



# FORSVARET

Forsvarets logistikkorganisasjon

1 av 4

Vår saksbehandler  
Avddir Lars Hansen, lhansen@mil.no  
+47 67 86 37 51, 0515 3751  
FLO/INVSTAB

Vår dato Vår referanse  
2012-01-08 2012/044572-005/FORSVARET/ 720

Tidligere dato Tidligere referanse  
2012-11-14 2006/04015-129

## Til

Forsvarsdepartementet  
Postboks 8126 Dep  
0032 OSLO

## Kopi til

FLO/STAB  
FST/Org  
FLO/FLO INVSTAB/Morten Jacobsen

FORSVARSDEPARTEMENTET	
SAKNR: 06 04015-155	
09 JAN 2013	
ARKBET: 731.0 ~ pmp	
KASSERES 5 ÅR	
KASSERES 30 ÅR	
BEVARS	

## Høringsuttalelse - Forslag til ny forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser

### 1 Bakgrunn

Forsvarets logistikkorganisasjon (FLO) er bedt om å inngi høringsuttalelse til Forsvarsdepartementet på forslag til ny forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Departementets høringsfrist er 8. januar 2013. Dette er FLO sin høringsuttalelse til Forsvarsdepartementet.

### 2 Drøfting – vurdering av forslaget

#### 2.1 Endring i Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) § 1-3 (2) bokstav a

FLO mener at forslaget til ny første setning vil innebære en forenkling i forhold til dagens regelverk, og støtter forslaget om kun å innta en henvisning til EØS-avtalen artikkel 123 og den nye forskriften om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA).

FLO mener at forslaget til ny andre setning må forkastes. Setningen er overflødig i den grad den kun viser til kontrakter som kan unntas etter første setning. I den grad den viser til kontrakter som ikke kan unntas etter første setning, vil den innebære en dramatisk og utilsiktet uthuling av regelverket.

#### 2.2 Innføring av ny Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA)

FLO legger til grunn at det er tilsiktet og ønsket fra departementets side å innføre et nytt tredje regelverk for offentlige anskaffelser i forsvarssektoren ved siden av FOA og Anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren (ARF), jf. høringsnotatet side 8. Det legges til grunn at konsekvensene av ytterligere differensiering av regelverk er vurdert, herunder et alternativ hvor de særegne tilpassinger i FOSA ble implementert som et nytt kapittel i FOA del IV. I det følgende vil dette spørsmålet derfor ikke bli nærmere kommentert. Vi vil kun kommentere det fremlagte forslaget til ny forskrift.

#### 2.3 Ny FOSA § 1-3 – generelle innspill

Etter det nye regelverket vil FOSA § 1-3 første ledd positivt regulere hva som faller inn under FOSA og negativt regulere hva som faller inn under FOA. FOSA § 1-3 annet og tredje ledd regulerer hva som likevel faller utenfor FOSA og derfor faller inn under ARF.

Postadresse  
Oslo mil/Akershus  
0015 OSLO

Besøksadresse  
Kolsås leir  
Rødskiferveien 20

Sivil telefon/telefaks  
/

Militær telefon/telefaks  
0510 - 8702/8700

Epost/ Internett  
postmottak@mil.no  
www.forsvaret.no

Vedlegg

Organisasjonsnummer  
NO 986 105 174 MVA

FLO mener at bestemmelsen, slik den er foreslått utformet, etterlater betydelig tvil om hvilke kontrakter som skal reguleres av den nye forskriften, og hvilke som faller inn under FOA og ARF. Dagens uklare grense mellom hva som faller inn under FOA og hva som kan unntas fra "det klassiske regelverket" blir etter vårt syn ikke mindre uklart.

Grovt sett vil FOA gjelde alt som ikke er positivt unntatt. For å avgjøre hvilket regelverk som skal benyttes må brukeren først finne ut om det i det konkrete tilfellet gjelder et unntak fra FOA.

FOA § 1-3 annet og tredje ledd stiller opp en rekke unntak, herunder vil endret § 1-3 annet ledd bokstav a inneholde en henvisning til EØS-avtalen artikkel 123 og FOSA § 1-3. FOSA § 1-3 første ledd stiller da opp flere slike unntak. Alt som omfattes av FOSA § 1-3 første ledd er unntatt fra FOA.

Brukeren må deretter vurdere om det i det konkrete tilfellet gjelder et unntak fra FOSA.

