



Vår saksbehandler

Elisabeth Gundersen, egundersen@mil.no
+47 47 46 44 27, 0510 8000
LOS/Progr.funksj

Vår dato

2013-01-18

Vår referanse

2013/003007-001/FORSVARET/ 99

Tidligere dato

2012-11-26

Tidligere referanse

2005/03919-91

Til

Forsvarsdepartementet
Postboks 8126 Dep
0032 OSLO

Kopi til

Høringsuttalelse - Revisjon av anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren

1 Bakgrunn

Det vises til høring på "Revisjon av anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren" av 26. november 2012 publisert på FDs nettsider med høringsfrist 18. januar 2013.

LOS-programmet i Forsvaret har gjennomgått utkastet til nytt anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren (ARF), og har noen generelle kommentarer til utkastet.

2 Drøfting

2.1 Innledende bemerkninger

LOS-programmet i Forsvaret anskaffer i stor grad IKT-programvare med tilhørende vedlikehold, implementeringsbistand og konsulenttjenester på IKT-området. Anskaffelsene er i stor grad knyttet opp mot utvikling og videreutvikling av Felles integrert forvaltningssystem (FIF), og våre anskaffelser gjennomføres i henhold til forskrift om offentlige anskaffelser (FOA). Våre kommentarer i punkt 2.2 -2.4 knytter seg opp mot forholdet mellom FOA og ARF, men vi ser at de bestemmelsene vi henviser til har tilsvarende eller identiske bestemmelser i FOSA og vi har derfor også referert til FOSA. Kommentaren i punkt 2.5 knytter seg til definisjonen av "ansatte i forsvarssektoren" i § 2-2 sammenholdt med forståelsen av § 2-19.

2.2 Forholdet mellom FOA og ARF

Offentlige anskaffelser skal i utgangspunktet gjennomføres iht. lov om offentlige anskaffelser (LOA) i samsvar med FOA, forsyningsforskriften eller nye FOSA. Iht. bestemmelsene i kapittel 1 (Formål, virkeområde, ansvar og myndighet) har ARF rettslig status som intern instruks. ARF del I og II skal gjelde for alle anskaffelser til forsvarssektoren, uansett hvilket øvrig regelverk anskaffelsen faller inn under, jf. revidert ARF § 1-4. ARF inneholder ingen klar regel på hvilket regelverk som har forrang ved motstrid mellom f. eks. FOA og ARF. FOA/FOSA vil ha forrang da dette er en forskrift gitt i medhold av lov om offentlige anskaffelser (LOA), mens ARF er en intern instruks for forsvarssektoren. ARF vil imidlertid bli benyttet av alle innkjøpere i Forsvaret, og ikke alle innkjøpere vil ha juridisk bakgrunn og således kompetanse på hvordan man skal forholde seg ved motstrid mellom FOA og ARF. Vi ser at det

Postadresse

Postboks 800 Postmottak
2617 Lillehammer

Besøksadresse

LANGKAIA 1
0150 OSLO

Sivil telefon/telefaks

/

Militær telefon/telefaks

99/0500 3699

Epost/ Internett

forsvaret@mil.no
www.forsvaret.no

Organisasjonsnummer

NO 986 105 174 MVA

Vedlegg

0

er punkter i ARF hvor det i en del situasjoner vil være motstrid mellom FOA og ARF, jf. punkt 3 og 4 nedenfor. Det kan heller ikke utelukkes fremtidig motstrid grunnet for eksempel KOFA-avgjørelser eller domstolspraksis. Vi vil derfor anbefale at det inntas motstrids-bestemmelser i ARF kapittel 1, eventuelt i del III (FOA) og del IV (FOSA). Bestemmelsene bør klart gi uttrykk for at det ved motstrid er LOA sammenholdt med FOA/FOSA som gjelder.

2.3 Forholdet mellom ARFs bestemmelser om markedsundersøkelser og FOA/FOSA

I revidert ARF § 6-1 "Kartlegging av markedet (markedsundersøkelser)" sammenholdt med § 9-4 "Krav til kontraktsstrategiens innhold" fremkommer det at forsvarssektoren skal kartlegge leverandørmarkedet, og at vurderinger etter markedsundersøkelser skal inntas i kontraktsstrategien.

FOA § 3-8 og utkastet til FOSA § 3-5 inneholder følgende bestemmelse om "bruk av rådgivere ved utarbeidelse av spesifikasjoner":

"Oppdragsgiver skal ikke søke eller motta råd som kan bli benyttet under utarbeidelsen av spesifikasjoner for en bestemt anskaffelse fra noen som kan ha økonomisk interesse i anskaffelsen, når dette skjer på en måte som vil kunne utelukke konkurranse."

