

Forsvarsdepartementet  
Postboks 8126 Dep  
0032 Oslo

FORSVARSDEPARTEMENTET	
SAKNR.: 0604015-156	
09 JAN 2013	
ARKBET:	7310 - spm
KASSERES 5 ÅR	
KASSERES 30 ÅR	
BEVARES	

Også sendt pr. e-post: [postmottak@fd.dep.no](mailto:postmottak@fd.dep.no)

Deres ref.:  
2006/04015-129/  
FD I 4/ART

Dok. nr.: 148597

Saksbehandler: Trude Molvik  
tm@advokatforeningen.no  
T +47 22035046

08.01.2013

## Høring — Forslag til ny forskrift om Forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

### 1. Innledning

Vi viser til departementets høringsbrev av 14.11.2012 vedrørende ovennevnte høring.

Det er en prioritert oppgave for Advokatforeningen å drive rettspolitisk arbeid gjennom høringsuttalelser. Advokatforeningen har derfor en rekke lovutvalg inndelt etter fagområder. I våre lovutvalg sitter advokater med særskilte kunnskaper innenfor det aktuelle fagfelt og hvert lovutvalg består av advokater med ulik erfaringsbakgrunn og kompetanse innenfor fagområdet. Arbeidet i lovutvalgene er frivillig og ulønnet.

Advokatforeningen ser det som sin oppgave å være en uavhengig høringsinstans med fokus på rettsikkerhet og på kvaliteten av den foreslåtte lovgivningen.

I saker som angår advokaters rammevilkår vil imidlertid regelendringen også bli vurdert opp mot advokatbransjens interesser. Det vil i disse tilfellene bli opplyst at vi uttaler oss som en berørt bransjeorganisasjon og ikke som et uavhengig ekspertorgan. Årsaken til at vi sonderer mellom disse rollene er at vi ønsker å opprettholde og videreutvikle den troverdighet Advokatforeningen har som et uavhengig og upolitisk ekspertorgan i lovgivningsprosessen.

I den foreliggende sak uttaler Advokatforeningen seg som ekspertorgan. Saken er forelagt lovutvalget for europa- og konkurranse rett. Lovutvalget består av Ingvald Falch (leder), Harald Evensen, Morten Goller, Stein Ove Solberg og Monica Syrdal.

Advokatforeningen avgir følgende høringsuttalelse:

### 2. Sakens bakgrunn

Forsvarsdepartementet (FD) sendte 14. november 2012 forslag til ny forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser på høring. Forskriften gjennomfører Europaparlamentets og rådets direktiv 2009/81/EF om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser i norsk rett. Direktivet har som formål å skape mer åpenhet og transparens om anskaffelsene innenfor forsvarsområdet.

Forskriftsforslaget bygger i stor grad på innholdet i direktiv 2004/18/EF (anskaffelsesdirektivet for klassisk sektor), men forskriften vil benytte de samme terskelverdier som i forsyningssektoren.

Nedenfor følger Advokatforeningens kommentarer til noen viktige punkter i høringsbrevet. For øvrig har foreningen ingen merknader.

### **3. Kommentarer til de enkelte forslag**

#### **3.1 Innledning**

Utgangspunktet etter gjeldende rett er at også anskaffelser på forsvarsområdet er underlagt lov og forskrift om offentlige anskaffelser (LOA<sup>1</sup> og FOA<sup>2</sup>), men slik at det gjelder et særlig unntak etter FOA § 1-3 (2) bokstav a for visse anskaffelser. Av høringsnotatets pkt. 2.3.1 fremgår det at etableringen av den nye forskriften vil innebære en tredeling av regelverket for forsvarsanskaffelser. Vanlige, ikke sensitive anskaffelser til Forsvaret, vil fortsatt følge LOA og FOA. De mest sensitive anskaffelser vil være unntatt etter EØS-avtalens artikkel 123, slik situasjonen også er i dag. I tillegg vil kontrakter som gjelder leveranser av forsvarsmateriell og militært utstyr, gradert materiell, graderte bygge- og anleggsarbeider og graderte tjenester være omfattet av LOA og den nye forskriften.

