

## Anskaffelsesutvalget

**Dato:**  
2023-04-21

**Innspill til anskaffelsesutvalget****1. Innledning**

Forsvars- og Sikkerhetsindustriens forening (FSi) er en uavhengig og selvstendig interesseorganisasjon for industri-, leverandør-, og kompetansevirksomheter som har forretningsmessige interesser knyttet til leveranser av produkter, varer og tjenester mot markeder innenfor forsvar, sikkerhet og beredskap nasjonalt og internasjonalt.

Undertegnede er valgt inn til referansegruppen for anskaffelsesutvalget etter nominasjon fra FSi, og innspillene nedenfor er utformet av FSis juridisk og kontraktsutvalg bestående av undertegnede og representanter fra NAMMO RAUFOSS AS, Thales Norway AS og CMS Kluge Advokatfirma AS (sistnevnte på vegne av Norges teknisk-naturvitenskapelige universitet/NTNU) i fellesskap.

**2. Oppsummering**Struktur på regelverk og generelle kommentarer til lovverket

- Rent materielt ser vi lite behov for å endre dagens struktur. Dagens regelverk kan fremstå noe fragmentert og vanskelig tilgjengelig for «nye brukere», men innad i forsvarsindustrien anses det godt innarbeidet.
- Dersom det skal gjøres mer omfattende strukturelle endringer i regelverket, herunder å gjøre større deler av dagens forskrifter om til lov, mener vi forsvarsanskaffelser bør skilles ut i en egen lov for forsvarsanskaffelser
- Ovennevnte begrunnes i at det er en del spesielle og særlig tungtveiende hensyn innenfor området forsvarsanskaffelser, spesielt hensynet til forsvarsevne og nasjonal sikkerhet, som gjør det vanskelig og lite ønskelig å harmonisere reglene med andre anskaffelsesregler
- Vi ser det som avgjørende at man materielt ikke reduserer den fleksibiliteten og det handlingsrommet som allerede finnes i dagens regelverk, herunder anvendelse av EØS art. 123 og øvrige unntaksregler.
  - o Dagens regelverk forutsetter unntak for eksempel for å kreve gjenkjøp/industrielt samarbeid ved anskaffelser
  - o Situasjonen i Ukraina viser godt at Forsvaret har behov for å kunne foreta raske og fleksible anskaffelser
- Tvert imot ønskes økt fleksibilitet i regelverket, for eksempel oppleves FOSA som for rigid og begrensende, og bør harmoniseres/mykes opp så langt dette ikke strider mot minstekrav i direktivet.

### Miljøkrav i offentlige anskaffelser

- Vi mener at det bør stilles minst mulig konkrete miljøkrav i lovverket, trolig er det tilstrekkelig med dagens hjemmelsbestemmelse i anskaffelsesloven § 5.
- Dersom lovverket skal stille mer konkrete krav, mener vi dette bør begrenses til grunnleggende organisatoriske krav, for eksempel at man har et internt miljøprogram
- Konkrete miljøkrav bør utarbeides i forskrifter, bransjestandarder og/eller anskaffelsesinstruksjoner, eksempelvis ARF.
- Konkrete miljøkrav må lages og anvendes bransjespesifikt. For eksempel vil miljøhensyn kunne ha en helt annen relevans og vekt innenfor for eksempel transportbransjen eller byggebransjen enn innenfor forsvarsbransjen
  - o Hensynet til forsvarsevne og nasjonal sikkerhet er særskilte og svært tungtveiende hensyn innenfor vår bransje.
- Konkrete miljøkrav bør utarbeides av bransjerepresentanter med ekspertise innen både produkt og miljø
- Miljøkrav bør følge internasjonale standarder for å sikre ensartethet, eksempelvis innenfor anskaffelser. Det bør ikke opereres med særnorske krav, spesielt ikke i forsvarsindustrien.
- Anskaffelsesmyndighetene bør ha kompetanse til å bestemme vektning av miljøhensyn
- Rask utvikling innenfor fagområdet miljø og klima vil trolig nødvendiggjøre hyppigere endringer.

