

Forsvarsdepartementet
Postboks 8126, Dep
0032 Oslo

Dato:
29.01.2024

Vår referanse:
24/00124-2

Saksbehandler:
Patrik Folgerø Martinsen

Deres referanse:

Høringssvar – NOU 2023:26 – Ny lov om offentlige anskaffelser

Det vises til ovennevnte. Forsvarets forskningsinstitutt har behandlet saken ved Avdeling for Innovasjon og Industriutvikling med innspill fra vår innkjøpsavdeling.

1 Innledning – fra forskrift til lov

Som det fremgår av kapittel 2.1 i sammendraget, har utvalget lagt stor vekt på å se på hvordan man lojalt kan gjennomføre Anskaffelsesdirektivets forpliktelser i norsk rett. Som det fremgår, ønsker utvalget at man i langt større grad flytter reglene fra forskrift til lov, noe som også muliggjør utarbeidelse av lovforarbeid som i større grad kan utdype de underliggende EØS hensyn for de enkelte bestemmelser.

Utvalget uttaler videre at det ikke er hensiktsmessig å samle alle offentlige anskaffelser i en og samme lov, noe som innebærer at man for de andre forskrifter (forsyningsvirksomhet (direktiv 2014/25/EU), konsesjonskontrakter (direktiv 2014/23/EU) og forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (direktiv 2009/81/EF)), også utferdiger egne lover for disse. For sistnevnte direktiv, anbefaler da utvalget at Forsvarsdepartementet utarbeider og fremmer forslag om egen lov om forsvarsanskaffelser.

1.1 Språklige forhold

Alle språk i EU-land er regnet som offisielle EU språk. I Norge har vi for vane å se hen til den danske oversettelse av direktiv som kommer fra EU, noe da utvalget gjør i sin utredning. Utvalget kommer da flere steder til at det er forskjeller mellom hva den offisielle danske tekst anfører, og hva som er implementert i norsk rett. Det er verdt å merke seg at fremforhandlinger av nye EU direktiv stort sett skjer på engelsk, og at de endelige tekster deretter blir oversatt til de respektive offisielle EU språk.

Som en refleksjon, i den grad man ønsker å finne språklige nyanser, burde man etter vårt skjønn lese den engelske versjonen av et direktiv fremfor å stole på at en oversetter har truffet på alle språklige juridiske nyanser i direktiv. Det er ofte omfattende tekstmengder og hvor resultatet av forhandlinger er nøye avveininger mellom forskjellige (juridiske) hensyn.

2 Direktiv 2009/81/EF som egen lov

I dag er direktivet implementert som en forskrift (FOSA) og med en egen veileder (FOSA veilederen) som i stor grad bygger på EU Kommisjonens Guidance Notes som kom ut for over 10-12 år siden. Gitt det faktum at man velger å gå for å erstatte dagens anskaffelsesforskrift med en egen lov, ser vi det som uhensiktsmessig å fortsatt velge å beholde FOSA. Dette vil skape en juridisk asymmetri mellom implementering av sentrale direktiv innenfor anskaffelsesområdet.

Selv om FOSA bygger på det gamle anskaffelsesdirektivet fra 2004, er det fortsatt en del likheter. Som utvalget peker på, vil en ny lov ikke bare i større grad være tro mot 2014 direktivet, men også bli oppdatert med de siste rettsavgjørelser, både fra EU domstolen og norske domstoler i forarbeider og i lovtekst. I anvendelse av FOSA vil man måtte se hen til begrepsbruk og juridiske vurderinger som vil forefinnes i lovforarbeider og ny lov. Denne loven vil ikke nødvendigvis vil inkorporere de samme hensyn som ligger til grunn for forsvarsanskaffelser, herunder hensyn som lå til grunn når EU vedtok Direktiv 2009/81/EF.

Det følger av utvalgets vurderinger at (s.373/374):

«Det følger av den tidligere fremstillingen, se særlig i kapittel 8, at utvalget mener at forsvars- og sikkerhetsanskaffelser bør reguleres i egen lov. De betraktningene som ligger til grunn for at utvalget anbefaler å regulere de andre direktivene i lovs form, gjør seg også gjeldende for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Dette gjelder særlig behovet for forarbeider som redegjør nærmere for hvilke forpliktelser som er gjennomføring av EØS-rett og eventuelt andre folkerettslige forpliktelser.»

