulert i ulike direktiver i EU. På forsvars- og sikkerhetsområde kreves en avveining av en del hensyn som ellers innenfor rammene av et sivilt regelverk ikke ville vært forenlig med EØS-retten.

Anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet bør som hovedregel også være underlagt de grunnleggende prinsippene for offentlige anskaffelser. Samtidig er det behov for tilstrekkelig fleksibilitet i regelverket til at man kan gjennomføre offentlige anskaffelser hvor nasjonale sikkerhetsinteresser må ivaretas, jf. sikkerhetslovens definisjon i § 1-5. Dette kan være alt fra anskaffelser som må skjermes fra offentliggjøring fordi det vil stride mot nasjonale sikkerhetsinteresser å kunngjøre operativ kapasitet, styrketall m.v., til at det er behov for militære tilpasninger. Materiell som er av tilsynelatende sivil karakter kan også måtte anskaffes på en mer konkurransebegrensende måte, eksempelvis om vi ut fra sikkerhetsmessige årsaker må ha sikkerhetssamarbeid med landet produktene skal produseres i.

PostadressePostboks 800 Postmottak
2617 Lillehammer
Norge**Besøksadresse**Grev Wedels plass 1
0151 OSLO
Norge**Sivil telefon**

/

Militær telefon

0510 3003

Epost/ Internettpostmottak@mil.no
www.forsvaret.no**Organisasjonsnummer**

NO 916 075 855

Vedlegg

Det er også viktig, særlig for sikkerhetsgraderte anskaffelser, å kunne prekvalifisere kandidater. Både for å begrense våre og markedets ressursbruk, men også av hensyn til informasjonsspredning knyttet til skjermingsverdige verdier i forbindelse med anskaffelsen. Tilsvarende kan man i disse anskaffelsene legge vekt på forsyningssikkerhet og andre hensyn som ikke klassisk direktiv åpner for.

EØS-terskelverdier som er høyere i FOSA, gjør også at mindre anskaffelser kan gjennomføres på en mer effektiv måte, noe som medfører at soldatene får nødvendig materiell raskere, noe som er gunstig for ressursituasjonen.

Fleksibilitet i regelverket gjør videre at det blir mindre behov for unntak etter EØS artikkel 123 og at større deler av anskaffelsene kan utsettes for de anskaffelsesrettslige grunnprinsipper. Både vi som benytter forskriften til å gjennomføre anskaffelsene og industrien som deltar i anskaffelsesprosessene er opptatt av at vi ikke mister fleksibiliteten som er i dagens FOSA. Alternativet vil fort bli at nasjonale sikkerhetsinteresser begrunner større unntak fra EØS-retten. Dette var også bakgrunnen for EUs beslutning om å innføre forsvars- og sikkerhetsdirektivet.

Siden FOSA ut fra nasjonale sikkerhetsinteresser har flere regler og prosedyrer som avviker fra de vanlige anskaffelsesreglene, bør disse anskaffelsene uansett fortsettes å behandles i en egen del av anskaffelsesregelverket. Det anbefales at dagens FOSA-regler tas ut av en eventuell ny lov som regulerer sivile anskaffelser.

Dersom reglene skal samles i en felles lov, er det større risiko for at nye fellesbestemmelser kan få uheldig utslag for nasjonale sikkerhetsinteresser uten at dette er meningen. Det vil også ta lengre tid å gjennomføre endringer, da det kreves andre vurderinger i forkant, enn for regler som er begrunnet i kommersielle hensyn.

Noen av markedene vi opererer i er allerede svært små, hvor det ikke er mulig å velge leverandører av en viss størrelse, eller som for eksempel ikke oppfyller krav til å benytte lærlinger. Det vil likevel være nødvendig å anskaffe tjenestene det dreier seg om, selv om den aktuelle bedriften ikke kan tilby lærlingplasser.

Tilsvarende vil det være krevende å stille strenge miljøkrav som andre i bransjen ikke stiller, særlig i de anskaffelsene hvor vi blir en liten kunde sammenlignet med andre nasjoners anskaffelsesmyndighet.

Videre er det på forsvars- og sikkerhetsområdet ofte krevende avveininger av dels motstridende hensyn. Eksempelvis bør noen miljøkrav veie mindre enn hensynet til soldatsikkerhet. Det fremheves at det ligger i forsvarets natur at konsekvensene fort vil kunne være at soldater og sivile dør og oppdrag feiles om styrker ikke utrustes med optimalt og egnet materiell.