Advokatforeningen er usikker på om dette er en hensiktsmessig inndeling, og om det i praksis vil bli unødvendig komplisert for brukerne med en slik tredeling. Spørsmålet er om det ville vært mer formålstjenlig å regulere alle forsvarsanskaffelser som ikke kan unntas etter EØS-avtalens artikkel 123 i en felles forskrift gjeldende for forsvarssektoren. En slik felles forskrift måtte nødvendigvis inneholde forskjellige terskelverdier, prosedyrebestemmelser og øvrige tilpasninger som følge av direktiv 2009/81/EF, men forsvarssektoren fikk i så fall ett felles regelverk å forholde seg til. På den annen side vil en slik felles forskrift - på grunn av de særlige behovene som gjør seg gjeldende ved anskaffelser av forsvarsmateriell og graderte anskaffelser - antakelig fremstå komplisert i seg selv.

Uansett er Advokatforeningen positive til den økte konkurranse som den nye forskriften kan medføre, og er dermed også positiv til at det innføres en egen forskrift som implementerer direktiv 2009/81/EF om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

#### **3.2 Kort om sikkerhetsanskaffelser**

Utgangspunktet i dag er at sikkerhetsgraderte anskaffelser i både forsvarssektoren og sivil sektor er unntatt fra FOA dersom de aktuelle kontraktene er erklært hemmelige, omfattet av sikkerhetsloven eller beskyttelsesinstruksen eller det er nødvendig for å ivareta vesentlige sikkerhetsinteresser. Anskaffelsesregelverket regulerer i dag disse anskaffelsene kun gjennom LOAs grunnleggende krav, med mindre EØS-avtalens artikkel 123 kommer til anvendelse, jf. LOA § 3.

Med den nye forskriften etablert i norsk rett vil sikkerhetsgraderte anskaffelser i forsvarssektoren og i sivil sektor få en todelt regulering – anskaffelsene vil være omfattet av den nye forskriften med mindre de kan unntas etter EØS-avtalens artikkel 123. Advokatforeningen mener dette fremstår som retts teknisk hensiktsmessig når direktivet nå skal implementeres i norsk rett.

---

<sup>1</sup> Lov 16. juli 1999 nr. 69

<sup>2</sup> Forskrift om offentlige anskaffelser 7. april 2006 nr. 402.

### 3.3 Oppbyggingen av den nye forskriften

Siden direktivet om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser bygger på direktivet for klassisk sektor, er Advokatforeningen enig i at det er hensiktsmessig at forskriftsforslaget tar utgangspunkt i oppsettet og bestemmelsene i FOA. Dette fremstår effektivt ut i fra at alle som anvender regelverket i praksis er best tjent med å bygge videre på den kunnskap og kompetanse som er bygget opp om det gjeldende regelverket. Slik sett vil den nye forskriften etter Advokatforeningens syn ikke bringe med seg for store utfordringer i forhold til kompetanseheving blant praktiserende jurister og innkjøpere i sektoren, eller privatpraktiserende advokater og Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA).

Direktivet inneholder for øvrig særtilpasninger og bestemmelser som er ment å ivareta de særlige behov som gjør seg gjeldende på forsvars- og sikkerhetsområdet. Slik Advokatforeningen vurderer høringsnotatet, utgjør forskriftsforslaget langt på vei en direkte implementering av disse særtilpasningene. Dette harmonerer med de eksisterende direktivene og de gjeldende norske forskriftene og fremstår etter Advokatforeningens mening som en god tilnærming.

I forlengelsen av dette må det samtidig påpekes at tidspunktet for ikrafttredelse av den nye forskriften ikke fremstår som helt ideelt, ettersom EU-kommisjonen har til hensikt å vedta nye anskaffelsesdirektiver allerede våren 2013. Det blir således trolig behov for å foreta endringer i den nye forskriften kort tid etter at den har trådt i kraft. I og med at implementeringen av forsvarsdirektivet er forsinket fra norske myndigheters side, mener Advokatforeningen at det likevel er nødvendig at forskriften trer i kraft som planlagt, og at det eventuelt foretas endringer så fort de nye anskaffelsesdirektivene er vedtatt av EU-organene. Dette må uansett ses i sammenheng med en evt. revisjon av forskriftene i klassisk sektor og forsyningssektoren som følge av vedtakelsen av de nye anskaffelsesdirektivene.