Vi slutter seg til denne vurderingen, se også pkt. 2.2 nedenfor.

2.1 Andre forhold knyttet til FOSA som egen lov

Hvis man skal følge utvalgets tilnærming til utarbeidelse av ny lov for forsvarsanskaffelser, vil man være ganske tro mot selve direktivet. Som utvalget selv anfører, vil det være en mer direkte oversettelse/implementering av direktivtekst. Men utvalget peker også på et annet forhold, at dette direktivet bygger på det gamle anskaffelsesdirektivet fra 2004. Det er her manglende beskrivelser av bl.a. av innovasjonspartnerskap.

Vi ba i fjor Advokatfirmaet Haavind om en vurdering hvor oppdragsbeskrivelsen var som følger (hentet fra Haavinds notat 6 mars 23);

«Forsvarets Forskningsinstitutt (FFI) har bedt Haavind vurdere handlingsrommet etter reglene i forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA) for å gjennomføre anskaffelser som innebærer både utviklingsaktiviteter og kjøp av de utviklede varer og tjenester.

Dels ønsker FFI en vurdering av mulighetene for å gjennomføre en slik anskaffelse gjennom inngåelse av et innovasjonspartnerskap, særlig sett hen til at FOSA ikke inneholder regler om innovasjonspartnerskap.

Dels ønsker FFI en vurdering av mulighetene for å gjennomføre en slik anskaffelse ved bruk av konkurranseformen konkurransepreget dialog der noen av utviklingsaktivitetene (f.eks.

eksperimentering, konsept utvikling og innovasjonsaktiviteter (ICE-fasen)) skjer allerede i dialogfasen.

Et viktig mål for FFI er å skape konkurranse i ICE-fasen, men slik at antallet av leverandører reduseres gjennom denne fasen. Videre ønsker FFI å inngå kontrakt med bare én leverandør om kjøp av de utviklede varene/tjenestene.»

Notatet vedlegges. Det vi ser, er at det i forbindelse med en eventuell lovutforming av Direktiv 2009/81/EF, bør kunne vurderes en bedre tilrettelegging for innovasjon, jfr. de nye prosedyre reformer som kom med anskaffelsesdirektivet i 2014. Dette vil i så fall innebære at man tilfører Direktiv 2009/81/EF elementer som har kommet i ettertid, men som ansees å kunne ligge innenfor Norges handlingsrom i implementering av Direktiv 2009/81/EF.

2.2 Unntaksmuligheter

Det som særpreger FOSA og for så vidt EØS artikkel 123, er de muligheter man har nasjonalt til å unnta hele eller deler av en anskaffelse fra de ordinære anskaffelsesregler og prosedyrer, som oftest vurdert ut fra vesentlige sikkerhetsinteresser.

Det er likevel en kjensgjerning at forståelse og utøvelse av disse unntaksmuligheter, enten det er for å gjennomføre en direkteanskaffelse eller en tilpasset konkurranse, nasjonalt eller internasjonalt, kan variere mellom de forskjellige etater og virksomheter som anvender regelverket.

Hvis vi ser på støttedokumentasjon, så består den i praksis av domsavsigelser i EU domstolen, som bygger på TFEU Artikkel 346 (artikkel 223 (Roma) / artikkel 296 (Amsterdam)), noen få KOFA avgjørelser, EU Guidance notes, FOSA veileder (som bygger på disse), samt FDs egne vurderinger knyttet til kommentarer for dets eget anskaffelsesregelverk (ARF). I tillegg finnes det noe teori som er skrevet, men ofte lite referert til.

For oss fremstår dette som noe usynkronisert støttedokumentasjon, spesielt det som måtte finnes av vurderinger og konsekvenser av avsatte domsavgjørelser, nasjonalt og internasjonalt etter innføring av forsvarsdirektivet. Spesielt er den erfaring og nødvendige grensdragninger som EU land har med «FOSA», ikke reflektert inn i vår støttedokumentasjon.

