



Dato:  
18. januar 2013

Vår referanse:  
12/02364-2/FFI/

Forsvarsdepartementet  
Postboks 8126 Dep  
0032 Oslo

FORSVARSDEPARTEMENTET	
SAKNR:	12/01322-9
22 JAN 2013	
ARKBET:	730.40
KASSERES 5 ÅR	
KASSERES 10 ÅR	
BEVARES	

### Utkast til revidert anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren (ARF)

Forsvarets forskningsinstitutt (FFI) har mottatt utkast til revidert anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren (ARF) på høring. Instituttet mottok tidligere forslag til ny forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA) som separat høringssak og viser derfor også til de generelle kommentarene som ble gitt i vårt høringssvar til denne.

FFI kommenterer høringssaken i lys av to ulike roller: som egen anskaffelsesmyndighet og i rollen som rådgiver med bakgrunn i vår kunnskap om forsvarsmarkedet. Resten av svaret er strukturert i henhold til disse rollene.

#### FFI som anskaffelsesmyndighet

I rollen som anskaffelsesmyndighet har FFI følgende konkrete kommentarer.

- § 5-5, punkt b  
Henvisningen til § 35-1, tredje ledd skal være § 34-1, tredje ledd.
- § 5-10  
Det er uklart hva som menes med immaterielle rettigheter i denne paragrafen. Det bør presiseres om det er eiendomsrett eller bruksrett, og i siste tilfelle eksklusiv eller ikke-ekklusiv, jfr § 24-4 og § 24-5. Det kan også forstås til kun å gjelde avtaler der det er avtalt royalty. I § 5-17 står det at "anskaffelsesmyndigheten er ansvarlig for å vurdere og avtalefeste bestemmelser om immaterielle rettigheter i alle avtaleforhold" og i § 24-10 fremgår det at anskaffelsesmyndigheten skal følge opp avtaler med royalty. Disse paragrafene må også sees i sammenheng med § 5-10. Det er derfor nødvendig med en presisering av hva som gjelder her. Det bør også angis på hvilket tidspunkt avtalene skal sendes FLO.
- § 5-19, 2. ledd  
Henvisningen til ARF § 1-3, tredje ledd skal være FOA § 1-3, tredje ledd.
- § 24-9  
Vi stiller spørsmål ved hvor gjennomførbart det er å innhente pris fra leverandør både med og uten immaterielle rettigheter. I en anskaffelse vil vi som regel ha tatt stilling til hvilke rettigheter vi har

Vedlegg:

Saksbehandler:  
Åge Skoelv  
Epost: age-skoelv@ffi.no

Besøksadresse:

Mil retn nr: 0505  
Sentralbord:

Dir:  
Faks:

Org.nr: NO 970 963 340 MVA  
e-post: ffi@ffi.no

behov for og det er dette vi i forespørselen ber om tilbud på. Det kan tenkes i enkelte anskaffelser at det kan være et prisspørsmål som avgjør hvilke rettigheter man til slutt ender opp med, men etter vår mening er dette ikke hovedreglen. Vi foreslår at det i formuleringen "anskaffelsesmyndigheten skal klart angi prisen på anskaffelses-/kjøpskontrakten med og uten de immaterielle rettighetene" endres til "bør" i stedet for "skal".

## **FFI som rådgiver**

### Generelt

Utkastet til revidert ARF er vesentlig forskjellig i innhold og struktur i forhold til gjeldende regelverk. Forslag om en ny forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA) introduserer en naturlig tredeling av prosedyrereguleringen. Denne inndelingen av ARF kan således være opplysende for brukerne. Imidlertid er dokumentet blitt svært omfattende, og inneholder en del gjentakelser av tekst fra FOA og FOSA. De fleste artiklene inneholder bestemmelser av mer teknisk merkantil eller juridisk karakter. ARF vil imidlertid også måtte inneholde føringer av overordnet karakter, for eksempel om bruken av EØS-avtalens artikkel 123. *Det er viktig at slike bestemmelser fremheves og får tilstrekkelig tyngde i den endelige versjonen, slik at de ikke blir betraktet som bare en av flere teknikaliteter som brukerne må forholde seg til.*

### Valg av regelverk, forholdet til EØS-avtalens artikkel 123

Slik utkastet til revidert ARF er utformet, skal begrunnelsen for valg av regelverk fremgå av fremskaffelsesløsning og/eller gjennomføringsoppdrag for prosjekter som må godkjennes av FD. For andre anskaffelser skal valg av regelverk foretas av anskaffelsesmyndigheten.