FOSA § 1-3 annet og tredje ledd stiller opp en rekke unntak. Unntakene er i stor grad sammenfallende med unntakene i FOA § 1-3 annet og tredje ledd. Hvor vidt ulikhetene er tilsiktet fremstår som uklart. Dersom det gjelder et unntak skal anskaffelsen behandles etter ARF i sin helhet. Dersom det ikke gjelder et unntak, skal den behandles etter FOSA med utfyllende interne saksbehandlingsregler i ARF.

Denne komplekse reguleringsteknikken er lite pedagogisk og brukervennlig.

Etter en gjennomgang av FOSA § 1-3 første ledd sammenholdt med annet og tredje ledd kan det uansett synes som om anvendelsesområdet for FOSA er snevert. FOSA vil ikke gjelde for anskaffelser av forsvarsmateriell da det i definisjonen av dette begrepet (jf FOSA § 4-1) er benyttet samme formulering som i EØS-avtalen artikkel 123. Slike kontrakter er unntatt fra FOSA, jf. Utkastet § 1-3 annet ledd bokstav a, og skal behandles under ARF. Det man synes å sitte igjen med er hovedsaklig

- levering av gradert materiell (som ikke er forsvarsmateriell jf. EØS 123 bokstav b)
- noen typer tjenestekjøp (som ikke vil medføre spredning av opplysninger i strid med vesentlige sikkerhetsinteresser jf. EØS 123 bokstav a)
- bygge- og anleggsarbeider til spesifikke forsvarsformål
- bygge- og anleggsarbeider som har direkte sammenheng med levering av forsvarsmateriell og gradert materiell

Departementet bør for det første vurdere om det har vært tilsiktet å gi FOSA så begrenset anvendelsesområde. FLO vurderer den forskjell som er mellom EØS artikkel 123 og EF-traktatens artikkel 346 (jf høringsskrivets side 17) som en av hovedgrunnene til at det synes slik at den nye forskriften vil få svært begrenset anvendelsesområde.

Departementet bør for det andre vurdere om det ikke hadde vært mer pedagogisk og brukervennlig positivt å angi hva forskriften omfatter.

Departementet bør for det tredje under enhver omstendighet søke å angi mer presist hva som omfattes av forskriften og hva som ikke gjør det. Faren for bruk av "galt" regelverk er stor allerede i dag. Den nye forskriften synes å ville øke denne faren.

#### **2.4 Ny FOSA § 1-3 – konkrete innspill til forskriftsteksten**

FLO mener at FOSA § 1-3 første ledd bokstav c er svært uheldig utformet. Bestemmelsen regulerer en rekke ulike situasjoner, og må deles opp for at dette skal komme tydelig frem.

Videre må det føyes til en "r" til ordet "vare". Begrepet "i henhold" er brukt feil og kan for eksempel erstattes av "nevnt i".

---

FOSA § 1-3 annet ledd bokstav c første setning er også uheldig utformet. Siste del av setningen synes ikke å gi noen mening. I tillegg skal komma byttes ut med punktum etter andre setning.

FOSA § 1-3 tredje ledd bokstav b avviker fra tilsvarende bestemmelse i FOA, og inneholder en formulering som åpner for tolkning. Departementet bør vurdere om det er ønskelig å presisere nærmere hva som ligger i formuleringen "*anskaffelser gjort for organisasjonen*".

#### **2.5 Ny FOSA § 1-4**

FOSA § 1-4 første ledd er uklart formulert. Det er rom for tvil om hvilken forskrift begrepet "*denne forskriften*" (andre gang begrepet brukes) viser tilbake til. Begrepet "*saklige grunner*" er dårlig lovspråk og gir videre brukeren liten veiledning.

FOSA § 1-4 tredje ledd er uklart formulert. Det fremgår ikke klart hva bestemmelsen regulerer.

#### **2.6 Ny FOSA § 4-1**

FOSA § 4-1 bokstav o mangler begrepet "*levetid*" kursivering.

#### **2.7 Ny FOSA § 5-1/5-2**

Fra et rent praktisk ståsted fremstår det som svært lite sannsynlig at prosedyren konkurransepreget dialog vil bli benyttet der anskaffelsen er regulert av FOSA, gitt at oppdragsiver står fritt til å velge konkurranse med forhandling etter forutgående kunngjøring. Denne prosedyren (konkurransepreget dialog) kan således om mulig tas ut av FOSA.

#### **2.8 Ny FOSA § 12-1 tredje ledd**

Det må settes inn et mellomrom mellom ordene "*rettes*" og "*dersom*".

#### **2.9 Ny FOSA § 13-3 annet ledd**

Det må slettes en "-" etter ordet "*leverandører*." i første setning.

