

FFI RAPPORT

INDUSTRIENS ROLLER SOM BÅDE LEVERANDØR OG RÅDGIVER - MULIGHETER OG BEGRENSNINGER

WARBERG Erik Normann

FFI/RAPPORT-2006/01853

**INDUSTRIENS ROLLER SOM BÅDE
LEVERANDØR OG RÅDGIVER - MULIGHETER
OG BEGRENSNINGER**

WARBERG Erik Normann

FFI/RAPPORT-2006/01853

FORSVARETS FORSKNINGSINSTITUTT
Norwegian Defence Research Establishment
Postboks 25, 2027 Kjeller, Norge

P O BOX 25
 NO-2027 KJELLER, NORWAY
REPORT DOCUMENTATION PAGE

SECURITY CLASSIFICATION OF THIS PAGE
 (when data entered)

| | | |
|---|--|------------------------------|
| 1) PUBL/REPORT NUMBER FFI/RAPPORT-2006/01853 | 2) SECURITY CLASSIFICATION UNCLASSIFIED | 3) NUMBER OF PAGES 67 |
| 1a) PROJECT REFERENCE FFI-I/1024/911 | 2a) DECLASSIFICATION/DOWNGRADING SCHEDULE - | |
| 4) TITLE INDUSTRIENS ROLLER SOM BÅDE LEVERANDØR OG RÅDGIVER - MULIGHETER OG BEGRENSNINGER INDUSTRY ROLES AS BOTH SUPPLIER AND ADVISER - POSSIBILITIES AND LIMITATIONS | | |
| 5) NAMES OF AUTHOR(S) IN FULL (surname first) WARBERG Erik Normann | | |
| 6) DISTRIBUTION STATEMENT Approved for public release. Distribution unlimited. (Offentlig tilgjengelig) | | |
| 7) INDEXING TERMS IN ENGLISH: | | |
| a) <u>Public Procurement Regulations</u> | b) <u>Partnering</u> | c) <u>Project management</u> |
| d) <u>Defence Market</u> | e) <u>Defence Procurement</u> | |
| IN NORWEGIAN: | | |
| a) <u>Lov om Offentlig anskaffelse</u> | b) <u>Partnering</u> | c) <u>Prosjekt styring</u> |
| d) <u>Forsvarsmarked</u> | e) <u>Anskaffelsesregeleverk for Forsvaret</u> | |
| THESAURUS REFERENCE: | | |
| 8) ABSTRACT This report wishes to identify the different needs of large and complex defence procurements ranging from the needs for efficient project management to needs concerning transparency and competition for public procurements. The report draw the attention to the possibilities that lies within the public and defence procurement regulations for efficient project management | | |
| 9) DATE 2006-04-02 | AUTHORIZED BY This page only Jan Erik Torp | POSITION Director |

ISBN 82-464-1013-X

UNCLASSIFIED

SECURITY CLASSIFICATION OF THIS PAGE
 (when data entered)

INNHOLD

| | Side | |
|---------|---|----|
| 0 | SAMMENDRAG | 7 |
| 0.1 | Hjemmelsgrunnlag for ARF - avgrensning mot LOA/FOA | 7 |
| 0.2 | Tilgang på kompetanse i tidligfase - rådgiverrollen | 8 |
| 0.2.1 | Innenfor EØS området | 8 |
| 0.2.2 | Utenfor EØS området | 9 |
| 0.3 | Forsvarsmarkedets særegenheter | 10 |
| 0.4 | PROSJEKTGJENNOMFØRINGSTEORI | 11 |
| 0.5 | Etiske forhold og transparens | 12 |
| 1 | INNLEDNING | 13 |
| 1.1 | Avgrensning | 13 |
| 2 | BAKGRUNN | 14 |
| 2.1 | Hovedproblemstilling | 14 |
| 2.1.1 | Hjemmelsgrunnlag for ARF | 15 |
| 2.1.2 | Tilgang på kompetanse i tidlig fase - rådgiverrollen | 15 |
| 2.1.3 | Forsvarsmarkedets særart | 16 |
| 2.1.4 | Prosjektgjennomføringsteori | 16 |
| 2.1.5 | Etikk og transparens | 16 |
| 3 | HJEMMELSGRUNNLAG FOR ARF - AVGRENSNING MOT LOA/FOA | 16 |
| 3.1 | Innholdet i EØS Artikkel 123 | 17 |
| 3.2 | Fortolkninger og anvendelser | 19 |
| 3.3 | Den praktiske applisering av handlingsrommet | 21 |
| 3.4 | Klage på bruk av ARF prosedyrer | 22 |
| 4 | TILGANG PÅ KOMPETANSE I TIDLIG FASE – RÅDGIVERROLLEN | 23 |
| 4.1 | Generelt om anskaffelser og anskaffelse av rådgivningstjenester | 23 |
| 4.1.1 | Forbud mot diskriminering | 23 |
| 4.1.2 | Konkurransprisnippet og adgangen til kontakt med leverandører | 25 |
| 4.2 | Rådgivning innenfor EØS området | 26 |
| 4.2.1 | Kravet om å ikke utelukke konkurranse | 27 |
| 4.2.2 | Avhjelping av mulig skjev konkurranse | 28 |
| 4.2.2.1 | Tidsaspektet | 29 |
| 4.2.2.2 | Kriterier for avhjelp | 30 |
| 4.2.3 | Kravet til likebehandling ved evaluering av tilbud | 31 |
| 4.2.4 | Rådgiverrollen under gjennomføring av anskaffelser | 31 |
| 4.2.5 | Konkurranspreget dialog – hvor ofte kan den anvendes? | 33 |
| 4.3 | Anskaffelser utenfor EØS området - ARF | 35 |

| | | |
|---------|---|----|
| 4.3.1 | Sentrale forhold ved anskaffelser til Forsvaret | 35 |
| 4.3.1.1 | Henvisningen til næringspolitiske forhold | 36 |
| 4.3.1.2 | Applisering av næringspolitikk | 36 |
| 4.3.2 | De enkelte unntak og/eller presiseringer i ARF | 38 |
| 4.3.2.1 | Overordnede retningslinjer i kapittel 1 | 38 |
| 4.3.2.2 | Anskaffelsesstrategier i kapittel 3 | 39 |
| 4.3.2.3 | Utarbeidelse av spesifikasjoner i kapittel 6 – veiledning i bruk av rådgivere | 40 |
| 4.4 | Forslag til justeringer i ARF | 42 |
| 4.4.1 | Presisering av saklighetskravet | 42 |
| 4.4.2 | Behovet for næringsstrategi | 43 |
| 5 | MARKEDSMESSIGE FORHOLD | 43 |
| 5.1 | Forsvarsmarkedets særegenheter | 43 |
| 5.1.1 | Teknologisk kompleksitet | 45 |
| 5.2 | EUs forsvarsmarked(er) og gjenkjøpsordninger | 46 |
| 5.2.1 | EU sin tilnærming til forsvarsmarkedet | 47 |
| 5.3 | Markedstilnærmingen og Forsvarets fremtidige utvikling | 49 |
| 6 | PROSJEKTGJENNOMFØRINGSTEORI | 51 |
| 6.1 | Informasjonskompleksitet og håndtering av denne | 52 |
| 6.2 | Gjennomføringsmodeller | 55 |
| 6.3 | Gjennomføringsmodell for fremtidens IKT i Forsvaret? | 57 |
| 7 | ETISKE FORHOLD OG TRANSPARENS | 59 |
| 7.1 | Konkurransen og innovasjon | 61 |
| 8 | OPPSUMMERING | 62 |

INDUSTRIENS ROLLER SOM BÅDE LEVERANDØR OG RÅDGIVER - MULIGHETER OG BEGRENSNINGER

0 SAMMENDRAG

Denne rapport er skrevet på oppdrag av FD i forbindelse med vurdering av dagens IKT industri som leverer militære systemer til Forsvaret, og hvorledes aktørene i fremtiden kan oppnå god ressursstyring og samarbeid for å opprettholde og øke Forsvarets kapasiteter innenfor IKT området.

Som offentlig organ er Forsvaret, på linje med andre offentlige organer i Norge og i Europa, underlagt en rekke regler for sin samhandling med private parter i næringslivet ved offentlige anskaffelser. FD har derfor bedt FFI om å utrede:

”Hvilke kriterier som må etableres for å skille industriens rolle som leverandører og rådgivere slik at en unngår en blanding av disse.”

Spørsmålet er om en industri som har vært med å ta fram forespørselsunderlaget/-spesifikasjonsgrunnlaget, også kan være med å konkurrere om oppdraget. Ut fra samtaler med oppdragsgiver tolker vi spørsmålet dit hen at *det skal tas utgangspunkt i mulighetsrommet for bruk av slike rådgivere.*

Vi kunne ha redegjort for dette spørsmålet ut fra en ren juridisk synsvinkel, uavhengig av omverden, fordi spørsmålet som stilles i hovedsak er av juridisk karakter. Vi tror likevel det er avgjørende å si noe om hvorfor man ønsker/må bruke dette mulighetsrommet, dvs. utnytte industriens kompetanse uten å komme i strid med gjeldende regelverk.

Etter vårt skjønn må spørsmålsstillingen derfor bringes ut fra den juridiske sfære og kobles til hvordan man best mulig gjennomfører avanserte prosjekter, spesielt i tidlig fase. De prosjektmessige og tekniske behov som utfordrer juridiske regler, er ofte ”best practise” hentet fra hele verden. For å kunne vurdere rammene for et mulighetsrom, trenger vi å se på dette samspillet.

0.1 Hjemmelsgrunnlag for ARF - avgrensning mot LOA/FOA

En viktig forutsetning for denne rapport er i hvilken grad man befinner seg innenfor eller utenfor EØS området. Dette er avgjørende for hvilket regelverk man skal anvende.

Det fundamentale skille følger av EØS artikkel 123. Denne artikkel gir anvisning på de unntaksmuligheter Norge har for unntak av forsvarsmessige forhold fra EØS området. Dette inkluderer hvorvidt en anskaffelse faller innenfor eller utenfor Lov om Offentlige

Anskaffelser (LOA), jfr. LOA § 3. Det er samtidig viktig å påpeke at artikkel 123 i hovedsak bygger på Amsterdamtraktens artikkel 296, som innebærer at tolkning av artikkel 123 i stor grad må bygge på de vurderinger som er gjort av artikkel 296.

Anskaffelser som omfattes av EØS artikkel 123, gir Norge adgang til å unnta offentlige anskaffelser fra EU sine direktiver på dette området. Det er ingen plikt, men opp til hver nasjon å bedømme om man ønsker å gjøre bruk av denne adgangen.

Mye av diskusjonen rundt anvendelsen av artikkel 296, dreier seg om hvor grensen går. EU Kommisjonen, ut fra hensynet til åpne markeder, søker å gjøre anvendelsesområdet til artikkel 296 så snever som mulig. På den annen side ser nasjonene at dette ikke bare har en direkte virkning på dere sikkerhetsinteresser og friheten under artikkel 296. Grensedragningen påvirker også fleksibiliteten de har til å skreddersy gjennomføringen av forskjellige forsvarsanskaffelser. Ved anskaffelser innenfor de klassiske direktiver til EU (LOA), er faren stor for å miste anledningen til å kunne kommunisere effektivt (forhandle) med relevante leverandører¹

Konklusjonen er at en signifikant del av Forsvarets anskaffelser av militært utstyr kan gjennomføres under et ARF regime hvis dette er ønskelig.

0.2 Tilgang på kompetanse i tidligfase - rådgiverrollen

0.2.1 Innenfor EØS området

FOA² § 3-8 åpner for muligheter til å ta i bruk en eller flere leverandørers kunnskap forut for en konkurranse. Samtidig, hvis en rådgiver vinner kontrakten, kan det være enkelt for de tapende leverandører å hevde at ikke all informasjon er blitt fremlagt, - at den kunnskap som rådgiver har tilegnet om kunden utgjør en fordel som ikke kan erstattes gjennom skriftlig dokumentasjon og det kan finnes etiske betenkeligheter og muligheten for dobbelt roller. En annen fare er også at rådgivningen medfører at andre vil anse det kommersielt uinteressant å delta i en konkurranse hvor vinnermuligheten er liten som følge av slik deltakelse.

Disse forhold kan avhjelpes dersom visse forutsetninger oppfylles:

- *All vesentlig informasjon* av betydning for deltakelse i konkurransen og utforming av tilbud må gjenspeiles i grunnlagsdokumentasjonen og *tilflytte samtlige tilbydere*.

¹ Høringssvaret fra Norge sier: "For instance, may even procurements of "off the shelf" products require that both supplier and the procuring entity obtain final approval from appropriate officials, in order to award the contract. . . . Under such circumstances the Classical Directives, will not provide for the needed dialogue between the supplier and the contracting authority, since appropriate measures only can be identified in the award phase and will vary from supplier to supplier."

² Forskrift om Offentlige Anskaffelser

- At leverandørens deltakelse som rådgiver ikke tillegges betydning ved evalueringen av konkurransen, eksempelvis gjennom oppsettet av tildelingskriterier.
- Dersom all vesentlig informasjon videreformidles til interesserte tilbydere gjennom konkurransegrunnlaget, vil fortrinnet i det vesentlige være redusert til *tid*; betydningen av tid som fortrinn reduseres i den grad tilbyderne har *tilstrekkelig* tid. Således må fristene må settes så romslig at deltakelse gir en reell konkurranse. Dette vil gi de andre konkurrenter tilstrekkelig tid til å sette seg inn i forespørselen, selv om de aldri vil kunne innhente rådgiveren.
- Respektere forskriftens krav vedrørende om fokus på bruk av funksjonelle spesifikasjoner og standarder, og bestemmelsene om kvalifikasjonskrav, samt kravene vedrørende tildelingskriterier.
- Et eventuelt fortrinn kan i tillegg ved forhandlet prosedyre, kunne bli kompensert for gjennom forhandlingene.
- Eventuelle fortrinn, og eventuelle betenkeligheter hos øvrige interesserte tilbydere, og ikke minst risikoen for klage, vil kunne reduseres gjennom befaringskonferanse samtidig med alle.
- For å holde konkurransen oppe, vil det være svært viktig å være åpen om situasjonen og informere om den strategi man har, og ikke minst, følge strategien.

Gitt at dette følges tilpasset den enkelte anskaffelse, skal ikke en rådgivning kunne utelukke konkurransen. Praksis synes å gå langt i å tillate forutgående rådgivning basert på disse hensyn. Anskaffelsens art og markedets oppfatning av slik deltakelses reelle innvirkning på konkurransesituasjonen, er selvsagt også faktorer som bør hensyntas ved avgjørelsen av hvor restriktiv man skal være. Her er det for så vidt et viktig skille mellom forsvarsmarkedet og øvrig sivilt marked.

0.2.2 Utenfor EØS området

Forsvarsministeren har det konstitusjonelle ansvar og myndighet for forvaltningen i Forsvaret og kan gripe inn i saksbehandling på ethvert trinn. Gjennom ARF³ har FD gitt de overordnede rammebetingelser for gjennomføring av fremskaffelser. FD har vide fullmakter og rammer for gjennomføring av anskaffelser utenfor EØS området. Det underbygges ved at ARF er et internt regelverk, noe som gir FD stor fleksibilitet.

³ Anskaffelsesregelverk for Forsvaret

Hovedregelen for bruk av eksterne rådgivere som er med å utarbeide kravspesifikasjon, er at disse skal være leverandøruavhengige samt ikke ha økonomiske interesser i den påfølgende anskaffelsen.

I erkjennelse av at dette kan være vanskelig å oppnå på enkelte teknologiområder, tas det høyde for å kunne bruke rådgivere med leverandørtilknytning, herunder leverandører. For å kunne gjøre dette, er det et krav om at slike rådgivere benyttes på en måte som ikke påvirker konkurranseforholdet mellom framtidige tilbydere. Videre skal kravspesifikasjonen utarbeidet med assistanse fra slike rådgivere, bli gjort tilgjengelig for et utvalg leverandører for kommentering før den endelige forespørselen/anbud sendes ut.

I relasjon til utarbeidelse av anskaffelsesstrategier, gir ARF

<http://www.odin.dep.no/filarkiv/224849/k296.html> - b297 anvisning på at

næringspolitiske føringer og mål og eventuelt andre politiske føringer skal tas høyde for ved utarbeidelse av en anskaffelsesstrategi. FD kan eksempelvis gi føringer på:

1. Hvilke tilbydere som skal få forespørsel,
2. Om, og hvilke leverandører som skal delta med forstudier eller delta i tidlig integrerte prosjektorganisasjoner
3. Krav til industrisamarbeid/gjenkjøp
4. Oppdeling/inndeling av et prosjekt i delprosjekter osv.

Selv om vi ovenfor har forsøkt å gi et bilde av hva næringspolitikk kan bety i praktiske termer, gir ARF ingen annen føring enn en ren henvisning til FD sin mulighet for å gi unntak etter næringspolitiske hensyn. Ei heller har man satt noen grunnleggende krav for gjennomføringen av en slik næringspolitikk annet enn henvisningen til St.prp.42.

ARF pkt 1.3.1, 7 ledd henviser til en næringspolitisk strategi. Nettopp en næringsstrategi som effektuerer de overordnede næringspolitiske formål, vil kunne ivareta nødvendige hensyn. Man har likevel ikke fått noen næringsstrategi som kan informere de aktuelle aktører om hvordan FD ønsker å nærme seg forsvarsmarkedet. Uten en konkret næringsstrategi, blir henvisningen til overordnede næringspolitiske føringer noe diffus.

0.3 Forsvarsmarkedets særegenheter

I motsetning til åpne frie sivile markeder er forsvarsmarkedet et svært asymmetrisk marked med klare internasjonale overtoner. Med forsvarsmarkedets asymmetri, legger vi vekt på at det bare er en kunde pr nasjon og ofte kun noen få eller én dominerende leverandør i hvert land, ofte lang levetid på materiell med høy kompleksitet og usikkerhet. T

Vi opplever også et teknologisk paradigmeskifte. Det har ofte sin bakgrunn i den teknologiske fordyrelse som inntreffer ved ”plattformskifter”, som er en fordyrelse utover den vanlige inflasjon. For at industrien i det hele tatt skal evne å bidra inn til disse nye kapasiteter, har man søkt sammen. Konsekvensen i fremveksten av transnasjonale bedrifter, er at antall tilbydere på industrisiden er blitt enda mer redusert innen flere sentrale områder for militære systemer.

En annen særegenhet ved forsvarsmarkedet utover de nasjonale interesser, er at forsvarssystemer ofte er høyst komplekse og med et integreringsbehov som er tilsvarende høyt mot andre systemer, både nasjonalt og internasjonalt. Tatt i betraktning at avanserte forsvarssystemer ofte kan ha en levetid på opptil 50 år, vil videreutvikling og implementering av nye løsninger være en utfordring.

EU Kommisjonen har tatt skritt som kan føre til et felles forsvarsmarked på lengre sikt (European Defence Equipment Market (EDEM)). EU ser at materiellsiden er viktig for å kunne gjennomføre utviklingen av EUs sikkerhetsarbeid (European Security and Defence Policy (ESDP)), spesielt i forhold til EU sine nye militære kapasiteter.

EDA sammen med Kommisjonen, vil i fremtiden spille en svært viktig rolle i å koordinere medlemsstatene i forhold til både anskaffelser, driftsunderstøttelser, forsknings og utvikling samt langsiktige kapabilitetsplanlegging. Vi ser også på regelsiden at EU Kommisjonen arbeider aktivt. Basert på høringsresultatene fra Grønn Boken på Art 296, kom det desember 2005⁴ en kunngjøring om at Kommisjonen i løpet av 2006 vil utestede en fortolkning på rekkevidden av Art 296 for å gi medlemsstatene en guide for hvordan denne kan brukes. Guiden vil ikke være juridisk bindende.

I parallell vil også EU Kommisjonen starte arbeidet med å utarbeide et mulig nytt direktiv tilpasset forsvarsanskaffelser og dets kompleksitet. EU Kommisjonen ser behovet for mer tilpassede regler for komplekse militære anskaffelser.

0.4 PROSJEKTGJENNOMFØRINGSTEORI

Rapporten viser viktigheten av kunnskapsdeling og kommunikasjon i tidlig fase med aktører utenfor egen organisasjon i større komplekse prosjekter. Den mest effektive gjennomføring av et prosjekt samt vedlikehold/oppgradering gjennom levetiden i tråd med ”supply chain management” teori, er dog ikke nødvendigvis i samsvar med det rammeverk som offentlige myndigheter skal forholde seg til.

⁴ Public procurement: new Commission initiatives on more open and efficient defence procurement IP/05/1534, Brussels, 6 December 2005

Spørsmålet er hvordan man organiserer seg for å oppveie denne informasjonskompleksiteten. For å håndtere denne usikkerheten bør kunden involvere seg for å få større kontroll og innsikt. Dette vil imidlertid innebære større ressursbruk og dermed høyere kostnader. Samtidig vil det være høyere sannsynlighet for et bedre resultat og til en lavere total kostnad.

Hovedfunn fra flere forskningsprosjekter viser at de gode prosjekter har en adaptiv tilnærming til oppdukkende utfordringer. Andre kritiske suksessfaktorer var at høyt prestasjonsnivå avhenger av en *grundig jobb i tidligfasen* samt åpenhet og tillit. Tidlig involvering av leverandører, bruk av funksjonelle spesifikasjoner samt reduksjon av antallet arbeidspakker blir også fremhevet.

Håndtering av denne form for kompleksitet i Forsvaret krever en iterasjon og hurtighet for å fremme innovasjon som både tar i bruk nye løsninger, men som samtidig ivaretar Forsvarets behov. Det er en kjensgjerning at Forsvaret ikke vil ha den luksus til å bytte alt ut på en gang, men over tid være avhengig av å videreutvikle sine eksisterende løsninger slik at det passer inn i et raskt utviklende NbF sfære både nasjonalt og internasjonalt.

Den iterasjon og innovasjon som er så nødvendig, er betinget av tilgang på rett kompetanse til rett tid. Dette innebærer at man trenger tilgang til alle aktører i alle faser og at kommunikasjonen mellom disse er god. Til dette kreves gode samarbeidsmodeller og kontraktsformer som tilrettelegger for et slikt samarbeid.

