



KONGSBERG

Anskaffelsesutvalget

Dato:
2023-11-05

Innspill til anskaffelsesutvalget – delrapport 2

Forsvars- og Sikkerhetsindustriens forening (FSi) er en uavhengig og selvstendig interesseorganisasjon for industri-, leverandør- og kompetansevirksomheter som har forretningsmessige interesser knyttet til leveranser av produkter, varer og tjenester mot markeder innenfor forsvar, sikkerhet og beredskap nasjonalt og internasjonalt.

Undertegnede er valgt inn til referansegruppen for anskaffelsesutvalget etter nominasjon fra FSi, og innspillene nedenfor er utformet av FSis juridisk og kontraktsutvalg bestående av undertegnede og representanter fra NAMMO RAUFOSS AS, Thales Norway AS, CMS Kluge Advokatfirma AS (på vegne av Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet/NTNU) og Advokatfirmaet Simonsen Vogt Wiig AS i fellesskap.

I dette innspillet berøres i hovedsak temaet beredskapsforpliktelser i offentlige kontrakter, likevel slik at det er tatt med enkelte kommentarer til de øvrige temaene som fremgår av mandatet.

Eierskap og regionale/lokale leverandører

For en del anskaffelser vil informasjon om og kontroll av eierskap være av sentral betydning. Spesielt vil dette gjelde anskaffelser som er av betydning for kritiske funksjoner, herunder anskaffelser innen forsvars- og sikkerhetsindustrien. Spesielt viktig blir dette dersom det vil være behov for informasjonsdeling med leverandøren, hvor både sikkerhets hensyn og eksportregler vil måtte hensyntas. Etter vår oppfatning må det være adgang til å stille krav om eierskap i anskaffelser der dette vurderes nødvendig.

Krav om lokal tilstedeværelse vil kunne være avgjørende i et sikkerhets- og beredskapsperspektiv. Dette gjelder både for produkttilgjengelighet og for tilgjengelighet av nødvendige vedlikeholdstjenester m.m. Vi mener at myndighetene må kunne stille denne type krav dersom dette vurderes nødvendig.

Sanksjoner

Når det gjelder sanksjoner for brudd på regelverket for offentlige anskaffelser er dette i dag tilfredstillende regulert. Dette gjelder både adgangen til å klage til oppdragsgiver, forføyning

for de alminnelige domstolene samt alminnelige søksmål. KOFA fremstår som et effektivt tvisteløsningsorgan.

Vilkårene for erstatning har utviklet seg over tid i domstolene og bygger på ulovfestet erstatningsrett. Det EØS-rettslige kravet til effektiv håndhevelse av anskaffelsesreglene nasjonalt tilsier etter vår vurdering at lovgiver bør være forsiktig med å regulere både vilkår for og virkning av erstatning for den positive og den negative kontraktsinteresse i lov. Dagens regulering er etter vårt syn tilfredstillende og balanserer de berørte hensynene og interessene godt.

Når det kommer til overtredelsesgebyr og ugyldighet er det vår vurdering at dette også er tilfredstillende regulert i dagens regelverk. Likevel slik at virkningene av ugyldighet fremstår nokså kompliserte å praktiskere. Vi er likevel av den oppfatning at det ikke vil være nødvendig med ytterligere lovtekst på området da situasjonen i en anskaffelse ikke skiller seg nevneverdig fra andre kjøp mellom private og reguleres godt av bakrunnretten og den rettspraksis som foreligger.

Det er videre et tankekors at det er svært få saker for norske domstoler hvor ugyldighet anføres og enda færre hvor anførselen fører frem. Dette skyldes forhold knyttet til den enkelte sak og kan vanskelig la seg regulere i lov eller forskrift, men må finne sin utvikling i de alminnelige domstolene.

Krav om sikkerhet og beredskap i offentlige kontrakter

Behovet for tettere samarbeid og samhandling mellom myndighetene og industrien er fremhevet av både Forsvarskommisjonen (NOU 2023:14) og Totalberedskapskommisjonen (NOU 2023:17), og underbygges ytterligere av dagens geopolitiske situasjon. FSi støtter synspunktet om at anskaffelsesmyndighetene må ha kompetanse til å stille krav om sikkerhet og beredskap i kontrakter.