Av den grunn ser vi det som viktig at ny lov med dets lovforarbeider, også behandler en regulering om anskaffelser som kan unntas med hjemmel i EØS avtalens artikkel 123. Dette skyldes ikke bare ønsket om å øke forståelsen og innsikten av bestemmelsens rekkevidde, men også for bedre å belyse den sikkerhetspolitiske dimensjon i bestemmelsen.

Fra juridisk hold innenfor anskaffelsesretten, er det en tendens til å se denne bestemmelse fra et rent juridisk perspektiv knyttet opp til proporsjonalitetsprinsippet. Samtidig har EØS artikkel 123 en klar sikkerhetspolitiske side («vesentlige sikkerhetsinteresser» i EØS artikkel 123 a)). Denne bestemmelse innebærer en sentral kobling mellom juridiske vurderingstemaer på den ene side, og andre mer «politiske/strategiske» på den annen side.

Vi tror at en ny lov med grundige lovforarbeider, vil kunne gi forsvarssektoren et langt bedre og oppdatert verktøy i måten man håndterer unntak, samt sikre en sterkere felles forståelse av bestemmelsen.

2.2.1 Forskjellen mellom TFEU artikkel 346 og EØS avtalens artikkel 123

Det er i den sammenheng verdt å merke seg at det er en markant forskjell mellom EØS artikkel 123 og TFEU 346, hvor man i den norske bestemmelse pkt b) ikke har krav om vesentlig sikkerhetsinteresse for å anvende regelen, mens TFEU har det i sin pkt b). Likevel er det fra anskaffende myndigheter i forsvarssektoren lagt inn som et vurderingstema for å anvende pkt b (som sier):

«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;»

.. at man også krever en argumentasjon om vesentlige sikkerhetsinteresser.

De sentrale begrep er hhv “..uunnværlig for forsvarsformål...” versus “..as it considers necessary for the protection of the essential interests of its security which are connected with the...”. Disse begrep er ikke helt overensstemmende. Artikkel 123 anvender vesentlige sikkerhetsinteresse kun i første del, men innfører/viderefører et annet begrep i annen del. I den engelske oversettelse av EØS avtalen (EEA-Agreement) heter det “*indispensable for defence purposes*”.

Denne ordlyden er en videreføring av frihandelsavtalen EFTA hadde med EF. Dette innebærer at man ikke umiddelbart kan sette direkte likhetstegn mellom de to artikler. Det fremgår heller ikke av forarbeidene, Stortingsproposisjon nr. 100 (1991-92) -EØS-avtalen, om hvorfor denne ordlyden er brukt og ikke oppdatert når man hadde anledning ved forhandlingene. På en annen side er kravet til dokumentasjon heller ikke vanlig i forbindelse med godkjenning av traktater og andre internasjonale avtaler. Det er kun et omforent møtereferat fra forhandlingene mellom EFTA og EF hvor det fremgår om artikkel 123 at:

Avtalepartene var enige om at”Ad artikkel 123: de ikke ville gjøre urettmessig bruk av bestemmelsene i artikkel 123 for å hindre spredning av opplysninger på konkurranseområdet;”

Etter vårt skjønn vil antakelig forskjellen ikke være av vesentlig betydning, selv om den åpner for et visst tolkningsrom. Dette skyldes i hovedsak at EØS avtalen i størst mulig grad skal ta opp i seg de samme retningslinjer og bestemmelser som gjelder for det indre marked, samt dens unntak. Dette følger spesielt av EØS-avtalens Artikkel 105 (1), hvor det anføres at;

”For å nå avtalepartenes mål om å nå frem til en mest mulig lik fortolkning av bestemmelsene i denne avtale og de bestemmelser i Fellesskapets regelverk som i det vesentlige er gjengitt i avtalen, skal....”

Det er av partene til EØS-avtalen lagt vekt på at denne avtalen skal samsvare med de regler og forordninger som gis av EF og senere EU. Dette følges opp i EØS-avtalens Artikkel 106 som skal sikre utveksling av dommer mellom de forskjellige domstoler i EU og EFTA for: “*å sikre en mest mulig lik fortolkning av denne avtale*”.

