

Bech, Kristin Solberg

Fra: Teigland Betty <bete@kt.no>
Sendt: 8. januar 2013 10:28
Til: Postmottak FD
Vedlegg: Svar på høring fra KOFA og Konkurransetilsynet.pdf; Svar på høring fra Kofa og Konkurransetilsynet.docx.pdf

Vedlagt oversendes kopi av svar på høring- forslag til ny forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelse. Brevet blir også sendt i post

Vennlig hilsen

Betty Teigland
Førstekonsulent

Konkurransetilsynet
Postboks 439 Sentrum
5805 BERGEN

Besøksadresse:
Olav Kyrres gate 8

Telefonnummer: +47 55 59 75 00
Direkte: +47 55 59 75 51

bete@konkurransetilsynet.no
www.konkurransetilsynet.no

*** sikkerhetsmelding ***

Denne meldingen er fra Konkurransetilsynet, og kan inneholde fortrolig eller
sikkerhetsopplysninger. Hvis du ikke er rent faktisk mottaker, eller ansettelse til å handle på
vegne av våre mottaker, bør du ikke bruke, kopiere eller videreføre denne
meldingen eller vedleggene. Vedlegg i meldingen uten tilknytning. Hvis du har
mottatt denne meldingen ved en feiltildeling, bør vi dog informere avsender ved å
svare på denne e-posten, og ikke på noen annen måte. Takk.

*** Confidentiality Notice ***

This e-mail has been sent from the Norwegian Competition Authority, and may
contain confidential information. Its content is intended only for the person(s)
to whom it is addressed. If you are not such a person, you are hereby notified
that reading, copying, or in any way disseminating the content of any attachment
of this e-mail to another person is strictly prohibited. If you have received this
message in error, please notify the sender immediately by responding to this e-
mail and delete the material from any computer. Thank you.

FORSVARSDEPARTEMENTET	
Saksnr.: 06/04015-139	
08 JAN 2013	
ARKBET:	731.0-5pp
KASSERES 5 ÅR	
KASSERES 30 ÅR	
BEVARES	



**Klagenemnda
for offentlige anskaffelser**

Forsvarsdepartementet
Postboks 8126 Dep
0032 OSLO
Norge

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

Vår referanse
2006/0050-56

Dato:
08.01.2013

**KLAGENEMNDA FOR OFFENTLIGE ANSKAFFELSER OG
KONKURRANSETILSYNET – SVAR PÅ HØRING VEDRØRENDE FORSLAG TIL
NY FORSKRIFT OM FORSVARS- OG SIKKERHETSANSKAFFELSER**

1 Innledning

Det vises til høringsbrev av 14. november 2012, med forslag om ny forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Forskriften skal gjennomføre Europaparlamentets og rådets direktiv 2009/81/EF i norsk rett, og forslaget sendes på høring med forbehold om at direktivet tas inn i EØS-avtalen. Som følge av at forslaget reiser en del problemstillinger knyttet til den administrative håndteringen av en mulig ny myndighet, inngir Klagenemnda for offentlige anskaffelser (klagenemnda/Kofa) og Konkurransetilsynet (tilsynet) felles høringssvar. Høringsfristen er 8. januar 2013 og høringssvaret er således rettidig.

På grunn av den korte høringsfristen har klagenemnda og tilsynet i hovedsak kommentert de spørsmål departementet reiser om klagenemnda som klageorgan for anskaffelser etter den nye forskriften, herunder særlig for kontrakter som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak i samsvar med sikkerhetsloven eller beskyttelsesinstruksene. Klagenemnda har noen kommentarer til selve forskriftsteksten, se høringssvarets punkt 2.