Det følger av KOFA-praksis at likebehandlingsprinsippet går videre enn FOA § 3-8. I tilfeller hvor informasjon innhentet fra potensielle leverandører blir benyttet i konkurransedokumentene, vil dette kunne være brudd på FOA § 3-8 / FOSA § 3-5 og/eller likebehandlingsprinsippet i LOA § 5 (1) jf. FOA § 3-1 (4) / FOSA § 3-2 (4).

I utgangspunktet vil FOA/FOSA ha forrang over ARF ved motstrid, slik at Forsvaret må avstå fra markedsundersøkelser i de tilfeller hvor det vil stride mot FOA § 3-8 / FOSA § 3-5. Innkjøpere uten juridisk kompetanse vil ikke nødvendigvis ha tilstrekkelig kunnskap om dette, jf. punkt 2 ovenfor. Vi foreslår derfor at dette klargjøres, enten ved at det inntas motstridsbestemmelser som foreslått i punkt 2.2, alternativt endringer i ARF § 6-1 og § 9-4. Etter vår mening er den beste løsningen en presisering i bestemmelsene om markedsundersøkelser uansett om det inntas motstridsbestemmelser eller ikke. Dette for å gjøre den enkelte saksbehandler klar over forholdet til FOA § 3-8 / FOSA § 3-5. Vi foreslår en av følgende endringer i § 6-1 (endringer er uthevet):

Alternativ 1:

Endring av "skal" til "bør" i første ledd slik at plikten til markedsundersøkelser, og dermed motstriden mellom FOA/FOSA og ARF fjernes:

(1) Det **bør** i tidlig fase [...]

Alternativ 2:

Endring av første ledd slik at det inntas en henvisning til FOA § 3-8/FOSA § 3-5:

(1) Det skal i tidlig fase av anskaffelser legges vekt på å kartlegge leverandørmarkedet **forutsatt at slik kartlegging ikke er i strid med FOA § 3-8 / FOSA § 3-5. Kartleggingen skal:**

a. identifisere [...]

Videre burde tilsvarende endringer gjøres i § 9-4 (endringer er uthevet):

Alternativ 1:

Endring av "skal" til "bør" i tredje ledd slik at plikten til markedsundersøkelser, og dermed motstriden mellom FOA/FOSA og ARF fjernes:

(3) Det **bør** foretas [...]

Alternativ 2:

Endring av tredje ledd slik at det inntas en henvisning til FOA § 3-8/FOSA § 3-5:

(3) Det skal foretas en vurdering av markedssituasjonen, herunder mulige leveringskilder/tilbydere og deres kompetanse, med basis i markedsundersøkelser **forutsatt at slik kartlegging ikke er i strid med FOA § 3-8 / FOSA § 3-5.** [...]

Alternativ 3:

Foreslått alternativ 2 for ARF § 6-1 tas inn, og det legges inn en henvisning i § 9-4 tredje ledd:

(3) Det skal foretas en vurdering av markedssituasjonen, herunder mulige leveringskilder/tilbydere og deres kompetanse, med basis i markedsundersøkelser **, jf. § 6-1.**

Det er også en henvisning til at det skal foretas markedsundersøkelser i § 7-2, men da det her kun henvises til § 6-1, kan vi ikke se at det er ikke er nødvendig med endring i denne bestemmelsen dersom § 6-1 endres iht. ett av våre forslag.

2.4 Kapittel 13 Kvalitetssikring

FOA § 20-1 omhandler "Fremgangsmåte ved valg av leverandører og tildeling av kontrakter":

"Etter at kvalifikasjonene til de leverandører som ikke er avvist er vurdert i samsvar med reglene i § 17-4 (kvalifikasjonskrav) til § 17-15 (HMS-egenerklæring), skal kontrakt tildeles på grunnlag av kriterier fastlagt etter § 22-2 (kriterier for valg av tilbud)."

Tilsvarende bestemmelse er inntatt i FOSA § 11-1 hvor det henvises til tilsvarende kvalifikasjonsbestemmelser i §§ 8-4 – 8-17.