Samtidig er forskjellen bevisst beholdt, og den prosess som nå er iverksatt, gir en god anledning til å ta et mer prinsipielt standpunkt for hvordan man eventuelt ønsker å håndtere de forskjeller som ble videreført under EØS avtalen innen unntaksregimet for forsvars og sikkerhetsanskaffelser.

3 Heving av terskelgrenser

3.1 Anskaffelser under 300 000 kroner

En sentral del av utvalgets forslag, er dels heving av dagens innslagspunkt på 100 000 kroner til 300 000 kroner. Som utvalget selv anfører, er anskaffelser under denne terskelverdi i tilstrekkelig grad regulert av generelle forvaltningsrettslige regler og eventuelle interne retningslinjer. En ren KPI justering av grensen på 100 000 kroner, vil ifølge utvalget ha gitt en terskel på ca. 160 000 kroner.

Vi slutter seg til utvalgets forslag om ny terskelverdi på 300 000 kroner. Selv med lave beløp, er det til tider ressurskrevende å følge selv dagens forenklete regler gjengitt i Anskaffelsesforskriften del II.

3.2 Anskaffelser under EØS terskelverdi – 1,4 MNOK

For anskaffelser under EØS terskelverdi, legger også utvalget opp til en ikke ubetydelig forenkling. Som utvalget selv anfører (s.189):

«EU-prinsippene er utviklet med henblikk på anskaffelser med grensekryssende interesse, for å åpne opp de nasjonale markedene for leverandører fra andre medlemsstater. Anvendelse av dem på små anskaffelser uten slik grensekryssende interesse gir opphav til vanskelige vurderinger knyttet til prinsippenes innhold og betydning utenfor deres egentlige anvendelsesområde. Fordi mange av bestemmelsene i direktivene kan betraktes som konkretiseringer av de generelle EU-prinsippene, kan anvendelse av prinsippene under EØS-terskel føre til at de detaljerte reglene i direktivene får anvendelse på langt mindre kontrakter enn de er ment for.»

Slik forslaget er utformet, men med henvisning til at en anskaffelse bl.a. skal skje på markedsmessige vilkår og sikring av offentlighet av kontraktsinngåelsen. FFI støtter dette. Vi ser likevel med en viss bekymring at det i lovforslaget § 3-1 (4) anføres at:

«(4) Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med forvaltningsrettslige prinsipper, herunder sikre forutberegnelighet og lik behandling av leverandører som inngir tilbud.»

Utvalget redegjør for i kapittel 22.5.3 for hvordan de har resonnert seg frem til passusen om forvaltningsmessige prinsipper. Når man distanserer seg fra EU sine grunnprinsipper for å forhindre nedfallsproblematikk ved å ta vekk hensynet til EU anskaffelsesrettslige prinsipper, foreslår utvalget i stedet som et alternativ for å vise til de faktiske rettslige (ulovfestede) rammer som en virksomhet uansett er pliktig til å følge. Det er likevel noen forhold som ikke er godt nok belyst i utvalgets vurderinger.

3.2.1 Forvaltningsmessige prinsipper – dets rekkevidde i anskaffelser

Når offentlige myndigheter gjennomfører anskaffelser, opptre de i utgangspunktet som en privat aktør, men regulert gjennom et lovverk som setter begrensninger for utøvelsen av den private autonomi, nemlig Lov om offentlige anskaffelser og dets forskrifter.

Samtidig er man som offentlig ansatt pliktig til å følge visse basiskrav som springer ut fra bl.a. forvaltningsmessige prinsipper. Typisk skal opptreden alltid skje i samsvar med allmenne rettsprinsipper for opptreden overfor private. I hovedsak er det forvaltningsmessige regler som kommer til anvendelse, spesielt brudd på (sedvanerettslige) forvaltningsbestemmelser, eksempelvis kravet om saklighet, habilitet etc., som en intern instruks ikke kan fravike.

