

Forsvarsdepartementet  
Postboks 8126, dep.  
0032 OSLO

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

Vår ref.:  
TSV

Sted/dato:  
Oslo, 8. januar 2013

FORSVARSDEPARTEMENTET	
SAKNR.:	106/04015-162
14 JAN 2013	
ARKIVET:	731.0-50mg
REVISJONS 5 ÅR	
REVISJONS 2 ÅR	
REVISJONS 1 ÅR	

## HØRING – FORSLAG TIL NY FORSKRIFT OM FORSVARS- OG SIKKERHETSANSKAFFELSER

### 1. Innledning

Forsvars- og sikkerhetsindustriens forening (FSi) viser til FDs brev av 14. november 2012 vedrørende ny forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

### 2. Bakgrunn

Forskriften gjennomfører Europaparlamentets og rådets direktiv 2009/81/EF. Hensikten med direktivet er bl.a. å bidra til et mer åpent og transparent indre marked for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser og en mer konkurransedyktig europeisk forsvarsindustri. FSi er grunnleggende positiv til dette. Norsk forsvarsindustri eksporterer mer enn 50% av sin samlede omsetning og de store aktørene har en eksportandel på mer enn 80% av omsetningen. Derfor er markedsadgang internasjonalt avgjørende for fortsatt vekst, teknologiutvikling og arbeidsplasser i forsvarsindustrien. Det norske forsvarsmarkedet er allerede et av de mest åpne i verden og materiell og systemer til Forsvaret blir, for det meste, anskaffet fra utenlandske leverandører.

### 3. Utviklingstrekk i forsvarsmarkedet

Forsvarsmarkedet er av mange og gode grunner kraftig regulert på nasjonalt nivå og dette vil ikke opphøre som følge av et EU-direktiv. I kjølvannet av den globale finanskrisen er forsvarsbudsjettene på vei ned i mange land der norsk forsvarsindustri tradisjonelt har levert sine produkter og systemer. Det fører til økende proteksjonisme på forsvarsområdet både i de store europeiske nasjonene og i USA. Dette gjør det enda mer krevende å få innpass i markedene hos våre europeiske allierte.

Etableringen av et åpent marked der alle leverandører opplever at rammebetingelsene er likeverdige er derfor en langvarig og meget krevende prosess, der det endelige utfallet er høyst usikkert. Dette skyldes ikke minst at forsvarsanskaffelser og finansieringen av disse i overskuelig fremtid vil forbli et nasjonalt anliggende også i Europa. Direktivet inneholder en rekke

NÆRINGSLEVETS HOVEDORGANISASJON CONFEDERATION OF NORWEGIAN ENTERPRISE

Postadresse Postal Address  
Postboks 5250 Majorstuen  
NO-0303 OSLO  
NORWAY

Besøksadresse Visiting Address  
Essendropsgate 3, Majorstuen  
NO-0368 OSLO  
NORWAY

Telefon Telephone  
+47 23 08 82 37

E-post E-mail  
fsi@nho.no  
Internett Internet  
www.fsi.no

unntaksbestemmelser som gjør det mulig, først og fremst for de store EU-nasjonene, å styre anskaffelser til nasjonal industri. Nesten ett og et halvt år etter at fristen for å implementere direktivet i nasjonal rett internt i EU utløp, er det i svært liten grad registrert endringer i de europeiske nasjonenes anskaffelsespraksis som indikerer at utviklingen går i retning av mer transparente og åpne markeder. For norsk forsvarsindustri er utfordringene i forhold markedsadgang minst like store som før direktivet trådte i kraft.

#### **4. Betydningen av en nasjonal forsvarsindustri**

I Stortingsmelding nr. 38 (2006-2007), «Forsvaret og industrien - Strategiske Partnere», la regjeringen frem en strategi for samarbeid mellom norsk industri og Forsvaret.

