

Forsvarsdepartementet
Postboks 8126, Dep
0032 Oslo

Dato:
23.08.2024

Vår referanse:
24/01424-2

Saksbehandler:
Erik N Warberg

Deres referanse:
23/11071-15

Høringssvar - NOU 2024:9 Ny lov om offentlige anskaffelser - andre delutredning

Forsvarets forskningsinstitutt (FFI) viser til ovennevnte høringsnotat. Nedenfor følger våre kommentarer.

1 Generelt

Vi er av den oppfatning at høringsnotatet gir en god og grundig gjennomgang av dagens anskaffelsesregelverk innenfor de områder den behandler denne gangen. Utvalgets tilnærming til de ulike problemstillinger for å skape et godt grunnlag for fremtidige anskaffelser i bedre samspill med gjeldende EU direktiver, er noe vi stiller oss bak.

2 Sikkerhet og beredskap

Kapittel 4 omhandler sikkerhet og beredskap i offentlige anskaffelser. Vi støtter utvalgets vurderinger av at det er *«et betydelig handlingsrom for å ivareta beredskapshensyn og nasjonale sikkerhetsinteresser i anskaffelser, både over og under EØS-terskelverdiene»*.

I den sammenheng er vi godt fornøyd med at dette tas inn i formålsbestemmelsene i forslaget til nye lover.

2.1 Anskaffelser unntatt anskaffelsesregelverket og EØS avtalen

Som det angis i kapittel 4.4.2, så kommer loven ikke til anvendelse på anskaffelser som kan unntas i henhold til EØS avtalens artikkel 123. Det vises videre til at selv ved bruk av dette unntaket, *«står oppdragsgiver ikke fritt ved en anskaffelse. Som redegjort for i første delutredning kapittel 22.4 vil alminnelig norsk bakgrunnsrett gjelde»*.

Det vises i den sammenheng til forvaltningslovens alminnelige regler, sikkerhetsloven og andre interne regelverk/instrukser. Det burde her vært henvist til Anskaffelsesregelverket for Forsvaret (ARF) som er designet for å ivareta slike forhold.

Det angis videre i samme kapittel (s.102, 2 avs), at: *«Staten som oppdragsgiver står i utgangspunktet fritt til å definere hva som er dens vesentlige sikkerhetsinteresser. Bruken av unntakene med hensyn til vesentlige sikkerhetsinteresser må imidlertid oppfylle EU/EØS-rettens proporsjonalitetsprinsipp, som innebærer at det*

må være forholdsmessighet mellom målet man vil oppnå og tiltaket. Tiltaket må være egnet for å oppnå målet om ivaretagelse av sikkerhet, og det må være nødvendig»

Vi ser at hva som defineres som «vesentlige sikkerhetsinteresser», i praksis håndteres av stortingsmeldinger og langtidsproposisjonene, før man eventuelt utferdiger forsvarsindustrielle vurderinger (FIV). FFI savner et eget (permanent) policy dokument utferdiget av FD som angir litt mer presist om hva dette innebærer, eksempelvis innenfor forsvarssektorens 8 teknologiske kompetanseområder (St.meld.nr.17).

Sistnevnte er viktig siden en stats nasjonale sikkerhet vil kunne variere mye fra land til land innenfor EØS. Av den grunn er det vanskelig å legge til grunn en felles EØS proporsjonalitet for «nasjonal sikkerhet». Et policy dokument som gjennomgår mer konkret hvilke vurderinger som regjeringen har gjort ift hva den anser som viktig for dets nasjonale sikkerhetsinteresser, vil ikke bare lette de konkrete vurderinger, men også skape en bedre felles plattform og forståelse for hele forsvarssektoren. Et slikt dokument vil dels kunne lette utferdigelse av forsvarsindustrielle vurderinger, og dels gjøre vurderingen av proporsjonaliteten av selve tiltaket/anskaffelsen enklere.

2.2 Utvalgets vurdering

Vi slutter oss til utvalgets vurderinger hvor: *«Forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er enten helt unntatt fra EØS-avtalen i henhold til hoveddelens artikkel 123 eller særregulert gjennom direktiv 2009/81/EF om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser».*

Videre slutter vi oss til behovet for å lage ny lov om forsvarsanskaffelser og at man også regulerer anskaffelser som er omfattet av EØS avtalens artikkel 123 (dvs. ARF). I forhold til pågående prosesser anbefaler FFI at man samler kunnskapen og reglene for overgangen mellom de forskjellige unntak og bruk av regelverk på ett sted. I dag ligger dette dels i veileder til FOSA og dels i ARF, noe som gjør praktiseringen noe uoversiktlig.

Vi er også enige med utvalget om å ikke anbefale en egen bestemmelse som sier konkret hvilke krav som kan stilles sikkerhet og beredskap, utover den generelle henvisning. Dette vil dog kreve at vi ha felles policy/veileder for å sikre enhetlig forståelse og praktisering slik dette foreslås av utvalget.