Klagenemnda og tilsynet mener det er positivt at det nå etableres et nytt regelverk for sensitive offentlige kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet. Forsvaret handler for et betydelig beløp hvert år. Det er på denne bakgrunn svært viktig at forsvaret gjennomfører anskaffelsene slik at man sikrer mest mulig effektiv ressursbruk og opptrer med stor integritet, slik at allmennheten får tillit til at anskaffelsene gjennomføres på en samfunnstjenlig måte. Større åpenhet og transparens om forsvarets anskaffelser vil også kunne forebygge og avdekke eventuell korrupsjon i forsvaret.

2 Kommentar til forskriftstekstens § 4-1 a

Klagenemnda finner grunn til å gjøre oppmerksom på at alternativ tre i definisjonen av bygge- og anleggskontrakt i den foreslåtte § 4-1 a, i likhet med forskrift om offentlige anskaffelser § 4-1 bokstav c, ikke gjenspeiler innholdet i direktivene.

Postadresse:
Postboks 439 Sentrum
5805 Bergen

Besøksadresse:
Rådhusgaten 4
5014 Bergen

Telefon: +47 55 59 75 00 postmottak@kofa.no
Telefaks: +47 55 59 75 99 www.kofa.no

Det aktuelle alternativet er formulert på følgende måte i forskriften § 4-1: *"eller utførelse på en hvilken som helst måte av et bygg og anlegg som oppfyller de krav som er satt av den offentlige oppdragsgiver. Med bygge- og anleggsarbeid menes resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og teknisk funksjon,"*

Når det står utførelse på en hvilken som helst måte av et "bygg og anlegg" er dette alternativet i henhold til direktivet omfattet av definisjonen i siste setning; *"Med bygge- og anleggsarbeid menes resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk og teknisk funksjon."* I stedet for at det står "bygg og anlegg" bør det derfor stå "bygge- og anleggsarbeid" slik at dette alternativet omfattes av definisjonen.

For øvrig er heller ikke direktivet kommet riktig til uttrykk i denne definisjonen. I henhold til direktivteksten er den økonomiske og tekniske funksjonen ikke kumulative vilkår, men alternative. Bestemmelsen bør derfor omformuleres til *"resultatet av et sett av bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en økonomisk eller teknisk funksjon."* Det fremgår for eksempel også av de forente sakene C-187/04 og C-188/04 at det her dreier seg om alternative vilkår, se avsnitt 29. Bakgrunnen for feiloversettelsen er formodentlig Sydevdommen, C-16/98. Denne gjaldt imidlertid det gamle forsyningsdirektivet, hvor vilkårene var formulert som kumulative.

3 Høringsnotatet kapittel 4.3.10.4- Klagenemnda for offentlige anskaffelser

Direktiv 2009/81 EFs bestemmelser om klagehåndtering og sanksjoner er for det vesentlige like direktiv 2007/66/EF (håndhevelsesdirektivet). I høringsnotatet foreslås det et håndhevelsessystem for den nye forskriften om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser som svarer til det som gjelder for anskaffelser etter forskrift om offentlige anskaffelser og forsyningsforskriften, men med særlige tilpasninger i samsvar med forsvarsdirektivet. Dette innebærer at det foreslås en domstolmodell, kombinert med at Kofa har en rådgivende funksjon.

Klagenemnda er enig med departementet i at et eget prosedyreregulativ for sensitive forsvars- og sikkerhetsanskaffelser trolig vil øke sannsynligheten for større klagestrømning til Kofa. Klagenemnda stiller seg i utgangspunktet positiv til en løsning hvor klagenemnda er et alternativt tvisteløsningsorgan til domstolene også for anskaffelser etter den nye forskriften. Et alternativ til domstolene vil være viktig for å sikre en effektiv håndhevelse av regelverket. Det vil bidra til å ivareta lovens formål om mest mulig effektiv ressursbruk ved anskaffelsene og å sikre at det offentlige opptrer med stor grad av integritet, jf. lov om offentlige anskaffelser § 1.