Prop. 1 S (2011-2012) viderefører målsettingene og ambisjonsnivået som ble etablert i St. meld. Nr. 38 (2006-2007) og det legges til grunn at samarbeidet, basert på Forsvarets behov, fortsatt skal styrkes. Det presiseres at utviklingen av det industrielle samarbeidet også skal ses i lys av behovet for å ivareta nasjonal forsynings- og informasjonssikkerhet og at regjeringen vil at industrielt samarbeid ved kjøp fra utenlandske leverandører fortsatt skal bidra til å understøtte Forsvarets materiellbehov ved at industriens muligheter til å delta i internasjonalt materiellsamarbeid styrkes og at norsk industri blir satt best mulig i stand til å levere materiell og tjenester til Forsvaret. Det gis videre uttrykk for at regjeringens syn er at en høykompetent forsvars- og sikkerhetsindustri i Norge gir viktige bidrag til nasjonal sikkerhet og at det på denne bakgrunn er viktig å satse videre på nært samarbeid mellom forsvarssektoren og industrien. FSi legger til grunn at dette ligger fast også etter at forskriften har trådt i kraft.

Etter hvert som Forsvarets behov for kompetanse og teknologi blir større, og det er et økende press på å utnytte ressursene mer effektivt for å kunne realisere de operative kapasiteter som Forsvaret skal levere, øker behovet for et nasjonalt industrielt miljø som kan understøtte Forsvaret med systemer, materiell og tjenester. Et tett samarbeid med industrien i alle faser av Forsvarets materiellprosjekter er et viktig og egnet virkemiddel for å sikre nødvendig tilgang på kompetanse. Det er derfor avgjørende viktig at slikt samarbeid kan videreføres også etter at forskriften har trådt i kraft. Det er av svært stor betydning for norsk forsvarsindustri og en forutsetning for at Forsvaret også i fremtiden skal kunne nyttiggjøre seg nasjonal industriell kompetanse.

#### **5. Unntak fra forskriften**

FSi viser til at EØS avtalens art. 123 ikke endres som følge av at EU-direktiv 2009/81/EF trer i kraft. Vi legger derfor til grunn at norske myndigheter også etter at forskriften trer i kraft vil gjøre bruk av unntaksbestemmelsene i art. 123 for å iverksette nødvendige tiltak for å sikre at en høykompetent forsvars- og sikkerhetsindustri i Norge kan gi viktige bidrag til nasjonal sikkerhet også i fremtiden. I denne sammenheng mener vi det er helt avgjørende at unntaksbestemmelsene i EØS-avtalens art. 123 fortsatt aktivt brukes for å ivareta dette hensynet, og at Norge ikke legger til grunn en mer restriktiv praksis enn det

EUs medlemsnasjoner legger til grunn ved praktiseringen av Lisboa-traktatens art. 346.

Dersom et nasjonalt industrielt kompetansemiljø innenfor de syv prioriterte teknologiområdene som ble presentert i Prop. 1. S (2011-12) som et fundament for det fremtidige samarbeidet mellom industrien og Forsvaret, også innenfor direktivets rammer, skal kunne opprettholdes, må det gjøres unntak fra direktivets bestemmelser av hensyn til nasjonale sikkerhetsbehov, i første rekke ifm. forsynings- og informasjonssikkerhet i kraft av EØS-avtalens artikkel 123. I tillegg gir direktivet fleksibilitet i den forstand at det er adgang til å stille begrensende krav knyttet til forsynings- og informasjonssikkerhet for anskaffelser som vil måtte foretas under direktivet.

## **6. Bruk av industrisamarbeidsavtaler (Gjenkjøp) ved fremtidige forsvarsanskaffelser fra utlandet.**

Gjennom mer enn 30 år har industrielle samarbeidsavtaler ved anskaffelser til Forsvaret fra utenlandske leverandører vært helt avgjørende for å sikre norsk industri internasjonal markedsadgang og tilgang til teknologi. Dette har vært et sentralt virkemiddel for å etablere og utvikle den høykompetente forsvars- og sikkerhetsindustrien i Norge som regjeringen i Prop. 1. S (2011-2012) uttrykker at gir viktige bidrag til nasjonal sikkerhet.

I høringsnotatet fremgår det at: *"Det legges derfor til grunn at norske myndigheter ikke vil kunne kreve gjenkjøp fra leverandører hjemmehørende i EØS-stater for anskaffelser som foretas under forskriften."*

FSi viser til at direktivet ikke eksplisitt omtaler industrisamarbeidsavtaler eller gjenkjøpsavtaler og så langt er det svært forskjellig praksis internt i EU på dette området. Det finnes flere eksempler på at EU-land stiller krav om industrisamarbeidsavtaler for anskaffelser som gjennomføres under direktivet.

