

**Action officer**

Kristine Kirkebø Giske, krgiske@mil.no
+47
///

Our date

2023-11-24

Our reference

2023/017189-002/DEFNON/ 720

Previous date**Previous reference****To**

Nærings- og fiskeridepartementet
v./ Samantha T. Hafting
.. ..

Copy to

Svar til Anskaffelsesutvalget, andre delutredning

Bakgrunn

Det vises til anskaffelsesutvalget sin andre delutredning og forslag om endringer på mer avgrensede områder av regelverket. Innspillene besvares med utgangspunkt i særlig anskaffelsesloven og forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA) samt sikkerhetsloven kapittel 9 om sikkerhetsgraderte anskaffelser med tilhørende forskrifter.

Om skjerping av kravene til åpenhet om eierskap og skatt, og land-til-land rapportering

Anskaffelsesregelverket bør endres for å skjerpe kravene til åpenhet om eierskap og skatt i offentlige anskaffelser. Åpenhet er viktig for å sikre overholdelse av Ukrainaforskriften,¹ motvirke arbeidslivskriminalitet m.v., såvel som for å kunne vurdere om ellers ugraderte anskaffelser har en side til nasjonale sikkerhetsinteresser. Se eksempelvis NSMs rapport Risiko 2023 s. 16 flg.²

Kravet til åpenhet foreslås å gjelde overfor leverandør, underleverandør og øvrige samarbeidspartnere. Kravet bør gjelde uavhengig av hvordan leverandøren er organisert, og som utgangspunkt for hele forsynings- og produksjonskjeden.

Krav til åpenhet bør følges opp av krav til materielt innhold, eksempelvis i form av avvisningsregler, men også som krav til offentlige kontrakters innhold.

Økt fokus på materielle regler og krav til offentlige kontrakters innhold, er viktig for å fange opp også de samarbeidspartnerne leverandøren ikke kvalifiserer seg med og/eller endringer i leverandørstrukturen etter kontraktsinngåelse. FOSA bør her vurderes å speile reglene i anskaffelsesforskriften.

¹ Forskrift om restriktive tiltak vedrørende handlinger som undergraver eller truer Ukrainas territoriale integritet, suverenitet, uavhengighet og stabilitet.

² Graderte anskaffelser har allerede etablerte mekanismer for eierskapskontroll. Disse anskaffelsene bør kun pålegges åpenhet så langt det er forenlig med forsvars- og sikkerhetshensyn.

Mailing address

Postboks 800 Postmottak
2617 Lillehammer
Norge

Visiting address

Grev Wedels plass 1
0151 OSLO
Norge

Telephone no

/

Military phone no

0510 3003

E-mail / Internet

postmottak@mil.no
www.forsvaret.no

No of encl.**VAT Reg. No**

NO 916 075 855

Eksempelvis bør skatt vurderes slettet som kvalifikasjonskrav. Dette da manglende innlevering av skatteattest er en obligatorisk avvisningsgrunn, mens kvalifikasjonskrav er krav som oppdragsgiver i utgangspunktet står fritt til å stille. Dette harmoniserer også bedre med reguleringen i direktivet hvor skatt er regulert som avvisningsgrunn og under "*Specific rules governing contract documentation*".

Hva angår land til land rapportering så bør ikke anskaffelsesregelverket pålegge offentlige oppdragsgivere dette. Selv store nasjonale anskaffelser blir i en internasjonal kontekst fort for små og verdiskapningen i hver jurisdiksjon begrenset.

Eksempelvis står leverandøren i utgangspunktet fritt til å selv bestemme hvordan han vil organisere seg, og til å bestemme hvem han vil samarbeide med. Verdiskapningen skjer da ofte på tvers av jurisdiksjoner.

Da åpenhet om eierskap og skatt krever myndighetssamarbeid for å kunne verifiseres på en god måte, bør løsningen finnes multilateralt.