Krav til forsyningssikkerhet og beredskap kan stilles der det har tilstrekkelig sammenheng med kontraktsgjenstanden. Innenfor forsvarsanskaffelser er det inntatt en særskilt regel om slike krav i FOSA § 8-8, og det er også særlig praksis å ta dette inn i kontrakter som er omfattet av EØS-avtalen art. 123. For å ha en velfungerende totalberedskap, er det nødvendig med beredskapskrav også utenfor forsvarssektoren. I stor grad vil dette være tilfeller i alle kontrakter som støtter kritisk infrastruktur eller kritiske tjenester til det norske samfunnet.

I den grad det anses ønskelig å tydeliggjøre adgangen til å stille krav til forsyningssikkerhet og beredskap i offentlige kontrakter bør dette gjøres gjennom en hjemmelsbestemmelse i anskaffelsesloven, eventuelt nye anskaffelseslover dersom det gjøres strukturelle endringer på dagens regelverk. En slik bestemmelse bør utformes slik at den kan benyttes også for nye situasjoner, behov for andre krav osv. som man nødvendigvis ikke har tenkt på ved utformingen av loven. Dette kan i stor grad ivaretas med en videreføring og klargjøring av dagens prinsipp om sammenheng med kontraktsgjenstanden. Oppdragsgivers vurdering av behovet for slike kontraktsklausuler bør gjenspeiles i beskrivelse av formålet med anskaffelsen. Det bør også stilles krav til at slike kontraktsklausuler er tilstrekkelig tydelige til å skape forutsigbarhet om hva som skal til for å oppfylle kontraktsbestemmelsene. Generelle kontraktsbestemmelser som

ikke sier noe om f.eks. responstider, krav om skalering, krav til bemanning, forventede lokasjoner for leveranser, risiko. etc. mangler forutsigbarhet om hva oppdragsgiver faktisk etterspør, og en aksept av den type klausuler fører ikke nødvendigvis til at oppdragsgiver får den forsyningssikkerhet og beredskap den trenger hvis behovet oppstår.

Den rettslige adgangen til å stille krav til sikkerhet og beredskap bør i størst mulig grad hensynta myndighetenes faktiske behov og utviklingen i samfunnet, og i minst mulig grad begrenses av annen lovgivning. For eksempel vil krav om lokal tilstedeværelse knyttet til vedlikeholdskontrakter, involvering av lokal industri m.m. kunne være helt nødvendige i et beredskapsperspektiv, men samtidig vil dette kunne utgjøre EØS-rettslige restriksjoner, slik som restriksjoner på reglene om fri flyt av tjenester, anskaffelsesrettslige- og konkurranserettslige restriksjoner. I et beredskapsperspektiv er det viktig at lovgiver ikke begrenser handlingsrommet mer enn nødvendig, oppdragsgiver benytter det handlingsrommet som ligger i regelverket, og at myndighetene benytter unntaksbestemmelsen i EØS art. 123 dersom det nasjonale handlingsrommet er for begrensende.

Beredskapskravene myndighetene stiller må hensynta regelverket sivile leverandører er underlagt. Eksempelvis vil arbeidstakeres nektelsesrett etter arbeidsmiljøloven § 2-3 (2) bokstav c kunne sette begrensninger på hva en arbeidsgiver rettmessig kan beordre ansatte til å gjøre. Et annet eksempel er bemanning og arbeidstid; sivile leverandører som understøtter forsvarrets øvingsvirksomhet er unntatt fra arbeidstidsbestemmelsene, jf. Forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven for visse typer arbeid og arbeidstakergrupper § 3 (6), mens man ikke har det ved understøttelse i reelle operasjoner. Videre vil beredskapskrav i kontrakter objektivt kunne være diskriminerende, for eksempel ved krav om at nøkkelpersonell hos leverandøren skal kunne mob-disponeres – dette vil under omstendighetene kunne være både alders- og kjønnsdiskriminerende, diskriminerende ut fra nasjonalitet, funksjonsevne m.m. Ved krav i offentlige kontrakter bør det sikres at leverandøren ikke har risikoen for slike forhold. Ideelt sett bør regelverket endres og oppdateres slik at det hensyntar de ulike problemstillingene som kan oppstå i krise, konflikt og krig.