Direktivets virkeområde er begrenset til EU/EØS. FSi legger derfor til grunn at for anskaffelser som gjennomføres under direktivet, der den valgte leverandør er hjemmehørende utenfor EØS-området, vil det også etter at forskriften har trådt i kraft, bli stillet krav om industrisamarbeidsavtale i samsvar med bestemmelsene for dette i Anskaffelsesregelverk for Forsvarssektoren (ARF).

## **7. Merknader til forskriften**

FOSA bærer preg av å være et godt gjennomarbeidet forskriftsverk i tråd med Direktiv 2009/81/EF som Norge er forpliktet til å implementere i nasjonal rett. FSi's kommentarer til forskriften følger av vedlegget.

Som det fremgår av vedlegget er foreningen betenkt i forhold til de praktiske konsekvensene av å implementere direktivets bestemmelser om Underleverandører, ref § 15-2 til 15-4, og det er vår oppfatning at disse bestemmelsene ikke bør implementeres i norsk rett.

Ut over dette har FSi kommentarer til håndteringen av forholdet til EØS avtalens art. 123 i forskriften og anskaffelser etter FOSA som ikke omfattes av Sikkerhetsloven.

## 8. Avslutning

FSi er prinsipielt positive til at Europaparlamentets og rådets direktiv 2009/81/EF implementeres i norsk rett. Det forutsetter imidlertid at det reelt fører til et mer åpent og transparent indre marked for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser, slik at norsk forsvarsindustri får markedsadgang i det europeiske forsvarsmarkedet på samme vilkår som andre leverandører hjemmehørende i EØS området.

Den videre utviklingen av norsk forsvarsindustri er avhengig av at Norge ved implementeringen ser hen til EU-nasjonenes praktiske implementering av direktivet, og ikke liberaliserer hurtigere enn det de store ledende EU-landene gjør.

En fortsatt aktiv forsvarsindustripolitikk, som sikrer at rammebetingelsene til vår nasjonale industri minst er like fordelaktige som de våre konkurrenter fra de store EU-landene har, er avgjørende viktig. Dette innebærer at norske myndigheter ikke gir opp eller renonserer på bruken av de virkemidlene som gir industrien tilgang til teknologi og markedsadgang, før norsk industri reelt får konkurrere på like vilkår i de store europeiske markedene. En hurtig liberalisering i Norge, uten at en tilsvarende utvikling finner sted i de store europeiske landene, vil føre til at norsk forsvarsindustris konkurransesituasjon i hjemmemarkedet forverres samtidig som markedsadgangen i de store europeiske nasjonene blir vesentlig dårligere. Det vil få som konsekvens redusert omsetning, dårligere lønnsomhet, færre arbeidsplasser og gjøre industrien dårligere i stand til å støtte Forsvarets virksomhet i fremtiden, slik det bl.a. legges opp til i FD's iverksettelsesbrev til forsvarssektoren for langtidsperioden 2013–2016.

Med vennlig hilsen  
Forsvars- og sikkerhetsindustriens forening (FSi)/NHO



Torbjørn Svensgård  
Administrerende direktør

Vedlegg.

## Vedlegg.

### **Forsvars- og sikkerhetsindustriens forening's merknader til forslag til ny forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser**

#### **1. Ad Underleverandører, ref § 15-2 til 15-4**

FD har her inntatt mulighet for at (§15-2);

*(1) Oppdragsgiver kan stille krav om at utvalgte leverandører bruker underleverandører på opptil 30 prosent av kontraktens verdi. Andelen skal omfatte et minimums- og maksimumsnivå. Ved fastsettelse av hvor stor andel av oppdraget som skal gå til underleverandører skal oppdragsgiver ta hensyn til anskaffelsens karakter og verdien av kontrakten og forholdene i den aktuelle industrisektoren, inkludert nivået på konkurransen i dette markedet og de relevante tekniske egenskapene til den industrielle base. Leverandører kan foreslå å bruke underleverandører på en større andel av kontrakten enn det oppdragsgiver krever.*

Videre følger det at;

*(4) Hvor oppdragsgiver stiller krav om underleveranse etter første ledd, kan oppdragsgiver stille krav om at leverandøren gjennomfører konkurranse i henhold til § 15-3 (gjennomføring av konkurransen). Oppdragsgiver kan kreve at kontrakter foreslått tildelt underleverandører etter § 15-1 (opplysninger om underleverandører i tilbudet) skal tildeles på tilsvarende måte.*