*FFI foreslår at beslutning om bruk av unntaksbestemmelsen alltid skal foretas av FD, enten for enkeltprosjekter, som en samlet beslutning for en pakke anskaffelser, eller på forhånd for samtlige eller nærmere spesifiserte anskaffelser relatert til livsløpet for en materielltype. En slik fremgangsmåte anses som svært avgjørende for at regelverkspraktiseringen, herunder bruk av unntaksbestemmelsen, skal være konsistent og enhetlig og at overordnede hensyn til nasjonal sikkerhet blir ivaretatt på en tilfredsstillende måte. Disse forhold underbygges ytterligere i det etterfølgende.*

Kravene til bruk av artikkel 123 er omtalt flere steder i dokumentet, i identisk eller tilnærmet identisk form. Formuleringene kan, om de leses isolert og særlig i en ren juridisk kontekst, virke svært strenge. Dokumentet gir heller ingen retningslinjer for anvendelse av unntaksbestemmelsen. Det er naturlig etter som forholdene som kan lede frem til bruk av unntaksbestemmelsen ofte vil være informasjon som er gradert etter sikkerhetsloven, eller i det minste unntatt offentlighet. Slike forhold kan også være forskjellige fra ett anskaffelsesprosjekt til et annet. Det er riktig å påpeke at det er strenge krav for bruk av unntaksbestemmelsen, men det må ikke underkommuniseres at det finnes viktige nasjonale sikkerhetshensyn som fortsatt vil lede til bruk av denne.

Anskaffelsesprosessen for større investeringer, fra prosjektidé til signert kontrakt, kan være svært langvarig. Prinsix-modellen definerer de ulike stadiene i denne prosessen, med tilhørende dokumentstruktur, samt hvilke vurderinger og vegvalg som skal foretas underveis. Utkast til revidert ARF er primært et regelverk for den siste delen av dette løpet, etter at fremskaffelsesløsning og gjennomføringsoppdrag er utarbeidet. For mindre anskaffelser, som ikke følger Prinsix, vil ARF derimot dekke hele prosessen.

Mens det tidligere (før innføringen av FOSA) syntes å være et større spillerom og mindre dokumentasjonskrav for bruk av unntaksbestemmelser, er det nå svært strenge krav til begrunnelse og dokumentasjon, slik som nevnt

i kommentaren til § 1-4. Det er derfor avgjørende at bestemmelsen bare benyttes der det er grunnlag for det. Bruk av unntaksbestemmelsen for en anskaffelse der dette ikke er berettiget, kan få store konsekvenser for både Forsvaret og involverte bedrifter. På samme måte kan imidlertid manglende bruk der det hadde vært berettiget, føre til konsekvenser for vår evne til å ivareta vår nasjonale sikkerhet.