I den forbindelse viser vi til at Høyesterett i "Poncho-saken" (HR-2005- 01917-A) som her kom frem til at Forsvaret har stor handlefrihet utenfor EØS lovverket. For etterlevelse av allmenne anskaffelsesrettslige prinsipper, anfører Høyesterett at det likevel gjelder minstekrav om likebehandling. Etter vårt skjønn innebærer dette at man har stor grad av handlefrihet så lenge saklighetskravet etter de forvaltningsmessige prinsipper er ivarettatt.

Det reiser seg likevel en del spørsmål ifm. vår gjennomgang av lovutkastet om hva rekkevidden blir i forhold til:

- Leverandørens klagerett – blir dette en ny måte å klage på? Antakelig kommer utvalget tilbake på dette i neste del av deres NOU arbeide
- Krav til forvaltningsmessig likebehandling – forskjellig fra anskaffelsesdirektivet? Det er en kjensgjerning at mange offentlige ansatte som jobber med anskaffelser ikke er jurister, og å introdusere forvaltningsmessige prinsipper i loven knyttet til likebehandling kan skape mer usikkerhet enn det som er ønskelig
- Krav til forutsigbarhet kan også slå ut svært forskjellig, også i tolkningen til Anskaffelsesdirektivet; skal det likevel være kunngjøringer av kommende anskaffelser for å sikre forutsigbarhet?

Så selv om de offentlig ansatte allerede i dag uansett er underlagt de samme prinsipper, så kan en slik henvisning bli for vag og upresis ift ønsket juridisk rekkevidde og rammer man ønsker å innføre.

I tillegg er en del private virksomheter som plikter å følge anskaffelseslovgivningen, men som ikke er underlagt forvaltningsloven. Å introdusere ulovfestede forvaltningsmessige prinsipper i anskaffelser for virksomheter som i utgangspunktet ikke anvender eller forholder seg til denne delen av jussen, ansees å være krevende og uhensiktsmessig for å sikre en enhetlig bruk og samforståelse av de juridiske rammer man må forholde seg til.

Etter vårt skjønn bør man enten bli mer presis i selve bestemmelsen (presisere hva som ønskes av juridiske rammer), eller så bør den tas ut da dette uansett gjelder for offentlige virksomheter.

4 Innovative anskaffelsesprosedyrer

Utvalget har brukt en del plass til å gå igjennom hvordan man kan fasilitere innovasjon i offentlige anskaffelser. De reiser også spørsmålet om hvordan man kan fasilitere dette på en bedre måte: I kapittel 15.3.2 fremgår det bl.a. at:

«Anskaffelsesundersøkelsen viser at oppdragsgivere i begrenset grad har dialog med markedet før kunngjøring. Barrierer som nevnes blant offentlige oppdragsgivere, er ledelsesforankring, ledelsesfokus, og (ledelses)prioritering til å få satt av tid og ressurser til å få hentet inn oversikten over muligheter i markedet.»

Vi understøtte denne vurderingen, og kan ikke understreket nok at det krever ressurser i å få planlagt og gjennomført innovative anskaffelser. Dette er da en av FFI sine hovedsatsningsområder, herunder å dokumentere hva som er bra og mindre bra i gjennomføringen av prosjekter som bedriver innovasjon. Som utvalget anfører under kapittel 15.5.1, så er anskaffelsesregelverket i tilstrekkelig grad tilrettelagt for innovasjon, men vi trenger mer veiledning og (lokal) vilje til å utforske mulighetsrommet som regelverket gir, se utvalgets vurderinger i kapittel 15.5.2 om øvrige tiltak.

Således støtter vi de grep som utvalget foreslår for i større grad tydeliggjøre innovasjon som et verktøy i det foreslåtte lovutkastet, herunder at det tas inn i formålsbestemmelsen, og at innovasjonspartnerskap synliggjøres som en egen konkurranseform i nytt anskaffelsesregelverk.

Med hilsen

Jan Erik Torp
Forskningsdirektør (fung.), avdeling Innovasjon og industriutvikling

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

Kopi til:
Forsvarets logistikkorganisasjon (FLO)
Forsvarsbygg (FB)
Forsvarsmateriell