Det poengteres også at;

*(5) Kravene får ikke virkning for hovedleverandørens kontraktsansvar.*

Det følger av EU Direktiv 2009/81 at medlemsstatene selv bestemmer om de vil innføre ovennevnte krav om å kreve at tilbyder skal konkurranseutsette inntil 30 % av verdien av kontrakten. I Høringsnotatet sier FD (s 41) at;

*En av de mest markante endringene er at medlemslandene kan kreve/gi adgang for oppdragsgivere til å kreve at leverandøren setter inntil 30 % av kontraktens verdi ut på konkurranse. Departementet foreslår å gi oppdragsgiver denne muligheten, jf. § 15-2 første ledd.*

FSi er av den oppfatning at man i Norge ikke bør anvende seg av denne mulighet. Derfor bør det ikke tas inn i FOSA. Nedenfor vil vi kort redegjøre for FSi sine mest sentrale argumenter:

#### **1.1. Ønsket om at 30 % kravet skal erstatte bortfallet av gjenkjøp**

I utarbeidelsen av Direktivet ble kravet om å kreve konkurranseutsetting av tilbyders leverandørkjede fremsatt under det slovenske presidentskap (jan- jun 2008). I en periode var forslaget satt til et 100 % krav. Det er anført av Kommisjonen at denne mulighet er tatt inn for å kompensere for bortfallet av gjenkjøp, se Guidance Notes on Subcontracting, pkt 3;

*3. Hence, the Directive's provisions on subcontracting aim to inject competition into the supply chain of prime contractors. Many Member States have traditionally requested (sub)-contracting to their local defence companies as compensation for buying military*

*equipment from suppliers abroad. Offset arrangements have thus been used to give local industries access to other defence markets via the supply chain of foreign prime contractors. This practice, however, goes against the principle of non-discrimination and the basic freedoms of the Internal Market. Consequently, the Directive does not allow this practice, but fosters market access for SMEs throughout the entire European Union via competition in the supply chain.*

Det er tydelig at den politiske hensikten med bestemmelsen er å tvinge de store forsvarsleverandører til å åpne sine leverandørkjeder. Samtidig er det verdt å merke seg at verken selve Direktivet eller FOSA juridisk sett indikerer noen slike forutsetninger.

Samtidig har gjenkjøp hatt den store fordel at den diskriminerer til fordel for nasjonal industri der anskaffelsen foretas. Dette er i strid med EU-retten, og er derfor noe Kommisjonen vil avskaffe ved introduksjonen av Direktivet. Således er ønsket om å erstatte gjenkjøp med denne ordning lite hensiktsmessig i og med at tilbyder plikter å opptre som en offentlig anskaffer ved å utlyse konkurransen i hele EØS området på en ikke-diskriminerende måte, spesielt i forhold til nasjonalitet.

For å få tilgang til en stor tilbyders leverandørkjede, vil de nasjonale interesser sannsynligvis måtte bli delt med resten av EØS-området, noe vi anser som en uegnet erstatning for gjenkjøp.

### 1.2. Inngripen i leverandørens leveransekjede i det privatrettslige domene

En fundamental forskjell fra Direktiv 2004/18 som gjelder vanlige offentlige anskaffelser innenfor sivile sektorer, er at Direktiv 2009/81 griper inn i den private rettssfære og regulerer hvorledes tilbyder skal gjennomføre sine anskaffelser. Vi ser at dette skjer i forbindelser med at private selskaper får en monopolstilling, typisk ved fellesgoder som vann/energi/gjennvinning etc, og hvor den private aktøren agerer på vegne av det offentlige, ofte etter direktiv 2004/17 om forsyning.

Noen slike hensyn kan vi ikke se at gjør seg gjeldende her.

Tvert i mot ser vi store praktiske utfordringer knyttet til hvordan en tilbyder skal kunne bygge opp et tilbud som er bindende overfor forsvarssektoren, se nedenfor.

#### 1.2.1. Priser

Sentralt i ethvert tilbudsarbeid er å nedlegge store ressurser på å gjøre tilbudet konkurransedyktig. Dette gjelder ikke bare eget arbeid, men i like stor grad ens underleverandører. En vanlig tommelfingerregel i bransjen er at 50 % er inhouse mens resten kommer fra underleverandører. I denne prosessen er innhenting av priser, herunder prisforhandlinger, helt sentrale oppgaver. De priser som man innhenter fra underleverandører, er selvsagt betinget av sikkerhet for levering fra underleverandøren i tilfelle tilbyder skulle vinne kontrakten.