Regjeringen har i flere stortingsdokumenter, for eksempel St.meld. nr. 38 (2006-2007) og Prop. 1 S (2011-2012), pekt på betydningen av en nasjonal forsvarsindustri for å ivareta vårt behov for teknologi og kompetanse av betydning for vår nasjonale sikkerhet og handlefrihet. FFI anser at Norges geografiske posisjon, spesielle topografiske og klimatiske forhold, samt svært store tiliggende interesseområder til havs, medfører at vi har sikkerhetsutfordringer som er vesentlig forskjellige fra de fleste andre europeiske nasjoner. Av denne grunn har det i hele etterkrigstiden vært viktig for Norge å bygge opp, opprettholde og videreutvikle nasjonal industriell kompetanse innenfor noen nisjeområder. Eksempler på slike er sjømålsmissiler tilpasset vår kysttopografi, teknologi for operasjoner i våre havområder og teknologi for etterretnings- og overvåkning av våre nærområder. De reviderte teknologiske kompetanseområdene som ble presentert i Prop. 1 S (2011-2012) viderefører denne tankegangen. Unntaksbestemmelsen i EØS-avtalens artikkel 123 har vært viktig for å opprettholde en kompetanse av avgjørende betydning for vår nasjonale sikkerhet og handlefrihet. FFI viser her også til våre betraktninger om virkemåten til det internasjonale forsvarsmateriellmarkedet som vi ga i vår høringsuttalelse om forslag til ny forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser.

FFI anser at FOSAs bestemmelser om forsyningssikkerhet ikke alltid vil være tilstrekkelige for å ivareta disse behovene i fremtiden, og at det vil være tilfeller der EØS-avtalens artikkel 123 bør komme til anvendelse.

Vi vil videre påpeke at tilgang til hjemmemarkedet alene som regel ikke er tilstrekkelig for å opprettholde kompetanse i forsvarsindustrien på prioriterte områder. Anskaffelser av store systemer til eget forsvar skjer med mange tiårs mellomrom. Norge har ofte behov for et mindre antall enheter selv, noe som vil gi en svært høy enhetskostnad i levetidsperspektiv dersom vi ikke har flere å dele regningen med. Markedsadgang for de samme produktene utenlands blir således avgjørende, og det er viktig at leverandørene også har mulighet for å få kontrakter i driftsfasen av materiellet. Derfor kan det være aktuelt også å unnta anskaffelser relatert til driftsfasen av materiellet.

I motsatt fall vil opparbeidet kompetanse kunne forvitne og være svært ressurskrevende å gjenoppbygge. For å opprettholde en levedyktig forsvarsindustri på de prioriterte teknologiområdene er det imidlertid også viktig at den har tilstrekkelig bredde utover de prioriterte områdene.

Det er derfor behov for en helhetlig tilnærming til bruken av unntaksbestemmelsen i EØS-avtalens artikkel 123. *Av denne grunn mener FFI at beslutning om bruk av unntaksbestemmelsen bør foretas i FD. For å ivareta krav til konsistent bruk av bestemmelsen, sikre at ovennevnte hensyn til behov for teknologi og kompetanse på prioriterte områder blir ivaretatt, samt opprettholde krav til tilstrekkelig begrunnelse og dokumentasjon, bør slike vurderinger foretas av et permanent forum i FD med deltakelse fra både bruker-, logistikk- og forskningsmiljøer.*

Krav om ivaretagelse av viktig nasjonal kompetanse for forsvarsindustrien er omtalt både i del IV (§ 31-3) og del V (§ 41-1). Vi anser, med bakgrunn i ovenstående resonnering, at disse formuleringene bør synliggjøres bedre ved at de løftes frem til del I og plasseres sammen med for eksempel kommentarene til § 1-4 (som da bør omformuleres tilsvarende). En alternativ plassering kan være i del II.

#### Tidlig dialog, tidlig identifisering og tidlig samarbeid

I St.meld. nr. 38 (2007-2007) er tidlig dialog mellom Forsvaret og forsvarsindustrien et av de bærende elementer i det strategiske partnerskapet mellom Forsvaret og forsvarsindustrien i Norge. Tidlig identifisering av mulige samarbeidsprosjekter er et annet bærende element, og det skal i dag foretas en næringsstrategisk vurdering, eventuelt en mer omfattende analyse, for alle materiellprosjekter før fremskaffelsesløsning utarbeides. Der det er hensiktsmessig for å dekke Forsvarets behov, kan en beslutning om tidlig samarbeid mellom Forsvaret og forsvarsindustrien bli et resultat av en næringsstrategisk analyse.