3 SMB

I kapittel 5 er vi enige i utvalgets bemerkninger knyttet til hvordan man skal engasjere SMB markedet. Vi stiller oss likevel noe undrende til utvalgets bemerkning på side 124, hvor de anfører: *«I forlengelsen av dette vil utvalget understreke at selv om et norsk språkkrav i visse tilfeller kan være tillatt, vil det også i andre anskaffelser være ulovlig. Det må altså foretas en konkret vurdering av lovligheten av det enkelte krav.»*

Vi synes denne uttalelsen ble uklar, eks. adgangen til å kunne utferdige konkurransegrunnlag/kontrakter på norsk, versus adgangen til å kreve norsk som det operasjonelle språk i en kontraktsgjennomføring.

4 Eierskap

Behovet for å ha kontroll på hvem man inngår kontrakter med, herunder leverandørers eierskap, har blitt mer viktig i de senere år. Vi slutter oss til utvalgets merknader, men vil særlig fremheve behovet for at oppdragsgivere etter anskaffelsesregelverket får tilgang til register over reelle rettighetshavere.

5 Avvisning – rådgiverhabilitet

Som utvalget selv understreker, må ikke habilitetsregelen: *«praktiseres så strengt at oppdragsgiver hindres helt i å innhente relevant bistand for å tilrettelegge konkurransen»*, noe vi slutter oss til.

Det vi savner er mer kunnskap om avhjelpende tiltak, da nettopp samhandling med enkelte industribedrifter i tidligfase ofte er viktig for å skape større innsikt og bedre funksjonelle krav ved senere anskaffelser. Behovet for tidlig samhandling og samskaping vil være viktig for forsvarssektoren fremover. Dette er avhengig av at gjennomføringen er basert på god kunnskap om mulighetsrommet.

En for streng praktisering kan da også være i strid med likebehandlingsprinsippet i LOA §4. Vi viser her til Hans Petter Gravers artikkel i Tidsskrift for forretningsjus (TfF 2005-4) s 463, hvor det anføres:

«På den annen side må ikke habilitetsreglene praktiseres slik at det offentlige i praksis blir avskåret fra å søke bistand fra markedsaktører til konkretiseringen og oppfyllelsen av sine behov i forhold til hva markedet kan tilby. Dette vil kunne hindre at det offentlige får kvalifisert bistand til å finne de beste løsninger i markedet. Reglene må heller ikke utelukke suksessiv utvikling av et prosjekt eller at en som tidligere har levert varer eller tjenester til det offentlige, er utelukket fra videre oppdrag.

Hvis den som er engasjert til å bistå det offentlige og utvikle tjenestene i en tidlig fase uten videre er utelukket fra å levere i senere faser av prosjektene, vil det både kunne føre til at det blir vanskelig å få tilbydere til en tidlig fase i et prosjekt, og effektivitetstap ved skifte av leverandør uten at det er begrunnet i konkurransemessige hensyn.

En for streng praktisering av habilitetsreglene kan dessuten komme i konflikt med anskaffelsesreglenes krav til likebehandling. Dette er overtrådt dersom en markedsaktør automatisk er utelukket fra å få oppdrag i tilknytning til forberedelsen av en anskaffelse av den grunn at han også vil kunne være aktuell som tilbudsgiver ved den senere anbudskonkurransen, se EF-domstolens avgjørelse i Fabricom.»

Som utvalget selv påpeker, vil senkning av inngangsvilkåret vet å gjennomføre ordlyden i direktivet, ikke medføre flere avvisninger, da man i de fleste tilfeller av en urimelig konkurransevridding vil ha god mulighet til å utjevne dette tilstrekkelig i form av avhjelpende tiltak.

6 Åpenhet om offentlige anskaffelser

I kapittel 21.13 som vedrører åpenhet om offentlige anskaffelser, ønsker utvalget større åpenhet. De foreslår at: «i tillegg til kunngjøring av kontraktstildelinger, at alle offentlige oppdragsgivere som er underlagt

regelverket, pålegges å offentliggjøre/tilgjengeliggjøre etterskuddsvis informasjon (årlige oversikter) over totale kjøp fra alle sine leverandører (totalt beløp i kroner og øre).»

Utvalget er ikke enstemmig på dette, og utvalgsmedlem Dankertsen Hennyng anfører at forslaget ikke er tilstrekkelig utredet i forhold til den administrative byrde den enkelte oppdragsgiver pålegges. Vi støtter mindretallets argumentasjon. I tillegg vil vi tilføye at forsvarssektoren for anskaffelser som er underlagt sikkerhetsloven ikke kan publisere en slik oversikt, da dette kan gi informasjon om våre anskaffede kapabiliteter og avhengigheter. Det vil også kunne gjelde ugraderte anskaffelser som likevel må holdes avskjermet/unntas offentlighet.

Med hilsen

Kenneth Ruud
Administrerende direktør

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har derfor ikke håndskreven signatur.