Klagenemnda er et ekspertorgan for offentlige anskaffelser, og er derfor det mest nærliggende organet til å inneha rollen som alternativt tvisteløsningsorgan også etter den nye forskriften. Faglig sett har klagenemnda ingen reservasjoner mot å skulle behandle saker som gjelder klage på forsvars- og sikkerhetsanskaffelser. Klagenemnda behandler allerede saker med komplisert og teknisk faktum, og nemnda tror ikke at forsvarsanskaffelser skiller seg vesentlig ut fra resten av de sakene som klagenemnda behandler på det området. Den administrative organiseringen, og de praktiske konsekvenser dette vil ha for saksbehandlingen, reiser imidlertid viktige problemstillinger. Klagenemnda vil redegjøre nærmere for dette under punkt 3.2.

Det fremgår av høringsbrevet punkt 6 at det tas sikte på at forskriften vil tre i kraft i begynnelsen av 2013. Klagenemnda vil imidlertid uttrykke bekymring for at forskriften trer i kraft før klagenemnda har etablert tilfredsstillende systemer og saksbehandlingsrutiner for å kunne håndtere saker som inneholder sensitiv informasjon. Dette innebærer at det også må gis tilstrekkelige midler til gjennomføringen av de tiltak som er nødvendige. Som det fremgår under, vil behandlingen av saker om kontrakter som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak i samsvar med sikkerhetsloven eller beskyttelsesinstruksen, kreve vesentlige endringer i saksbehandlingsrutiner, både for klagenemnda, sekretariatet og for Konkurransetilsynet, som Kofa er underlagt administrativt.

3.1 Klagenemnda som rådgivende organ og vernet av sensitiv informasjon

Departementet fremhever i høringen at kontrakter som bare kan utføres under særskilte sikkerhetstiltak i samsvar med sikkerhetsloven eller beskyttelsesinstruksen, ikke er unntatt virkeområdet til lov om offentlige anskaffelser, jf. loven § 3. Departementet mener med dette at Kofa i prinsippet kan måtte ta stilling til klager vedrørende anskaffelser omfattet av sikkerhetsloven også i dag, som følge av at Kofa skal behandle klager om brudd på anskaffelsesloven, jf. loven § 1.

Det er klart at klagenemnda formelt sett har kompetanse til å behandle saker som kun følger loven, herunder også anskaffelser som kan unntas etter forskriften § 1-3 (2) bokstav a, så fremt anskaffelsen ikke også kan unntas etter EØS-avtalens artikkel 123. Som forvaltningsorgan er klagenemnda underlagt sikkerhetsloven, jf. sikkerhetslovens § 2 (1), og har dermed ansvar for utøvelse av forebyggende sikkerhetstjeneste. Klagenemnda er dermed enig med departementet på dette punkt, og antar at det formelt sett ikke vil være nødvendig med endringer i klagenemndsloven når det gjelder klagenemndas kompetanse.

Andre sider ved forskrift om klagenemnd for offentlig anskaffelser kan imidlertid skape problemer, jf. for eksempel klagenemndslovens § 14, som pålegger klagenemnda å offentliggjøre sine uttalelser. Klagenemnda antar at det vil by på utfordringer å ivareta kravet til vern av sensitiv informasjon samtidig som kravet til offentliggjøring opprettholdes. Mye sensitiv informasjon i sakene kan innebære at Kofas uttalelser ikke kan legges ut på nett, fordi det som gjenstår etter at uttalelsen er sladdet, ikke gir noen mening for offentligheten.