*FFI anser det som avgjørende for forsvarsindustriens evne til å dekke Forsvarets behov innenfor de teknologiske kompetanseområdene, at rammeverket for tidlig dialog, tidlig identifisering og tidlig samarbeid videreføres innenfor det handlingsrommet som FOSA og EØS-avtalens artikkel 123 gir.*

Dette er særlig aktuelt for anskaffelser som følger Prinsix, og der beslutning vil måtte tas før gjennomføringsoppdrag er utarbeidet. Denne fasen reguleres ikke av ARF. For å unngå misforståelser, bør Forsvarsdepartementet likevel gjøre klart at FOSA og revidert ARF ikke skal tolkes slik at slike samarbeidsformer ikke lenger er tillatt, men at det tvert imot finnes et handlingsrom der slike arrangementer er i Forsvarets interesse og nødvendig for å ivareta våre nasjonale sikkerhetsinteresser.

#### Bruk av rådgivere ved utarbeiding av spesifikasjoner

§ 2-5 inneholder følgende formulering: "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." Dette er en standardformulering som er identisk med § 3-8 i Forskrift om offentlige anskaffelser (FOA) og § 3-5 i Forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA). En slik bestemmelse finnes også i gjeldende ARF. Gjennom FOA og FOSA gjelder denne bestemmelsen altså alle anskaffelser som gjennomføres under disse forskriftene. Plasseringen i § 2-5 i ARF innebærer imidlertid at den automatisk også gjøres gjeldende for anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalens artikkel 123.

Intensjonen med en slik bestemmelse er selvsagt udiskutabel. Men slik bestemmelsen er formulert kan en nærliggende tolkning være at det ikke er tillatt med bruk av industriens kompetanse i kravspesifikasjonsfasen. Brukere av ARF som ikke er godt kjent med de bærende elementene i St.meld. nr. 38 (2006-2007) kan fort komme i skade for å trekke vidtgående og feilaktige slutninger, særlig i lys av at revidert ARF introduserer strengere krav på mange områder.

FFI mener at det kan være avgjørende for å oppnå gode kravspesifikasjoner at kompetansen i nasjonal forsvarsindustri kan benyttes i en tidlig fase. Det er imidlertid viktig at det i slike tilfeller utvikles funksjonelle eller tekniske krav som ikke kun kan oppfylles av en enkelt potensiell leverandørs konkrete løsninger. Ved en påfølgende konkurranse er det også viktig at svarfristen er tilstrekkelig lang til at alle tilbydere får tilstrekkelig tid til å sette seg inn i kravspesifikasjonene. På denne måten kan en eventuell fordel for rådgiveren minimaliseres. Et svært godt eksempel på at forsvarsindustriens kompetanse kan benyttes på en ryddig og effektiv måte, er den integrerte prosjektorganisasjonen som ble opprettet i forbindelse med fregattanskaffelsen. Selv om norsk industri da var tungt inne i utarbeidelsen av spesifikasjonene, ble som kjent kontrakten tildelt en utenlandsk aktør.

Det vil også være uheldig om bestemmelsen tolkes som et forbud mot tidlig samarbeid mellom Forsvaret og forsvarsindustri i Norge, slik som omtalt tidligere i denne uttalelsen.

*FFI vil ikke foreslå endring av ordlyden i § 2-5 ettersom det antas å være et ønske om en lik formulering uavhengig av hvilket regelverk som benyttes for en konkret anskaffelse. Det bør imidlertid legges inn en*

*kommentar som tydeliggjør at det finnes et handlingsrom for bruk av forsvarsindustriens kompetanse ved utarbeidelse av kravspesifikasjoner. Kommentaren bør understreke at slik bruk forutsetter at visse spilleregler følges, og at muligheten bare skal benyttes når det er i forsvarssektorens klare egeninteresse.*

### Konkurrans prinsippet ved unntaksanskaffelser

Bruk av konkurranseprinsippet fremheves flere steder i dokumentet. FFI er selvsagt enig i at konkurranse skal være et grunnleggende prinsipp ved offentlige anskaffelser, og at dette også gjelder forsvarssektorens anskaffelser.