0.5 Etiske forhold og transparens

Tett og tidlig samarbeid. Bruk av rådgivere som senere deltar i en konkurranse. Dette er temaer som uvilkårlig har et etisk innhold. Innenfor fagområdet offentlige anskaffelser, brukes ofte begrepet ”likebehandling”, et markert skifte fra begrepet ”usaklig forskjellsbehandling”. Likevel har man innenfor offentlige anskaffelser, muligheter for å gjennomføre en saklig forskjellsbehandling. I en Høyesterettsdom, 7 des 2005 (Poncho-saken), mellom New Pac Safety og Forsvaret, fremholder Høyesterett (HR) at når man befinner seg utenfor de sedvanlige offentlige anskaffelsesregler, kreves kun et visst minimum av likebehandling av leverandører.

En sentral aktivitet for å sikre en etisk korrekt tilnærming til likebehandlingskravet overfor leverandører, er gjennomføring av konkurranse. Hvordan sikrer man så innovasjon? Det er i en slik sammenheng utfordrende å finne den rette balanse mellom konkurranse, innovasjon og langsiktighet for å sikre stabilitet for Forsvarets som kunde.

Ved komplekse leveranser er det erfaring for at en overdreven konkurranse vil kunne skade innovasjonen. For de mer avanserte og komplekse systemer som Forsvaret bruker,

hvor man også ønsker innovasjon, vil en tilpasset konkurranse i henhold til økonomisk teori, i stedet fremme innovasjonsinsentivene⁵.

1 INNLEDNING

Denne rapport søker å beskrive muligheter og begrensninger for industriens roller når de opptrer som leverandør og/eller rådgiver i forskjellige faser ifm offentlige anskaffelser (Lov om offentlige anskaffelser - LOA eller Anskaffelsesregelverket for Forsvaret - ARF). Rapporten er skrevet i forbindelse med Prosjekt 1024 ”Støtte til materiellanskaffelser og industrisamarbeid” som har som hovedformål å støtte FD i implementeringen av det nye investeringskonseptet.

1.1 Avgrensning

FSJ og Sjef FD IV arrangerte 16. august 2005 et seminar med IKT- industrien med fokus på kompetansebehov for å ivareta IKT- ”arven”. Som ledd i oppfølgingen ble det bestemt at en intern arbeidsgruppe (AG) skulle etableres. AG’s konklusjon som Forsvarsdepartementet (FD) har sluttet seg til var å gi FFI et oppdrag under prosjekt 1024 ”Støtte til materiellanskaffelser og industrisamarbeid”. FD ønsker gjennom dette oppdraget at FFI foretar en gjennomgang og analyse av:

1. Forsvarets IKT – portefølje for å avklare hvilke systemer som bør vedlikeholdes/videreutvikles i samarbeid med industrien. Arbeidet skal skje i samarbeid med Programområde INI.
2. Hvilken nasjonal kompetanse som er nødvendig innen dette feltet, herunder hvilke kapasiteter (kunnskap og volum) Forsvaret må besitte og hvilke som kan settes ut til industrien når det gjelder både vedlikehold og videreutvikling av arven.
3. Hvilke kriterier som må etableres for å skille industriens rolle som leverandører og rådgivere slik at en unngår en blanding av disse.
4. Hvilke firmaer som er de mest aktuelle for utvikling av et samarbeid. I denne sammenheng skal de mest kritiske prosjektene prioriteres.
5. Behovet for en avtalestruktur mellom forsvaret og industrien for de mest tidskritiske prosjektene, samt utarbeide forslag til intensjonsavtaler.

Denne rapport vil konsentrere seg om punkt 3. Hovedtrekkene fra denne rapport inngår som en del av en egen sluttrapport fra FFI på hele oppdraget. Rapporten er holdt i generelle termer, idet de forskjellige forhold som omhandles også vil kunne ha relevans

⁵ Konkurranse for innovasjon, Dalen m.fl., BI, 1 aug 2005

utenfor IKT området. Vi legger til grunn for våre vurderinger at de gjelder anskaffelser av varer og tjenester over en viss størrelse og kompleksitet.

2 BAKGRUNN

Som offentlig organ er Forsvaret, på linje med andre offentlige organer i Norge og for øvrig i Europa, underlagt en rekke regler for sin samhandling med private parter i næringslivet ved offentlige anskaffelser.

De offentlige regler for samhandling stiller bl.a. klare krav til likebehandling og at dette dokumenteres. Begrunnelsen er å sikre etterfølgende innsyn for at anskaffelser skjer i henhold til regler gitt av de folkevalgte, en slags etisk kvalitetssikring. Kravet til etterfølgende gjennomsiktighet er et viktig tema i den pågående debatt over offentlige anskaffelser. De siste års mediaoppslag viser behovet for innsyn i det offentliges gjøren og laden, og ikke minst viktigheten for å avdekke ulovligheter.

2.1 Hovedproblemstilling

Vår hovedproblemstilling er:

”Hvilke kriterier som må etableres for å skille industriens rolle som leverandører og rådgivere slik at en unngår en blanding av disse.”

Spørsmålsstillingen er i denne sammenheng knyttet til utvikling, anskaffelse og vedlikehold av IKT-systemer. Vi anser at spørsmålet er av universell karakter, og den vil bli behandlet som sådan i denne rapport.

Spørsmålet er om en industri som har vært med å ta fram forespørselsunderlaget/-spesifikasjonsgrunnlaget, også kan være med å konkurrere om oppdraget. Ut fra samtaler med oppdragsgiver tolker vi spørsmålet dit hen at *det skal tas utgangspunkt i mulighetsrommet for bruk av slike rådgivere.*

Vi kunne ha redegjort for dette spørsmålet ut fra en ren juridisk synsvinkel, uavhengig av omverden, fordi spørsmålet som stilles i hovedsak er av juridisk karakter. Det er også et faktum at den enkleste løsning vil være *konsekvent å ikke* anvende rådgivere som senere ønsker å delta i konkurransen. Dessverre er ikke dette en gjennomførbar holdning/policy hvis man ønsker å få til de beste løsninger for Forsvaret.

Vi tror det er avgjørende å si noe om hvorfor man ønsker/må bruke dette mulighetsrommet, dvs. utnytte industriens kompetanse uten at dette kommer i strid med gjeldende regelverk. Dette vil vi gjøre gjennom å beskrive mulighetsrommet med en løsningsorientert synsvinkel og et etisk perspektiv.

Etter vårt skjønn må spørsmålsstillingen bringes ut fra den juridiske sfære. Vi er nødt til å koble de juridiske forhold til hvordan man best mulig gjennomfører avanserte prosjekter, spesielt i tidlig fase. De prosjektmessige og tekniske behov som utfordrer juridiske regler, er ofte ”best practise” hentet fra hele verden. For å kunne vurdere rammene for et mulighetsrom, trenger vi å se på dette samspillet. Videre er prosjekt og tekniske behov ofte koblet opp mot markedet. Hvor mange aktører er det på kunde og leverandørsiden?, hvem er de?, hva er gjennomsnittlig levetid, usikkerhet? osv. Et dårlig fungerende marked vil i større grad kanskje tvinge frem krav til å utnytte mulighetsrommet.

En ting er det objektive juridiske mulighetsrom. Et annet spørsmål er om du ønsker å gjøre bruk av det. Kanskje forhold knyttet til alt fra etikk og moral til behovet for å bedre omdømmet trekker i andre retninger, enn de rene prosjektmessige og tekniske behov som eksisterer. Vi tror det er viktig å kunne se det etiske i sammenheng med behovet for innovasjon og de generelle sider ved det å gjennomføre en konkurranse. Hva er egentlig en konkurranse, og er man alltid her sikret innovasjon?

Dette er noen av problemstillinger når vi ser på mulighetsrommet, spesielt med 2 forskjellige regelverk, henholdsvis Lov om offentlige anskaffelser (LOA) med tilhørende forskrift (FOA) og Anskaffelsesregelverket i Forsvaret (ARF), som regulerer bruken av rådgivere.

Førstnevnte gir de standardiserte retningslinjer for gjennomføringen av offentlige anskaffelser som sådan og bygger på EU sine anskaffelses direktiver. Anskaffelser som foretas etter ARF, er ment å gi en større fleksibilitet og ARF bygger på den unntaksmulighet man har etter EØS avtalens artikkel 123.

Nedenfor gjennomgås de sentrale problemstillinger som behandles i denne rapport.

2.1.1 Hjemmelsgrunnlag for ARF

Siden ARF åpner for å unnta Forsvarets anskaffelser fra de sedvanlige offentlige regler, er det avgjørende at man har klart for seg hjemmelsgrunnlaget for ARF og når den kan anvendes. Vi vil derfor kort gjennomgå EU retten og forholdet til Amsterdamtraktens artikkel 296.

2.1.2 Tilgang på kompetanse i tidlig fase - rådgiverrollen

Dette er rapportens hovedproblemsstilling. I forhold til de forskjellige faser man vil kunne anvende rådgivere, vil i denne rapport konsentrere oss om tidlig fase av et prosjekt. Dette er stadie hvor behovet for kunnskap er størst for kunden, dvs Forsvaret, og hvor mulighetene for tilgang på markedets kompetanse kan være kritisk for suksess. Vil her se nærmere muligheten for bruk av leverandører som rådgivere i hhv LOA og ARF, og de forskjeller som eksisterer, og eventuelt hvordan man kan avhjelpe forhold som ellers ville

ha hindret bruk av rådgivere.

2.1.3 Forsvarsmarkedets særart

For å forstå bakgrunnen for ovennevnte problemstillinger, dvs hvorfor man noen ganger ønsker å anvende leverandør også som rådgiver, har vi valgt å gi en kort beskrivelse av forsvarsmarkedet. Dette inkluderer også den utvikling som nå skjer i EU og som både påvirker LOA og de fremtidige unntaksmuligheter som gjelder for forsvarsmarkedet i Europa ved offentlige anskaffelser.

2.1.4 Prosjektgjennomføringsteori

Siden denne rapport fokuserer på anskaffelser av komplekse militære systemer med til dels lang levetid, vil vi gi en kort beskrivelse av noen sentrale elementer relevant for slike prosjekter i tidlig fase. Fokus vil være på bruken av kompetanse fra markedet og håndtering av asymmetrisk informasjonskompleksitet. Dette ser vi som viktig for å nå en dypere forståelse for bruken av ekstern kompetanse i tidlig fase.

2.1.5 Etikk og transparens

En sentral del av denne rapport er å finne mulighetsrommet. Dette mulighetsrommet er i utgangspunktet styrt av jussen, men også andre faktorer kan innvirke. Etikk er i denne sammenheng en viktig del av det offentliges virke, og vi ønsker å belyse noen etiske relevante forhold sett opp mot behovet for innovasjon. Hvordan konkurranse kan bidra til transparens, belyses også.

3 HJEMMELSGRUNNLAG FOR ARF - AVGRENSNING MOT LOA/FOA

En viktig forutsetning for denne rapport er i hvilken grad man befinner seg innenfor eller utenfor EØS området. Dette er avgjørende for hvilket regelverk man skal anvende.

Det fundamentale skille følger av EØS artikkel 123. Denne artikkel gir anvisning på de unntaksmuligheter Norge har for unntak av forsvarsmessige forhold fra EØS området. Dette inkluderer hvorvidt en anskaffelse faller innenfor eller utenfor Lov om Offentlige Anskaffelser (LOA), jfr. LOA § 3.

§ 3. Anskaffelser som er omfattet

Loven gjelder anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som foretas av oppdragsgivere som nevnt i § 2. Loven gjelder ikke anskaffelser som kan unntas etter EØS-avtalen artikkel 123.

For anskaffelser som faller utenfor LOA, skal ARF⁶ i sin helhet følges. Det samme er presisert i forhold til FOA hvor ARF pkt 1.1 anfører: *ARF gjelder i sin helhet for anskaffelser som er unntatt fra "Forskrift om offentlige anskaffelser av 15. Juni 2001"*. ARF er tilpasset Forsvarets behov, selv om den i hovedsak følger de samme regler/prinsipper som i LOA. Nettopp med bakgrunn i Forsvarets behov, har ARF en rekke bestemmelser som favner videre enn LOA/FOA i "tid", eks kvalitetssikring, konfigurasjonsstyring og anskaffelsesstrategi. Dette innebærer at ved anskaffelser i EØS området, skal ARF følges på de områder som ikke dekkes av LOA/FOA.

At Forsvaret kan unnta anskaffelser fra LOA, gir selvfølgelig ikke Forsvaret en carte blanche til å gjøre akkurat hva de vil. Det vil fortsatt være sentrale offentlige grunnleggende regler som en forsvarsanskaffelse uansett må følge. Dette skal skje i tråd med de rettsprinsipper som gjelder for hvorledes norske myndigheter plikter å opptre overfor andre, spesielt private, selv om unntaket gir Forsvaret anledning til å gjennomføre enn mer fleksibel anskaffelsesprosess enn hva LOA gir adgang til.

Et annet sentralt element er at ARF ikke gir en leverandør rettigheter, eks i forhold til klage, noe som LOA gir. Dette skyldes at ARF er et internt regelverk for Forsvaret.

Fremstillingen her er ment å gi en kortfattet oversikt for rammene til EØS artikkel 123. Det er samtidig viktig å påpeke at artikkel 123 i hovedsak bygger på Amsterdamtraktens artikkel 296, som innebærer at tolkning av artikkel 123 i stor grad må bygge på de vurderinger som er gjort av artikkel 296. Den fremtidige utvikling innenfor EU retten spesielt i forhold til det fremtidige virkeområdet til artikkel 296, tas under kapittel for markedet, se spesielt kap 5.2.

3.1 Innholdet i EØS Artikkel 123

Adgangen for unntaket er at anskaffelser som omfattes av EØS artikkel 123, gir Norge adgang til å unnta offentlige anskaffelser fra EU sine direktiver på dette området. Det er ingen plikt, men opp til hver nasjon å bedømme om man ønsker å gjøre bruk av denne adgangen.

Unntaket i EØS artikkel 123 bygger i hovedsak på artikkel 296 i EU sin Amsterdamtraktat, som gir mulighet til å unnta anskaffelse av spesifikt militært utstyr/forskning uunnværlig for forsvarsformål eller som innebærer håndtering av informasjon som har vesentlig sikkerhetsmessig betydning.

⁶ Fastsatt av Forsvarsdepartementet 1. september 2003 med hjemmel i departementets instruksmyndighet og delegeringsvedtak 20. august 2004 nr. 1208.

Ut fra ordlyden i artikkel 123, så er "våpen og ammunisjon" i forsvarssammenheng produsert med det formål å benyttes i krig, og vil ikke ha tilsvarende sivile anvendelsesområder. "Våpen og ammunisjon" vil derfor klart være omfattet av unntaksbestemmelsen. Når det gjelder hva som regnes som "våpen og ammunisjon", har EU (EF) i 1958 utarbeidet en liste som gir veiledning. Denne listen er "oppdatert" i et svar til EU parlamentet 27. september 2001⁷

Vurderingen av hvorvidt en type materiell er å regne som "krigsmateriell" kan knyttes til om materiellet i utgangspunktet er produsert spesielt med tanke på militærets særlige bruk. Dette innebærer at produktets egenskaper normalt ikke etterspørres i det sivile markedet, eksempelvis kommando og kontrollsystemer som sikrer militær kommunikasjon og beslutningsapparat. Dette støttes i forhold til ovennevnte liste, hvor begrepet "for military use" gjentas flere steder.

EØS-avtalen artikkel 123 har følgende ordlyd:

"Bestemmelsene i denne avtale skal ikke hindre en avtalepart i å treffe tiltak:

Som den anser nødvendig for å hindre spredning av opplysninger som er i strid med dens vesentlige sikkerhetsinteresser;

Som angår produksjon av eller handel med våpen, ammunisjon og krigsmateriell eller andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål, eller forskning, utvikling eller produksjon som er uunnværlig for forsvarsformål, såfremt disse tiltak ikke endrer konkurransevilkårene for varer som ikke er bestemt for direkte militære formål;

Som den anser vesentlig for sin sikkerhet i tilfelle av alvorlig indre uro som truer den offentlige orden, i krigstid eller ved alvorlig internasjonal spenning som innebærer en fare for krig, eller for å oppfylle forpliktelser den har påtatt seg med sikte på å opprettholde fred og internasjonal sikkerhet."

Når det gjelder "andre varer som er uunnværlige for forsvarsformål", vil vurderingen av hvorvidt varene er uunnværlige variere fra tilfelle til tilfelle. Her vil virkningen av en anskaffelse i forhold til markedspåvirkningen, være av betydning. Antakelig vil det i liten grad være mulig å påberope seg artikkel 123, for varer som er lett tilgjengelig i markedet og som forsyner både det militære og sivile marked med de samme varer. Såkalte "dual use goods", er forutsatt å falle utenfor rekkevidden til artikkel 296. Denne listen fra 1958 inkluderer kun konkrete militære varer med et klart militært formål, ikke varer som kan anvendes av både sivile og militære. Dette støttes av siste del av artikkel 296(1)(b);

“;such measures shall not adversely affect the conditions of competition in the common market regarding products which are not intended for specifically military purposes.”

⁷ Trybus, The List of Hard Defence Products under Article 296 EC, page NA 17. Her er gjenstander som artilleri, ammunisjon, bomber, ildledningsstøtte, stridsvogner etc. listet opp. Trybus viser til at listen er gjort noe mer generisk enn hva listen fra 1958 opprinnelig utgjorde. Antakelig har ikke EU Kommisjonen med hensikt endret på det faktiske innhold, kun gjort den mer lesevennlig for Parlamentet.

3.2 Fortolkninger og anvendelser

For å kunne påberope seg begrepet ”*uunnværlig for forsvarsformål*”, må man antakelig sette noen generelle krav til varer som faller utenfor rene ”*våpen og ammunisjon*”, definisjoner. Etter vårt skjønn kan et krav være at varen er kritisk for den operative evne, slik eksempelvis sentrale IKT varer kan være⁸. Etter vårt skjønn må man i tillegg etter analogisk fortolkning, også måtte inkludere tjenester som er direkte relatert til de varer som er omfattet av unntaket til artikkel 296. Denne tolkningen er viktig når vi ser at mye av den operative evne bygger på tjenester, ikke varer, eksempelvis programvare. Dette støttes av EUs Tjenestedirektiv⁹:

Article 10 - Defence procurement

“This Directive shall apply to public contracts awarded by contracting authorities in the field of defence, subject to Article 296 of the Treaty.”

Så hvor stor fleksibilitet har man i å fortolke artikkel 123? Det er klart at ordlyden åpner for fortolkning. I forbindelse med høringen av EU kommisjonens Grønn Bok i 2004 vedrørende artikkel 296, ble det i en av høringsuttalelsene¹⁰, fra Dr. Aris Georgopoulos, påpekt at man ikke nødvendigvis kan bruke den klassiske tilnærming til å vurdere hvorvidt appliseringen av artikkel 296 er riktig eller ei.

Det kan i denne sammenheng vises til en dom fra EU domstolen i 1999, Spania vs. Kommisjonen¹¹, hvor Spania hevdet at de for varer anskaffet i medhold av artikkel 296, kunne unnta alle disse fra mva. Et EU direktiv anfører dog at all import skal være mva pliktige, med mindre det er unntatt på generelt grunnlag. Spania tapte, og det er vist til at EU domstolen la til grunn en snever tilnærming til bruken av artikkel 296. Domstolen anfører at:

“It follows that the VAT exemptions are not necessary in order to achieve the objective of protecting the essential interests of the security of [...] Spain.”

Dette er en relativt åpenbar sak hvor unntaket fra artikkel 296 kan synes klar. I andre saker er det derimot nok ikke like sannsynlig at EU domstolen vil være like bastant, og at man

⁸ “Military electronic equipment” er spesifikt angitt på listen som ble gitt EU Parlamentet i 2001.

⁹ Directive 2004/18/EC of the European parliament and of the Council of 31 March 2004

¹⁰ Dr. Aris Georgopoulos, School University of Dundee, Green Paper on Defence Procurement: Anfører på side 1-2, “Nevertheless Article 296 1b EC is not subjected to the classic proportionality test (i.e. examination of the suitability and necessity of the national measure) like other Treaty exemptions. “

¹¹ Sak C-414/97

må gi medlemsstater vide vurderingsmuligheter i hva som skal inndefineres under artikkel 296¹².

Det *kan* i den sammenheng stilles spørsmål hvor langt EU domstolen kan være uenig i en stats vurdering av nasjonal sikkerhetsbehov, for derigjennom pålegge en stat å endre synet på eget sikkerhetsbehov. Det blir i praksis et spørsmål om hvem som har kompetanse til å vurdere innholdt av artikkel 296. UK har i sitt svar til Grønnboken vært negativ til at EU skal definere nærmere innholdet av artikkel 296 utover den 1958 listen¹³.

En grunn for at EU domstolen antakelig vil være varsom, er at de enkelte EU nasjoners sikkerhetsbehov vil variere fra nasjon til nasjon. Det vil derfor være vanskelig å sette opp en enhetlig standard. I praksis innebærer dette at EU domstolen først kan slå ned på åpenbare tilfeller hvor en nasjon klart har overtrådt artikkel 296, slik man gjorde i *Spania vs. Kommisjonen. Trybus (1)* hevder dog at dommen stadfester proporsjonalitetsprinsippet. Han anfører at:

” A member State measure has to be suitable and necessary to serve a public interest, for example public security. The interest is balanced with the interest of the internal market ”

Vi er ikke nødvendigvis uenig i dette, men samtidig synes ovennevnte dom å ikke innfortolke proporsjonalitetsprinsippet. Etter vårt skjønn var EU domstolen mer opptatt av at de stater som ønsker å påberope seg unntakene fra Amsterdamtraktaten, kan begrunne samt dokumentere dette på en saklig måte¹⁴.