Hvis krav om 30 % konkurranseutsetting av underleverandører innføres, vil dette innebære en stor utfordring for tilbyder, som blir eksponert for en usikkerhet som i praksis utgjør inntil 30 % av kontraktens verdi. Usikkerheten skyldes at han hverken kan forutsi eller vite hvilke deler av leveransen som skal ut på ny internasjonal konkurranse. Konsekvensen er at det blir svært vanskelig for tilbyder å fremforhandle lave og faste priser til forsvarssektoren for den delen av anskaffelse, noe som er en klar ulempe for både tilbyder og forsvarssektor. Ulempen innebærer således at det blir dyrere, mer uforutsigbart, komplisert og tidkrevende å gjennomføre en anskaffelse. Basert på industriens erfaring med forsvarssektorens behov for faste priser (bruken av fastpriskontrakter er overveldende i forsvarssektoren), vil dette gjøre samhandlingen mellom forsvarssektoren og tilbyder svært utfordrende.

### 1.2.2. Gjennomføringstid

Etter en kontrakt er tildelt tilbyder, bør han snarest snu seg rundt for å konkurranseutsette på EØS- området de inntil 30 % som nå skal anskaffes. Vår erfaring er at ved tildeling av kontrakter fra forsvarssektoren, er tid ofte kritisk. Det er ikke rom for særlige forsinkelser. Ved å innføre dette kravet, vil man selvfølgelig måtte forholde seg til de tidsfrister som gjelder for EØS-området, noe som automatisk vil forsinke levering fra tilbyder med de tidsfrister som vil gjelde for den aktuelle anskaffelse.

I tillegg må det tas hensyn til at tilbyder vil trenge tid til å lage et tilbudsgrunnlag som tilfredsstillende alle forhold etter Direktiv 2009/81, og forsvarssektoren må legge til grunn at denne tiden ikke blir noe mindre enn tilsvarende anskaffelse som forsvarssektoren måtte gjennomføre. Videre skal det i ettertid lages en rangering som fremstår som robust, transparent og etterrettelig. Dette vil også ta tid.

Etter vårt skjønn medfører dette at det aktuelle prosjektet starter med omfattende usikkerhet som gjør det vanskelig å gi en fast milepælsplan før tilbyders konkurranse er gjennomført, noe som i beste fall kan ta 2-4 måneder, men også over 1 år. Vårt spørsmål er om dette er i industriens og forsvarssektorens interesse. Vi viser her til at for enhver tilbyder betyr lang tid i gjennomføring av anskaffelsen at det tar lang tid før betaling fra forsvarssektoren starter opp. Særlig ifm kompliserte utviklingskontrakter vil en leverandør måtte påregne store egne utlegg som kan være en utfordring.

I tillegg anfører FOSA § 15-2 (5) at kravene til tilbyder fra konkurransegrunnlaget ikke skal fravikes selv om han er pålagt å konkurranseutsette sine underleverandører, noe som i beste fall blir en umulighet hvis ovennevnte usikkerhet ikke tas hensyn til.

### 1.2.3. Kvalitet

Industrien bruker hvert år betydelige ressurser på å kontrollere sine underleverandører, som ledd i kvalitets- og leveransesikkerhet. Dette er en

prosess som tar tid, ofte år, hvor man bygger opp kunnskap om underleverandører innenfor de forskjellige segmenter, både i Norge og ellers i verden.

Dette betyr at når en tilbyder fremmer et tilbud til forsvarssektoren, er dette nøye sammensatt og balansert. Et krav om at 30 % skal konkurransesettes, innebærer det at tilbyder i tillegg til den tiden det tar med konkurransesettingen, også vil måtte bruke tid og ressurser på å kvalitetssjekke bedrifter, spesielt de som ikke er lokalisert i Norge.

Den eneste fornuftige fremgangsmåte vil da være å ha et 2 stegs prosess hvor man først har en prekvalifisering, før den aktuelle konkurranse finner sted. Dette er en prosess som fort kan ta måneder og år, ref pkt 1.2.2 ovenfor.