### 3. Regelverket – struktur og generelle kommentarer

Rent pedagogisk kan anskaffelsesregelverket i dag fremstå som vanskelig tilgjengelig og fragmentert, spesielt for «nye brukere». Vi mener likevel at det ut fra hensynet til anvendelsen av regelverket ikke er nødvendig å gjøre endringer i dagens struktur. En ren flytting eller «samlokalisering» anses å ha liten praktisk betydning, ut over at den rene størrelsen på et slikt regelverk faktisk vil kunne gjøre dette mer uoversiktlig.

Vi mener videre at det heller ikke er hensiktsmessig eller ønskelig å forsøke å harmonisere dagens regelverk til ett felles lovverk. Det er bransjer og funksjoner som per i dag kun forholder seg til deler av regelverket, eksempelvis forsyningsforskriften. Regelverket er også komplekst og systematikken fra direktivene tilsier at det sannsynligvis er enklere for de som skal forholde seg til regelverket om strukturen beholdes mest mulig likt direktivene de implementerer, ikke minst med tanke på at rettspraksis fra EU-domstolen er et så viktig element i tolkningen av de aktuelle reglene. En generell harmonisering av regelverket på tvers av bransjer vil kunne være kompliserende, og også en kilde til at det gjøres feil.

Forsvarsanskaffelser forholder seg i dag til lov om offentlige anskaffelser (LOA), forskrift om forsvars- og sikkerhetsanskaffelser (FOSA) og anskaffelsesregelverk for forsvarssektoren (ARF). Det er viktig at dette regelverket tar hensyn til de særegenheter som gjør seg gjeldende innenfor forsvarssektoren. Vi ser derfor også en del utfordringer med å harmonisere dagens regelverk, og da særlig harmonisering med andre regelsett som i dag ikke gjelder for forsvarsindustrien.

FOSA implementerer Europaparlamentets og Rådets direktiv (EF) nr. 81/2009, hvis formål var å etablere en europeisk regelverkssamme for inngåelse av kontrakter på forsvars- og sikkerhetsområdet, herunder etablere et effektivt europeisk marked for forsvarsmateriell. Det fremgår av forarbeidene til forskriften at «[e]t sentralt formål er å utvikle og opprettholde en forsvars- og

sikkerhetsteknologisk og industriell base som er kapabilitetsdrevet, kompetent og konkurransedyktig».

Det ble i forbindelse med utarbeidelsen av forskriften også fremhevet hvor viktig det er å opprettholde unntaksadgangen i EØS-avtalen art. 123.

Dagens situasjon i Europa viser med tydelighet behovet for mer fleksible løsninger for anskaffelser innenfor FOSAs virkeområde.

FOSA har kun gjennomgått endringer av teknisk art siden ikrafttredelsen og der FOSA i dag er strengere enn det som følger av øvrige direktiver, er det hensiktsmessig med harmonisering, for så vidt det ikke strider mot minstekravene i direktivet.

Regelverket er derfor allerede i dag forskjellig fra de øvrige forskriftene på anskaffelsesområdet på vesentlige punkter, noe som gjør FOSA lite egnet til å implementere i én felles anskaffelseslov. I denne sammenheng må det også tas hensyn til at EU direktivene, som de norske forskriftene baserer seg på, har sine særegenheter. Selv om forskriftene skulle bli samlet i en felles lov vil man måtte ta hensyn til de nyansene som følger av de underliggende direktivene. Dette innebærer at det vil måtte fastsettes særegne regler for forsvarsektoren i en eventuelt ny felles anskaffelseslov, for anskaffelser over EØS-terskelverdi. En slik samlokalisering av ulike regelsett vil gjøre det utfordrende for de som skal praktisere regelverket å få klarhet i hvilke regler som kommer til anvendelse i enhver situasjon.

FOSA inneholder ingen egne nasjonale regler, slik man finner i anskaffelsesforskriften del II, men anskaffelser som følger FOSA del I vil også være underlagt ARF. Dette innebærer at det per i dag reelt sett er et nasjonalt regelsett. Bruken av ARF bør videreføres, men ARF må oppdateres for å reflektere de seneste årenes utvikling. Det skal i denne sammenheng fremheves at ARF tillegges stor betydning ved gjennomføringen av anskaffelser innenfor forsvarsektoren.