Vi vil imidlertid påpeke at et av de viktigste motivene for å bruke unntaksbestemmelsen i artikkel 123 kan være behovet for å beholde nasjonal kompetanse i forsvarsindustrien på områder som er avgjørende for vår nasjonale sikkerhet og handlefrihet. Dette kan medføre at en kontrakt tildeles en norsk bedrift, selv om en utenlandsk leverandør kan gi et lavere pristilbud. Tildeling av kontrakt til en norsk bedrift kan også komme som følge av at det har vært gjennomført et tidlig samarbeid. Flere formuleringer i kapittel 33 og 34 kan lett tolkes som om en slik fremgangsmåte ikke er tillatt. Det er det samlede inntrykket ved lesning av kapittel 33 og 34 som etterlater et slikt inntrykk, mer enn spesifikke enkeltformuleringer. Ettersom en slik begrunnelse for bruk av unntaksbestemmelsen kan bli nødvendig å benytte en del, er det uheldig med såpass bastante formuleringer. *FFI anbefaler derfor at ordlyden i de to kapitlene modifieres.*

Et aktuelt eksempel er den nylig utsendte tilbudsforespørselen for P6349 Engangsvåpen for uskadeliggjøring av sjøminer. I dette tilfellet har det pågått et lengre forsknings- og utviklingsarbeid (siden 90-tallet) med finansieringsstøtte fra FD som har ledet frem til prototyper ("Minesniper"). I en slik situasjon, der det er allerede er brukt store ressurser på å utvikle en norsk løsning, fremstår det unaturlig at det nå sendes ut en åpen tilbudsforespørsel. Dette understreker viktigheten av både ordvalg i enkeltbestemmelser og hvilket helhetsinntrykk som formidles når revidert ARF skal endelig fastsettes.

### Industrielt samarbeid ved anskaffelser fra utlandet

Et utfyllende regelverk for håndteringen av industrisamarbeid finnes i egne bestemmelser (BIF) som er et vedlegg til ARF. Spesifikke kommentarer til disse bestemmelsene kan finnes i neste avsnitt. Noen viktige momenter er imidlertid behandlet i ARF kapittel 42, og vi vil først kommentere disse.

Det er ikke overensstemmelse mellom formuleringene i § 42-2 og tilsvarende i BIF punkt 2.1. Teksten i § 42-2 må derfor oppdateres. BIF punkt 2.2.1 gir videre konkrete krav til innhold i tilbudene, og spesifiserer at tilbud som ikke tilfredsstillter de angitt kravene, skal forkastes. En slik bestemmelse bør tilføyes i ARF § 38-8, for eksempel som et nytt bokstavnepunkt (1) e.: "det ikke tilfredsstillter kravene i BIF punkt 2.1.1 (for tilbydere som vil omfattes av et krav om industrisamarbeid)". Det kan hevdes at dette allerede er dekket av bokstavnepunktene d. i samme ledd, men for å unngå enhver tvil om hvorvidt dette vil være et "vesentlig avvik" anbefaler vi et nytt bokstavnepunkt. BIF punkt 6.1 inneholder bestemmelser om utelukkelse fra fremtidige anskaffelser av leverandør som har misligholdt sine forpliktelser. FFI kan ikke se at denne bestemmelsen er gjengitt i ARF, og foreslår at det tas inn slike formuleringer. I del V kan en slik bestemmelse tas inn i § 38-7, som nytt bokstavnepunkt (2) e.: "ikke har oppfylt industrisamarbeidsforpliktelsen ved industrisamarbeidsavtalens utløp eller ved milepæler definert i industrisamarbeidsavtalen, eller misligholdt bankgarantier etablert i samsvar med industrisamarbeidsavtalen."