Om innspill på endringer som gjør at lokale og regionale leverandører i større grad kan delta

Det anses ikke som ønskelig med endringer som pålegger offentlige oppdragsgivere å i større grad ivareta lokale og regionale leverandører. Dette da dagens «del opp eller begrunn»- regel anses som tilstrekkelig, og hensynet til små og mellomstore bedrifter kun er et av flere hensyn oppdragsgiver må ivareta.

Eksempelvis er det ved kjøp av et våpensystem vel så viktig med brukervennlighet, brukersikkerhet, systemansvar og sikker drift. Andre sentrale hensyn er konkurranse, tekniske modenhetsnivåer, økonomi m.v. I tillegg kompliseres inn- og oppdelingen ikke sjelden av hensyn som forsyningsikkerhet, beredskap m.v. som også kan gi strukturelle føringer.

Hensynet til lokale og regionale bedrifter er således kun et av flere sentrale forhold oppdragsgiver må vurdere, ved inn- og oppdelingen av anskaffelsen.

Hva angår økt tilrettelegging for små og mellomstore bedrifter, er et annet verktøy en klarere implementering av forsvars- og sikkerhetsdirektivet 2009/81/EC *TITLE III* om konkurranseutsetting av underleveranser.

Det bør ved en klarere implementering av *TITLE III*, gis veiledning om hvordan leverandøren skal forholde seg til ulike typer anskaffelses- og offentligrettslig lovgivning. I tillegg bør det klarlegges hvilke rettigheter underleverandørmarkedet gis i forhold til håndheving. Eksempelvis om de vil kunne klage inn leverandør til KOFA, påklage tildelingsbeslutninger, kreve erstatning m.v.

Om innspill på håndhevingsreglene og særlig erstatningsreglene

Etter anmodning fra Utvalget utvides besvarelsen til å gjelde håndhevingsreglene mer generelt.

Etter vårt syn er håndhevingsreglene velfungerende. Dette ved at de samlet sett fungerer skjerpene og fremmer etterlevelse av regelverket. Det bør imidlertid sees særskilt på KOFA sin adgang til å behandle gradert informasjon.

Hva angår erstatning for negativ kontraktsinteresse er dette viktig for å sikre at leverandør kompenseres for forhold som oppdragsgivere er nærmest til å bære risikoen for. Dette særlig da det ikke foreligger og heller ikke bør gjelde noen kontraheringsplikt der det foreligger feil og/eller avvik som gir grunnlag for avlysning.

Erstatning for positiv kontraktsinteresse oppleves derimot som mer problematisk. Dette fordi regelverkets ambisjonsnivå såvel som at det er snakk om felleskapets ressurser, tilsier at midlene ved avlysning er best brukt inn i en ny anskaffelse.

Regelverkets ambisjonsnivå er med rette lagt for å sikre en god bruk av felleskapets ressurser. Det ligger i ambisjonsnivået at det kan foreligge grunnlag for avlysning i en del tilfeller som ikke ville gitt krav til motparten i en privatrettslig kontekst.

Eksempelvis kunne en privat aktør trolig bedt om ettersendelse av et dokument, fått verifisert en tilbudt egenskap på en litt annen måte enn først tiltenkt eller forhandlet bort et vesentlig avvik uten at dette kan medføre en rettslig usikkerhet om holdbarheten av prosessen. Dette særlig i større anskaffelser som går over år og har et titalls personer involvert i seg.

Selv om det er gode grunner som ligger til grunn for utførlige prosedyreregler i regelverket, er det derfor ikke gitt at brudd på oppdragsgivers plikter bør kompenseres med tapt fortjeneste til enkeltaktører. Særlig da felleskapet står igjen uten materiell og oppdragsgiver må gjennomføre anskaffelsen på nytt med den tid og de ekstra ressurser og restanser det innebærer for felleskapet.