Et annet viktig forhold som i dag er regulert gjennom ARF del V er adgangen til å legge føringer for eventuelle industrisamarbeidsavtaler (gjenkjøp), som gjelder for anskaffelser som omfattes av EØS-avtalen artikkel 123 eller av andre grunner faller utenfor virkeområdet til FOSA. Slike gjenkjøpsforpliktelser anses som et viktig virkemiddel for å bygge/styrke norsk forsvarsevne, beredskap, forsyningsikkerhet m.m og er i samsvar med St.mld 23.

Dagens system med forskrifter gir også regjeringen større fleksibilitet med hensyn til å kunne foreta endringer i terskelverdiene, som oppdateres regelmessig av EU. Dersom dagens forskrifter implementeres i lov vil det medføre at terskelverdiene, og andre nødvendige endringer, vil ta lengre tid. En forlenget endringsprosess vil kunne medføre at Norge «henger etter» hva gjelder terskelverdier og andre regler, noe som er uforutsigbart for leverandørene i det indre marked. Dette vil være uheldig.

Etter vår mening bør man beholde dagens system med separate forskrifter. Dersom regelverket helt eller delvis skal endres fra forskrift til lov, mener vi regelverket knyttet til forsvarsanskaffelser bør skilles ut i en egen lov om forsvarsanskaffelser.

#### **4. Utvalgte temaer**

Utvalget har bedt om kommentarer på hva referansegruppen mener fungerer og ikke fungerer i dagens regelverk. Overordnet sett inneholder FOSA færre regler enn f.eks. anskaffelses- eller forsyningsforskriften. På flere punkter er likevel FOSA strengere enn nevnte forskrifter. Det bør

sikres at en ny FOSA gjøres enklere å praktisere, i særdeleshet for anskaffelser av lav verdi. Det er viktig å sikte at forsvarssektoren gis et nødvendig handlingsrom, ref. ovenfor.

Gjennom erfaringer som er gjort, og rettspraksis knyttet til regelverket, ser man at regelverket bør presiseres og forenkles på enkelte punkter. Formålet med slike presiseringer vil være å gjøre regelverket mer tilgjengelig for de som skal praktisere dette. Under følger en oppstilling av enkelte forhold som med fordel kan tydeliggjøres i regelverket.

Ut over de generelle kommentarene i punkt 2 over, bemerkes særskilt:

#### EØS art. 123

I forbindelse med arbeidet med anskaffelsesloven i 2016 foreslo departementet å legge samtlige unntaksbestemmelser i forskrifter, herunder unntaksregelen knyttet til EØS art. 123 som i dag finnes i anskaffelsesloven § 2, 3. ledd. Dette møtte sterk motstand, og resultatet av Stortingsbehandlingen var at unntaket ble plassert i loven. Fra FSi ble det under denne behandlingen spilt inn at å flytte utkastet til forskrift potensielt kan ha konsekvenser for unntakets rekkevidde, varighet og ikke minst hvilket departement som ved tvil er bemyndiget til å ta stilling til om en anskaffelse omfattes av unntaket.

I den grad Anskaffelsesutvalget gjør strukturelle endringer i regelverket, ønsker vi å fremheve viktigheten av at unntaksregelen fortsatt skal fremgå av lov, ikke av forskrift. Dette begrunnes blant annet i i behovet for klarhet i unntaksbestemmelser rekkevidde, at en endring i unntaksbestemmelse på et så vidt viktig område bør kreve stortingsbehandling, organisatoriske forhold knyttet til hvilket departement som har forskriftskompetanse m.m. Dersom Anskaffelsesutvalget ønsker mer informasjon om dette og innspillene som ble gitt i 2016 ber vi om en tilbakemelding på dette.

For øvrig har flere selskaper i forsvarsindustrien kommentert på at Norge benytter handlingsrommet som ligger i EØS art. 123 i mindre omfang enn andre europeiske land. Etter vårt syn kan det med fordel presiseres at praktiseringen av bestemmelsen bør skje på linje med de øvrige europeiske land.