### 3.4 Anvendelsesområdet for de ulike bestemmelsene i forskriftsforslaget

I likhet med inndelingen i forsyningsforskriften har departementet valgt å dele forskriftsforslaget inn i to deler. En generell del (del I) som gjelder uavhengig av anskaffelsens verdi, og en del (del II) som gjelder for anskaffelser av varer og prioriterte tjenester over EØS-terskelverdiene. Det innføres således ikke en nasjonal kunngjøringsplikt utover kravene som følger av direktivet, slik norske myndigheter har valgt å gjøre i klassisk sektor.

Advokatforeningen synes det er positivt at det ikke innføres en nasjonal kunngjøringsplikt utover direktivets krav, men understreker at dette forutsetter at prinsippene i ARF videreføres (etter at den planlagte revisjonen av ARF er gjennomført), slik at forsvarssektoren sikrer at regelverkets grunnleggende krav ivaretas også under EØS-terskelverdiene. Under disse forutsetningene mener Advokatforeningen at forskriftsforslaget vil fungere godt både for oppdragsgiver- og leverandørsiden.

### 3.5 Valgfri prosedyreform

Advokatforeningen mener det er verdifullt at forskriften gir adgang til å benytte prosedyreformen konkurransen med forhandling etter forutgående kunngjøring som en standard prosedyreform. Mange av kontraktene som gjennomføres i forsvars- og sikkerhetssektoren kjennetegnes ved særlig kompleksitet og krav til informasjonssikkerhet, og oppdragsgiver har på den bakgrunn et reelt behov for dialog med leverandørene utover den snevre avklaringsadgangen som er tillatt i anbudskonkurranser. Prosedyren skaper også betydelig større fleksibilitet ved gjennomføring av

konkurransene, og en unngår langt på vei komplisert avvisningsproblematikk som følge av forhandlingsforbudet ved anbudskonkurranser. Etter Advokatforeningens mening er dette en fordel både for leverandør- og oppdragsgiversiden, så fremt de grunnleggende kravene til forutberegnelighet og likebehandling ivaretas under forhandlingene.

### 3.6 Konkurransen med forhandling uten forutgående kunngjøring

Forslaget inneholder en utvidet adgang til å benytte konkurranse med forhandling uten forutgående kunngjøring som prosedyreform sammenlignet med FOA. Advokatforeningen anser det som naturlig at denne prosedyreform kan benyttes ved nødsituasjoner som følge av krise og ved kontrakter som vedrører levering av luft- og sjøtransporttjenester til væpnede styrker eller sikkerhetsstyrker som skal - eller er - stasjonert i utlandet, jf. forslaget § 5-3 bokstav e og m. For øvrig fremstår de andre nye unntaksbestemmelsene i § 5-3 som hensiktsmessige, og det er i den sammenheng også en fordel at adgangen til å benytte unntaksbestemmelsen for tilleggs kjøp av tjenester og bygge- og anleggsarbeider utvides til fem år sammenlignet med den tilsvarende bestemmelsen under FOA.

### 3.7 Forsyningssikkerhet

Advokatforeningen støtter i all hovedsak forslaget § 8-8 om forsyningssikkerhet. Dette fremstår som en ny og viktig bestemmelse basert på at direktivet for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser anerkjenner den spesielle betydningen forsyningssikkerhet har ved forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Advokatforeningen ser at forsyningssikkerhet kan være avgjørende i kriser, hvor pålitelig og rettidig leveranse kan være avgjørende for det enkelte medlemsland.

Det fremgår imidlertid av bestemmelsen at oppdragsgiver i kvalifikasjonsfasen kan stille relativt omfattende krav til dokumentasjon, herunder dokumentasjon for at leverandørens forsyningskjede er av en slik organisatorisk karakter og geografisk beliggenhet at leverandøren kan oppfylle oppdragsgivers krav til forsyningssikkerhet (bokstav c). På generelt grunnlag mener Advokatforeningen at § 8-8 påfører forsvarsindustrien relativt omfattende dokumentasjonsbyrder, som kan virke konkurransebegrensende. Advokatforeningen mener videre at bestemmelsens bokstav c vil uthule noe av formålet med forsvars- og sikkerhetsdirektivet, som er å åpne det europeiske forsvarsmarkedet på en ikke-diskriminerende måte. Oppsummert fremstår dette imidlertid som en vanskelig balansegang, hvor hensynet til forsyningssikkerheten antakelig uansett må prioriteres.