#### 1.2.4. Etablerte underleverandører

Mange tilbydere har sine etablerte underleverandører. Noen av disse befinner seg ikke i EØS- området, ofte av naturlige årsaker. Ved å tvinge en tilbyder til å konkurransesette 30 % av kontrakten, vil han kunne risikere at leverandører utenfor EØS-området ikke får delta, noe som kan ha teknologiske og konkurransemessige utfordringer i forhold til de krav som settes av forsvarssektoren.

Dette gjelder spesielt hvor det er få leverandører tilgjengelig, og hvor produksjon er spesialisert.

### 1.3. Kravet til kompetanse om gjennomføring av offentlige anskaffelser av tilbyder

Det offentlige anskaffelsesregelverk oppfattes av mange som omfattende og komplisert. En rekke rettslige problemstillinger har vært gjenstand for enten klagebehandling i KOFA, domstolsbehandling i Norge, eller gjenstand for domstolsbehandling i EEA domstolen.

Det har videre vært hevdet at kompetansen til det offentlige ikke har vært god nok på saksbehandlernivå. Dette er ofte et problem i mindre kommuner og andre mindre offentlige instanser hvor man ikke greier å bygge opp et kompetent og robust anskaffermiljø.

Industrien ser da ikke helt hvordan norsk industri som i all hovedsak er små og mellomstore bedrifter, skal kunne klare å bygge opp tilstrekkelig kompetanse for å ivareta de regler som offentlig myndigheter anvender daglig. Det vises også til at konsekvensene av at en tilbyder av uvitenhet gjør feil ifm en anskaffelse, er omfattende. I verste fall vil slike utilsiktede feil kunne få svært uheldige følger for små bedrifter som tilbyder, og for forsvarssektor som kunde.

Høringsnotatet anfører (kap 4.4.1, side 41) at det kun er de mest grunnleggende prinsipper som videreføres overfor tilbyder. Samtidig er det ikke satt noen klare



begrensinger på hvilke regler som gjelder og ikke minst som ikke gjelder. I praksis vil derfor EØS-retten som sådan måtte komme til anvendelse også for problemstillinger som måtte ligge utenfor, i og med at man er underlagt grunnleggende regler som de fire friheter bygger.

Av den grunn mener vi at kompetansekravet til tilbyder bør være minst like bra som for en offentlig anskaffer. Dette krever både kunnskap og erfaring som det tar tid å bygge opp. Vi kan ikke se at det er skissert noe i høringsnotatet eller i FOSA om hvordan norsk industri skal tilegne seg denne kunnskapen. Et annet relatert problem er vedlikehold av denne kunnskapen. En offentlig anskaffer vil stort sett arbeide med disse problemstillinger på daglig basis. En tilbyder vil i beste fall bruke denne kompetanse fra tid til annen, noe som medfører både usikkerhet og fare for å begå feil, se nedenfor.

#### 1.4. Problemstillinger knyttet til klager på leverandørens gjennomføring av sin konkurranse

Ved mistanke om brudd på LOA/FOA/FOSA, har man anledning til å klage til KOFA, samt bringe saken inn for domstolene. Det er ikke anført noe om dette i Kap 15, så vi må legge til grunn at slike konkurranser kan bringes inn for KOFA og domstolene.

Hvis vi hensyntar den usikkerhet kap 15 skaper for gjennomføringstid, kvalitet og kompetanse, se ovenfor, vil antall saker brakt frem for KOFA og/eller domstoler sannsynligvis øke. Det er ikke tatt hensyn til i kap 15 hvorledes dette skal løses i forhold til tilbyders forpliktelser etter kontrakten, og i hvilken grad forsvarssektoren overtar risikoen for dette. Vi antar at siden pålegget om å konkurranseutsette innen EØS området etter offentligrettslige regler kommer fra forsvarssektoren, vil også forsvarssektoren måtte ta risikoen med mindre det foreligger grov uaktsomhet eller forsett fra Tilbyder.