#### **2.10 Ny FOSA §§ 14-1 til 14-3**

Departementet bør vurdere om bestemmelsene er i tråd med håndhevelsesdirektivet eller om utkastet til ny FOSA er strengere enn det som skal til for å oppfylle direktivet (overoppfyllelse). Det vises til § 14-1 fjerde ledd, § 14-2 første ledd og 14-3 tredje ledd.

#### **2.11 Ny FOSA § 15-2**

FOSA § 15-2 tredje ledd inneholder en formaterings-/tegnfeil idet anførselstegn er byttet om med en klamme.

#### **2.12 Ny FOSA kapittel 15**

Forskriften tilrettelegger for atskillig mer detaljerte regulering av underleveranser ved offentlige anskaffelser enn hva som er tilfelle under både FOA og ARF.

FLO stiller spørsmål ved hvorvidt en slik regulering i lys av foreliggende erfaring fremstår som hensiktsmessig - og videre hvorvidt den er i overensstemmelse med forskriftens formål (§1-1) med hensyn til å "tilsikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser".

Regulering av underleveranser er inntatt i § 15-1 til 15-4. Som grunnlag for inntatt regulering, viser departementet i foreliggende høringsnotat (pkt 4.4) til at "Direktivet inneholder flere og mer detaljerte bestemmelser om underleveranser enn hva som følger av direktivet for klassisk sektor", og videre "Departementet foreslår å plassere bestemmelsene om underleveranser i en egen del, med enkelte unntak".

Slik dette fremstår, kan Direktivet oppfattes å inneholde krav til implementering i nasjonal rett av de nå inntatte bestemmelser.

Direktivet inneholder bestemmelser om underleveranser i Art 21 og 50-54.

Etter direktivets forarbeider, slik fremgår i foreliggende EU "Guidance Note - Subcontracting" til Direktivet, fremgår imidlertid at omfanget av slik detaljregulering i en viss utstrekning ("Option" C og D) er overlatt til den enkelte nasjons beslutning hva angår Art. 21-3 og 4.

Det foreligger således en adgang til å stille spørsmål ved hvorvidt foreliggende regulering (hybrid av "Option" B og C) i tilstrekkelig grad ivaretar de hensyn oppdragsgiver helhetlig er satt til å ivareta. Utover § 15- 1, slik denne bestemmelsen naturlig inngår i foreliggende praksis, pekes her på at en slik detalj regulering som videre er tilrettelagt for i 15-2 til 15-4 vil kunne medføre et antall uønskede konsekvenser - herunder:

- Påregnelig uensartet praksis i forvaltningen - med følger for likhet og forutsigbarhet i markedet
- Tidsmessig forlenget anskaffelses fase med tilhørende økt ressursforbruk for oppdragsgiver
- Grunnlag for uklarhet mht ansvarsforhold. Både med hensyn til ansvarsfordeling mellom oppdragsgiver – hovedleverandør – underleverandør og hvilke forpliktelser oppdragsgiver får med hensyn til hovedleverandørens etterfølgelse av § 15-3. (Dette på tross av reguleringen i § 15-2 femte ledd.)

En kan fra høringsnotatet ikke se at den valgte regulering fra departementets side på dette grunnlag har vektlagt tilstrekkelig de konsekvenser som her er nevnt - verken opp mot forskriftens målsetning mht ressursanvendelse, eller på grunnlag av foreliggende praksis.

Etter gjennomgang av Kap. 15 i utkast til forskrift, er det FLOs oppfatning at foreslått regulering ikke fremstår som formålstjenlig, og på bakgrunn av ovenstående vil være hensiktsmessig å revurdere implementering av Direktivets art 21 – 3 og 4 slik disse er inntatt forskriftens Kap. 15.

### **3 Konklusjon**

Utover de konkrete lovtekniske og språklige innspill, er det sentrale i FLOs høringsuttalelse at FOSA synes å få et begrenset anvendelsesområde og at grensen mellom FOA, FOSA og ARF synes å (for)bli uklar. Departementet bør forsøke å angi mer presist hva som omfattes av forskriften og hva som ikke gjør det. Faren for bruk av "galt" regelverk er stor allerede i dag. Den nye forskriften synes å ville øke denne faren. Departementet bør vurdere om det ikke hadde vært mer pedagogisk og brukervennlig positivt å angi hva forskriften omfatter. I tillegg stiller FLO spørsmål ved hensiktsmessigheten av reglene som foreslås inntatt FOSA kapittel 15.

Lars Hansen (ef)  
Avdelingsdirektør  
Merkantilt fagansvarlig

---