2 Øvrige innspill til lovutvalget

Forholdet mellom ny sikkerhetslov, anskaffelsesregelverket og håndhevelsesdirektivet bør harmoniseres bedre. Anskaffelsesregelverket og EØS-retten tilrettelegger ikke i stor nok grad for i vektlegging av nasjonale sikkerhetsinteresser der det for av ellers sivile anskaffelser, foreligger en fare for misbruk av det kommersielle regelverket. Det vises eksempelvis til NSMs rapport «Risiko 2023».

Ofte ligger det gradert bakgrunnsinformasjon bak ugraderte anskaffelser. Disse kan ikke legges frem for retten eller KOFA uten tillatelse fra Kongen i statsråd, jf. tvl § § 22-1 og det kreves saksbehandlingssystemer som kan håndtere denne type informasjon. Dette gjør den ønskede prøvingsadgangen krevende.

Det bør videre gjennomføres en oppdatering og forenkling av FOSA, slik man gjorde med FOA. Regler som bør revideres er avvisningsregler, ettersendelsesadgang, misvisende overskrifter (§ 5-3), regulering av tottrinnsprosedyre, men med ønske om å også kunne benytte ettrinnsprosedyre, og større adgang til å benytte konkurransepreget dialog. Forsvars- og

sikkerhetsanskaffelser har videre en side til at teknologisk fortrinn og utvikling står sentralt, slik at det bør legges til rette for smidige prosedyrer som tilrettelegger for økt innovasjon og utnyttelse av kompetanse og teknologi i markedet.

Anskaffelser under terskelverdi bør kunne gjennomføres så enkelt og raskt som mulig. Det bør for disse være tilstrekkelig å falle tilbake på anskaffelsesrettens formål og grunnprinsipper, i den grad de er forenlig med anskaffelsens sider til nasjonale forsvars- og sikkerhetsinteresser.

Klima, miljø, bærekraft og samfunnsansvar bør vektlegges i våre anskaffelser. Forsvarssektoren har en egen klima- og miljøstrategi som er viktig for å sikre at også våre innkjøp ivaretar disse hensynene. Samtidig må regelverket gjøre det mulig å veie operative hensyn tyngre der det er behov for det.

Det bør også vurderes om man skal regulere hva som skjer om feil regelverk er benyttet. Dersom en anskaffelse er kunngjort og gjennomført etter FOSA, men skulle vært gjennomført etter FOA og motsatt.

Det bør tydeliggjøres om det skal være adgang til å gjennomføre anskaffelser som vanligvis ville vært regulert av FOA gjennom NSPA (NATO Support and Procurement Agency) og tilsvarende andre internasjonale organisasjoner som Norge er medlem av.

Selv om FOSA er mer smidig enn FOA er det meget ressurskrevende å gjennomføre anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet i dag. Særlig gir dagens rettsliggjøring en utfordring, da det skal meget lite til før man havner i tingretten, KOFA eller begge deler, om en leverandør er misfornøyd. Vi ønsker en effektiv prøvingsadgang, men vi ser at det krever mye tid og ressurser. Vi ønsker at klagefristene i FOSA § 10-6 skal gjelde for både KOFA og domstolen, slik at vi ikke må få deler av saken behandlet i tingretten og deler i KOFA.

Rettsliggjøringen bidrar også til at anskaffelsesmyndighetene tar mindre risiko. Det er tryggere å avvise en egnert leverandør hvis man er i tvil om et krav er oppfylt i tilbudet, enn å la leverandøren delta videre i konkurransen. Det er også tryggere å avlyse konkurransen og lyse ut på nytt ved mindre feil, enn å fortsette anskaffelsesprosessen. Dette er ikke i tråd med formålet til anskaffelsesregelverket, og man kan vurdere om formålstolkning kan få større plass i dagens regelverk enn i dag.

Videre, bør det vurderes om erstatning for negativ kontraktsinteresse kan og bør anses som tilstrekkelig for å sikre effektiv håndheving av regelverket. Rettsreglens godhet, KOFA-/domstolsprosessen og den manglende behovsdekningen for bruker, gir aktsomme oppdragsgivere sterke incentiver til å overholde regelverket. Effektiv bruk av samfunnets ressurser tilsier derfor at felleskapets midler er best benyttet inn i en ny anskaffelse.

Med hilsen

Tone Cecilie Kraft
Seksjonssjef
Kontraktsavdelingen/Landkapasiteter

Dokumentet er elektronisk godkjent, og har derfor ikke håndskreven signatur.