Bestemmelsen i FOA § 20-1 / FOSA § 11-1 oppsetter ett skille mellom kvalifikasjonskriterier og tildelingskriterier. Videre følger det av KOFA-praksis og EU-retten at det er svært strenge grenser til i hva som kan benyttes som kvalitetskriterium og tildelingskriterium, og det er ikke tillatt å benytte samme krav både som kvalitets- og tildelingskriterium. Vi viser her spesielt til den såkalte Lianakisdømmen (C-532/06), og etterfølgende KOFA-praksis.

Når man ser på revidert ARF kapittel 13 sammenholdt med § 12-13 (1) fremkommer det ikke klart om kvalitetssikringssystem er ment brukt som kvalifikasjonskriterium, tildelingskriterium eller kontraktsvilkår. Det er også vårt inntrykk at det hersker en oppfatning i deler av Forsvaret om at man står fritt til å benytte kvalitetssikringssystem som tildelingskriterium.

I FOA/FOSA er krav til leverandørens kvalitetssikringssystem inntatt som en del av kvalifikasjonsbestemmelsene i FOA/FOSA, jf. FOA § 17-9 bokstav c, nr. 2 og § 17-12 / FOSA § 8-11 bokstav f, nr. 2 og § 8-14. Krav til leverandørens kvalitetssikringssystem er således en del av kvalifikasjonsbestemmelsene som omtales i FOA § 20-1 / FOSA § 11-1. Ved at ARF er uklar ift. bruken av kvalifikasjonssikringssystem som kvalifikasjonskriterium, tildelingskriterium eller kontraktsvilkår, kan det også her være motstrid mellom ARF og FOA/FOSA.

Det vil være ønskelig at det klargjøres i ARF hva man mener på dette punktet.

2.5 Definisjon av "ansatte i forsvarssektoren"

I revidert ARF § 2-2 (2) heter det:

Med ansatte i forsvarssektoren menes i dette regelverk både ansatte i og innleid personell (herunder konsulenter) til forsvarssektoren.

Denne definisjonen får stor betydning i § 2-19 hvor det bl.a. heter:

- (1) Ansatte i forsvarssektoren kan ikke delta i konkurranse eller inngå kontrakt om anskaffelse med den administrasjon hvor han gjør tjeneste.
- (2) Det samme gjelder firma som helt eller i overveiende grad eies av slik ansatt. Forsvarssektoren er å betrakte som en administrasjon i denne forbindelse.
- (3) Ansatte i forsvarssektoren kan ikke opptre som konsulent eller som representant for leverandør overfor den administrasjon hvor vedkommende gjør tjeneste.


Ved at "ansatt i forsvarssektoren" i § 2-2 er definert til og også omfatte innleide konsulenter, kan denne bestemmelsen tolkes til for eksempel å bety at:

- En innleid konsulent ikke kan være direktør, partner, selger eller på annen måte ha fullmakt til å innlevere tilbud i anskaffelser eller binde sitt firma i skriftlig kontrakt med Forsvaret, jf. første ledd. Det finnes mange eksempler på at personer med slike roller i konsulentfirmaer også har den kompetanse Forsvaret har behov for. Denne bestemmelsen vil kunne medføre at Forsvaret må avslutte mange avtaler med konsulenter som det ikke er uproblemtisk å erstatte.
- Et konsulentfirma som har leid inn sin eier som konsulent til oss, kan ikke lenger levere tilbud eller inngå nye kontrakter med Forsvaret, jf. annet ledd. Det finnes også eksempler på at mindre firmaers eier har kompetanse Forsvaret har bruk for, og dette vil derfor også være uheldig for Forsvaret, jf. punktet ovenfor.
- Den innleide konsulenten – da definert som "ansatt i forsvarssektoren" iht. ARF § 2-2 - kan iht. § 2-19 (3) ikke opptre som "konsulent eller representant for leverandør" til tross for at han/hun er innleid som konsulent og representerer sin arbeidsgiver som er Forsvarets leverandør, jf. tredje ledd. Denne bestemmelsen er dermed selvmotsigende..

På bakgrunn av overnevnte anbefales det at man vurderer definisjonen av "ansatt i forsvarssektoren", jf. § 2-2 (2) eller bestemmelsene i § 2-19, herunder spesielt tredje ledd på nytt

3 Konklusjon

LOS-programmet anbefaler at departementet ser nærmere på forholdet mellom FOA/FOSA og ARF, jf. punkt 2.2, spesielt i forhold til de punkter som er påpekt i punkt 2.3 og 2.4. Det anbefales også at departementet vurderer definisjonen av "ansatt i forsvarssektoren", og implikasjonene av en slik definisjon, jf. punkt 2.5.


Georg Petersen
Kommandør
Nestkommanderende