I Georgopoulos sin høringsuttalelse, blir det også hevdet at mens andre artikler i Amsterdamtraktaten vil bli vurdert opp mot et proporsjonalitets prinsipp, vil man for

¹² Kommentar fra Trybus (1): *“The national security interests of the Members States are also accommodated as they are left a wide margin of appreciation.”*

¹³ Fra pkt 7 I UK MOD sin høringsuttalelse: *“Clearly, we would be opposed to any regulation that impinges upon the use of Article 296 TEC (or that seeks to regulate it), and where it affects matters within the competence of Member States.”*

¹⁴ De anfører i sin argumentasjon, se pkt 22: *“Accordingly, it is for the Member State which seeks to rely on those exceptions to furnish evidence that the exemptions in question do not go beyond the limits of such cases. In the present case, the Kingdom of Spain has not demonstrated that the exemptions provided for by the Spanish Law are necessary for the protection of the essential interests of its security. It is clear from the preamble to that Law that its principal objective is to determine and allocate the financial resources for the reinforcement and modernisation of the Spanish armed forces by laying the economic and financial basis for its overall strategic plan. It follows that the VAT exemptions are not necessary in order to achieve the objective of protecting the essential interests of the security of the Kingdom of Spain.”*

Artikkel 296 legges til grunn et prinsipp om ”manifestly unsuitable”.¹⁵ Dr. Aris Georgopoulos anfører at begrepet ”manifestly unsuitable” er en negativ test i sin natur. Dette innebærer at EU domstolen antakelig ikke vil teste ut hvorvidt en beslutning er riktig, men vurdere i hvilken grad en beslutning er i åpenbar konflikt med artikkel 296.

Dette synet støttes også i det svar Sverige ga til Grønn boken¹⁶, hvor det på spørsmål om man trenger å definere en egen varekategori som uttrykkelig unntas fra direktivet, anføres at det tilhører medlemsstatenes kompetanse til å unnta anskaffelser etter artikkel 296.

Indirekte blir dette synet også støttet av EU gjennom Wuermeling rapporten (2005/2030(INI)) til EU Parlamentet ift Grønnboken hvor det anføres:

“The core groups of goods that are sensitive for security reasons will – there is no question about that – remain unaffected. The exemption for goods which are clearly of a military nature will continue to apply. It is simply a matter of preventing Article 296 from being invoked for goods that are not clearly of a military nature...”

3.3 Den praktiske applisering av handlingsrommet

Mye av diskusjonen rundt anvendelsen av artikkel 296, dreier seg om hvor grensen går. EU Kommisjonen, ut fra hensynet til åpne markeder, søker å gjøre anvendelsesområdet til artikkel 296 så snever som mulig. På den annen side ser nasjonene at dette ikke bare har en direkte virkning på dere sikkerhetsinteresser og friheten under artikkel 296. Grensedragningen påvirker også fleksibiliteten de har til å skreddersy gjennomføringen av forskjellige forsvarsanskaffelser. Ved anskaffelser innenfor de klassiske direktiver til EU (LOA), mister man anledningen til å kunne kommunisere effektivt (forhandle) med relevante leverandører¹⁷

¹⁵ IBID, side 2-3: *“I believe that the wide margin of discretion, which was awarded purposefully by the Community Legislator to the Member States is not unconditional. The discretion surpasses its theological boundaries, and therefore is unjustified, when the national measure is manifestly unsuitable for attaining the aim of protection of the essential interests of security. That was the case in C-414/97 Commission v. Spain where the Court found that: “24 The Spanish government has not established that the abolition of the exemption from the VAT on imports and acquisitions of armaments, , constituted a measure which could undermine the protection of the essential interests of security...”*

¹⁶ Finansdepartementet, Rettssekretariatet, 30 mars 2005, Det svenske regeringens synspunkter på Europeiske kommissionens grønbok om forsvarsupphandlinger.

¹⁷ Høringssvaret fra Norge sier: *“For instance, may even procurements of “off the shelf” products require that both supplier and the procuring entity obtain final approval from appropriate officials, in order to award the contract. ... Under such circumstances the Classical Directives, will not provide for the needed dialogue between the supplier and the contracting authority, since appropriate measures only can be identified in the award phase and will vary from supplier to supplier.”*

Uansett, synes det klart at en signifikant del av Forsvarets fremtidige anskaffelser av militært utstyr fremdeles kan gjennomføres under et ARF regime hvis dette er ønskelig. I den sammenheng utgjør EU Kommisjonens 1958 liste et godt utgangspunkt for vurdering av hvilke varer som faller innunder.

FD har i et skriv¹⁸ søkt å klargjøre rekkevidden av artikkel 123. Det vises her til at man kun skal anvende denne unntaksmulighet i de tilfeller hvor det foreligger ”åpenbare sikkerhetspolitiske eller beredskapsmessige hensyn”. Selv om artikkel 296 gjelder medlemsnasjonens sikkerhetsinteresser, oppfatter vi uttalelsen som noe innsnevrende.

Begrepet ”åpenbare sikkerhetspolitiske eller beredskapsmessige hensyn”, synes i denne sammenheng noe uklar. Dette gjelder ikke bare i vektingen av slike hensyn (”åpenbare”), men også henvisningen til sikkerhetspolitikk, eller på nasjonal beredskap. Dette er en innsnevring av virkeområdet til artikkel 123. Eksempelvis vil flere kategorier av materiell som faller innunder 1958 listen, ikke nødvendigvis oppfylle disse krav selv om de er av spesielle militære natur og hvor stort sett det er stater som er kundene.

Samtidig har norske myndigheter en full rett i å velge å snevre inn virkeområdet til artikkel 123, og i stedet bruke LOA. En begrunnelse, i tråd med det arbeid som EU kommisjonen gjør, er at dette vil kunne bidra til åpning av forsvarsmarkedet i Norge og Europa for øvrig. Samtidig vil det kunne hevdes, ref. det norske tilsvaret til EU kommisjonen på Grønnboken, at det norske markedet i praksis er åpent, selv under et ARF regime. I dag anskaffes vel 45 % fra norske bedrifter, mens over 55 % anskaffes fra utlandet.

Som vi beskriver nedenfor under kapittel 5 og 6, vil dette kunne gjøre anskaffelser til Forsvaret vanskeligere fordi LOA i liten grad er tilpasset komplekse militære anskaffelser og behovet for forhandlet prosedyre. Av den grunn bør man revurdere i hvilken grad man bør utnytte det mulighetsrom som artikkel 123 faktisk gir Forsvaret.

3.4 Klage på bruk av ARF prosedyrer

Når det gjelder retten til å prøve avgjørelser som Forsvaret har fattet hvor man har unntatt anskaffelser etter LOA § 3, gir ARF i seg selv ingen rettigheter til leverandører eller potensielle leverandører. Dette innebærer at leverandørene ikke vil ha adgang til å saksøke Forsvaret for brudd på ARF. Leverandørene har imidlertid adgang til å klage/saksøke Forsvaret for forhold dekket av LOA herunder hvorvidt unntaksbestemmelsen er gyldig påberopt. I den grad Forsvaret velger å unnta en anskaffelse fra LOA, kan dette således påklages til KOFA.

¹⁸ FD – EØS - Avtalens Art. 123 – skriv Forsvarsstaben 19. september 2005, ref 1998/01100-183/FD V/SLB

4 TILGANG PÅ KOMPETANSE I TIDLIG FASE – RÅDGIVERROLLEN

Med utgangspunkt i vår hovedproblemstilling, fokuserer vi i dette kapittelet på bruk av rådgivere i tidlig fase. Vi vil først se på hvordan dette gjøres i et EØS regime, for så å vurdere reglene i et ARF regime. Som allerede anført under kapittel 2, er bruk av de samme rådgivere både før og etter konkurranse noen ganger en nødvendighet. Vi ønsker her å fokusere på de rammer som er styrende for en slik bruk, og hvorledes man bør innrette seg for å sikre etterlevelse etter regelverkene.

Gjennomgangen av behovet for rådgiver ift. komplekse prosjekter og/eller sviktende marked, beskrives i kapittel 5 og 6.

4.1 Generelt om anskaffelser og anskaffelse av rådgivningstjenester

Bruken av eksterne rådgivere har gjennom årene vært en viktig del av Forsvarets ressursbase gjennom et prosjekts/systems levetid. Det er likevel ingen klar definisjon på hvor skillet mellom en rådgiver og en leverandør går. Å levere varer er en klar leverandørrolle. Rådgivning er ikke levering av varer, men en tjenesteytelse. Samtidig er det heller ikke noe i veien for at leveranser av tjenester defineres i å komme fra en leverandør, ikke en rådgiver.

Skillet mellom rådgiver og leverandør bør relateres til rådgivning som har innvirkning på utarbeidelse av spesifikasjoner eller annen konkurransesensitiv informasjon. Som det vil fremkomme nedenfor, er dette også hovedfokuset for reglene i både LOA og ARF, nemlig rådgivers rolle ift utarbeidelse av spesifikasjoner. Uansett om man leverer varer eller råd, vil man etter vårt skjønn være en leverandør. Begrepet rådgiver vil således relatere seg til leverandørens bistand til kunde ifm utarbeidelse av spesifikasjoner tilsv. Vi vil først gjennomgå noen allmenne regler for anskaffelser hentet fra LOA som også i stor grad har bæring på ARF.

4.1.1 Forbud mot diskriminering

Et sentralt hovedprinsipp i LOA, jfr. LOA § 5 er kravet om ikke-diskriminering. Kvalifisering av leverandører og tildeling av kontrakt skal baseres på kjente objektive kriterier. Konkurranse er et bærende prinsipp og konkurransen skal skje på like vilkår for alle leverandører.

Krav til likebehandling forutsetter blant annet at alle potensielle leverandører skal få samme informasjon på samme tidspunkt for å forhindre at en eller flere leverandører får et konkurransefortrinn. I en anbudsprosess kan tidsfaktoren være viktig for hvordan tilbudet utformes. Får en leverandør mer tid på å forberede sitt tilbud fordi informasjonen er kommet på et tidligere tidspunkt, kan det gi et konkurransefortrinn. Det samme gjelder

om en leverandør får mer utfyllende informasjon som kan påvirke konkurransesituasjonen.

Kravet til lik og samtidig informasjon og publisering av denne, skal sikre en lik konkurranse. EU domstolen har i den sammenheng uttalt¹⁹ ”..for the benefit of any potential tenderer, a degree of advertising sufficient to enable the services market to be opened up to competition, and the impartiality of the procurement procedures to be reviewed”. Dette viser klart kravet til å publisere kommende offentlige anskaffelser, for å sikre etterprøvbarhet med *nok* informasjon for å kunne delta i en konkurranse. Å sikre tilgang til *nok* informasjon er viktig for å kunne føre ”kontroll” over uavhengigheten til anskaffende myndighet, gjennom leverandørens adgang til å føre sak for klageorgan/domstol.

Av den grunn er a) kunngjøring av en konkurranse i EØS området, b) tilgang på samtidig og lik informasjon for at potensielle leverandører kan levere kvalitative tilbud samt c) at markedet gjennom sin klageadgang, kan opptre som kontrollører, - bærende prinsipper for det indre marked i EU. Dette skal sikre fri flyt av varer, tjenester, kapital og arbeidskraft på tvers av landegrensene.

Forbudet mot diskriminering, jfr. LOA § 5, 4 ledd, er et eksempel på en konkretisering av kravet til likebehandling av alle leverandører. Selv om man formelt kanskje har likebehandlet leverandørene, kan man rammes av forbudet mot diskriminering. Forbudet rammer nemlig også de tilfeller hvor oppdragsgiver stiller et generelt krav til enten leverandør eller produkt, og hvor kravet på grunn av sitt innhold kan ekskludere utenlandske leverandører fra å bli kvalifisert.

Ett eksempel på hva man *kan* gjøre, er utformingen av krav til stedlig servicegrad i forbindelse med en tjenesteleveranse. Det er ikke noe i veien for at oppdragsgiver krever at leverandøren skal yte en servicegrad som i praksis må løses ved lokal tilstedeværelse eller representasjon. Det er imidlertid ikke anledning til å kreve at leverandøren etablerer seg eller oppretter egen avdeling på stedet. Det er leverandørene som skal komme med forslag til løsning når det gjelder kravet til servicegrad.

Tekstboks 5.1 nedenfor viser utdrag fra EU kommisjonens forklaring på grunnprinsippene bak offentlige anskaffelser i EU.

¹⁹ Sak C-324/98 Telaustria, para 61-62

PUBLIC PROCUREMENT IN THE EUROPEAN UNION - DIRECTIVE 92/50/EEC
Objectives and scope of the public procurement directives

The creation of a common market for public-sector procurement and construction contracts was unlikely to come about entirely as a result of the obligations Member States had undertaken in the Treaties to remove restrictions on foreign goods, services and businesses. It was still likely to be frustrated by differences in national regulations.

Community legislation was necessary to make sure that government contracts were open to all nationalities on equal terms and to make tendering procedures more transparent so that compliance with the principles laid down in the Treaties could be monitored and enforced.

Therefore, to back up the prohibition of import restrictions resulting from discriminatory public purchasing and to make it easier for resident and non-resident foreign firms to compete for public-sector contracts, the Council issued directives to coordinate procurement procedures in all public-sector procurement subject to the Treaties. The public procurement directives are based on three main principles:

- Community-wide advertising of contracts so that firms in all Member States have an opportunity of bidding for them.
- The banning of technical specifications liable to discriminate against potential foreign bidders.
- Application of objective criteria in tendering and award procedures.
-

The latter principle is ensured by the following requirements:

- Contracts are to be put out to open tender (open to all interested parties) or restricted tender (open only to selected candidates), at the choice of the authority placing the contract. Authorities may have recourse to negotiated tendering only in specified exceptional circumstances.
- Interested parties may only be excluded from participating (in restricted or negotiated tenders) or from final selection (in open, restricted or negotiated tenders) on certain specified qualitative criteria.
- Contracts may be awarded only on economic or technical criteria, namely either the lowest price or the economically most advantageous tender overall.

Tekstboks 5.1: Utdrag fra EU kommisjonens: Public procurement in the European Union - Directive 92/50/EEC - Objectives and scope of the public procurement directives

4.1.2 Konkurranserisnippet og adgangen til kontakt med leverandører

Det bærende prinsipp er konkurranse og opprettholdelse av denne, jfr. LOA § 5, 2 ledd²⁰. Således må enhver kontakt med leverandører håndteres ut fra hvordan dette kan påvirke en (mulig) fremtidig konkurranse.

Det presiseres at LOA/FOA er ikke til hinder for at oppdragsgiver kan samarbeide med både nåværende og potensielle leverandører. Kravet er at dette ikke skal *undergrave* konkurransen om konkrete anskaffelser, eller diskriminerer andre leverandører.

Samtidig, i en situasjon med skjerpet konkurranse på de offentlige anskaffelsesmarkedene, har Næringsdepartementet vektlagt at det offentlige skal bidra til å styrke bedriftenes konkurransevne ved å opptre som aktive leverandørutviklere²¹. Aktiv leverandørutvikling vil kunne bidra til at flere leverandører kan gi konkurransedyktige tilbud når selve anskaffelsen skal gjøres, og gir derved oppdragsgiver større mulighet til å

²⁰ "En anskaffelse skal så langt det er mulig være basert på konkurranse"

²¹ Næringsdepartementet, Leverandørutvikling - Offentlig sektor som konkurransefortrinn for næringslivet, oktober 1998

oppnå f.eks. en rimeligere anskaffelse, fordi oppdragsgiver vil kunne få flere tilbud å velge mellom.

Dette krever god kontakt og samarbeid mellom aktørene, og ikke minst åpenhet. For tillitvekkende opptreden, er det viktig at man er åpen om den aktive leverandørutvikling man gjennomfører. Det er av stor betydning at kunden er åpen om sin anskaffelsesstrategi, og jevnlig informerer markedet. Dette skaper forutsigbarhet og etterrettelighet for potensielle leverandører og bidrar til en åpen agenda, noe som kan skape større trykk på konkurransen. Et slikt samarbeid kan gi grobunn for utvikling av nye produkter og løsninger som på sikt kan medføre store besparelser for oppdragsgiver

4.2 Rådgivning innenfor EØS området

Vår hovedproblemstilling håndteres innenfor EØS-området av Forskriften for Offentlige Anskaffelser (FOA) § 3-8 som oppstiller den aktuelle regel for bruk av rådgivere. Det fokuseres her på situasjoner som vedrører utarbeidelse av spesifikasjoner forut for en konkurranse. Ordlyden er som følger:

§ 3-8. 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

Hovedpoenget er å unngå at konkurransen påvirkes av rådgivere som senere selv vil kunne delta, *dersom dette vil kunne utelukke konkurranse*²². Fokuset er på råd som påvirker spesifikasjoner, og indirekte rådgivers presumptivt større tilgang til informasjon enn hva de andre aktørene vil ha. Dette kan være konkurransevridende.

De konkurransefortrinn som en leverandør kan ha opparbeidet etter først å ha opptrådt som rådgiver, kan være flere. Han har antakelig fått lenger tid på å forberede og utarbeide tilbudet i tillegg til at han sitter med kjennskap til detaljer om hva som vil være vesentlig mv. i forbindelse med utformingen av tilbudet. Rådgiveren kan gjennom sitt arbeid også ha hatt mulighet til å påvirke utformingen av krav til fordel for egen virksomhet, og oppdragsgiver kan miste fordelen ved at nøytrale rådgivere naturlig nok vil se annerledes på alternative løsninger.

²² Bestemmelsen i FOA følger også av Norges forpliktelser etter WTO avtalen om offentlige anskaffelser (GPA art. VI)²². Det samme prinsippet ligger til grunn for at ansatte i oppdragsgivers virksomhet eller organisasjon ikke skal kunne delta i en konkurranse om tildeling av en offentlig anskaffelseskontrakt.

Ut fra en slik argumentasjonsrekke er det lett å trekke den konklusjon at man ikke skal tillate rådgivere å delta i en etterfølgende konkurranse. Til det er usikkerheten knyttet til disse spørsmål for stor. *Samtidig* er det klart at tilgangen til nøytrale rådgivere innenfor visse områder ikke er påtagelig stor.

Spørsmålet blir da, hva er det reelle juridiske krav og det reelle spillerom for en oppdragsgiver til å sikre seg tilgang på kompetanse fra markedet.

4.2.1 Kravet om å ikke utelukke konkurranse

Bestemmelsen i FOA § 3-8 omfatter bare de tilfeller hvor konsekvensen av å benytte rådene i en anskaffelsesprosess innebærer at man *utelukker konkurranse*.

Hva som vil innebære at man utelukker konkurranse, må vurderes konkret for den enkelte anskaffelse. Ved deltakelse i bare deler av konkurransegrunnlaget, vil det være et spørsmål om disse er tilstrekkelig vesentlige. Eksempelvis hvor deltakelsen er begrenset til "input", mens oppdragsgiver selv har ansvaret for sammenstilling og utforming.

Dersom en leverandør gir direkte råd til hele eller deler av kravspesifikasjonen eller tekniske spesifikasjoner, vil dette innebære at en konkurranse *dreies og/eller mulige aktører utelukkes*. Et klassisk eksempel er utarbeidelse av IKT kravspesifikasjoner som innebærer at man i realiteten står igjen med 1 løsning/leverandør før konkurransen.

Derimot er det adgang til å anvende råd om hva som er mulige alternative løsninger eller standard løsninger. Oppdragsgiver kan utnytte den kompetansen leverandørene besitter under planleggingen av en anskaffelse. En leverandør som ønsker å delta i konkurranse om en kontrakt, kan eksempelvis gi råd om generelle tekniske spesifikasjoner som ikke er særegne for leverandørens eget produkt, et syn også KOFA²³ har lagt til grunn²⁴.

²³ Klagenemden for Offentlige Anskaffelser

²⁴ I KOFA sak 2004/215 om bruk av rådgivere ved utarbeidelse av konkurransegrunnlaget, fremgår det bla. *"Innklagede har mottatt et notat fra Frost som inneholdt konkrete anbefalinger for tilbudsinnhenting, og hele konkurransegrunnlagets beskrivelse av oppdragets formål er sitert fra notatet fra Frost. Innklagede har imidlertid anført at de formuleringene som ble benyttet fra Frosts notat innholdsmessig finnes igjen i innklagedes egen marine strategi og i fylkeskommunens regionale utviklingsplan. Dette legger klagenemnda til grunn. Klagenemnda finner ikke at utarbeidelsen av notatet var egnet til å medføre risiko for konkurranseforvridning av betydning i favør av Frost. Saken kan sammenliknes med KOFA sak 2003/74, der klagenemnda kom til samme resultat vedrørende et utarbeidet skisseprosjekt i en arkitektkonkurranse."*

Videre:

"Lovens § 5 oppstiller et generelt forbud mot forskjellsbehandling. Kravet til likebehandling kan innebære at oppdragsgiver har en plikt for å utjevne eventuelle fordeler en leverandør har som følge av tidligere oppdrag for oppdragsgiver, slik at leverandørene stilles mest mulig på lik linje i konkurransen, jf. KOFA sak 2004/46. Klagenemnda legger til grunn at Frost, som følge av diskusjonen rundt Frosts notat i april/mai, satt inne med en kunnskap om oppdragsgivers preferanser. Spørsmålet om Frost satt på kunnskap utover det som kunne utledes av konkurransegrunnlaget, egner seg ikke for skriftlig nemndsbehandling. Fordelen Frost hadde ved sitt tidligere arbeide i forbindelse med prosjektet kunne utjevnes ved å gi samtlige leverandører tilstrekkelig tid til å utarbeide sine tilbud og eventuelt stille spørsmål til konkurransegrunnlaget."

Det er en sterkere trend i de senere år i å gå vekk fra de detaljerte tekniske krav spesifikasjoner til mer overordnede funksjonelle spesifikasjoner. Dette innebærer at oppdragsgiver får et godt innblikk i et eller flere bestemte fagområder, og hvor de funksjonelle krav som settes, skjer på basis på en sterkere brukerstyring av brukerens behov. Ved bruk av funksjonelle spesifikasjoner, blir det også lettere for de private aktører å finne andre nye løsninger for å løse de funksjonelle krav. Dette kan igjen gjøre det noe lettere å anvende leverandører som rådgivere som senere ønsker å konkurrere.

4.2.2 Avhjelping av mulig skjev konkurranse

Under forutsetning av at man ønsker å anvende en leverandør som rådgiver for konkurranse, bør det vurderes å iverksette noen tiltak for å avhjelpe en ellers mulig utelukkelse fra konkurranse eller konkurransevridning av betydning. KOFA uttaler (i sak 2003/36) at ”Bestemmelsen forutsetter at konkurranse utelukkes, men må tolkes slik at også risiko for konkurranseforvridning av betydning i favør av vedkommende rådgiver omfattes.”

