

Høring – revisjon av anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren

Det vises til Utenriksdepartementets brev av 17. januar 2013 hvor det fremgår at departementet ikke har kommentarer til høring om intern instruks om anskaffelsesregelverket for forsvarssektoren (ARF). Høringen ble ved en inkurie ikke oversendt til Rettsavdelingen v/ Seksjon for EØS- og handelsrett før fristen var utgått. Etter avtale med Forsvarsdepartementet ble det gitt utvidet frist til å komme med eventuelle kommentarer.

UD har et særskilt ansvar for tolkning av EØS-avtalens generelle bestemmelser. EØS-avtalen artikkel 123, som fastsetter en adgang for partene til å iverksette ulike tiltak for å ivareta sine forsvars- og sikkerhetsinteresser, er et eksempel på en slik bestemmelse. Fra vårt ståsted er det viktig å sikre presis omtale av den unntaksadgangen som finnes i EØS-avtalen artikkel 123 i internt regelverk, for å sikre korrekt etterlevelse av våre folkerettslige forpliktelser. I lys av dette vil vi komme med noen merknader til utkastet til ARF. Vi vil presisere at vi ikke har foretatt en grundig gjennomgang av de øvrige bestemmelsene i instruksene, kun de bestemmelsene som henviser til EØS-avtalen artikkel 123.

Henvising til og anvendelse av EØS-avtalen artikkel 123. Merknad til ARF §§ 1-4, 5-5, 9-4, 14-5, 16-9, 21-3, 29-1, 30-1, 30-2 (kommentaren), 32-1, 33-1 og 37-1

EØS-avtalen artikkel 123 er en unntaksbestemmelse som fastsetter en adgang for partene til å iverksette ulike tiltak for å ivareta sine forsvars- og sikkerhetsinteresser. Bestemmelsen angir vilkårene for når unntaket kan komme til anvendelse, og gir ikke prosessuelle føringer på hvordan en anskaffelse skal foretas. Etter vår vurdering er det derfor ikke presist å skrive at en anskaffelse «gjennomføres etter» EØS-avtalen 123 eller at den skal «inngås i henhold til unntaksbestemmelsen» i EØS-avtalens artikkel 123. Anskaffelsen kan imidlertid «falle inn under»/»omfattes av» unntaket i EØS-avtalen artikkel 123, eventuelt kan et unntak «være hjemlet i» artikkelen.

Etter vår vurdering inneholder enkelte bestemmelser i utkastet til ARF upresise formuleringer knyttet til henvisingen til og anvendelsen av EØS-avtalen artikkel 123. Dette gjelder §§ 1-4, 5-5, 9-4, 14-5, 16-9, 21-3, 29-1, 30-1, 30-2 (kommentaren), 32-1, 33-1 og 37-1. Vi vil anbefale at disse bestemmelsene presiseres i tråd med forslagene over.

Vilkår for anvendelse av unntaket i EØS-avtalen artikkel 123. Merknad til ARF §§ 29-3 og 32-1

Etter EØS-avtalens artikkel 123 er det ulike alternative vilkår for at bestemmelsen kan komme til anvendelse. Det fremgår av ARF §§ 29-3 og 32-1 at anskaffelsesmyndigheten bare kan unnta «konkrete anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet i henhold til EØS-avtalens artikkel 123, dersom en vurdering av anskaffelsens art og formål tilsier unntak, og unntak kan rettferdiggjøres ut fra nasjonale forsvarsformål». Bestemmelsene angir således kriterier for når EØS-avtalen artikkel 123 kan komme til anvendelse. Disse kriteriene er imidlertid ikke identiske med vilkårene i EØS-avtalen artikkel 123. Etter vårt syn kan det bidra til å skape unødige og vanskelige anvendelses- og tolkningsspørsmål dersom ARF §§ 29-3 og 32-1 og EØS-avtalens artikkel 123 inneholder ulike vilkår for anvendelsen av unntaksbestemmelsen. Vi vil derfor anbefale at ARF §§ 29-3 og 31-1 omarbeides slik at vilkårene for anvendelse av unntaket i EØS-avtalen artikkel 123 fremkommer korrekt.

Omtale av unntaksadgangen i EØS-avtalen artikkel 123. Merknad til ARF § 33-1

Det fremgår av kommentaren til § 33-1 at «Anskaffelsesmyndigheten kan fravike kravene helt eller delvis dersom unntaket i EØS-avtalen artikkel 123 kommer til anvendelse. Eksempler på dette kan være bilateralt samarbeid, NATO-forpliktelser eller gjenkjøp». Det er positivt at man i kommentarene til instruksene søker å konkretisere bestemmelsens anvendelsesområde, samtidig er det viktig at eksemplene som anvendes har en solid forankring i tolkningen av bestemmelsen. Eksemplene som nevnes i kommentaren til § 33-1 favner svært bredt, og er etter vår vurdering for generelle til å gi en korrekt konkretisering av unntakets anvendelsesområde.

Merknad til ordlyden i ARF § 42-3

Det fremgår av ARF § 42-3 at «Ved anskaffelser *hjemlet med unntaket i EØS-avtalens artikkel 123*, skal anskaffelsesmyndigheten inkludere følgende ordlyd i sin forespørsel [...]». Etter vår vurdering er det ikke helt klart hva som menes med denne formuleringen. Et *unntak* kan være hjemlet i EØS-avtalen artikkel 123 eller en *anskaffelse* kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123. Vi vil anbefale at ordlyden i denne bestemmelsen presiseres.

Med vennlig hilsen

Beate Gabrielsen

Rådgiver

Utenriksdepartementet | Rettsavdelingen | Seksjon for EØS- og handelsrett

Tel. +47 23 95 09 05 | mob: +47 97 16 69 39 | beate.gabrielsen@mfa.no