Til slutt vil FFI påpeke at plasseringen av kapittel 42 synes feilaktig. BIF angir at det vil kreves industrisamarbeid også ved FOSA-anskaffelser der valgt leverandør (eller vesentlig underleverandør) kommer fra land utenfor EØS. Kapittel 42 er derfor relevant også for anskaffelser som dekkes av ARF kapittel IV. FFI

viser til forslag tidligere i denne uttalelsen om å flytte formuleringene om ivaretagelse av teknologisk kompetanse (§ 31-3 og § 41-1) til en mer innledende og mer synlig plassering. Vi foreslår at det samme gjøres med kapittel 42.

#### Bestemmelser for industrielt samarbeid ved forsvarsanskaffelser fra utlandet

I dette dokumentet, som er et vedlegg til ARF, har FFI to kommentarer når det gjelder fremtidig praktisering av punkt 5.4 Plikter for norsk partner. I andre avsnitt heter det at: "Ved avslutningen av industrisamarbeidsavtalen kan FD be norsk partner levere en rapport som beskriver nytteverdien av prosjektet." Denne bestemmelsen finnes også i gjeldende bestemmelser, men har så vidt vi vet ikke vært praktisert. FFI vil peke på at det i fremtiden kan forventes større oppmerksomhet rundt praktiseringen av industrisamarbeid, særlig hvorvidt de enkelte prosjektene kan anses som unntaksberettiget i henhold til EØS-avtalens artikkel 123. VI vil derfor tilrå at FD benytter muligheten punkt 5.4 gir adgang til, for å innhente nødvendig dokumentasjon.

FFI har, på oppdrag fra FD og med økonomisk støtte fra Forsvars- og sikkerhetsindustriens forening (FSi), etablert en database med nøkkeltall for forsvarsindustrien i Norge. Resultatene publiseres årlig og har vakt stor interesse, og de gir FD etterspurt bakgrunnsmateriale for beslutninger som angår norsk forsvarsindustri. Det er imidlertid svært ressurskrevende å innhente denne informasjonen fordi mange svarer ufullstendig, ikke svarer overhodet eller avgir svar som ikke er kvalitetssikret. Selv etter flere purringsrunder kan datakvaliteten være lav. FFI ber derfor FD vurdere hvorvidt det kan legges inn formuleringer i regelverket som pålegger aktuelle bedrifter å rapportere slike data. En slik formulering bør fortrinnsvis legges inn i ARF, eventuelt kan den plasseres i Bestemmelsene for industrielt samarbeid, men rekkevidden vil da være mindre.

#### Behov for informasjonsprogram om revidert ARF

FFI vil til slutt foreslå at det iverksettes et oppdateringsprogram for brukere av ARF på ulike nivåer. ARF gir en detaljert og omfattende instruks for hvordan alle formelle sider ved en anskaffelse skal foregå. Enkelte beslutninger, for eksempel bruk av unntaksbestemmelsen i EØS-avtalens artikkel 123 og inngåelse av avtaler om tidlig samarbeid, krever derimot at det gjøres vurderinger ikke bare på bakgrunn av et sett med formelle regler. Selv om departementet velger å følge FFIs råd om at bruk av unntaksbestemmelsen skal håndteres av et sentralt forum, er det viktig at det i hele organisasjonen er forståelse for bakgrunnen for slike vedtak.

#### Avsluttende kommentarer

FFI har i den delen av høringsuttalelsen som har tatt utgangspunkt i vår rådgiverrolle overfor departementet, avgrenset oss til å kommentere det vi mener er viktige og prinsipielle problemstillinger. Vi har i liten grad gått inn i detaljformuleringer. Vi stiller oss selvsagt til disposisjon som rådgiver for FD i den videre prosessen med revidert ARF, både i utarbeidelsen av endelig utgave og i implementeringsfasen. Spesielt tilbyr vi vår kompetanse dersom departementet følger vårt råd om å etablere et forum for vurdering av bruk av unntaksbestemmelsen.

Med hilsen



John-Mikal Størdal  
Administrerende direktør