Praksis rundt bestemmelsen viser at dersom rådgiveren utarbeider tekniske eller merkantile vilkår som går direkte inn i tilbudsgrunnlaget, skal det lite til for at bestemmelsen anses overtrådt. Rådgiver vil i så fall kunne vri spesifikasjonene til egen fordel.²⁵

Mer indirekte befatning med prosjektet vil stille seg annerledes. Når tekniske utredninger, skisseprosjekter osv er bearbeidet videre av kunden, eller at rådgiverens bidrag bare har vært av foreløpig karakter, anses det ikke å foreligge mulighet for påvirkning av konkurranseforholdene til egen fordel. KOFA har godtatt at et arkitektkontor som hadde utarbeidet et skisseprosjekt for oppføring av et sykehjem, fikk delta i en konkurranse som bla omfattet supplerings av skisseprosjektet. KOFA fant at dette ikke innebar at ”innklagede har mottatt eller søkt råd som kan benyttes under utarbeidelsen av spesifikasjonene”.²⁶

Således kan en rådgiver utarbeide tekniske rapporter, behovsvurderinger og lignende som ligger til grunn for beslutninger om å gjennomføre bestemte prosjekter eller anskaffelser, forutsatt at slike vurderinger ikke inneholder så detaljerte krav/tekniske løsninger at de går direkte inn i kravspesifikasjonene.

²⁵ I ovenfor siterte KOFA sak 2004/46 hadde rådgiver utarbeidet kravspesifikasjon for låser og beslag og deltok deretter selv i konkurransen. Klagenemnda fant da at bestemmelsen var overtrådt fordi rådgiveren ”etter alt å dømme hadde en egeninteresse i bruk av et bestemt låsprodukt”. Sml det danske Klagenævnet for Udbuds avgjørelse av 7. juli 1995, hvor bestemmelsen ikke ble ansett overtrådt fordi ”det ikke er godtgjort, at Decaux eller andre har haft indflydelse på designparameterne i udbudsmaterialet”).

²⁶ KOFA sak 2003/47 – Vestby kommune.

Et eksempel til illustrasjon har vi fra dansk praksis (Arkitekt CF Møllers Tegnastue mot Vestsjællands Amt) hvor ”medvirken ved gjennomførelsen af Bygningsmæssig funktionsanalyse” ikke ga oppdragsgiver grunnlag for å utelukke arkitekten som tilbyder²⁷.

4.2.2.1 Tidsaspektet

Et sentralt virkemiddel for å avhjelpe en ellers mulig skjev konkurranse, er å gi konkurrerende aktører nok tid.

Ulovlig forskjellsbehandling foreligger antakelig ikke dersom alle tilbydere gis tilgang på all relevant informasjon i konkurransegrunnlaget²⁸, og tilbudsfristen settes lang nok til at også eksterne tilbydere har *tilstrekkelig tid* til å sette seg inn i materialet og utarbeide tilbud²⁹.

²⁷ Klagenævnet la i den forbindelse ”avgørende vægt på, at det af klageren [arkitekten]... tilvejebragte materiale utvivlsomt har været tilgængeligt for enhver, der måtte have være interesseret i at opnå prækvalifikation, og at dette materiale er indgået i udbudsbetingelserne. Det er endvidere ikke uden betydning, at klagerens materiale under sagsbehandlingen i et vist omfang er blevet bearbejdet af andre og derfor ikke mere er identisk med det, klageren i sin tid præsterede overfor indklagede. Det er endvidere godtgjort, at der fra klagerens side ikke foreligger noget, der overhovedet kan betegnes som »færdige projekter« vedrørende den kommende opgave, og at de af klageren uøvede skøn vedrørende byggeomkostningerne alene har foreløbigheds karakter og derfor ikke kan lægges til grund ved eventuel tilbudsgivning. Det lægges endvidere til grund, at den udførte opgave var af begrænset karakter, og at klageren efter det under klagesagens behandling oplyste ikke ville få noget nævneværdigt forspring i forbindelse med udarbejdelse af forslag til bygninger og ombygning af sygehuset i forhold til andre tilbudsgivere. Klagenævnet finder herefter, at der efter en samlet vurdering af klagerens virke forud for udbudet til prækvalifikation ikke har foreligget mulighed for klageren for enten at få en viden, som andre tilbudsgivere ikke kunne få, eller i kraft af viden om indklagedes forhold i det hele at opnå en fordel i forhold til de tilbudsgivere, hvormed klageren i givet fald skal konkurrere”.

²⁸ Jfr fra dansk praksis *Skanska mot Løgstør kommune*, hvor Klagenævnet kom til at den tidligere konsulent ”Friis og Moltke A/S har ved at udarbejde de 2 rapporter [...], fået et kendskab til indklagedes særlige ønsker og behov vedrørende det aktuelle projekt og dets udformning, som ikke fremgår af licitationsbetingelserne. Ingen af de 2 rapporter var del af licitationsbetingelserne, og det samme gælder de plantegninger, som Friis og Moltke A/S udarbejdede som en del af rapporterne. [...] den viden om kommunens ønsker, som Friis og Moltke A/S har fået ved sit tidligere arbejde for indklagede, og de overvejelser om udbygningen, som Friis og Moltke A/S på dette tidspunkt gjorde, via Friis og Moltke A/S's samarbejde med NCC Construction Danmark A/S har givet denne tilbudsgiver en konkurrencefordel i forhold til de øvrige tilbudsgivere, ... ”

²⁹ Jfr fra dansk praksis *E.Phil&Søn mot Hadsund kommune*, hvor Klagenævnet kom til at det forelå brudd på likebehandlingsprinsippet fordi det på et komplisert prosjekt var satt for kort frist til at øvrige tilbydere innen fristen kunne sette seg like godt inn i saken som den tidligere konsulent: ”Uagtet at det ikke er godtgjort, at kendskabet til udvoklingsrapporten har haft betydning for elementer i projektet fra KPC Byg A/S's konsortium, er der grund til at antage, at KPC Byg A/S's konsortium derved har haft en sådan særlig viden, at konsortiet har haft en fordel, som medførte at dette konsortium på kortere tid end klagerens konsortium kunne sætte sig ind i udbudsbetingelserne og udarbejde et gennearbejdet tilbud. [...] Når det tillige tages i betragtning, at der var en kort frist for afgivelse af tilbud på dette omfattende og komplicerede projekt, hvilket indklagede fra potentielle tilbudsgivere var blevet gjort opmærksom på, og at der var en række uklarheder i udbudsbetingelserne, er det Klagenævnets vurdering, at konsortiet KPC Byg A/S, Jensen + Jørgensen + Wohlfeldt Arkitekterne A/S, Kjeld Berg A/S og Carl Bro A/S har haft en betydelig konkurrencemæssig fordel ved udarbejdelsen af tilbud.” (Våre uthevninger.)

At rådgiver eventuelt får *lengre tid* enn konkurrentene til å sette seg inn i relevant teknisk informasjon, utgjør med andre ord intet problem så lenge alle får *tilstrekkelig tid*. Det er viktig at kravspesifikasjonene er så fullstendige at tilbyderne ikke er avhengige av annen kjennskap til kunden for å kunne utarbeide fullverdige tilbud. Eventuelle forstudier, tekniske evalueringer etc. utarbeidet forut for en konkurranse, bør inntas som en del av konkurransegrunnlaget.

4.2.2.2 Kriterier for avhjelp

Hvis en rådgiver vinner kontrakten, kan det være enkelt for de tapende leverandører å hevde at ikke all informasjon er blitt fremlagt, - at den kunnskap som rådgiver har tilegnet seg om kunden utgjør en fordel som ikke kan erstattes gjennom skriftlig dokumentasjon. En annen fare er at rådgivningen kan medføre at andre anser det kommersielt uinteressant å delta i en konkurranse.

For å opprettholde en reell konkurranse, kan man avhjelpe bruken av rådgivere, dersom visse forutsetninger oppfylles:

- *All vesentlig informasjon* av betydning for deltakelse i konkurransen og utforming av tilbud må gjenspeiles i grunnlagsdokumentasjonen og *tilflytte samtlige tilbydere*.
- At leverandørens deltakelse som rådgiver ikke tillegges betydning ved evalueringen av konkurransen, eksempelvis gjennom oppsettet av tildelingskriterier.
- Etter at all vesentlig informasjon er videreformidlet til tilbydere gjennom konkurransegrunnlaget, vil fortrinnet i det vesentlige være redusert til *tid*. Betydningen av tid som fortrinn blir redusert/faller vekk når andre tilbyderne har *tilstrekkelig tid*. Således må fristene settes så romslig at deltakelse gir en reell konkurranse for å gi de andre konkurrenter tilstrekkelig tid til å sette seg inn i forespørselen. At de aldri vil kunne innhente rådgiveren kan aksepteres.
- Respektere forskriftens krav om bruk av funksjonelle spesifikasjoner, standarder og bestemmelsene om kvalifikasjonskrav, samt kravene vedrørende tildelingskriterier.
- Ved forhandlet prosedyre kan eventuelt fortrinn kunne bli kompensert for gjennom forhandlingene.
- Eventuelle fortrinn vil kunne reduseres gjennom befarings/konferanse samtidig med alle.

- For opprettholdelse av konkurranse er det viktig å være åpen om situasjonen og informere om den strategi man har, og ikke minst, etterleve strategien.

Gitt at ovennevnte kriterier følges, skal ikke en rådgivning kunne utelukke konkurransen, noe som understøttes av praksis. Anskaffelsens art og markedets oppfatning av rådgivers reelle innvirkning på konkurransesituasjonen, er selvsagt også faktorer som bør hensyntas ved avgjørelsen av hvor restriktiv man skal være. Her er det for så vidt et viktig skille mellom forsvarsmarkedet og øvrig sivil marked.

Informasjon og kommunikasjon for å skape trygge rammer og en riktig avveid gjennomskiktighet kan etter vårt skjønn ikke undervurderes.

4.2.3 Kravet til likebehandling ved evaluering av tilbud

Kravet til konkurranse på like vilkår innebærer at rådgiver må oppfylle konkurransens krav og vilkår på linje med eksterne tilbydere. Dette innebærer at rådgiver kun får tilgang til konkurransegrunnlaget på samme vilkår som øvrige tilbydere. Videre må samme tilbudsfrist respekteres, og det må stilles samme krav til opplysninger og innhold i tilbudet fra rådgiver som til inngitt tilbud fra eksterne tilbydere. Tilbudet må også endelig vurderes på samme måte i forhold til de oppgitte tildelingskriterier.

Dette innebærer bl.a. at leverandøren som har opptrådt som rådgiver må *avvises* dersom eksempelvis nødvendig dokumentasjon mangler eller tilbudet avviker fra konkurransegrunnlaget i strid med FOA § 8-6. Det må ikke kunne oppstå grunnlag for mistanke om favorisering av rådgiver. Prinsippet om likebehandling forutsetter at også tilbud fra rådgiver må innleveres innen tilbudsfristen; i motsatt fall må tilbudet avvises.

Rådgiver må selvsagt ikke gis tilgang til informasjon fra kunde underveis i anskaffelsesprosedyren, dvs. informasjon om konkurrentenes tilbud, eller kundens tekniske eller merkantile vurderinger av dem. Dette gjelder særlig hvor konkurransen gjennomføres ved forhandlinger; kjennskap til konkurrentenes tilbud eller oppdragsgivers forhandlingsstrategi gir da mulighet til å tilpasse eget bud. Dette ville være et klart brudd på likebehandlingsprinsippet.

4.2.4 Rådgiverrollen under gjennomføring av anskaffelser

For noen tilfeller ønsker kunden å tilknytte seg/videreføre en bruk av samme rådgiver også under konkurransefasen. Det er helt klart at man ikke bør anvende samme rådgiver til å evaluere rådgivers og andre aktører tilbud.

Problemstillingen er kun aktuell når man er avhengig av å bruke samme rådgiver på *andre områder* enn det som er satt ut på konkurranse, dvs rådgiver konkurrerer om prosjekt A og rådgir på prosjekt B.

I en slik situasjon må det opprettes tilfredsstillende ”informasjonssperre” mellom prosjektene, et ansvar som påhviler kunde.

Det er avgjørende at tiltakene er tydelige, og fremstår som det internt og eksternt. Dersom kunde (prosjekt A) og rådgiver (i prosjekt B) har tilgang til det samme intranett med tilgang til alle dokumenter som produseres eller mottas i, må det legges inn tekniske sperre som begrenser tilgangen til relevant informasjon. Papirutgaver av dokumenter bør merkes tydelig, og det bør innføres rutiner for oppbevaring, arkivering mv, eventuelt også begrenset adgang til lokaler hvor slike dokumenter oppbevares.

I tillegg bør man på kundesiden opprette et *personalmessig skille* mellom den del av kunden som står for anskaffelsen og den andre enhet som bruker rådgivningstjenestene. Kundeansatte kan følgelig *ikke* ha organisatorisk tilknytning til begge enheter.

Dette skyldes at personer som anvender rådgivningstjenestene vil ha en direkte interessekonflikt dersom de skulle delta i evalueringen av tilbudene, som beslutningstakere eller forberedende saksbehandlere, jfr. FOA § 3-4 og forvaltningsloven § 6³⁰. Tilsvarende må gjelde for rådgivers personell, og må kravstilles gjennom rådgivningskontrakten.

Når kontrakt er tildelt, vil tilbudene i utgangspunktet ikke lenger regnes som forretningshemmeligheter underlagt oppdragsgivers taushetsplikt etter FOA § 3-3 / forvaltningsloven § 13 med mindre de inneholder opplysninger som har overføringsverdi i andre anskaffelsesprosesser.³¹ Hvorvidt dette er tilfelle, vil imidlertid regelmessig kreve en nøye konkret vurdering av tilbydernes markedssituasjon mv. Det er å anbefale at interne informasjonssperrene opprettholdes også etter kontraktstildeling.

Rådgiver må selvsagt ikke ha noen innflytelse på vurdering av tilbudene. Her i særdeleshet gjelder at ansatte hos rådgiver ikke på noen måte kan involveres i vurderingen, verken av eget eller konkurrenters tilbud, jfr. ovenfor.

Tilbudet fra rådgiver forutsettes å bli vurdert på samme grunnlag som de øvrige, dvs. at eventuelt valg av rådgivers tilbud forutsetter at det er best i forhold til oppgitt tildelingskriterium, enten dette er laveste pris eller er det økonomisk mest fordelaktige i henhold til oppgitte kriterier.

³⁰ Etter bestemmelsen er forvaltningstjenestemenn inhabile når ”særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet; blant annet skal legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til.”

³¹ Jfr Sivilombudsmannens årsmelding 1996 s 94, hvor en rammeavtale for banktjenester ikke ble ansett underlagt taushetsplikt som forretningshemmelighet fordi ”Avtalen allerede er inngått, og det kan således ikke være hensynet til pågående forhandlinger/anbudskonkurranse med Fredrikstad kommune som det er av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til konkurrentene.”

4.2.5 Konkurransepreget dialog – hvor ofte kan den anvendes?

I forbindelse med vårt arbeid med denne rapport, har spørsmålet om hvilken innvirkning konkurransepreget dialog vil ha på innhenting av råd før en konkurranse. Dette er en nyvinning innført av EU som nylig i vår trådte i kraft i Norge³². I og med at hovedprinsipper ved offentlige anskaffelser er anbud, er det av interesse for denne rapport å kort se på *når* man kan anvende konkurransepreget dialog. Det har vært noe debatt om hva som er forskjellen mellom konkurransepreget dialog og forhandlet prosedyre. Vi vil ikke vurdere dette her.

I dag har man begrensede muligheter til å anvende forhandlet kjøp, jfr gamle FOA §§ 4-2³³ og 4-3 for anskaffelse av varer, eksempelvis militære systemer. Man må som oftest ut på anbud. En anbudskonkurranse tillater ikke dialog eller forhandling etter at anbudsrunderen er iverksatt. Det er også forbud mot å forhandle etter at de endelige tilbud er mottatt. Kun tekniske avklaringer er tillatt, og skal skje etter meget bestemte prosedyrer som gir alle tilgang til informasjonen.

§ 14-2 Konkurransepreget dialog

(1) Oppdragsgiver kan benytte konkurransepreget dialog ved tildeling av særlig komplekse kontrakter.

(2) En kontrakt er særlig kompleks når oppdragsgiver ikke er i stand til:

- a. i samsvar med § 17-3 (krav til ytelsen og bruk av tekniske spesifikasjoner) tredje ledd objektivt å presisere de tekniske vilkår, som kan oppfylle deres behov og formål, eller
- b. objektivt å presisere de rettslige eller finansielle forhold i forbindelse med et prosjekt.

En annen side ved anbudsprinsippet, er kravet til at kunden selv klarer å spesifisere alle krav til det som ønskes kjøpt. Anvendelse av anbudsprinsippet har vist seg vanskelig ved kompliserte anskaffelser.

Det har således vokst frem et behov for mer fleksibilitet, særlig for OPP-prosjekter (offentlig privat partnerskap) og teknisk kompliserte kontrakter. Konkurransepreget dialog er en nyutviklet anskaffelsesprosedyre som søker å rette opp dette, gjennom EU sitt nye direktiv 2004/18 EC. Hensikten med innføring av konkurransepreget dialog, er å tilrettelegge for håndtering av særlig komplekse kontrakter hvor anvendelse av åpen eller begrenset anbudskonkurranse ikke gjør det mulig å tildele kontrakt.

³² **Forskrift om offentlige anskaffelser** - Fastsatt ved kgl.res. 7. april 2006 med hjemmel i lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 11 første ledd. Fremmet av Fornyings- og administrasjonsdepartementet.

³³ I gamle FOA § 4-2, b anføres kravet til: *"i særlige tilfeller hvor tjenestens eller bygge- og anleggskontraktens art eller tilknyttede risiko ikke tillater samlet prisfastsettelse på forhånd"* I den nye FOA § 14-3, har man justert 2 ledd b) til også å omfatte varer. Hvor lett det i fremtiden vil bli å anvende dette unntaket for å kunne forhandle for varer, er antakelig for tidlig å si noe om.

Slik ordlyden er formet, tror vi dessverre at terskelen for å anvende konkurransepreget dialog, har blitt for høy.

Hvis vi ser litt nærmere på ordlyden, vil ”særlig kompleks” kontrakt kunne foreligge i to tilfeller. *Objektivt* skal oppdragsgiver; enten ikke være i stand til å presisere de tekniske vilkår i en kravspesifikasjon; eller ikke være i stand til å definere de rettslige eller finansielle vilkår i forbindelse med et prosjekt..

Det har vært en del debatt om hva som ligger i begrepet ”*oppdragsgiver ikke er i stand til.. objektivt å presisere de tekniske vilkår*” eller ”*objektivt å presisere de rettslige eller finansielle forhold*” jf. forskriftsutkastet § 12-2 (2). I følge høringsbrevet³⁴ til Moderniseringsdepartementet (nå Fornyings og administrasjonsdepartementet (FAD)) må det være *objektivt umulig* å anvende åpen eller begrenset anbudskonkurranse, dvs at subjektive forhold hos oppdragsgiver ikke er relevant og at bevisbyrden for umuligheten påligger oppdragsgiver. FAD anfører videre at den nærmere tolkningen av konkurransepreget dialog må overlates til praksis.

Dette er etter vårt skjønn svært strenge krav. Dette synet følges opp av EU kommisjonen, som i forhold til ”objektiv” har anført³⁵: ”*The complexity must be established and able to be objectively justified by the contracting authority. This does not therefore concern subjectively impossibility, i.e. due to the deficiencies on the part of the contracting authority itself. The authority may not simply affirm that it is unable to provide a definition or an evaluation. On the contrary, the contracting authority must prove that this is objectively impossible, given the nature of this specific contract. Depending on the case this might mean that the contracting authority would be required to prove that there are no precedents for the project, or that disproportionate time or money would be required to acquire the necessary knowledge.*”

Det må stilles spørsmålstegn ved om dette ikke er altfor strenge krav for å anvende prosedyren. Det kan synes som om at anskaffende myndighet, dvs kunden vil være nødt til først å prøve mulighetene for bla innleie av enten juridiske, tekniske eller finansielle eksperter, eller på annen måte bygge opp sin kompetanse. Først når dette er ansett som *objektivt umulig*, kan man innlede en konkurransepreget dialog. Bevisbyrden ligger klart på anskaffende myndighet, som må bevise at den har gjennomført alle nødvendige tiltak for å sikre seg nødvendig kompetanse, men ikke lykkes.

I en publisert artikkel av Anne Rubach Larsen³⁶ anføres det at ”*If the Commissions views on the scope are followed, the competitive dialogue procedure can probably only be*

³⁴ MOD 6 april 2005, ref 20040412

³⁵ EU kommisjonens forslag, COM (2000) 275 final, Part III, vedrørende kapittel 4, artikkel 29.

³⁶ Ruth Nielsen mfl, The new EU Public Procurement Directives, s 70-72

applied to a very few highly innovative projects, which in most cases would fall within the negotiated procedures anyway.”

Dette er vi enig i. Hvis ikke terskelen for anvendelsen justeres ned, vil man i svært liten grad dra nytte av den nye prosedyren, hvilket antakelig ikke er formålet med bestemmelsen. I stedet bør en hensiktsmessighetsbetraktning legges til grunn for en slik vurdering. Anskaffende myndighet bør tillates å vurdere hva slags ressurser som må til for å innhente ekstern støtte, og om dette vil være regningssvarende i forholdet til omfanget og usikkerheten av anskaffelsen. Dette er indikert i EU Kommisjonen siste setning, se over.

For forsvarsprosjekter som vi vet kan være særs kompliserte, men hvor det også til dels går an å kjøpe seg ut av kompleksiteten gjennom bruk av konsulenter/leverandører ser vi fortsatt fordelen av å kunne anvende forhandlet kjøp gjennom ARF og unntaksbestemmelsen i LOA § 3.

4.3 Anskaffelser utenfor EØS området - ARF

Ovenfor har vi gjennomgått sentrale regler i forhold til bruk av rådgivere under LOA. Her fokuserer vi på hvilke rammer og muligheter man har for å anvende rådgivere forut for en konkurranse under et ARF regime.