### 3.8 Krav til beskyttelse av gradert informasjon

Advokatforeningen mener at forslaget inneholder gode virkemidler for å ivareta hensynet til informasjonssikkerhet, slik at sensitiv informasjon som utleveres i forbindelse med anskaffelsen behandles på en forsvarlig måte av leverandører og underleverandører.

For sikkerhetsgraderte anskaffelser som faller inn under den norske sikkerhetsloven, skal oppdragsgiver ifølge forslaget § 3-3 benytte de krav som sikkerhetsloven oppstiller til ivaretagelse av gradert informasjon. Departementet legger videre til grunn at alle sikkerhetsgraderte anskaffelser som innebærer tilgang til informasjon gradert høyere enn hemmelig, automatisk faller utenfor forskriftens anvendelsesområde.

Advokatforeningen mener dette fremstår som en hensiktsmessig tilnærming og har ingen særskilte kommentarer til forslaget § 8-9, utover at dokumentasjonsbyrdene kan bli relativt omfattende for leverandørene også her.

### 3.9 Håndhevelse

#### *3.9.1 Innledning*

Forskriftsforslaget inneholder håndhevelsesregler i likhet med håndhevelsesreglene som følger av direktiv 2007/66/EF, som ble gjennomført i norsk rett innenfor klassisk sektor og forsyningssektoren 1. juli 2012. Advokatforeningen mener det er hensiktsmessig at det innføres nye håndhevelsesregler innenfor forsvars- og sikkerhetssektoren som i vesentlig grad er like de eksisterende håndhevelsesreglene. Etter Advokatforeningens syn sikrer dette et konformt og effektivt håndhevelsessystem som ikke bør fremstå prinsipielt forskjellig i de ulike sektorene.

#### *3.9.2 Særlige sanksjoner ved ulovlige direkte anskaffelser*

Forskriftens kapittel 14 inneholder bestemmelser som avviker noe fra de gjeldende håndhevelsesreglene. I tillegg til at vesentlige hensyn til allmennhetens interesser kan gjøre det nødvendig å opprettholde en kontrakt som er basert på en ulovlig direkte anskaffelse, skal retten ikke kunne kjenne en kontrakt uten virkning dersom konsekvensene av dette i alvorlig grad vil kunne true et større forsvars- eller sikkerhetsprogram som er av avgjørende betydning for landets sikkerhetsinteresser. Etter Advokatforeningens mening fremstår unntaket som naturlig og nødvendig, og ettersom vilkåret krever en betydelig grad av alvorlighet før det kan anses oppfylt, er det trolig slik at unntaket er forbeholdt situasjoner hvor det er en reell fare for sikkerheten, slik at faren for omgåelser fremstår som liten.

Forslaget har videre en ny bestemmelse om intensjonskunngjøring i § 9-4, som sammenholdt med håndhevelsesreglene i kapittel 14, gir oppdragsgiver et praktisk viktig virkemiddel for å unngå den inngripende sanksjonen "uten virkning", samtidig som dette også ivaretar hensynet til oppdragsgivers kontraktspart. Bestemmelsene samsvarer med de tilsvarende reglene om intensjonskunngjøring i klassisk sektor, som Advokatforeningen mener er et viktig virkemiddel i praksis. Advokatforeningen støtter derfor dette forslaget.

#### *3.9.3 Særlig om valg av tvisteløsningsorgan*

Det fremgår av høringsnotatet at domstolen skal ha sanksjonsmyndigheten på samme måte som i klassisk sektor, mens KOFAs rolle som rådgivende organ videreføres. Behovet for ivaretagelsen av informasjonssikkerheten krever imidlertid en særlig gjennomgang.

Departementet har identifisert to problemstillinger i forbindelse med håndhevelsestemaet hvor det er bedt om konkrete innspill.

Den første problemstillingen knytter seg til KOFA som rådgivende organ og vernet av sensitiv informasjon. Den andre problemstillingen knytter seg til tvisteløsningsorganets evne til å håndtere sensitiv informasjon som er - og ikke er - omfattet av sikkerhetsloven.

