

FORSVARSDEPARTEMENTET	
SAKNR. 06/04015-137	
08 JAN 2013	
ARKBET:	731.0-spm
KASSERES 5 ÅR	x
KASSERES 30 ÅR	
BEVARES	

Bech, Kristin Solberg

Fra: Thomas Bones <thomas.bones@forsvarsbygg.no>
Sendt: 8. januar 2013 12:05
Til: Postmottak FD
Emne: Elektronisk oversendelse fra Forsvarsbygg
Vedlegg: Forslag til ny forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser - kommentarer fra Forsvarsbygg.pdf

Vår ref.: 2012/5346

Vedlagt følger brev fra Forsvarsbygg. Brevet sendes i de fleste tilfeller elektronisk uten underskrift og skal betraktes som et originalt dokument. Papirdokument vil ikke bli ettersendt. Oversendelsesbrevet er i PDF/A-format og for å lese dokumentet forutsettes det at Acrobat Reader 5.0 eller høyere er installert. Programmet kan lastes ned gratis fra www.adobe.com

Vennlig hilsen
Thomas Bones

e-post: thomas.bones@forsvarsbygg.no

Vår saksbehandler
Thomas Bones 99223867

Vår dato
08.01.2013

Tidligere dato
14.11.2012

Vår referanse
2012/5346-2/310

Tidligere referanse
2006/04015-129/FD I
4/ART

Til
Forsvarsdepartementet
Postboks 8126 Dep
0032 OSLO

Forslag til ny forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser - kommentarer fra Forsvarsbygg

1. Innledning

Det vises til Forsvarsdepartementets skriv av 14. november 2012 hvor det bes om uttalelser til forslag om ny forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

I det følgende gis Forsvarsbyggs kommentarer til høringsforslaget.

2. Kommentarer av generell karakter

Forsvarsbygg vil innledningsvis si oss fornøyd med at man på flere områder har valgt og ikke gi strengere regler enn hva som følger av direktivet, for eksempel at det ikke innføres nasjonal terskelverdi for kunngjøringer.

Videre synes vi det er fornuftig at man forsøker å ha stor grad av «slektskap» mellom den nye og øvrige forskrifter. Som det fremgår av kommentarene nedenfor, stiller vi spørsmål om man ikke burde se litt nærmere på strukturen/rekkefølgen på noen av bestemmelsene i den nye forskriften. Dette henger sammen med at anskaffelser etter den nye forskriften, i motsetning til de øvrige forskriftene, alltid skal gjennomføres med en prekvalifisering før tilbudene leveres inn. Det som kan fremstå som riktig kronologi etter FOA, vil ikke være det etter det nye forslaget.

3. Kommentarer til anvendelsesområdet

Den nye forskriften om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser er hjemlet i lov om offentlige anskaffelser. Dette medfører at forskriften sidestilles med de to andre forskriftene som gjelder fra før; FOA og forsyningsforskriften. Sammenhengen og grensesnittet mellom forskriftene vil kunne bli viktig, kanskje spesielt siden den nye forskriften på flere sentrale punkter har lempeligere regulering enn FOA.

Hver av disse forskriftene har egne håndhevelsesbestemmelser, herunder om hva som anses som ulovlig direkte anskaffelse og konsekvensene av dette. En ulovlig direkte anskaffelse er definert som

Postadresse
Postboks 405
Sentrum
0103 Oslo

Fakturaadresse
Fakturasenteret
Postboks 4394
2308 Hamar

Telefon
815 70 400
Telefaks
23 09 78 03

E-postadresse
post@forsvarsbygg.no
Internett
www.forsvarsbygg.no

Org. nr.
975 950 662
Bankkonto
4714 10 00280

en anskaffelse som i strid med kunngjøringsreglene (i den enkelte forskrift) ikke har vært kunngjort. Dette vil etter Forsvarsbyggs syn kunne medføre at en kunngjøring etter den nye forskriften vil kunne medføre en ulovlig direkte anskaffelse etter FOA, dersom man feiltolket anvendelsesområdet til forskriftene. Til tross for at anskaffelsen er kunngjort i Doffin og TED, risikerer man altså dette alvorlige regelbruddet. Dette anses som svært uheldig.