3.2 Klagenemndas evne til å håndtere sensitiv informasjon

Klagenemnda anser det som uproblematisk at nemnda gis hjemmel til å behandle saker om kontrakter som ikke er omfattet av sikkerhetsloven, da klagenemndas nåværende saksbehandlingsrutiner trolig vil kunne overføres til disse sakene. Som nevnt over er klagenemnda et ekspertorgan for offentlige anskaffelser, og har faglig sett ingen reservasjoner mot å skulle behandle saker som gjelder klage på forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

Det fremgår av høringsnotatet at for å kunne behandle saker som gjelder kontrakter som omfattes av sikkerhetsloven, må klagenemnda "gjennomføre tiltak for å oppfylle sikkerhetslovens krav vedrørende behandling av skjermingsverdig informasjon". Departementet har foreløpig vurdert dette dithen at det vil kunne gjennomføres "nødvendige praktiske foranstaltninger" slik at klagenemnda kan behandle denne typen saker. Det fremgår imidlertid ikke av høringsnotatet hvilke krav som må stilles til klagenemndas saksbehandling for å tilfredsstille sikkerhetslovens krav.

I denne forbindelse kan det nevnes at representanter fra sekretariatet hadde et møte med representanter fra Forsvarsdepartementet, Fornyings- og administrasjonsdepartementet, Nasjonal sikkerhetsmyndighet (NSM) og Konkurransetilsynet 5. mai 2011, hvor tema var "*Organisering av KOFA i lys av ny forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser*". Møtet ble avholdt nettopp med tanke på gjennomføring av direktiv 2009/81/EF i norsk rett. På møtet ble det redegjort for klagenemndas saksbehandlingsrutiner, som også ble oversendt NSM for nærmere vurdering. Klagenemnda har imidlertid ikke mottatt noen form for tilbakemelding etter dette, verken om hvilke krav som stilles til håndtering av sensitiv informasjon, eller hvordan disse kravene vil påvirke klagenemndas nåværende saksbehandlingsrutiner.

På bakgrunn av den informasjon som fremkom under møtet, og informasjon mottatt fra NSM i forbindelse med den foreliggende høringsuttalelsen, legger klagenemnda til grunn at for å håndtere sensitiv informasjon som omfattes av sikkerhetsloven, må det etableres en saksbehandlingsprosedyre som i vesentlig grad skiller seg fra saksbehandlingen slik den foregår i dag. Det vil kunne innebære ikke ubetydelige økonomiske konsekvenser, spesielt for driften av sekretariatet og tilsynets arkiv og data- funksjoner, men også for nemndas virksomhet i forbindelse med den enkelte sak.

Et eksempel på hvilke endringer i saksbehandlingen som etter det opplyste vil kreves, er at nemndsmøtene ville måtte avvikles med fysisk oppmøte, og ikke per telefon. Dette vil i så fall kreve reisevirksomhet både for nemnda og sekretariatet, da nemndsmedlemmene er bosatt på forskjellige steder i landet. Videre vil saksbehandlingen kreve eget utstyr og egne kontor, og det vil ikke kunne benyttes e-post ved korrespondanse. I tillegg vil saksbehandlingen kreve sikkerhetsklarering av både sekretariatet og nemndsmedlemmene. Sekretariatet er i dag administrativt underlagt Konkurransetilsynet, og benytter tilsynets IT- og arkivsystemer som har et høyt sikkerhetsnivå. Håndtering av sensitiv informasjon i forsvarssammenheng medfører imidlertid at de ansvarlige for IT og arkiv i Konkurransetilsynet også vil måtte sikkerhetsklareres. I tillegg vil det trolig måtte innføres nye rutiner for arkivering og databehandling. Dette er kun noen av tiltakene som klagenemnda ser for seg vil måtte gjennomføres dersom nemnda får myndighet til å håndheve den foreslåtte forskriften for forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

En slik ny myndighet fordrer at det gis tilstrekkelige ressurser og veiledning, både for å sikre at kravene som følger av sikkerhetsloven ivaretas, og at behandlingen av slike saker kan behandles på en forsvarlig og effektiv måte. Det er på det rene at gjennomføringen av den nye forskriften, med klagenemnda som alternativt tvisteløsningsorgan, vil innebære økte kostnader, både for klagenemnda og for tilsynet.

Oslo, 8. januar 2013

Georg Fredrik Rieber-Mohn
Klagenemndas leder