Tiden og ressursene som legges ned i anskaffelsen og brukers manglende behovsdekning, gjør således i seg selv at normalt aktsomme oppdragsgivere vil tilstrebe en ryddig prosess.

Erstatning for positiv kontraktsinteresse bør således være begrenset til mer privatrettslige grunnlag, og i alle fall til forhold etter kontraktsinngåelse.

Om adgangen til å gjøre suppleringer, avklaringer, endringer, presiseringer m.v

Anskaffelsesregelverket og særlig FOSA bør bli tydeligere på hvilke krav som gjelder for suppleringer, avklaringer, endringer og presiseringer. Dette med hensyn på forhold knyttet til leverandøren, tilbud, konkurransegrunnlaget så vel som kontraktsutkastet og kontrakten.

Innenfor rammene av forsvars- og sikkerhetsdirektivet, bør FOSA derfor se hen til anskaffelsesforskriften §23-5 med en presisering av hva som ligger i at tilbud ikke skal kunne forbedres, og med særregler for prosedyreformer som tillater konkurranse.

Hva angår FOSA § 12-3 og §12-4, bør det vurderes om reglene kan tydeliggjøre om det er oppdragsgiver eller leverandørlandets rett som skal legges til grunn for ettersending av offentlig tilgjengelig informasjon. Eksempelvis er årsregnskap allment tilgjengelig informasjon etter regnskapsloven, men ikke nødvendigvis leverandørlandets rett.

Videre bør avvisningsgrunnene i §11-12 ikke kun flettes mot §12-3, men også §12-4.

Det bør for anskaffelser som følger konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring, tillates større materielle endringer innenfor rammene av fortsatt eneleverandørhjemmel. Og for anskaffelser som følger konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring, bør det tillates endringer så langt de ikke er egnet til å påvirke markeds- og deltagerinteressen, kvalifiseringen og/eller tilbudenes rangering.

Ved totrinnsprosedyrer med mislykket konkurranse i andre trinn, bør det for å spare oppdragsgiver og leverandørenes ressurser, åpnes for å bare gjennomføre siste trinn på nytt. Dette så langt endringene ikke er egnet til å påvirke kvalifiseringen og gjøres med en viss nærhet i tid.

Om regelverkets geografiske område

Anskaffelsesregelverket bør gjøres tydeligere hvem som er rettighetshavere. Dette særlig med hensyn på leverandører og leverandørkonstellasjoner helt/delvis utenfor EØS, GPA og hvem vi har frihandelsavtaler med.

Forsvars- og sikkerhetsdirektivet og FOSA regulerer en del anskaffelser som tradisjonelt har vært unntatt fra EØS-avtalen og GPA. Det bør for disse vurderes en regulering av hvem som er rettighetshavere da det ved disse anskaffelsene foreligger fremtredende nasjonale forsvars- og sikkerhetsinteresser.

Med bakgrunn i ovennevnte bør det videre vurderes et mer differensiert rettighetsbegrep. Herunder om aktører utenfor handelsavtaler, kan gis tilgang til markedet uten å ha krav på alle håndhevingsmekanismer.

Om tydeliggjøring av oppdragsgivers mulighet til å stille krav til sikkerhet og beredskap

Utvalget bør tydeliggjøre muligheten til å stille krav til sikkerhet og beredskap på lik linje med FOSA §3-3. Videre bør oppdragsgivers ansvar for å ivareta forsvars- og sikkerhetsinteresser i ellers ugraderte anskaffelser tydeliggjøres, se eksempelvis NSMs rapport Risiko 2023 s. 16 flg.

Veilederen til forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er godt kjent i forsvarssektoren. Veilederen er på enkelte punkter taus og bør oppdateres.

Sincerely

A circular blue stamp is positioned behind the signature. The stamp contains a central emblem of a crown and the text 'FORSVARS' at the top and 'NSM' at the bottom.

Bård Tronvold (ef)
Head of section 2
NDMA/Land systems/Contract Division