4.3.1 Sentrale forhold ved anskaffelser til Forsvaret

Det fremgår klart av ARF pkt 1.3.1 at Forsvarsministeren har det konstitusjonelle ansvar og tilsvarende myndighet for forvaltningen i Forsvaret og kan gripe inn i saksbehandlingen på ethvert trinn. Det er videre FD som gir de overordnede rammebetingelser for gjennomføring av anskaffelser. Dette gir FD vide fullmakter og rammer for gjennomføring av anskaffelser utenfor EØS området. Det underbygges gjennom pkt 1.2.4, siste ledd som anfører at ARF er et internt regelverk, noe som gir FD stor fleksibilitet.

Selv om man i ARF er gitt stor fleksibilitet, må unntak fortsatt kunne forsvares ut fra generelle etiske retningslinjer³⁷. Høyesterett har i den nylig avsagte ”Poncho saken”³⁸ kommet frem til at Forsvaret har stor handlefrihet utenfor EØS området. For etterlevelse av allmenne anskaffelsesrettslige prinsipper, gjelder likevel et minimum av likebehandling. Etter vårt skjønn, innebærer dette at man har en stor grad av handlefrihet, så lenge saklighetskravet etter de forvaltningsmessige prinsipper er ivaretatt, se nærmere under pkt 4.4.

³⁷ Etiske retningslinjer i ARF i forhold til habilitet, taushetsplikt etc., pkt 1.8

³⁸ HR-2005-01917-A

4.3.1.1 Henvisningen til næringspolitiske forhold

Et gjennomgående trekk ved ARF er at FD har klare muligheter til å fravike regelverket så lenge man er utenfor EØS området. Et annet gjennomgående trekk ved unntaksmulighetene er at de ofte har sin bakgrunn i næringspolitiske forhold.

Hva menes så med næringspolitiske forhold? ARF pkt 1.3.1 henviser til at FD har utarbeidet næringspolitiske retningslinjer for anskaffelser til Forsvaret gjengitt i St. prp. nr. 42 (2003-2004). Det anføres videre at FD har ansvaret for at næringspolitiske aspekter blir vurdert ifm fremskaffelser av prioritert materiell.

Hvis vi går til St.prp.42, anfører denne at de næringspolitiske aspektene og tilnærmingen til Forsvarets materiellanskaffelser skal bygge oppunder den videre utvikling av Forsvaret. Forsvarsmarkedets egenart og Forsvarets behov for sensitive kapasiteter som kan være vanskelig å få tilgang til, innebærer særskilte utfordringer. Iflg. St.prp.42, innebærer dette nye muligheter for forsvarsindustrien i Norge. Forutsetningen er konkurransevne og kontinuerlig videreutvikling av kompetanse samt evne til å posisjonere seg. Strategiske allianser med internasjonale samarbeidspartnere er en mulighet.

I St.prp. 42 fremholder at Forsvaret i større grad vil anvende sivil kompetanse og produkter der dette tilfredsstiller kravspesifikasjonene. Kjøp av kompetanse skal prioriteres der dette er kostnadseffektivt, fremfor å opprettholde egen kompetanse i Forsvaret. For å oppnå dette er tidlig aktiviteter og konkurransefremmende kompetanseutvikling i industrien avgjørende.

4.3.1.2 Applisering av næringspolitikk

Ved økning av tekniske kompleksitet og langsiktighet samtidig som Forsvaret reduserer bemanningen og derigjennom mister verdifull kompetanse, vil avhengigheten til leverandører nødvendigvis bli større. Selv om man tar i bruk teknologi hentet fra det sivile, vil militær applisering og industriell innsikt i militære systemer fortsatt være kritisk for vår evne til bruke ny teknologi i samvirke med den teknologiske arv man også skal leve med i årene fremover. Dette innebærer at næringspolitikk blir en viktig plattform for Forsvarets samhandel med sine strategiske leverandører.

I den sammenheng viser St.prp.42, til viktigheten av de muligheter som ligger i Offentlig privat partnerskap (OPP)³⁹, der Forsvaret og eksterne aktører inngår et partnerskap som vil kunne ha positive konsekvenser for norsk næringsliv i form av oppdrag og arbeidsplasser. Det er likevel en klar retning i St.prp. 42 at næringspolitisk strategi ikke skal brukes til å skjerme norsk industri som ikke er konkurransedyktig. I tråd med dette

³⁹ St.prp. 42, kapittel 8.5.6

kan man si at norsk industri har noen naturlige fortrinn som de står nærmest til å utnytte, bl.a.:

- Nærhet til kunde
- Korte kommunikasjonsveier
- Kunnskap om kundens behov
- Effektiv organisering
- Tidlig involvering

Forsvarets bidrag vil være å utnytte effektive anskaffelsesmetoder og prinsipper for prosjektgjennomføring som utnytter beste praksis. De ovennevnte 5 punkter er gjennomgående temaer i litteratur som er skrevet om effektiv anskaffelse av kompliserte systemer og ivaretagelsen av leverandørkjeden. Det skal bemerkes at en slik fokusering på disse fortrinn ikke behøver å være konkurransevridende til *norsk* industri. Den åpner også for utenlandsk industri som ønsker å etablere seg i Norge for å følge opp Forsvaret som kunde.

En slik mulig strategi kan være viktig for å lykkes med norsk deltakelse i flernasjonalt materiellsamarbeid. Jo mer integrert man ønsker å operere med andre nasjoner, desto tidligere må man komme med i diskusjoner og vurderinger av nye krav og kapabiliteter. Slik deltakelse krever kompetanse, hvor industri bør bidra. Så lenge man er avhengig av en ekstern ressursbase, vil norsk forsvarsindustri være en viktig aktør for Forsvaret når man vurderer flernasjonalt samarbeid. Ikke bare for å skaffe flere oppdrag til egen industri, men også for bedre å forstå systemkrav, hensyntagen til norske krav og omsette operative krav til funksjonell/teknisk forståelse og innsikt.

Eksempelvis er den teknologiske innsikt Norge har på missiler, og spesielt sjømålsmissiler både hos industri, Forsvaret og ved FFI, viktig. Selv om dette er et ”snevert” felt, gir likevel teknologiiinnsikten en grunnleggende forståelse til å vurdere andre missilers ytelse opp mot norske operative krav og forhold. Dette gjør igjen Forsvaret til en god og profesjonell kunde når man skal gå til anskaffelse av andre missiler, ved å kunne støtte seg på nasjonale miljøer.

Selv om vi ovenfor har forsøkt å gi et bilde av hva næringspolitikk kan bety i praktiske termer, gir ARF ingen annen føring enn en ren henvisning til FD sin mulighet for å gi unntak etter næringspolitiske hensyn. Man har eller ikke beskrevet særlig interaksjonen mellom Forsvaret og FD på dette området. Ei heller har man satt noen grunnleggende krav for gjennomføringen av en slik næringspolitikk annet enn henvisningen til St.prp.42.

4.3.2 De enkelte unntak og/eller presiseringer i ARF

4.3.2.1 Overordnede retningslinjer i kapittel 1

Ved anskaffelser anfører LOA § 5 en del grunnleggende krav. Oppdragsgiver skal opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører. Dette følges opp for Forsvaret gjennom ARF pkt 1.2.5. Denne bestemmelse sier at Forsvaret skal sikre at konkurranseprinsippet, hensynet til forutberegnelighet, gjennomsiktighet og etterprøvbarhet ivaretas i anskaffelsesprosessen, samt at utvelgelsen skjer på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier. Det er med andre ord ikke store forskjeller.

Det følger likevel av samme punkt at anskaffelser etter EØS avtalens artikkel 123, muliggjør en helt eller delvis fravikelse av kravene når andre hensyn krever det. I så fall må anskaffelsesmyndigheten begrunne hvorfor andre hensyn eller forpliktelser gjør at de grunnleggende krav helt eller delvis må fravikes. Begrunnelsen skal fremgå av anskaffelsesprotokollen.⁴⁰

Fravik av pkt 1.2.5 må begrunnes i 2 trinn. Først om den aktuelle unntaksbestemmelse (eks EØS artikkel 123) kan påberopes. Deretter må man begrunne hvorfor de grunnleggende krav i dette regelverket fravikes til fordel for andre hensyn.

I forbindelse med anskaffelser utenfor EØS området, se ARF pkt 1.5.1, kan Forsvarets anskaffelsesprosedyre bl.a. gjennomføres uten konkurranse:

- Når bare en leverandør kan dekke Forsvarets behov.
- Når Forsvarsdepartementet i det enkelte tilfelle beslutter det eller samtykker i det. Departementet kan delegere myndigheten etter dette punkt til sjef for forvaltning eller fellesinstitusjon.

FD kan således av egen kraft beslutte eller samtykke til direkte anskaffelser uten at det er avholdt konkurranse. Dette behøver ikke nødvendigvis være en konsekvens av næringspolitiske forhold. Bestemmelsen gir FD generelle fullmakter til alle anskaffelser til Forsvaret under et ARF regime og med en større fleksibilitet enn hva LOA/FOA gir.

I ARF pkt 1.8.6 om likebehandling av leverandører, har som hovedregel at leverandører skal gis like muligheter til å oppnå en leveranse. I andre del av punktet gis FD unntaksmulighet dersom næringspolitiske- eller andre politiske forhold gjøre det nødvendig å sette likhetsprinsippet til side. Rollene er tydeliggjort ved at Forsvarets

⁴⁰ Eksempler på dette kan være bilateralt samarbeid, NATO/ EDA forpliktelser, konkrete næringspolitiske anskaffelser eller gjenkjøp.

saksbehandlere ikke skal legge vekt på næringspolitiske- eller andre politiske forhold ved sin saksbehandling.

Samme metode følges opp i ARF pkt 1.8.7 - om forbud mot diskriminering av leverandører. Her skal det ikke stilles tekniske, merkantile eller juridiske krav for å hindre konkurranse eller for å favorisere en eller flere leverandører, med mindre næringspolitiske valg er gjort av FD.

Unntak som baserer seg på næringspolitiske hensyn, har ikke noen formkrav i ARF. Etter vårt skjønn vil det likevel være et klart krav til saklighet for de unntak som gjøres fra ARF, i tråd med forvaltningsmessige prinsipper, noe også "Poncho-dommen" indikerer. Et eksempel hvor det kan skje en saklig forskjellsbehandling, er at norsk industri på et tidligere tidspunkt får kunnskap om anskaffelsen, eventuelt bidrar inn i kravfasen før man iverksetter konkurransen, slik det ble gjort ved anskaffelsen av Fridtjof Nansen klassen.

4.3.2.2 Anskaffelsesstrategier i kapittel 3

Dette kapitlet er helt nytt i forhold til det gamle regelverk (BAF – Bestemmelser for Anskaffelser i Forsvaret). Dette er et viktig kapittel hvor man søker å balansere mellom de forskjellige behov og prioriteringer.

Iht ARF pkt 3.3.1 - mål for anskaffelsen, vil det kunne foreligge næringspolitiske målsettinger for anskaffelsen. Dette følges opp i ARF pkt <http://www.odin.dep.no/filarkiv/224849/k296.html> - b2973.4.2 - politiske føringer, hvor næringspolitiske føringer og mål og eventuelt andre politiske føringer skal tas høyde for ved utarbeidelse av en anskaffelsesstrategi. FD kan eksempelvis gi føringer på:

- Hvilke tilbydere som skal få forespørsel,
- Om, og hvilke leverandører som skal delta med forstudier eller delta i tidlig integrerte prosjektorganisasjoner
- Krav til industrisamarbeid/gjenkjøp
- Oppdeling/inndeling av et prosjekt i delprosjekter osv.

Spesielt er pkt 2 som gjelder tidlig fase sentral når det gjelder bruk av leverandør(er) før en konkurranse som rådgiver.

Ved vurdering av de forskjellige alternativer, er markedssituasjonen viktig å ta hensyn til. Forsvarsmarkedet er til dels svært asymmetrisk og en strategi er viktig for håndteringen. I ARF pkt 3.4.3 - vurdering av markedssituasjon, gjøres nettopp det. Her skal det gjennomføres en vurdering av mulige leveringskilder/tilbydere, kompetanse og konkurransesituasjon. I den grad man ønsker å gjøre bruk av næringspolitiske hensyn, vil

markedsituasjonen være av vesentlig betydning. Spesielt ved bruk av rådgiver i tidligfase.

Kapittel 3 i ARF gir anvisning på hjelpemidler for å oppnå en effektiv anskaffelse, jfr.. pkt 3.3.2 - virkemidler for å nå målene og Gjennomføringsoppdraget (GO) fra FD vil angi de overordnede retningslinjer for anskaffelsen. Det påpekes at det i enkelte tilfelle vil kunne være behov for å utdype eller konkretisere gjennomføringsoppdraget hvor det bl.a. vises til:

- Alternative anskaffelsesprosedyrer
- Offentlig privat partnerskap
- Oppdeling av anskaffelsen i faser eller sammenslåing av faser (for eksempel utvikling og produksjon)
- Spesifikasjonsmetoder - (funksjon/ytelse/detalj, bruk av standarder osv.)
- Kontraktstyper (kompensasjonsformater)
- Kontraktsvilkår (garantiklausuler, innsyn, insitamenter, opsjoner, osv.)
- Samarbeidsformer med leverandører (f. eks. tidlig integrert samarbeid)

Det er klart at dette gir Forsvaret et godt utgangspunkt i å tilpasse seg til de enkelte prosjekter, også med hensyntagen til oppfølging inn i driftsfasen. Her har man full anledning til å skreddersy gjennomføringen av en anskaffelse opp mot den prosjektmodell som er valgt. Samtidig er behovet for kompetanse i tidligfase belyst, og man viser til behovet for anvendelse av rådgivere forut for konkurransen i siste pkt. Slik deltakelse vil antakelig ikke være interessant med mindre industrien også får adgang til å konkurrere i konkurransefasen.

Nedenfor gjennomgår vi hvorledes ARF håndterer slike situasjoner.

4.3.2.3 Utarbeidelse av spesifikasjoner i kapittel 6 – veiledning i bruk av rådgivere

I kapittel 6 i ARF, gjennomgås hvordan man skal utarbeide de forskjellige krav i forbindelse med en anskaffelse. ARF pkt 6.3.1 – utarbeidelse, gir de overordnede retningslinjer.

Som et overordnet mål, jfr. ARF pkt 6.3.1, bør ansvarlig myndighet for utarbeidelse av kravspesifikasjon, ha et nært samarbeid med brukere og det kommersielle fagmiljø. Dette skal tilrettelegge for Forsvaret kontaktbehov med industri både i investerings og driftsfasen. Her vil man kunne identifisere mulige teknologier, tekniske ytelser og leverandører for å kunne vurdere oppnåelighet av brukerkrav og eventuell usikkerhet

knyttet til dette. Kravspesifikasjon skal ikke ferdigstilles før fremskaffelsestrategi og anskaffelsesmetode er valgt.

Spørsmålet som likevel gjenstår, er hvordan man skal håndtere industri og andre som man vil være avhengig av for planlegging og gjennomføring av en anskaffelse.

Dette følges opp av ARF pkt 6.3.3 - *kravspesifikasjoner utarbeidet av rådgivere*. Hovedregelen her er at eksterne rådgivere som er med å utarbeide kravspesifikasjon, skal være leverandøruavhengige samt ikke ha økonomiske interesser i den påfølgende anskaffelsen.

Siden dette kan være vanskelig å oppnå på visse teknologiområder, tas det høyde for å kunne bruke rådgivere med leverandørtilknytning, herunder leverandører. Da er det et krav om at slike rådgivere benyttes på en måte som ikke påvirker konkurranseforholdet mellom framtidige tilbydere.

Som et ledd for å opprettholde konkurransen, skal kravspesifikasjon utarbeidet med assistanse fra rådgiver bli gjort tilgjengelig for et utvalg leverandører for kommentering før endelige forespørsel/anbud sendes ut.

ARF pkt 6.3.3 Kravspesifikasjoner utarbeidet av rådgivere

Dersom det er behov for å benytte eksterne rådgivere for å utarbeide kravspesifikasjon, skal det benyttes rådgivere som er leverandøruavhengige, og som ikke har økonomiske interesser i den påfølgende anskaffelsen.

Dersom det ikke foreligger leverandøruavhengige rådgivere skal eventuelle rådgivere benyttes på en måte som ikke påvirker konkurranseforholdet mellom Framtidige tilbydere.

Dersom kravspesifikasjonen er utarbeidet av rådgivere med leverandørtilknytning, skal kravspesifikasjonen bli gjort tilgjengelig for et utvalg leverandører for kommentering før den endelige forespørselen/anbud sendes ut.

I kommentarfeltet til ARF pkt 6.3.3 sies det bl.a. som begrunnelse at: *”Bestemmelsen medfører en liberalisering av tidligere regler for i større grad kunne utnytte leverandørens kunnskap for å utarbeide kosteffektive krav uten å ødelegge konkurransemomentet.”*

Når man ønsker å anvende slike rådgivere, blir etterlevelse av ARF pkt 6.2.2. - *funksjon/ytelse* viktig. Det fremgår her at Forsvarets krav primært bør uttrykkes i form av funksjon/ytelseskrav, ikke i form av fabrikat, varemerke, produksjonsmåte, patenter osv. Ikke bare sikrer et slikt utgangspunkt høyere konkurransedriv, det tillater også en større grad av innovasjon fra industrien i å løse de funksjonelle behov som Forsvaret har.

Det fremføres i kommentarfeltet til ARF pkt 6.2.2 at funksjon/ytelseskrav gir: *”... Lavere kostnader og bedre løsninger fordi man overlater til Leverandørene å finne den mest kostnadseffektiv måte å dekke Forsvarets behov på. Videre utnytter man i større grad Leverandørens kompetanse til å finne gode løsninger og reduserer muligheten for*

favorisering av spesielle leverandører ved å styre leveransene til disse ved å stille spesielle krav til teknisk løsning.”

Dette er etter vårt skjønn viktige presiseringer. Vi vil likevel påpeke at en slik tilnærming krever et godt og tett samarbeid for å kunne oppnå målene.

Ovennevnte regulerer anskaffelsesmyndighetens rammer for bruk av rådgivere forut for en konkurranse. I praksis betyr dette at Forsvarets Logistikkorganisasjon (FLO) kan gjøre bruk av disse muligheter uten å måtte søke om avvik fra FD.

Det presiseres at FD kan foreta ytterligere hensiktsmessige og saklige avvik fra dette ut fra næringspolitiske hensyn.

4.4 Forslag til justeringer i ARF

Gjennomgangen av ARF på unntaksområder viser at Forsvaret har et balansert og godt gjennomarbeidet regelverk. Vi ser likevel et behov for å oppdatere ARF på noen få punkter som har relevans for bruk av industri i tidlig fase..

4.4.1 Presisering av saklighetskravet

Pkt 1.8 gir de generelle regler for etikk, habilitet etc. for Forsvarets saksbehandlere. Dette området synes på regelsiden å være rimelig godt ivaretatt. Det som ikke synes å være godt nok ivaretatt, er hvorledes man skal håndtere unntakene på FD nivå.

Som vi allerede har nevnt flere steder ovenfor, ligger det et iboende rettslig krav til saklighet i den norske forvaltning. Når vi leser ARF, synes dette ivaretatt ift Forsvaret. Samtidig skiller ARF mellom Forsvaret (dvs. underliggende etater) på den ene side, og FD på den annen side. Slik vi leser ARF, er vi usikre på om ARF og de regler som her er angitt, gjelder for FD. Det vises til pkt 1.2.1:

*1.2.1 Anskaffelsesmyndigheter som omfattes
Anskaffelsesregelverk for Forsvaret (ARF) gjøres gjeldende for alle etater underlagt FD. ARF har rettslig status som instruks.*

Uansett, vil FD måtte følge de samme regler som fremkommer av tjenestemanns- og forvaltningsloven som de underlagte etater også plikter. Det vi savner er retningslinjer for hvorledes unntakene skal håndteres. Etter vårt skjønn bør man få inn en referanse til det forvaltningsmessige saklighetskravet.

For så vidt har man i ARF pkt 1.2.5 et krav på anskaffende myndighet om å begrunne unntak, men dette synes ikke å gjelde FD. Poenget med å få inn en slik referanse, er at forvaltningsretten tillater saklig forskjellsbehandling. Nettopp unntakstilfeller etter ARF, bør det gis en saklig begrunnelse for de unntak som foretas. ARF pkt 1.2.5 savner for så vidt en referanse til saklighetsnormen.

4.4.2 Behovet for næringsstrategi

Ovennevnte gjelder også ift henvisningen som vedrører næringspolitiske forhold. Etter vårt skjønn bør unntak som gjøres etter næringspolitiske hensyn, også hensynta saklighetskravet ved eventuell forskjellsbehandling. I den sammenheng trengs det retningslinjer for hvorledes man bør utøve næringspolitikk som også ivaretar saklighetskravet.

Under ARF pkt 1.3.1, 7 ledd fremkommer det at:

”Forsvarsdepartementet har ansvaret for at næringspolitiske aspekter blir vurdert ifm. fremskaffelser av prioritert materiell. Til grunn for departementets vurderinger ligger den til enhver tid gjeldende næringspolitiske strategi.”

Nettopp en næringsstrategi som effektuerer de overordnede næringspolitiske formål, vil kunne ivareta slike hensyn.

Man har likevel ikke fått noen næringsstrategi som kan informere de aktuelle aktører om hvordan FD ønsker å nærme seg forsvarsmarkedet, slik eksempelvis UK MoD har (Defence Industrial Strategy). Uten en mer konkret næringsstrategi, blir en henvisning til de overordnede næringspolitiske føringer noe diffus. En ting er at det gjør det vanskelig å etterprøve saklighetskravet. Mer praktisk, tror vi at man antakelig kan oppnå en større forutsigbarhet og effektivitet i utøvelsen av næringspolitikken gjennom en næringsstrategi. FLO vil antakelig også kunne bedre bistå FD på alle nivåer når man på en bred måte bekjentgjør strategien for å nå de overordede mål.

I denne sammenheng vil næringsstrategi i stor grad kunne sammenlignes med de private bedrifters ”Supply Chain Strategy”. På denne måten blir det antakelig enklere å vite hvorledes man skal engasjere (norsk) industri som rådgiver i de innledende faser, og hvilke retningslinjer dette skal skje etter.