#### 1.5. Del - oppsummering

Som det fremgår ovenfor, ønsker FSi at FD ikke implementerer i norsk rett de muligheter som gis iht Direktivets Art 21 (4) til å kreve å konkurranseutsette inntil 30 % av en kontraktsverdi i etterkant av kontraktstildeling til hovedleverandør. Ovennevnte gjennomgang viser også at de muligheter som ligger i Direktivets artikkel 21 (3) ikke bør anvendes av forsvarssektoren. Dette gjelder retten til å kreve at Tilbyder må konkurranseutsette en eller flere av sine selvvalgte underleveranser. FOSA beskriver denne retten i § 15-2 (4) annen pkt. Dersom det skulle bli aktuelt å stille et slikt krav overfor Tilbyder, bør dette være gjenstand for en grundig vurdering og begrunnet i nasjonale sikkerhetsmessige interesser. I denne vurderingen bør det ses særskilt hen til de ovennevnte problemstillinger og settes strenge kriterier og rammer for anvendelsen av kravet, Kriteriene bør tas inn i ARF.

Således, mener FSi at for kontrakter som blir tildelt en leverandør, er ovennevnte forslag til "en mulighet for partene" en svært uegnet løsning, som er komplisert, tidkrevende og fordyrende for alle involverte.

## 2. EØS avtalens Artikkel 123

I FOSA § 1-3 fremkommer følgende;

*(2) Forskriften får ikke anvendelse på:*

*a. kontrakter som kan unntas i henhold til EØS-avtalens artikkel 123, eller kontrakter som vil innebære at oppdragsgiver meddeler opplysninger i strid med vesentlige sikkerhetsinteresser,*

I Høringsnotatet (s 20) forespørres det om det er behov for i tillegg å innta ordlyden fra Direktivets Artikkel 13 a, og sier;

*Departementet har vurdert om artikkel 13 bokstav a er dekket av EØS 123 bokstav a. Vi foreslår å regulere artikkel 13 bokstav a i forslaget, i tillegg til anskaffelser som kan unntas med hjemmel i EØS 123, men ber om høringsinstansenes innspill på om det er behov for å innta bokstav a i den nye forskriften.*

Etter vårt skjønn er det ikke noe behov, i og med ordlyden allerede er dekket i EØS avtalens artikkel 123. Slik vi ser det, er det nok med en henvisning til EØS avtalens artikkel 123, slik at den kan lyde som følger;

*kontrakter som kan unntas i henhold til EØS-avtalens artikkel 123.*

Rent juridisk innebærer det ingen tilleggsrettigheter, ei heller noen forpliktelser, utover det som allerede følger av EØS avtalens artikkel 123. Tvert i mot anser vi det som mer forvirrende å ha en dobbel ordlyd.

## 2. Andre forhold

I forhold til anskaffelser etter FOSA som ikke omfattes av Sikkerhetsloven, stiller FD følgende spørsmål;

*Departementet mener at direktivet favner anskaffelser som faller innunder sikkerhetslovens virkeområde, men det kan i tillegg stilles spørsmål om eventuelle anskaffelser som faller innunder beskyttelsesinstruksen også omfattes av direktivet. For ikke å begrense forskriftens anvendelsesområde foreslås det å definere «gradert informasjon» i henhold til direktivet. Det åpnes for at også sikkerhetsanskaffelser som ikke faller innunder sikkerhetsloven, kan falle innunder den nye forskriften dersom anskaffelsen er gradert i henhold til beskyttelsesinstruksen.*

*Det bes særlig om høringsinstansenes innspill til forslagets virkeområde når det gjelder anskaffelser i sikkerhetssektoren.*

Vi mener at FOSA er et etterlengtet verktøy som håndterer kompliserte anskaffelser på en langt bedre måte. Det er viktig med forhandling for å kunne vurdere forskjellige løsninger som ikke nødvendigvis er direkte sammenlignbare,

og FOSA gir det nødvendige verktøy for dette. Vi har således ikke noe å utsette på FDs forslag om å utnytte det juridiske spillerom som Direktivet gir.

### **3. Sluttmerknad**

Som det fremgår ovenfor, er vårt største ankepunkt bestemmelsene om å kunne kreve at Tilbyder må konkurranseutsette (inntil 30 %) sin underleverandørkjede. Vi ser ingen fordeler for norsk forsvar- og sikkerhetsindustri, men dog en rekke problemer og usikkerheter knyttet til bestemmelsen. Det er også på dette punkt at FD har sin valgfrihet om de ønsker å ta inn denne bestemmelsen i norsk regelverk eller ikke.

Derfor, vil det etter vårt syn for norsk forsvars- og sikkerhetsindustri være en klar anbefaling at FD ikke innfører denne bestemmelsen.