Når det gjelder den første problemstillingen, mener Advokatforeningen at kravet til skjerming og konfidensialitet grunnet forsvarsanskaffelsen natur tilsier en så vidt omfattende skjerming av både faktiske og tekniske opplysninger i KOFAs avgjørelser, at avgjørelsene kan få begrenset

rettskildemessig verdi. I henhold til forskrift 15. november 2002 nr.1288 om klagenemnd for offentlige anskaffelser (klagenemndforskriften) § 14 er KOFAs uttalelser offentlige, og skal publiseres på hensiktsmessig måte. Kravet til skjerming kan bety at KOFAs avgjørelser overhodet ikke kan gjøres offentlig kjent, noe som i så fall krever en endring av klagenemndsforskriften. Kravet kan også bety at det må fjernes så mye opplysninger i avgjørelsene at overføringsverdien til andre saker i praksis blir begrenset. Advokatforeningen mener at dette er en uheldig virkning av de nye reglene, men ser at det kan bli vanskelig å unngå at den nye forskriften får en slik virkning. Klagenemndsforskriften må uansett gjennomgås og tilpasses for å ivareta ovennevnte hensyn.

Når det gjelder den andre problemstillingen, mener Advokatforeningen at KOFA bør kunne håndtere opplysninger om militær teknologi og skjermingsverdige opplysninger på tilsvarende måte som forretningshemmeligheter håndteres i dag. Bestemmelsen om håndtering av forretningshemmeligheter forstås i dag slik at KOFA ikke kan kreve å få fremlagt dokumenter som inneholder forretningshemmeligheter. Dersom oppdragsgiver mener at noe utgjør forretningshemmeligheter, kan dette dermed kun kreves fremlagt etter at departementet (FAD) har samtykket. Nemnden som fatter avgjørelsen i saken, kan så overprøve dette. Dette er samme system som for domstolene og følger av at klagenemndsforskriften viser til tvisteloven. Advokatforeningen kan ikke se at det ikke skulle være mulig å håndtere skjermingsverdige informasjonen innenfor forsvars- og sikkerhetssektoren på tilsvarende måte.

### 3.10 Forskriften del III om underleveranser

Direktivet inneholder flere og mer detaljerte bestemmelser om underleveranser enn hva som følger av direktivet for klassisk sektor. Advokatforeningen støtter departementets forslag om å plassere bestemmelsene om underleveranser i en egen del. Plasseringen i forskriften vil etter Advokatforeningens syn bidra til å understreke at konkurranseforholdet mellom leverandør og underleverandør som utgangspunkt er mellom to private parter.

En av de mest markante endringene er at oppdragsgiver kan kreve at leverandøren setter inntil 30 % av kontraktens verdi ut på konkurranse og at kontrakter om underleveranser skal kunngjøres på TED og at konkurransen for øvrig skal skje i samsvar med EØS-avtalens grunnleggende prinsipper. De nye reglene om underleveranser kan etter Advokatforeningens syn bli oppfattet av industrien som inngripende i private parters forretningsforhold. Samtidig mener Advokatforeningen at disse reglene kan bidra til å åpne forsvars- og sikkerhetsmarkedet i EØS-området i tråd med direktivets formål.

### 3.11 Økonomiske og administrative konsekvenser

Klagenemnda for offentlige anskaffelser og domstolene vil måtte påregne økt sakstilfang etter at det nye regelverket er trådt i kraft. Departementet forventer ikke signifikante administrative endringer eller sakskostnader som følge av dette. Advokatforeningen mener at det økte sakstilfanget vil innebære en økt belastning på KOFA, som allerede har svært lang saksbehandlingstid. Den lange saksbehandlingstiden i KOFA svekker nemndens praktiske betydning som et effektivt tvisteløsningsorgan. Den foreslåtte forskriften vil etter Advokatforeningens syn bidra til å forsterke dette problemet, som vel først og fremst har sammenheng med hvilke ressurser sekretariatet tildeles.

Hvis nemnda tilføres tilstrekkelige ressurser burde dette således ikke være et reelt problem.

Vennlig hilsen

Erik Keiserud  
leder

Merete Smith  
generalsekretær