5 MARKEDSMESSIGE FORHOLD

Ovenfor har vi gjennomgått de sentrale regler for bruk av rådgivere. Som anført under kapittel 2, ser vi det hensiktsmessig å gi en kort oversikt over forsvarsmarkedet, slik at man bl. a bedre forstår behovet for de unntak som er gitt i lov og regelverk, både i EU retten og i norsk rett.

5.1 Forsvarsmarkedets særegenheter

I motsetning til åpne frie sivile markeder er forsvarsmarkedet et svært asymmetrisk marked med klare internasjonale overtoner. Med forsvarsmarkedets asymmetri, legger vi vekt på at det bare er en kunde pr nasjon og ofte kun noen få eller én dominerende leverandør i hvert land, ofte lang levetid på materiell med høy kompleksitet og

usikkerhet. Tendensen i liberalisering av markeder som har preget andre deler av internasjonalt handelssamkvem, har i mindre grad gjort seg gjeldende på dette området.

I lys av stadig synkende forsvarsbudsjetter, har behovet for en restrukturering av forsvarsindustrien likevel blitt mer aktualisert utover hele 1990-tallet, spesielt på slutten og ved inngangen til det nye millenium. Fra rundt 1989 til 1996 falt utgiftene til kjøp av forsvarsmateriell med ca 1/3 på verdensbasis⁴¹. Likevel er fortsatt det internasjonale forsvarsmarked svært stort, og når det gjelder hva myndighetene bruker mot industri, antar man at dette markedet er på vel 2200 milliarder kroner på årlig basis⁴², og hvor USA alene utgjør nær 1000 milliarder kroner.

Vi opplever også et teknologisk paradigmeskifte. Det har ofte sin bakgrunn i den teknologiske fordyrelse som inntreffer ved "plattformskifter", som er en fordyrelse utover den vanlige inflasjon. Eksempelvis er et jagerfly fra 70 tallet sammenlignet med et nytt jagerfly i dag vesensforskjellig, og hvor det moderne jagerfly har vesentlig større kapasitet på mange områder og hvor flere nye teknologiske områder kobles sammen.

For at industrien i det hele tatt skal evne å bidra inn til disse nye kapasiteter, har man søkt sammen, og i Europa har selskaper som BAE Systems, EADS og THALES har vokst frem. Konsekvensen i fremveksten av transnasjonale bedrifter, er at antall tilbydere på industrisiden er blitt enda mer redusert innen flere sentrale områder for militære systemer. Denne utviklingen er i stor grad oppmuntret av myndighetene for å rasjonalisere leverandørsiden. I Europa har også de enkelte stater fortsatt betydelige eierinteresser i forskjellige forsvarsfirmaer.

Samtidig har nasjonale myndigheter i større grad oppmuntret til økt konkurranse og dels søkt sammen for å legge til rette for flernasjonale anskaffelser. Spesielt innenfor EU, har det kommet uttalelser om behovet for en åpen og internasjonal konkurranse for å kunne sikre prisriktige anskaffelser og en bedre utnyttelse av forsknings- og utviklingsmidler. En National Audit Office (NAO) rapport fra UK fra 2003⁴³ viser at til tross for økte transaksjonskostnader, innebærer flernasjonalt samarbeid totalt sett besparelser for partene, gitt at man har de riktige rammebetingelser og en enighet om felles krav⁴⁴.

⁴¹ Hook, Richard, 2005, The Defence industry in the 21st Century, PwC

⁴² UK MOD Defence White Paper 2005, article A3.5.

⁴³ Maximising the benefits of defence equipment co-operation 16 March 2001

⁴⁴ The majority of decisions on whether or not to commit to major co-operative procurement programmes are taken collectively by Ministers. In these cases, Ministers may choose to emphasise the importance of securing outcomes in addition to those which pre-dominate in the department's own assessment, such as technical capability, costs of the project and in-service costs. This approach accords closely with Modernising Government principles. In making future decisions it will be important for the Department to continue to fully involve other government departments and industry from the outset in evaluating the full range of potential outcomes. In assessing the success of co-operative programmes it will be important to

Til tross for slike uttalelser, betrakter mange nasjoner evnen til selv å levere forsvarsmateriell som en integrert del av sin forsvarsevne, og dermed som et sentralt aspekt av nasjonens forsvars- og sikkerhetspolitikk, som igjen medfører en begrenset markedsåpning i de enkelte anskaffelser. Sikring av leveranser til et allerede anskaffet system ("security of supply"), spesielt ved krisetider, er for mange nasjoner viktig. Det er en påtakelig bekymring for å gi fra seg evnen til selv å produsere.

Eksempel⁴⁵ hvor man har endret tilnæringsmåte, er i Norden. Finland, Sverige og Norge forhandlet frem i 2001 en avtale til støtte for industrisamarbeid på forsvarsmateriellområdet, som ble underskrevet på et nordisk forsvarsministermøte i Åbo, Finland, 8.-9. juni 2001. Danmark har senere sluttet seg til rammeavtalen. Samarbeidet innebærer at en eller flere deltakende stater, istedenfor å videreføre og utvikle egen produksjon, gir avkall på produksjon på eget territorium av de aktuelle produktene eller deler eller komponenter til disse. Avtalen gir gjensidige forsikringer om prioriterte leveranser i tilfelle krise og krig.

På basis av rammeavtalen har Norge, Sverige og Finland inngått et eget annekset knyttet til Nammo AS, for å sikre leveranse av ammunisjon. Formålet med å etablere Nammo AS var å utvikle en konkurransedyktig ammunisjonsleverandør med utgangspunkt i et felles nordisk hjemmemarked.

5.1.1 Teknologisk kompleksitet

En annen særegenhet ved forsvarsmarkedet utover de nasjonale interesser, er at forsvarssystemer ofte er høyst komplekse og med et integreringsbehov som er tilsvarende høyt mot andre systemer, både nasjonalt og internasjonalt. Utviklet for et smalt virkefelt og for svært få, vil forsvarssystemer ofte være gjenstand for lang utviklings- og levetid. Dette avviker stort fra de sivile markeder med mange kunder og leverandører og hvor utskiftningstempoet av teknologiske løsninger er langt høyere.

Tatt i betraktning at avanserte forsvarssystemer ofte kan ha en levetid på opptil 50 år, vil videreutvikling og implementering av nye løsninger være en utfordring. Kompleksiteten gir seg forskjellige utslag. Mens man tidligere var ledende i å ta frem ny teknologi, er en vesentlig del av arbeidet nå gjenbruk av sivil teknologi, eks fra sivil IT sektor, men tilpasset et militært miljø og sikkerhet. Krav til sikker kommunikasjon og pålitelighet, er av en helt annen karakter enn hva som forefinnes på det sivile marked.

Disse forhold gjør det igjen viktig å ha et godt samvikre mellom forskning, industri og bruker, for å ta frem samt oppdatere pålitelige systemer over tid.

ensure that the full range of beneficial outcomes anticipated when the decision to commit was made are clearly recorded and their achievement measured.

⁴⁵ St. meld nr.29 (2001-2002)

5.2 EUs forsvarsmarked(er) og gjenkjøpsordninger

Også innenfor EU har nasjonale hensyn og proteksjonisme i stor grad vært styrende for forskning, utvikling og anskaffelser og til dels også drift og vedlikehold av forsvarsmateriell. Dette muliggjøres i dag gjennom Amsterdamtraktatens artikkel 296⁴⁶ som åpner for unntak fra internasjonal konkurranse.

EU har allerede fra 50 og 60 tallet måttet akseptere at forsvarsmateriell og sikkerhetsgraderte anskaffelser faller utenfor EU sitt domene, og senere det indre marked. Forklaringen som er gitt er at europeisk forsvarsindustri ikke følger vanlig økonomisk markedslogikk⁴⁷. Dette har klar relevans for Norge gjennom vår EØS avtale. Endringer på artikkel 296 og tilstøtende artikler i Amsterdamtraktaten, vil kunne influere på vår EØS avtale artikkel 123. Det samme gjelder innskrenkninger i fortolkning av eller andre uttalelser som EU kommisjonen måtte gjøre, se ovenfor under kapittel 3.

Gjennom unntaksmulighetene fra de ordinære regler i EU eksisterer det et lukket og segmentert forsvarsmarked i EU som i liten grad er åpen for konkurranse. I denne sammenheng har gjenkjøp vært brukt som en døråpner for egen forsvarsindustri når nasjonens eget investeringsbudsjett går til anskaffelse av utenlandsk forsvarsmateriell.

Alle vesteuropeiske NATO-land har en eller annen form for gjenkjøpsregime, der formålet har endret seg fra vektlegging av betalingsbalanse til industripolitiske målsettinger. De tidligere østblokklandene, inkludert de nye NATO-medlemmene, stiller strenge krav om gjenkjøp ved materiellanskaffelser og bruker dette som redskap for industriutvikling. Selv Storbritannia fører en politikk med uttalt sterk støtte til egen forsvarsindustri. Landet praktiserer gjenkjøp gjennom å kreve en stor grad av ”UK content” i utenlandske produkter som anskaffes.

Internasjonalt er det en utvikling i retning av mer målrettede gjenkjøpsordninger, men der målsettingene avhenger av det enkelte lands (forsvars)industrielle utviklingsnivå. Faktisk har man sett i de senere år en økning av gjenkjøp i Europa idet nasjoner i større grad har måttet gå ut på forsvarsmarkedet utenfor sitt eget land for å anskaffe nye systemer.

Reell konkurranse begrenses også ved at krav og spesifikasjonene favoriserer utviklingsarbeider gjort i egen industri. Særlig USA, men også andre ledende land, har etablert et meget restriktivt ”technology transfer” regime som medfører at følsomme varer ikke er kommersielt tilgjengelige⁴⁸.

⁴⁶ Tidligere Romatraktatens artikkel 223

⁴⁷ FFI-rapport – 2001/04663, konkurranserettslige unntak for forsvarsanskaffelser innenfor EØS området, Furuseth, Rita

⁴⁸ En rapport fra NATO Industrial Advisory Group (NIAG) til NATO Conference of National Armaments Directors (CNAD), Trans-Atlantic Defence Industrial Cooperation, datert mars 2002, drøfter bl a hvordan

5.2.1 EU sin tilnærming til forsvarsmarkedet

Frem til nylig har det vist seg praktisk vanskelig å harmonisere krav og anskaffelsestidspunkt til nytt materiell⁴⁹. En rekke prosesser er imidlertid iverksatt i ulike europeiske fora for å skape grunnlag for mer et omfattende samarbeid.

EDA⁵⁰ har iverksatt med en såkalt Code of Conduct som er en ikke-bindende avtale mellom medlemsstater for å åpne forsvarsmarkedene fra 21. november 2005. Avtalen innebærer at deltakende stater (SMS) vil åpne for konkurranse for alle forsvarsanskaffelser over 1 mill € med visse unntak⁵¹. Hvis en SMS ønsker å gjøre unntak, anfører Code of Conduct at:

“Within the scope of the regime thus defined, it is recognised that SMS may exceptionally need to proceed with specific procurements without competition, in cases of pressing operational urgency; for follow-on work or supplementary goods and services; or for extraordinary and compelling reasons of national security. In such exceptional cases SMS will, once the procurement route has been confirmed, provide an explanation to the EDA, in its capacity as monitor of the regime on behalf of SMS..”

Man har kalt dette for ”the embarrassment clause”. Å måtte forklare overfor de andre stater at man akkurat her ikke ønsker å tillate konkurranse, håper EDA skal ha en viss effekt.

Code of Conduct er såpass ny at vi ennå ikke vet hvor omfattende og hva slags innflytelse den vil kunne få. Norge har nå inngått en samarbeidsavtale med EDA, som ble godkjent av EUs forsvarsministere i Innsbruck 7. mars. Avtalen ble signert av forsvarsminister Anne-Grete Strøm-Erichsen og EUs øverste leder av EDA, Javier Solana. Denne avtalen åpner nå opp for et samarbeid med EDA. For Norge vil den bli et sentralt verktøy i

det internasjonale forsvarsmateriellmarkedet fungerer. I denne rapporten heter det: «While defence industry is becoming more like commercial industry, it is impossible to treat it exactly like commercial business. The majority of the products the defence industry delivers are directly relevant to national foreign and security policies that are still largely determined by the national interests of the individual nations. Those interests can only be harmonized to a certain degree between all members of the NATO Alliance and for that matter in any other multilateral forum.»

⁴⁹ I rapporten, Militære anskaffelser, gjenkjøp og industripolitikk, av Kjell A. Eliassen og Markus Skriver (ISSN 1500-2683) skriver forfatterne; ” Landene i denne studien prøver alle i den grad det er mulig å gi forsvarskontrakter til industrien i eget land, og når dette ikke er mulig forlanger de gjenkjøp eller internasjonalt industrisamarbeid.”

⁵⁰ European Defence Agency

⁵¹ *Except for procurement of research and technology; collaborative procurements; and procurements of nuclear weapons and nuclear propulsion systems, chemical, bacteriological and radiological goods and services, and cryptographic equipment.*

fremtiden til erstatning for nedleggelsen av Western European Armament Group hvor Norge har vært et fullverdig medlem.

EU Kommisjonen har videre tatt skritt som kan føre til et felles forsvarsmarked på lengre sikt (European Defence Equipment Market (EDEM)). Grønboken på Artikkel 296 er et eksempel på dette. EU ser at materiellsiden er viktig for å kunne gjennomføre utviklingen av EUs sikkerhetsarbeid (European Security and Defence Policy (ESDP)), spesielt i forhold til EU sine nye militære kapasiteter.

Likevel er flere skeptiske til at EU skal få innflytelse i en sektor som historisk er så viktig for nasjonal suverenitet. På den annen side har situasjonen endret seg betydelig i løpet av de siste fem årene. EDA sammen med Kommisjonen, vil nok i fremtiden spille en svært viktig rolle i å koordinere medlemsstatene i forhold til både anskaffelser, driftsunderstøttelser, forsknings og utvikling samt langsiktige kapabilitetsplanlegging. EDA har uttrykt håp om at de praktiske samarbeid gjennom EDA over tid vil åpne opp EU sitt forsvarsmarked.

Vi ser også på regelsiden at EU Kommisjonen arbeider aktivt. Basert på høringsresultatene fra Grønn Boken på Art 296, kom det desember 2005⁵² en kunngjøring om at Kommisjonen i løpet av 2006 vil utestede en fortolkning på rekkevidden av Art 296 for å gi medlemsstatene en guide for hvordan denne kan brukes. Guiden vil ikke være juridisk bindende. Antakelig vil den likefullt være et kraftfullt dokument på et rettsområdet som er i lite grad beskrevet i teori og praksis. Dette vil over tid kunne få implikasjoner på fleksibiliteten man i dag har til å gjennomføre konkurranser.

I parallell vil også EU Kommisjonen starte arbeidet med å utarbeide et mulig nytt direktiv tilpasset forsvarsanskaffelser og dets kompleksitet. Selv om man nå har innført mulighet for konkurransepreget dialog, se kapittel 4.2.5, ser også EU Kommisjonen behovet for enda mer tilpassede regler for komplekse militære anskaffelser. Håpet er at innføring av nytt direktiv vil gjøre det lettere å anvende et felles sett med regler som sikrer større markedsadgang.

Hvis vi ser ut over det europeiske marked, og hen mot USA, vil vi i overskuelig tid trolig ikke se utvikling av et felles transatlantisk marked for forsvarsmateriell. Til det er den sikkerhetspoliske og industrielle situasjonen for vanskelig. USA har et omfattende lisensregime som regulerer hvilken teknologi og produkter andre land kan videreeksportere dersom de inneholder andre amerikanske komponenter eller teknologi. Restriksjonene inntreer typisk dersom det amerikanske innholdet er mer enn 25 %. Denne

⁵² Public procurement: new Commission initiatives on more open and efficient defence procurement IP/05/1534, Brussels, 6 December 2005

restriksjonen kan få betydning i europeisk materiellsamarbeid hvor det kan være krav om at amerikanske komponenter ikke må utgjøre en for stor andel.

EU Kommisjonen påpeker også behovet for å anvende EU sin fulle tyngde vis a vis USA.⁵³ Nasjonenes bilaterale og fragmenterte tilnærming til USA, vil antakelig ikke gi særlige resultater, spesielt på teknologisiden.

5.3 Markedstilnærmingen og Forsvarets fremtidige utvikling

Et sentralt spørsmål er Forsvarets eventuelle avhengighet av rådgivere i fremtiden. Hvordan fremtiden vil bli, er ikke nødvendigvis lett å forutse, men ut fra de erfaringer vi har fra de senere år samt nylig utstedte styringsdokumenter, kan man trekke visse slutninger.

FD sitt konsept for Styrke og Relevans⁵⁴ beskriver de mest sentrale prinsipper som legges til grunn for Forsvarets fremtidige utvikling og virksomhet. Konseptet forklarer hvordan Forsvaret skal innrettes for på best mulig måte å kunne løse de oppgaver det er pålagt, og derigjennom bidra til å realisere de overordnede sikkerhets- og forsvarspolitiske mål.

Her fremkommer det at effektiviserings- og innsparingstiltak skal bidra til en reduksjon av driftsutgiftene og muliggjøre overføring fra drift av logistikk- og støttevirksomhet til operativ drift. Denne vridningen av ressursstrømmen er et hovedelement i omleggingen som skal gjøre Forsvaret i bedre stand til å løse sine oppgaver. Betydningen av dette har blitt presisert fra mange hold i både FD og Forsvaret.

Betydningen av en slik dreining hvor operativ virksomhet kommer i enda sterkere fokus, kan ikke undervurderes.

Denne dreiningen er et viktig fundament for Forsvaret største modernisering og omstilling innenfor offentlig sektor noensinne. Omstillingen medfører at Forsvaret og spesielt FLO nedbemanner og nøkkelpersonell forlater Forsvaret. Dette innebærer at vi i større grad vil kunne bli avhengig av ekstern kompetanse. Dette behovet gjelder ikke bare i Norge, men også i forbindelse med internasjonale operasjoner hvor Forsvarets systemer krever understøttelse.⁵⁵

⁵³ EU Kommisjonen - Towards an EU Defence Equipment Policy COM(2003) 113 final, s 11: *It is vital to reduce the handicap of European companies' vis-à-vis their competitors, in particular from the US, arising from the fact that the regulations governing defence-related activities are not homogeneous at EU level but fragmented at national level. As regards market access outside the EU, the fact that problems are normally dealt with at the level of individual Member States means an important loss of negotiating strength. The collective inability of European firms and their governments fully to exploit the weight of the Union, which comes from acting together, can only be to the detriment of European industry.*

⁵⁴ FD 11 oktober 2004

⁵⁵ Det er også en klar trend i andre industriland at deres forsvar søker mer kontakt med industrien under forberedelse til anskaffelse av materiell samt i vedlikeholdsfasen. Materiellet blir stadig mer komplisert samtidig som deres forsvars egen fagkompetanse også blir mindre.

Et annet sentralt element i moderniseringen, er nyttiggjøring av de muligheter som ligger i innhenting, deling og bruk av informasjon mellom de forskjellige aktører. Det representerer en stor utfordring i å mestre både eksisterende og nye systemer samt samvirket mellom disse. De nye systemene blir også mer avanserte og kompliserte, ikke bare på brukersiden men også på vedlikehold og oppgradering. Et nøkkelord synes derfor å være kompetanse. Figur 5.1 nedenfor viser hvorledes FD ser for seg den kommende informasjonsstruktur i Forsvaret.

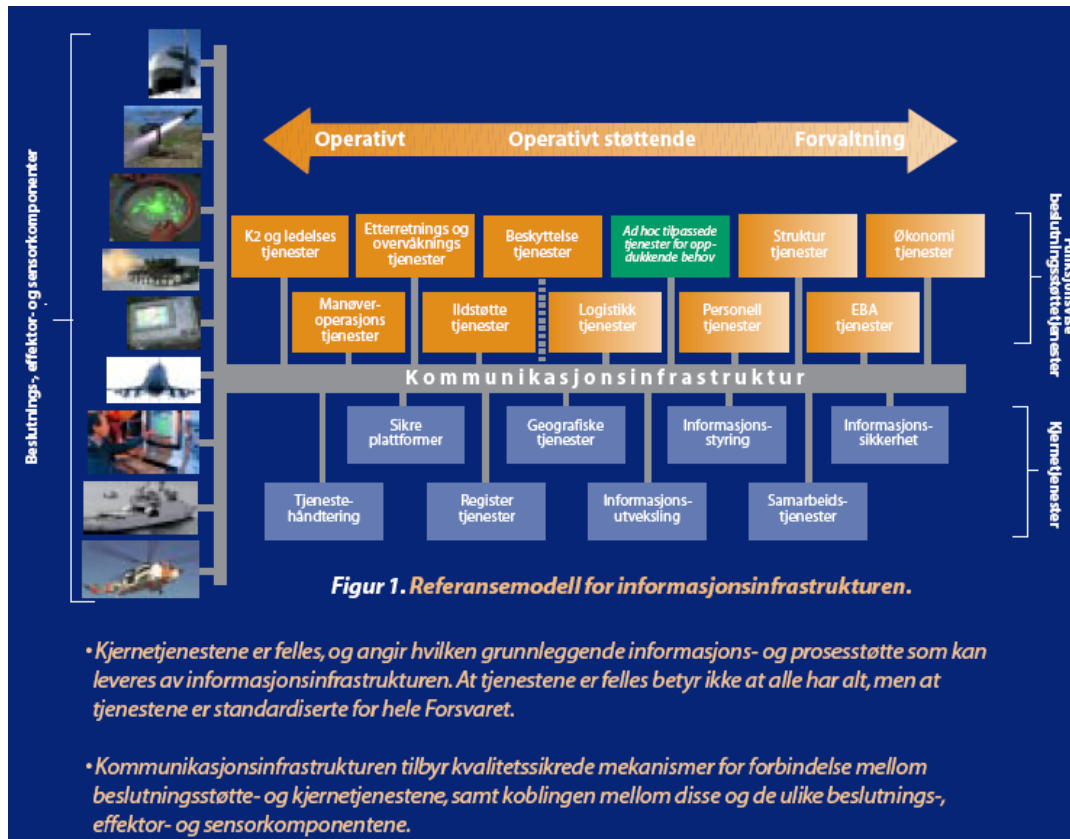


Fig 5.1 – FD sin referansemøll for informasjonsstrukturen i Forsvaret (kilde FD IKT Policy 1 sep 2005)

Fig 5.1 viser hvor virksomhetskritisk det er for Forsvaret å ha god tilgang til teknisk kompetanse og systemkompetanse, både i investerings, drifts- og vedlikeholdsfasen. Dette har konsekvenser både for måten man gjennomfører konkurranser, hvilke kontraktsformer man inngår, bruken av langsiktige kontrakter, grad av innovative involveringsmetoder samt konsekvensen av forsvarrets operative logistikk konsept.