Forsvarsbygg antar at det i praksis ofte vil oppstå tolkningstvil om når den nye forskriften kan/skal anvendes. Forskriften vil ha grensesnitt mot de anskaffelser som kan unntas i medhold av EØS avtalens art 123, og mot de vanlige anskaffelsene som følger FOA.

Etter sin ordlyd vil den nye forskriften være anvendelig i ganske mange tilfeller, ettersom den generelt gjelder for anskaffelser som inneholder eller krever behandling av gradert informasjon. Svært ofte vil dette være tilfelle i Forsvarsbyggs anskaffelser:

- Informasjon om det som anskaffes er gradert i seg selv (ikke så vanlig)
- Det som produseres/utvikles blir gradert (ganske vanlig)
- Gjennomføring av ugraderte arbeider krever tilgang til graderte lokasjoner (svært ofte)

Den nye forskriften vil på grunn av dens lempeligere regler kunne fremstå som et unntak fra «hovedforskriften» FOA. Unntak skal normalt tolkes snevert, og bevisbyrden for anvendeligheten av unntaket påligger oppdragsgiver. Forsvarsbygg er derfor usikker på den faktiske rekkevidden av anvendelsesområdet til forskriften.

Det viktigste for Forsvarsbygg er ikke å kunne benytte den nye forskriften så ofte som mulig, men at man skal være trygg på at man benytter det riktige regelverket. Vi mener at regelgiver må tydeliggjøre anvendelsesområdet til hhv den nye forskriften opp mot FOA. Som påpekt ovenfor kan man i dag tolke reglene slik at man begår en ulovlig direkte anskaffelse selv om konkurransen er kunngjort i TED. Fortrinnsvis bør denne avklaringen skje direkte i regelverket, men i alle fall bør dette kommenteres i en veileder til den nye forskriften.

- En nærmere forklaring på virkeområdet til den nye forskriften
- Det må fremgå at man alltid kan benytte FOA (selv om man er innenfor anvendelsesområdet til nye forskriften)

En viktig faktor ved gjennomføring av graderte anskaffelser er tidsperspektivet. Forsvarsbyggs anskaffelsesvirksomhet er i stor grad underlagt fremdriftskrav, og skal man kunne planlegge i forhold til fremdriftskravene må man vite forholdsvis nøyaktig hvordan klareringsprosessen skal gjennomføres og hvor lang tid det vil ta. Ved forespørsler eller tilbud fra norske leverandører med norske ansatte er dette kurant. Forsvarsbygg opererer imidlertid i en bransje med utstrakt bruk av utenlandsk arbeidskraft, og vi ser også tendenser til at utenlandske rådgivningsfirma ønsker å delta i våre prosjekter. Forsvarsbygg har forstått det slik at klareringsprosessene skal gå relativt raskt overfor stater som Norge har sikkerhetsavtale med. Vi vil derfor benytte anledningen til å be departementet vurdere å innta informasjon om slike klareringsprosesser dersom man skal utarbeide informasjonsmaterieill knyttet til den nye forskriften.

4. Kommentaar til de enkelte bestemmelser

§ 1-3 (1)

Bestemmelsen angir virkeområdet til forskriften. I innledningen til oppstillingen er det tilsynelatende to kumulative hovedvilkår for at forskriften skal få anvendelse:

«Denne forskrift får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter som inngås på forsvars- og sikkerhetsområdet og som gjelder:

a. – e.»

Forsvarsbygg antar ut fra sammenhengen at begrepet «forsvars- og sikkerhetsområdet» ikke er ment som et eget selvstendig vilkår for anvendelse av forskriften, det er jo nettopp oppstillingen i bokstavene a – e som angir hva som kjennetegner anskaffelser innenfor forsvars- og sikkerhetsområdet. For å fjerne denne uklarheten, foreslår Forsvarsbygg at innledningen i bestemmelsen formuleres slik:

«Denne forskrift får anvendelse på tildeling av offentlige kontrakter som gjelder:»

§ 1-3 (1) d

Bestemmelsen omtaler bygge- og anleggsarbeider og tjenester til «spesifikke forsvarsformål». Begrepet er ikke definert, og Forsvarsbygg er usikker på hva som ligger i den kvalifiserende terskelen «spesifikke». Kan dette ordet like gjerne tas bort? Alternativt kunne man kanskje legge inn en definisjon av slike arbeider/tjenester, slik det er gjort for forsvarsmateriell?