Ovenfor er det pekt på noen sentrale forhold, men også utfordringer, knyttet til beredskapsbestemmelser. Gjennomføringsmessig ser vi noen utfordringer med å detaljere ut beredskapskrav i konkurranser, herunder avgjøre om krav skal eller kan virke som kvalifikasjonskriterier eller tildelingskriterier. Erfaringsmessig vil omfattende beredskapsforpliktelser i forsvarsanskaffelser kreve mye informasjonsdeling og samhandling mellom leverandøren, aktuelle kontraktsforvalter og den operative enheten som skal nyttegjøre seg av produktene eller tjenesten. Dette gjelder blant annet konkretisering av hva som kreves av en leverandør i en krisesituasjon, hvordan leverandøren skal oppfylle forpliktelsen og prising av tjenesten. FOSA § 8-8 (1) bokstav e sier eksempelvis at det kan kreves at *«leverandøren skal etablere eller opprettholde den kapasitet som er nødvendig for å imøtekomme eventuelle større behov fra oppdragsgiver som følge av krise»*. Kontraktsbestemmelsen må imidlertid være mer konkret for at en leverandør skal kunne tilby den kapasiteten «som er nødvendig». Leverandøren vil være avhengig av å få informasjon om hva oppdragsgiver mener er nødvendig, herunder med hensyn til bemanning, opplagring av komponenter osv, hvilke tidsfrister som gjelder, om det skal stilles krav til fast bemanning eller

beredskapsvakter m.m. Alt dette har en kostnad for leverandøren som må inkluderes i kontrakten.

Avsnittet over er ett av mange eksempler på behov for konkretisering av beredskapskrav for at dette skal fungere etter sin hensikt. Konkretisering av beredskapskrav er avgjørende for å sikre forutberegnelighet og transparens i anskaffelser, samtidig som dette er nødvendig for at leverandørene kan gi riktig pris på produktene eller tjenestene som skal leveres. Konkretisering av kravene er en grunnleggende forutsetning for å sikre at beredskapsklausulene faktisk skaper bedre beredskap og ikke blir en papirøvelse der det kan være stort avvik mellom oppdragsgivers forventning og leverandørens oppfatning av kravet. For «enkle» beredskapskrav, for eksempel et krav om å gi anskaffelsesmyndigheten prioritet foran ikke-kritisk virksomhet, eller objektiv dokumenterbare krav, som å kreve dokumentasjon ift. eksporttillatelse, salgstillatelse osv., kan man nok operere med slike krav som kvalifikasjons- eller tildelingskriterier, men for mer omfattende krav, som referert til over, ser vi det som vanskelig å konkretisere dette tilstrekkelig uten at det må være et mer omfattende samarbeid mellom myndigheten og leverandøren, og at slik konkretisering vil være nærmest umulig i en normal anskaffelsesprosess. Med hensyn til begrensninger i regelverk, samt behovet for samarbeid i slike tilfeller, vil vi anta at slike klausuler vil være mest aktuelle i kontrakter som er unntatt i medhold av EØS-avtalen art. 123.

Avslutningsvis vil vi bemerke at nasjonal krise- og beredskapslovgivning vil kunne tilsidesette beredskapsklausuler i kontrakter i nettopp de situasjonene der kontraktsklausulene aktualiseres. Det vil påvirke både utenlandske leverandører, som kanskje ikke lenger får levere til andre enn nasjonale myndigheter, men også nasjonale leverandører med internasjonal leverandørkjede. Dette er problemstillinger som oppdragsgiver bør konkret vurdere i anskaffelser der noe av formålet med anskaffelsen er ivaretagelse av forsyningssikkerhet og beredskap. Relevante vurderingsmomenter er her reell tilgang i f.eks. krise og krig, og om f.eks. avhengigheter til internasjonal leverandørkjede kan avhjelpe f.eks. med krav til lokal produksjon, lokal lagring av ferdige produkter, krav til lager av komponenter, nødvendig materialer, kjemikalier etc.

Med vennlig hilsen
Kongsberg Defence & Aerospace



Sondre Melvold Andersen
Vice President Legal