Dette er utfordringer som også tas opp i andre land, og i UK MOD White Paper fra desember 2005, fremgår det helt klart at man i langt større grad må ta i bruk bedre og mer tilpassede anskaffelsesmodeller for å sy sammen den nødvendige kompetanse⁵⁶

Selv om reduksjon av kompetansekapasiteten i Forsvaret, og FLO spesielt, vil fremtvinge nye måter å håndtere og utvikle eksisterende og fremtidige materiellsystemer, vil det alltid være behov for å henvende seg til eksterne leverandører. Dette er rett å slett viktig for å få best mulig innblikk i de utfordringer som man har ved integrasjon og utvikling av forsvarssystemer. Leverandører sitter på annen type informasjon og er drevet av andre behov, enn hva myndighetene og dets representanter er.

Nøkkelen vil antakelig være å samle forskjellig kompetanse og miljøer for raskere kunne få frem bedre resultater.

Det som, etter vårt skjønn, vil være utfordringen, er tilpasningen på den ene side gode prosjekt og levetidsmodeller med tilhørende konkurransemodeller, og på den annen side offentlige anskaffelsesregler laget for et annerledes marked og kompleksitet. Selv EU erkjenner at dagens direktiver ikke er tilfredsstillende for kompliserte forsvarsanskaffelser.

6 PROSJEKTGJENNOMFØRINGSTEORI

Kompleksitet og langsiktighet er termer ikke ukjent for mange bransjer. Det er over årene opparbeidet mye kunnskap om hvordan man håndterer disse utfordringer. Dette gjelder både innenfor militær og sivil sektor. Her vil vi fokusere på hvorledes man håndterer kompleksitet og langsiktighet i et prosjekts tidlige fase.

Hensikten er å vise viktigheten av kunnskapsdeling og kommunikasjon i tidlig fase med aktører utenfor egen organisasjon. Rapporten vil derfor se litt på hvorledes større komplekse prosjekter i henhold til teori bør organiseres samt litt hva som er de erfaringer som er gjort på området. Vi vet at man innenfor forsvarssektoren er avhengig av leverandører i prosjektforberedende arbeid (tidlig fase) hvor rådgivningsdelen vil kunne være en del av dets arbeid.

Utfordringen er i hvor stor grad kan man ta i bruk beste praksis uten å komme i konflikt med øvrig offentlig rammeverk. Den mest effektive gjennomføring av et prosjekt

⁵⁶ (s.7); " We also recognise that the bedrock of our procurement policy has to be long-term value for money. Competition is often a useful mechanism to establish this, but is not always appropriate, and needs to be used intelligently, alongside other models, considering the nature of the marketplace. The UK has increasing experience of new approaches which may apply in different circumstances, and by setting out how we approach different situations, and the various tools available, we hope in future to speed the decision-making process significantly, and pick the right tool from the toolbox first time. "

samt vedlikehold/oppgradering gjennom levetiden i tråd med ”supply chain management” teori, er ikke nødvendigvis heller i samsvar med det rammeverk som offentlige myndigheter skal forholde seg til.

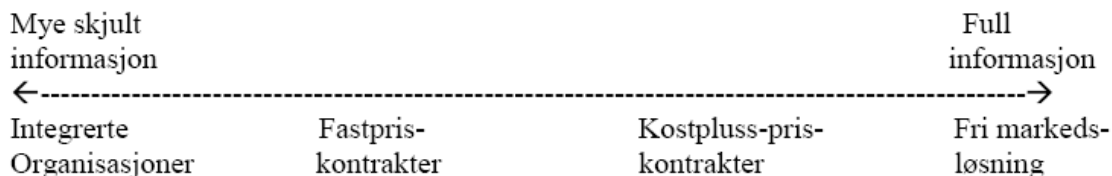
6.1 Informasjonskompleksitet og håndtering av denne

Kompleksitet kombinert med lang levetid og krav til høy kompetanse, skaper et stort behov for korrekt informasjon til rett tid. Likevel er dette kravet kanskje det vanskeligste å ta tak i. Kompleksitet gir partene god mulighet for å skjule informasjon. Spørsmålet er hvordan man organiserer seg for å oppveie denne informasjonskompleksiteten.

En PS2000 rapport ”Gjennomføringsmodeller og kontraktsstrategier”⁵⁷ viser at der hvor mye skjult informasjon kan eksistere (høy kompleksitet), kan leverandøren ofte overdrive kostnadene og/eller leverer lavere kvalitet enn forutsatt. I markeder med stor konkurranse, anfører rapporten at det ikke vil være mulig å overdrive kostnader eller levere dårlig kvalitet. Man vil i så fall bli utkonkurrert.

Ved monopolsituasjoner, når kunden blir knyttet til leverandøren over lang tid eller levering av kompliserte produkter, vil det også være større sannsynlighet for skjult informasjon/handling. Kundens (manglende) kunnskap om produksjonsprosessene vil også påvirke mulighetene for skjulte handlinger. Lavt kunnskapsnivå gir også større sannsynlighet for skjulte handlinger.

Spørsmålet er så hvorledes man skal søke å unngå å komme i ovennevnte situasjoner. Hvor det er risiko for (mye) skjult informasjon, anfører rapporten at kunden vil ha et behov for å *involvere* seg i leverandørens organisasjon og i gjennomføringen av prosjektet. Dette kan gjøres ved detaljerte bestemmelser i kontrakten, integrerte prosjekt organisasjoner/partnering eller en kombinasjon, se figur 6.1;



Figur 6.1: Informasjonsglider fra PS 2000 rapporten Gjennomføringsmodeller og kontraktsstrategi

Håndtering av skjult informasjon er også synonymt med håndtering av usikkerhet. For å håndtere usikkerhet bør også kunden involvere seg under hele perioden. Rapporten viser

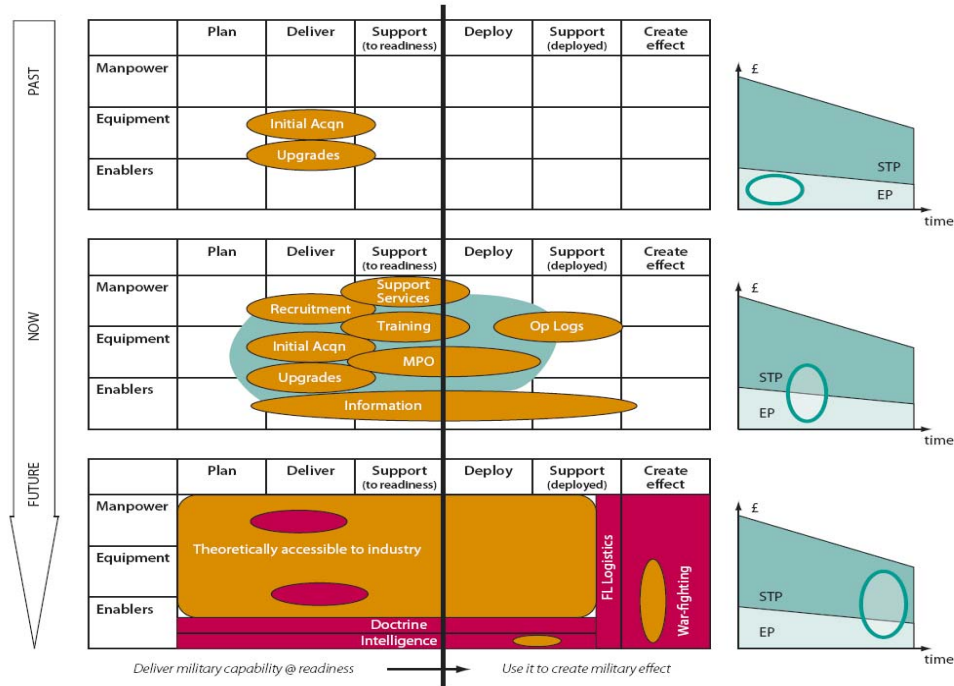
⁵⁷ Håkon Hynne m.fl 1998

til at man på denne måte får større kontroll og innsikt. Dette vil imidlertid innebære større ressursbruk og dermed høyere kostnader. Samtidig vil det være høyere sannsynlighet for et bedre resultat og til en lavere total kostnad.

Graden av asymmetrisk/skjult informasjon behøver ikke nødvendigvis være betinget aktørenes egne holdninger, men av utenforliggende omstendigheter. Dette skaper ekstern usikkerhet som må håndteres. I et forskningsprosjekt mellom PS 2000 og International Programme on the Management of Construction projects (IMEC), har man analysert resultater av 60 store prosjekter verden rundt og innenfor ulike sektorer og bransjer. Et hovedfunn her, var at de gode prosjekter hadde en adaptiv tilnærming til oppdukkende utfordringer, dvs. en evne til å navigere og justere den opprinnelige plan.

Andre kritiske suksessfaktorer var at høyt prestasjonsnivå avhenger av en *grundig jobb i tidligfasen* før selve byggingen starter. Det vil si identifisere problemer, finne alternative løsninger, sen konseptlåsning, mange iterasjoner, analyse av risiko og fordele den på de som evner å påta seg den. Videre var åpenhet og tillit av sentral betydning. Tidlig involvering av leverandører, bruk av funksjonelle spesifikasjoner samt reduksjon av antallet arbeidspakker blir også fremhevet. Rapporten anfører at prosjektene som klarte ovennevnte utfordringer viste å ha eksepsjonelle prestasjonsnivåer.

Optimal kommunikasjon internt og med leverandører over levetiden, er sterkt fremhevet i UK MOD sitt White Paper (Defence Industrial Strategy December 2005). Figur 6.2 nedenfor gir en god skisse på hvorledes man så på dette -før, -nå og hvor man ønsker å være i fremtiden med klar fokus på utnyttelse av leverandørkjeden fra vugge til grav.



Figur 6.2: Figur fra UK MOD White Paper som viser hvordan man ønsker å få frem en bedre kapabilitets drevet anskaffelsesprosess (s.28). Fremtidsvisjonen er god og effektiv tilgang til industriens kompetanse i alle faser på alle plan for å sikre best mulig beslutningsgrunnlag til en hver tid.

I boken til Van Weele (Purchasing Management) vises det til at en intensifisering av samarbeidet mellom kunde og dets leverandører, kan medføre en todelt gevinst ved at forsyningsrisikoen reduseres samtidig som man bør oppnå kostnadsreduksjoner. For å oppnå dette, påpeker han viktigheten av å se på de forskjellige anskaffelser som gjøres langs *en* akse, og leveringsrisikoen langs *en annen* akse⁵⁸. På denne måte kan kundens forsynings situasjon deles i en 2 dimensjonal matrise, som hver tilbyr forskjellige muligheter, se også Kraljics matrise under i fig 6.3.

⁵⁸ Van Weele (Purchasing Management) s, 119-121

| | | | |
|-----------------------------|------|--|----------------------------|
| Technical or Supply Risk | High | Bottlenecks- Supply - Continuity | Critical- Collaboration |
| | Low | Routine- Efficiency | Leverage- Best deal |
| | | Low | High |
| | | Impact on business: Value or Cost | |

Figur 6.3: Kraljics matrise vist av Paul Cousins, CRISPS, januar 2000

Dette synet støttes av UK MOD som i sitt White Paper, anfører på s. 31 at: *”More recently we have recognized that a ”one-size-fits-all” approach to engagement with our key suppliers is not optimal and have deployed a wider range of supply models”.*

6.2 Gjennomføringsmodeller

Det har vært skrevet mye om hvorfor man skal bruke nye samarbeidsmodeller og hvilke gevinst potensiale som finnes⁵⁹. Det gjennomgående trekk, synes å være er viktigheten av differensiering, og derigjennom utvikling av forskjellige strategier tilpasset de enkelte anskaffelser.

Figur 6.3 viser viktigheten av tett samarbeid mellom kunde og leverandør, for å håndtere kompleksitet og usikkerhet. Mange har nok i liten utstrekning tatt hensyn til de utfordringer som ligger i kvadrant 4. Både på måten man setter opp selve prosjektet samt interaksjonen mot andre systemer og de underliggende kontrakter. Man kan gjerne ha visjoner om hvorledes prosjekter bør gjennomføres og med hvilke samarbeidsformer, men de som bla utarbeider kontrakter eller utformerer regelverk har dessverre sjelden vært med i denne prosessen.

Vi vil her se litt nærmere på gjennomføringsmodeller i et forsvarsmarked med høy kompleksitet og usikkerhet. Spesielt i forhold til den usikkerhet som eksisterer i prosjektets tidlige fase.

Som vi har vist til i kapittel 5, er ikke forsvarsmarkedet et fullkomment marked hvor ingen aktører markedsrett, og alle konkurrerer på samme vilkår. Det er ikke fri adgang for alle til å delta. Alle aktører i markedet sitter ikke inne med den samme informasjonen om alt og alle. Transaksjonskostnader forekommer. En forutsetning for det fullkomne

⁵⁹ Van Weele (Purchasing Management) og Bohman&Ihler (Management Programmet, Innkjøp og forsyningsledelse) og Håkansson/Gadde (profesjonelt innkjøp)

markedet er at alle aktørene maksimerer sin nytte uten at en slik atferd har negativ innvirkning på andre deltakere i markedet. Det forefinnes altså ingen eksterne effekter. Vi kan vel konkludere med at forsvarsmarkedet ikke er et slikt marked.

Vårt utgangspunkt er således et imperfekt marked hvor det finnes mye asymmetrisk/skjult informasjon. Klassisk tilfelle er at en leverandør har større kunnskap om arbeidsomfang ved egen utførelse enn kjøper har⁶⁰. Samtidig vil aktørene ikke ha full oversikt over hendelser i fremtiden som kan påvirke anskaffelsesprosjektet, eksempelvis kundens egne langtidsplaner.

Den store utfordring er i en tidlig fase å få tak i informasjon som også er korrekt. Denne utfordringen vil ikke en kunde klare alene, han må ut på markedet. Undersøkelser viser *også* at man svært tidlig i prosjekter båndlegger store midler, selv om man formelt ikke har inngått kontrakter (evt kun for små summer). Figur 6.4 illustrerer dette;

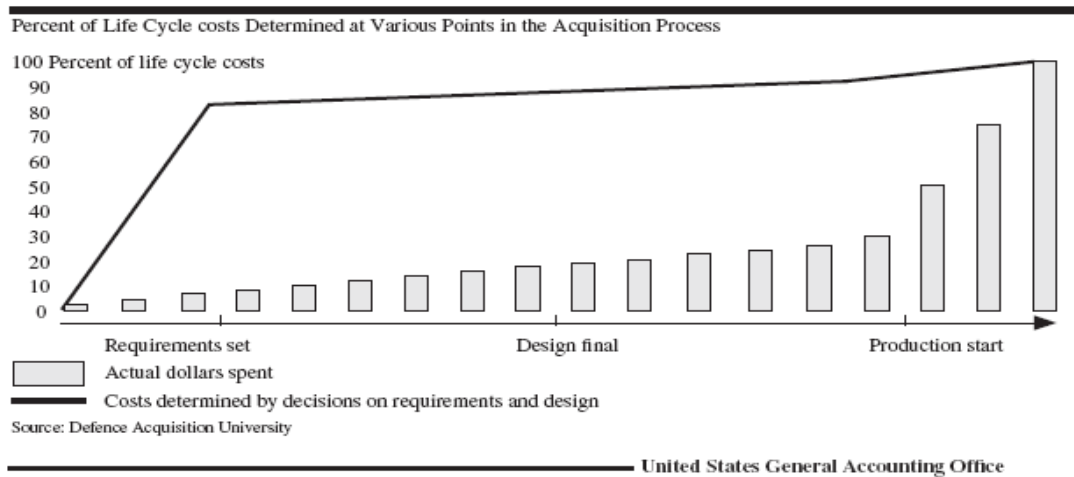


Figure 17: Life cycle costs in the acquisition process.⁵²

Figur 6.4: Graf fra rapporten "The Electronic Systems Sector Strategic Plan" fra Defence Materiel Organisation i Australia

Dette setter krav til informasjonstilgangen i tidlig fase av prosjekter, også mot tilhørende systemer som det nye systemet skal integreres mot. Kunden vil ikke sitte med all informasjon og de mengder av skjult informasjon som man trenger for å sikre en forsvarlig prosjektgjennomføring, ligger andre steder.

⁶⁰ Som eksempel vises det til Lewis (1995) s.1; "Our first reaction was to get angry and say, "Why didn't you do this before?" They said, "Because you didn't ask." (Roland Anderson, global purchasing head of Asea Brown Boveri, after a supplier made a part at 30 % lower cost when ABB gave it design responsibility.)"

På både privat og offentlig side har man gjennom de siste 10-15 år hatt et særlig fokus på organiseringer som krever en eller annen form for tett samarbeid, enten det er kalt partnerskap, allianse, governance contracting eller partnering⁶¹. Behovet skyldes mange forhold. Tidlig og nært samarbeid mellom kunde og leverandør *hvor man deler informasjon* er ansett som et nøkkelkriterium for suksess og for å holde kostnader nede. Dette betinger korrekt og effektiv kommunikasjonen/interaksjon mellom de involverte.

Et stadig tilbakevendende problem når det gjelder et tett samarbeid og interaksjon mellom kunde og leverandør, er faren for et til dels manglende tillitsforhold mellom disse. I boken ”The Connected Cooperation” av Jordan D Lewis (1995), blir det anført at svært mange kunder ikke gjør bruk av tidlig integrert samarbeid. Hovedbegrunnelsen var (s. xiii) ”Suppliers cannot be trusted”. Dette er ofte kjernen til at man ikke alltid lykkes ved et tettere samarbeid, - manglende tillit. Tillit tar ofte lang tid å bygge opp. Av den grunn har man for en rekke partnering eller tilsvarende avtaler, lagt inn mekanismer for nettopp ivareta håndtering av tett og langvarig samarbeid⁶².

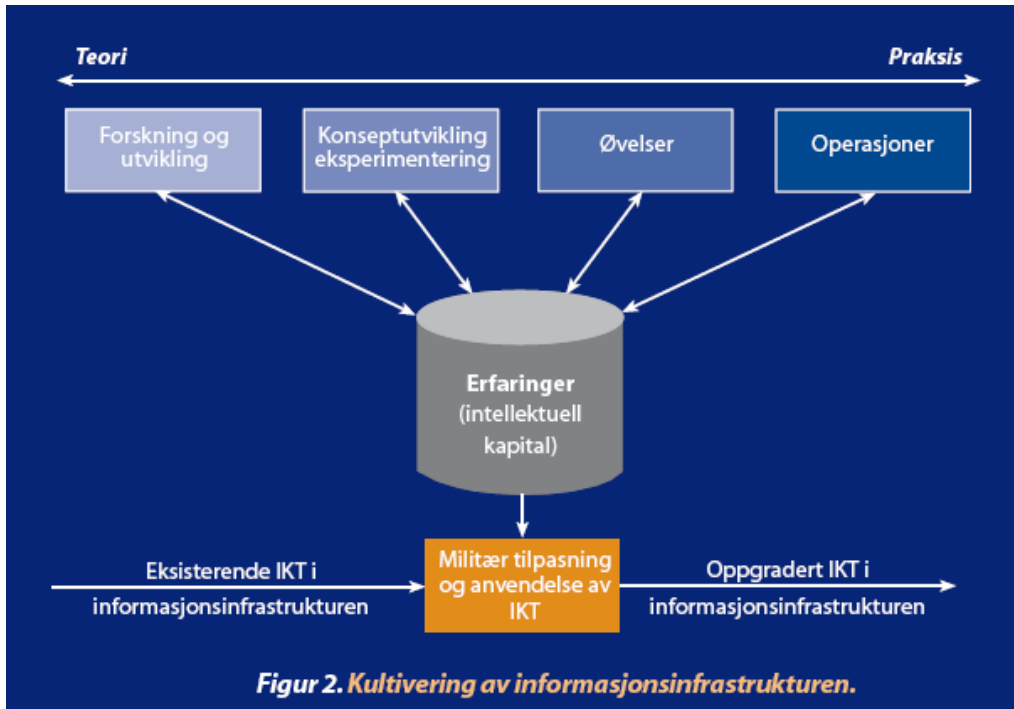
I Norge følges dette konseptuelt opp i FD sitt konsept for Offentlig Privat Partnerskap (OPP). For den delen som gjelder Partnering, anføres det at begrepet betegner ulike typer gjensidig forpliktende, langsiktige avtaler mellom to eller flere parter hvor integrerte samarbeidsformer ofte anvendes. Det pekes videre på at et samlet leveranseansvar i hele livssyklusen gir leverandøren mulighet til å planlegge langsiktig og komme med innovative løsninger til beste for begge parter. Målet er en best mulig ressursutnyttelse – ved at Forsvaret og den private part utnytter hverandres kjerneressurser til felles beste.

6.3 Gjennomføringsmodell for fremtidens IKT i Forsvaret?

Figur 6.5 nedenfor som er hentet fra FD sin IKT policy, viser et godt bilde av sammenhengene mellom de forskjellige aktører, være seg i Forsvaret, forskning og industri som er kritisk for å få frem oppgraderte løsninger i fremtiden i IKT strukturen.