§ 1-4 (1)

Språklig ville det være bedre om bestemmelsen endres slik:

«En kontrakt som ~~både~~ delvis faller innunder denne forskriftens anvendelsesområde, og delvis...»

§ 1-4 (3)

Bestemmelsen har en merkelig utforming. Litt omformulert står det at man ikke skal tildele en kontrakt i den hensikt å unnta denne kontrakten fra regelverket. Det er vanskelig å forstå hva som er tilsiktet med bestemmelsen. Forsvarsbygg forstår behovet for å ha slike «misbrukbestemmelser», men mener dette ivaretas av forslaget § 2-3 (3) og (4) og § 3-1 (3). Vi anbefaler at man ser nærmere på bestemmelsen, eventuelt at det gis en nærmere forklaring i en veileder.

§ 3-15

Siste setning har en noe avvikende ordlyd fra tilsvarende bestemmelse i FOA § 3-7, mens forsyningsforskriften ikke har noen regulering av dette. Forsvarsbygg er usikker på om siste setning er treffende. Habilitetsreglene i forvaltningsloven vil svært sjeldent være direkte anvendelige i anskaffelsesprosesser, uansett om oppdragsgiveren som sådan er et offentlig forvaltningsorgan eller ikke. Årsaken til dette er at beslutningene i anskaffelsesprosessene anses å skje i kraft av organets private autonomi, og innebærer derfor at det ikke treffes enkeltvedtak. Forsvarsbygg mener at formuleringen i FOA § 3-7 er bedre.

§ 3-16

I første setning refereres det til Nasjonal sikkerhetsmyndighet. Det skal ikke være stor bokstav slik det står i denne sammenhengen.

Kap 8

Ettersom forskriften utelukkende åpner for konkurranser med prekvalifisering kan man stille spørsmål om ikke rekkefølgen på bestemmelsene i kap 8 bør endres. Kronologisk kommer kvalifikasjonskravene mv. først, og deretter ferdigstilles og sendes konkurransegrunnlaget ut. Dette kan tilsi at §§ 8-1 til 8-3 bør flyttes til slutten av kap 8.

§ 11-1

Bestemmelsen er formulert likt som FOA § 20-1. Etter Forsvarsbyggs syn er denne formuleringen litt misvisende i den nye forskriften ettersom alle konkurranser skal inneholde prekvalifisering. Hele bestemmelsen kan antagelig fjernes uten at dette får konsekvenser. Alternativt foreslås følgende formulering:

«Blant de leverandørene som ikke er avvist, skal kontrakt tildeles på grunnlag av kriterier fastlagt etter § 13-2 (kriterier for valg av tilbud).»

§ 11-12

Bestemmelsen har en litt uheldig plassering ettersom avvisning på grunn av forhold ved leverandøren etter forskriften alltid skal skje før innlevering av tilbudet. Det er ikke helt enkelt å fastslå hvordan dette best bør plasseres uten at man foretar en litt større omstrukturering av bestemmelsene i forskriften.

§ 12-3 og 12-4

Uheldig plassering av bestemmelsene. Bør kunne flyttes til kap 8 hvor selve kravene fremgår.

§ 13-3 (2)

Det har sneket seg inn en bindestrek og et komma som ikke skal være der.

§ 16-2

Det foreslås nye overgangsregler som er relativt mye mer detaljert enn hva som for eksempel gjelder for endringene i forbindelse med innføringen av håndhevelsesdirektivet. Forsvarsbygg ser ikke at den nye forskriften etter sitt innhold skulle tilsi en mer utfyllende regulering av overgangsbestemmelser enn det som gjelder for håndhevelsesbestemmelsene. De foreslåtte bestemmelsene er også litt uheldig utformet. Spesielt gjelder dette bestemmelsen i fjerde ledd, den åpner for skjønn/bevisførsel i forhold til hva som anses som en «forespørsel ... om å tilkjenne interesse eller inngi tilbud». Forsvarsbygg ønsker derfor at man heller innfører regler som tilsvarer overgangsreglene til håndhevelsesbestemmelsene.

Thomas Bones

Leder for futura advokatene i Forsvarsbygg

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og derfor ikke signert.