⁶¹ I den sammenheng viser vi til UK MOD sitt White Paper som klart poengterer viktigheten og den suksess de hittil har hatt med å implementere Partnering for de rette prosjekter, se spesielt s.31 og 134

⁶² Bla. FFI sin ”standard samarbeidsavtale” har bygget inn slike mekanismer



Figur 6.5: Bilde fra FD sin IKT policy om kultivering av Forsvarets IKT struktur

Arven som Forsvaret i dag besitter, utgjør ikke bare en betydelig verdi ut fra de investeringer som er gjort, men også en viktig eksisterende plattform for å knytte sammen de forskjellige forsvarsgrener og plattformer i Forsvaret. Håndtering av denne kompleksitet krever en iterasjon og hurtighet for å fremme innovasjon som både tar i bruk nye løsninger, men som samtidig ivaretar Forsvarets arv.

Det er en kjensgjerning at Forsvaret ikke vil ha den luksus til å bytte alt ut på en gang, men over tid være avhengig av å videreutvikle sine eksisterende løsninger slik at det passer inn i et raskt utviklende NbF sfære både nasjonalt og internasjonalt. Den iterasjon og innovasjon som er så nødvendig, er betinget av tilgang på rett kompetanse til rett tid. Dette innebærer at man trenger tilgang til alle aktører i alle faser og at kommunikasjonen mellom disse er god. Til dette kreves gode samarbeidsmodeller og kontraktsformer som tilrettelegger for et slikt samarbeid.

Videre er det av avgjørende betydning at en slik videreutvikling sees i sammenheng mellom de forskjellige prosjekter og systemer, dvs. en mer programmessig tilnærming.

Nettopp de tidlige faser, vil det være en utfordring for industrien å delta med sin intellektuelle kapital hvis de samtidig ved en senere anskaffelse av fremtatte løsninger blir ekskludert grunnet sin deltagelse og rådgivning. Av den grunn bør mulighetsrommet som er beskrevet ovenfor i kapittel 4 anvendes.

7 ETISKE FORHOLD OG TRANSPARENS

Tett og tidlig samarbeid. Bruk av rådgivere som senere deltar i en konkurranse. Dette er temaer som uvilkårlig har et etisk innhold.

Etikk⁶³, eller morallære, omhandler hva som er rett og galt, og setter normer og prinsipper for riktig handling⁶⁴. Dersom man sier at noe er «uetisk» eller «umoralsk», mener man at det er i strid med visse moralnormer. Disse normene varierer imidlertid fra samfunn til samfunn, og de kan også variere over tid. Handlinger som godtaes i enkelte samfunn er uakseptable i andre - f.eks. er bruk av alkohol i dag akseptert i noen samfunn og ikke i andre.

I tillegg har vi omdømme, et begrep som ligger i sfæren utenfor etikk og morallæren, men som er sterkt påvirket av denne. Omdømme er etter vårt skjønn vanskelig å definere. Begrepet er betinget av hva andre mener. Ofte vurderes man ut fra forventet standard. Hvis denne er satt høyt, kan et fall i omdømme til en lavere standard oppfattes negativt, selv om den lavere standard fortsatt er etisk forsvarlig. Det blir et spørsmål om hvem som setter standardene og om man ønsker å la seg styre av disse aktører.

Det aller viktigste spørsmål innen etikken er spørsmålet om det finnes allmenngyldige, objektive normer som gjelder for alle mennesker til alle tider. Å trekke frem et sett objektive allmenngyldige regler for etisk handlemønster for alle situasjoner, er likevel ikke enkelt.

I relasjon til anskaffelser, kan man på et overordnet nivå anføre at de regler som er gitt for offentlige anskaffelser, har et innlag av krav til transparens. Dette skal sikre borgerne innsyn for at ting foregår etter de regler gitt av de folkevalgte, en slags etisk kvalitetssikring. Man kan gjerne kalle det for en sikring av omdømme også.

Denne form for etterfølgende gjennomsiktighet er et viktig tema i den pågående debatt over offentlige anskaffelser, hvor det har vært fokusert på kravet til lik behandling. De siste års mediaoppslag viser behovet for innsyn i det offentliges gjøren og laden, og ikke minst viktigheten av dette innsyn for å avdekke ulovligheter.

Samtidig er ikke størst mulig grad av gjennomsiktighet den eneste løsning og endelig resultat for suksess. Peter Trepte anfører i sin artikkel *Transparency Requirements*⁶⁵; *”Many of those involved in procurement regulation are beginning to speak of transparency as some sort of Holy Grail, assuming that once transparency level is*

⁶³ Etikk (av gr. *ethos*, skikk), læren om (inkl. begrunnelsene for) de normer og verdier som skal styre våre handlinger med sikte på rett og galt, godt og ondt. — *etisk*, moralsk, sedelig, riktig handlemåte (Cappelen.no).

⁶⁴ Vegard Martinsen, cand.scient, filisofi.no

⁶⁵ Ruth Nielsen mfl, The new EU Public Procurement Directives, s 49

achieved, all the ills associated, rightly or wrongly, with public procurement will fade away and we will be left with a perfectly functioning and efficient public procurement system.”

Vi er enig i at kravet til transparens ikke er et mål i seg selv, men et verktøy for å oppnå riktige, tilpassede og effektive offentlige anskaffelser.

Hva er så en etisk ramme i vår kontekst? Er målet en absolutt likebehandling av alle på alle stadier, uansett konsekvenser? Er det suksess å si at man har gått over budsjett, fått dårligere kvalitet, varen er forsinket, men ellers er gjennomføringen av prosjektet høyverdig ut fra etiske normer?

Dette kan sies å bli satt på spissen ved å gi en aktør større innsikt i et prosjekt enn andre. Gjennom denne rapport har vi søkt å underbygge behovet for å gjøre akkurat dette, men samtidig underbygget hvordan dette kan håndteres på en forsvarlig måte. Er dette forskjellsbehandling?

Et allmenngyldig forvaltningsmessig prinsipp⁶⁶ er å forhindre at det skjer en usaklig forskjellsbehandling av private. Dette innebærer som en konsekvens at man kan forskjellsbehandle når det er saklig. Hva som ligger i begrepet “saklig” vil likevel variere fra område til område. Man kan kanskje si at saklig behandling har et iboende etisk fundament, i alle fall et juridisk fundament. Det motsatte, usaklig forskjellsbehandling vil stride mot våre rettferdighetsprinsipper om at vi alle skal ha like muligheter. Dette innebærer at selv om en avgjørelse fattet av myndighetene isolert sett kan være lovlig, så vil det ut fra hensynet til helheten og til andre berørte likevel ansees for å utgjøre usaklig forskjellsbehandling⁶⁷.

Utfordringen er når man er innenfor lovens ramme, men at det likevel ansees som enten etisk, moralsk eller omdømmemessig uriktig å gjennomføre en handling. På den ene side kan man hevde at lovens ramme, herunder de forskrifter som er gitt, gir uttrykk for grensen av en etisk handlemåte. På den annen side forutsettes det at den offentlige myndighet til enhver tid utviser et skjønn i tråd med de intensjoner og vilkår som gjelder for skjønnsutøvelsen på det aktuelle område. Her blir domstolenes adgang til å overprøve skjønnsutøvelsen sentral.

Innenfor fagområdet offentlige anskaffelser, brukes ofte begrepet ”likebehandling”, et markert skifte fra begrepet ”usaklig forskjellsbehandling”. Likevel har man innenfor

⁶⁶ Av forvaltningens grunnprinsipper har vi blant annet *legalitetsprinsippet*. Det vil si at forvaltningen ikke kan gripe inn i dine rettigheter uten at de har hjemmel i formell lov. Videre er det krav om at forvaltningen skal ha en *forsvarlig saksbehandling* samt at forvaltningens avgjørelser må være *saklig motiverte*. Forvaltningen skal dessuten ikke drive med *usaklig forskjellsbehandling*, jfr. <http://www.jus.no/index.gan?id=2272>

⁶⁷ Johs.Andenæs, Statsforfatningen i Norge, s 350.

offentlige anskaffelser, muligheter for å gjennomføre en saklig forskjellsbehandling. I en nylig avsagt Høyesterettsdom, 7 des 2005 (Poncho-saken), mellom New Pac Safety og Forsvaret, fremholder Høyesterett (HR) at selv om man befinner seg utenfor de sedvanlige offentlige anskaffelsesregler (Lov om offentlige anskaffelser, vår merknad), kreves et visst minimum av likebehandling av leverandører.

Samtidig fremhever førstevoterende at: ” Om kravet skal gå like langt som hva som ville fulgt av loven og forskriftene, er imidlertid langt fra opplagt. Jeg viser her til det særlige formålet med unntaket, som blant annet er å sikre Forsvaret handlefrihet og fleksibilitet på et sensitivt område av stor nasjonal betydning. Svaret vil uansett avhenge av den konkurranseform som er valgt og av det konkrete konkurransegrunnlaget.”.

I denne sammenheng viser HR spesielt til skillet mellom anbud og forhandlet kjøp, og hvor kravet til likebehandling nødvendigvis må variere noe grunnet konkurranseformen. For vårt område, hvor forhandlet kjøp vil være den dominerende samhandlingsnorm, er det klart at man innenfor ARF har stor fleksibilitet.

7.1 Konkurransen og innovasjon

En sentral aktivitet for å sikre en etisk korrekt tilnærming til likebehandlingskravet overfor leverandører, er gjennomføring av konkurranse.

Dette underbygges i behovet for det offentlige å sikre korrekt behandling av industri, er gjennom å teste ut markedet ved avholdelse av konkurranse. Konkurransen vil nødvendigvis være en repeterende aktivitet. Det er svært sjelden at man inngår livsvarige kontrakter. Motsatt vil det, med unntak av spotmarked etc., være forbundet med store transaksjonskostnader å avholde en konstant konkurranse.

Samtidig, fra ide stadiet til avhending, vil det i varierende grad være behov for å ha kontakt med industrien. I disse forskjellige faser vil industriens rolle i tilsvarende grad variere, hvor de både vil kunne ha forskjellige rådgiver- samt leverandør roller.

Konkurranse for industrien i å oppnå kontrakt for disse forskjellige roller, vil også måtte tilpasses den enkelte situasjon. I tillegg er det for Forsvaret viktig at man sikres tilfredsstillende innovasjon⁶⁸ fra industrien, som i tillegg ofte må kunne innpasses mot eksisterende systemer, - for å sikre en teknologisk fordel.

⁶⁸ St. Meld nr 20 – 2004-05 (boks 6.1); *Innovasjon kan forekomme i form av radikale innovasjoner, der nye produkter og tjenester og/eller prosesser introduseres, eller i form av gradvise (inkrementelle) innovasjoner som forbedrer eksisterende produkter, prosesser, tjenester eller systemer. Begge typer innovasjon er nødvendig for å få til en tilstrekkelig og omstilling i næringslivet og offentlig sektor. Forskning, utvikling og kommersialisering spiller en viktig rolle for begge former for innovasjon, men på noe forskjellige måter*

Innovasjon skjer ofte i samspill mellom ulike aktører der både samarbeid og konkurranse kan virke stimulerende. Innovasjon kan også skje i skjæringsfeltet mellom bransjer og/eller fagområder. Det er i en slik sammenheng utfordrende å finne den rette balanse mellom konkurranse, innovasjon og langsiktighet for å sikre stabilitet for Forsvarets som kunde.

Ut fra verdikjedebetraktninger ved mer komplekse leveranser i form av teknologi eller prosess, er det erfaring for at en overdreven konkurranse med fokus på pris vil kunne bidra til at innovasjon blir skadelidende. Derigjennom blir kunden ikke konkurransedyktig, eksempelvis for bilindustrien⁶⁹. Her er viktigheten av å etablere langsiktige relasjoner og skape forutsigbarhet for bilfabrikantenes leverandører, med på å skape større innovativitet, samtidig som kostnadene holdes konkurransedyktige gjennom en vedvarende benchmarking.

Dette er eksempel på at samhandlingsdrevne innovasjoner finner sted når flere aktører finner nye mønstre for å arbeide langs verdikjeder eller i verdinettverk.

Så for de mer avanserte og komplekse systemer som Forsvaret bruker, eller vil komme til å bruke, og hvor man også ønsker innovasjon, vil en tilpasset konkurranse i henhold til økonomisk teori, fremme innovasjonsinsentivene⁷⁰. Med andre ord, konkurranse bør brukes i tråd med hva markedssituasjonen tilsier, noe som også til dels indirekte fremkommer av de offentlige regler for anskaffelser.

8 OPPSUMMERING

Ovennevnte gjennomgang viser at interaksjon med industrien er kompleks. Samtidig er det en rekke hensyn å ta i forhold til statens regelverk. Vi har prøvd å beskrive mulighetsrommet, uten å ta hensyn til subjektive forhold. Noen ganger vil subjektive forhold kunne overstyre regler, eksempelvis gjøre spillerommet mindre av hensyn til omdømme.

Vi har også søkt å gi et rasjonale for å søke seg til dette mulighetsrommet.

Det er lett å la være å gjøre bruk av markedets kunnskap i de tidlige og viktige faser.

⁶⁹ Fra McKinsey Quartely, 2004 Special Edition: China today, og artikkel om "Global sourcing in the auto industry". *Carmakers in North America, Europe, and Japan — lured by savings that could cut their auto parts bills by 25 percent and reassured by quality improvements — are shedding their skepticism about parts made in unfamiliar locales such as China and India. Sourcing car parts, however, isn't as simple as buying shirts or toys. Car models are complex, with a life span of five to seven years, so manufacturers must develop long-term relationships with suppliers and enter into contracts that are difficult and expensive to unravel. A host of shifting factors, such as exchange rates and wages can change over such a long period, thus turning what had looked like big savings into big mistakes.*

⁷⁰ Konkurranse for innovasjon, Dalen m.fl., BI, 1 aug 2005

Spørsmålet er om vi har råd til å la være. Det er ingen enkle løsninger på de forskjellige dilemmaer. Fraværet av enkle løsninger bør i stedet representere en utfordring som man løser, i fellesskap.

Vi har prøvd å indikere at mulighetene også i stor grad er sammenfallende med god prosjektgjennomføring. Konkurransereguleringen vil måtte variere fra helt åpne anbud til målrettede forhandlinger med 2 leverandører. Det er likevel et behov for å kunne gå direkte på leverandører, spesielt i vedlikeholds- og oppgraderingsfaser. Det siste er ofte aktuelt i begrensede markeder, og hvor nærhet og forståelse av kunden (Forsvaret) er svært viktig.

I St.prp 1 (FD) 2003-04 ble det anført at: *”Militær transformasjon innebærer å endre form, egenskaper, operasjonskonsept og funksjon til militære styrker, og skiller seg fra tidligere omstruktureringer ved at evnen til omstilling og nytenking gjøres til en permanent del av Forsvarets virksomhet og kapasitet”*

For å kunne lykkes med dette, er man avhengig av en organisasjon med rom for initiativ og kreativitet og entreprenører som kan sette løsninger ut i livet og som evner å koble teknisk og operativ kompetanse sammen, gjerne gjennom et tett og langsiktig samarbeid mellom Forsvaret, FoU miljøene og industrien.

Friheten til å anvende industrien i de tidlige faser innenfor EØS området, gir en del muligheter til å anvende industrien som rådgivere, gitt at visse *kriterier* følges.

Utenfor EØS området står FD svært fritt. Likevel må FD følge er saklighetsvilkåret. Ethvert unntak fra ARF bør ikke bare begrunnes, men også være saklig. Forskjellsbehandling på må ha et saklighetskriterium. Dette er i tråd med forvaltingsmessige prinsipper samt de etiske krav som er gjengitt i ARF pkt 1.8.

Litteratur

- (1) European Commission Communication: "The Challenges facing the Defence Industry", 1996
- (2) European Commission: "The Challenges facing the European Defence-related Industry: a contribution for action at the European level", COM(96)10; 24 January, 1996
- (3): *Defence and Industry - Strategic Policy Statement*, Department of Defence, Australia, (1998)
- (4) Chaillot Papers, Burkard Schmidt I Nr 44 – Januar 2001: "Between Cooperation and Competition: the Transatlantic Defence Market"
- (5) EØS-avtalen: Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) av 27.11.1992 nr.109
- (6) Hansen, L, Warberg, E N (2000): *Prismekanismer I tidlig integrert samarbeid*, BI-rapport, Master program i Innkjøpsledelse
- (7) Warberg, Erik Normann, 1998, Beslutnings- og gjennomføringsprosesser for materiellprosjekter, FFI/RAPPORT –98/04205
- (8) Ruth Nielsen mfl, *The new EU Public Procurement Directives*, Djøf Publishing (2005)
- (9) Warberg, Erik Normann, 1997, Mulige kontraktsstrategier for bedre og/eller rimeligere anskaffelser, FFI/RAPPORT-97/04092
- (10) Lewis, J D (1995): *The Connected Cooperation*, The Free Press
- (11) Pollitt, C, Bouckaert, G (2000): *Public management Reform - A comparative analysis*, Oxford University Press
- (12) *Report on Defence Governance, Acquisition and Support*, Department of Defence, Australia, (2000)
- (13) Savas, E S: *Privatisation and Public-Private Partnerships*, Chatham House Publishers, (2000)
- (14) Van Weele, A : *Purchasing Management - Analysis, Planning and Practice*, Thomson Business Press, (1994)
- (15) Walsh, K: *Public Services and market Mechanisms, Competition*, (1995) *Contacting and the New Public Management*, Macmillan Press Ltd

- (16) Ward, M: *Why Your Corporate Culture Change isn't working... and what to do about it*, Brookfield, V T: Gower Publishing Limited, (1994)
- (17) Warberg, E N (1998): *Beslutnings- og gjennomføringsprosesser for materiellprosjekter*, FFI/Rapport-98/00283
- (18) Halvorssen Thomas L, Vamraak Tore: FFI/Rapport-2000/05788: "(U)Effekten av gjenkjøpsordningen på norsk forsvarsindustri 1990-1999
- (19) Gadde, Håkanson, Professionelt inköp, Studentlitteratur, (1993)
- (20) Veiledning i håndtering av usikkerhet – PRINSIX, PRINSIX sekretariatet, (1999)
- (21) PS2000-rapport, Benchmarking av store prosjekter, NTNU – Prosjektstyring år 2000, (1999)
- (22) PS2000-rapport, Styring av IT-prosjekter, NTNU – Prosjektstyring år 2000 (1999)
- (23) PS2000-rapport, Gjennomføringsmodeller og kontraktsstrategier, NTNU – Prosjektstyring år 2000, (1998)
- (24) Johs.Andenæs, Statsforfatningen i Norge
- (25) Konkurransen for innovasjon, Dalen m.fl., BI, (2005)
- (26) Jacobsen, Tor, 1999, Strategisk forsyningsledelse – en analyse av innsparingselementene ved nye anskaffelsesstrategier, FFI/RAPPORT –99/00780
- (27) St. Meld nr 20 – (2004-05)
- (28) St. meld nr.29 - (2001-2002)
- (29) McKinsey Quartely,2004 Special Edition: China today
- (30) Hook, Richard, The Defence industry in the 21st Century, PwC, (2005)
- (31) UK MOD Defence White Paper, Defence Industrial Strategy, (2005)
- (32) National Audit Office (NAO), Maximising the benefits of defence equipment co-operation (2001)
- (33) Militære anskaffelser, gjenkjøp og industripolitikk, av Kjell A. Eliassen og Markus Skriver (ISSN 1500-2683) (2002)
- (34) FFI-rapport – 2001/04663, konkurranserettslige unntak for forsvarsanskaffelser innenfor EØS området, Furuseth, Rita

- (35) Public procurement: new Commission initiatives on more open and efficient defence procurement IP/05/1534, Brussels, 6 December 2005
- (36) EU Commission - Towards an EU Defence Equipment Policy COM 113 final, (2003)
- (37) Policy for militær tilpasning og anvendelse av informasjons- og kommunikasjonsteknologi i Forsvaret, FD, 1. september 2005
- (38) The Electronic Systems Sector Strategic Plan, Department of Defence, Australia-February 2004
- (39) EU Commission: Public procurement in the European Union - Directive 92/50/EEC - Objectives and scope of the public procurement directives
- (40) EU Commission proposal, COM (2000) 275 final on the coordination of procedures for the award of public supply contracts, public service contracts and public works contracts
- (41) Dr. Aris Georgopoulos, School University of Dundee, response to the EU Commission Green Paper on Defence Procurement (2005)
- (42) Finansdepartementet, Rättssekretariatet, 30 march 2005, Det svenske regeringens synspunkter på Europeiske kommissionens grønbok om försvarsupphandlingar.
- (43) St.prp. 42 (2003-04) Den videre moderniseringen av Forsvaret i perioden 2005-2008
- (44) St.prp 1 (FD) 2003-04
- (45) Martin Trybus (1), Procurement for the armed forces: balancing security and the internal market, Sweet & Maxwell and Contributors 2002
- (46) Martin Trybus (2), The list of Hard Defence Products Under Article 296 EC, Sweet & Maxwell and Contributors, 2003
- (47) Kjell A. Eliassen og Markus Skriver, Militære anskaffelser, gjenkjøp og industripolitikk i Europa, 4/2002, ISSN 1500-2683
- (48) Hans Petter Graver, Habilitet og bruk av rådgivere i offentlige anskaffelsesprosesser, Tidsskrift for forretningsjus, nr.4/2005

Internet

<http://europa.eu.int/comm/enterprise/defence>
<http://www.filosofi.no/etikk.html>
<http://www.jus.no/index.gan?id=2272>

Forkortelser

| | |
|------|---|
| ARF | Anskaffelsesregelverket for Forsvaret |
| EADS | European Aeronautic and Space Company |
| EDA | European Defence Agency |
| EDEM | European Defence Equipment Market |
| ESDP | European Security and Defence Policy |
| EØS | Europeiske Økonomiske Samhandlingavtale |
| EU | Europeiske Union |
| FAD | Forbruker og Administrasjonsdepartementet |
| FD | Forsvarsdepartementet |
| FFI | Forsvarets forskningsinstitutt |
| FLO | Forsvarets logistikkorganisasjon |
| FOA | Forskrift for offentlige anskaffelser |
| GPA | Government Procurement Agreement |
| HR | Høyesterett |
| IKT | Informasjons- og kommunikasjonsteknologi |
| INI | Informasjons infrastruktur |
| ITAR | International Traffic in Arms Regulations |
| LOA | Lov om offentlige anskaffelser |
| MOD | Moderniseringsdepartementet |
| NAO | National Audit Office |
| OPP | Offentlig Privat Partnerskap |
| sMS | Subscribing Member States |
| WTO | World Trade Organisation |