#### Unntaket for leie eller erverv av fast eiendom

FOSA § 1-3 (2) bokstav b unntar «kontrakter om erverv eller leie, uten hensyn til finansieringsform, av jord, eksisterende bygninger eller annen fast eiendom, eller om rettigheter til slik eiendom». Det følger av langvarig praksis at bestemmelsen også gjelder for erverv og leie av fast eiendom under oppføring, uten at dette kommer tydelig frem av ordlyden i forskriften. I praksis trekkes det et skille mot bygge- og anleggskontrakter. Dersom kontrakten rettslig sett skal klassifiseres som en bygge- og anleggskontrakt kommer derfor unntaket ikke til anvendelse. Denne grensedragningen har vært gjenstand for tvist i en rekke anskaffelser under flere av de gjeldende forskriftene.

I et forsøk på å forenkle regelverket bør man se på muligheten for å reflektere denne grensedragningen tydeligere i forskriften.

#### Rammeavtalens maksimale verdi

FOSA inneholder ingen regulering av oppdragsgivers plikt til å opplyse om anskaffelsens verdi. At oppdragsgiver har plikt til å gi slike opplysninger, fremgår imidlertid av direktiv 2009/81 bilag IV. Betydningen av at oppdragsgiver har angitt rammeavtalens verdi er behandlet av EU-domstolen i sak C-216/17 (ASST) og C-23/20 (Simonsen & Weel). I begge avgjørelsene konkluderer EU-domstolen med at angivelsen av rammeavtalens verdi har betydning for omfanget en rammeavtale kan gis, før ytterligere avrop utgjør en ulovlig vesentlig endring.



Det bør presiseres om en tilsvarende regel er forutsatt å gjelde for anskaffelser som følger FOSA. Det er ønskelig at fleksibiliteten i rammeavtalene beholdes, slik at ikke rammeavtalens omfang gis en selvstendig betydning i vurderingen av hvor omfattende avrop som kan foretas.

#### Dokumentasjonskrav i tilknytning til tildelingskriteriene

Det følger av anskaffelsesforskriften § 18-1 (9) at «*Oppdragsgiveren skal angi krav til dokumentasjon for hvert tildelingskriterium*». Kravene til dokumentasjon er ytterligere utbrodert av Høyesterett i den såkalte Fosen-Linjendommen, jf. HR-2019-1801-A.

Et tilsvarende krav til dokumentasjon gjenfinnes ikke i FOSA. Kravene til dokumentasjon i forbindelse med tildelingskriteriene bør derfor tydeliggjøres. Dette vil bidra til å hindre at besvarelsen av tildelingskriteriene får preg av å være en «skrivekonkurranse». Forsvarsindustrien mener dette særlig kommer på spissen i konkurranser hvor oppdragsgiver oppstiller skjønnsmessige kriterier, som i liten grad lar seg evaluere basert på etterprøvable dokumentasjon.

#### Evalueringsmodeller

Det foreligger en rekke avgjørelser og artikler knyttet til bruk av ulike evalueringsmodeller. Slik man forstår praksis er det per i dag ingen modell som alltid vil være lovlig å benytte.

I DFØs nye veileder om evaluering av tilbud, anbefales oppdragsgiver å prissette kvalitet. Denne måten å evaluere tilbud på, har også fått positiv omtale i noen avgjørelser fra KOFA, fordi metoden bevisstgjør oppdragsgivers egen betalingsvillighet.

Det bør vurderes om anskaffelsesloven eller FOSA skal inneholde en nærmere regulering av hvilken anskaffelsesmodell oppdragsgiver skal/kan benytte. Gjennom en tydeligere regulering vil man trolig kunne unngå en del unødvendige avlysninger.

#### Avklaringsadgangen

Anskaffelsesforskriften § 23-5 og den tilsvarende bestemmelsen i forsyningsforskriften § 19-5 gir oppdragsgiver adgang til å foreta avklaringer. FOSA § 12-1 inneholder en eldre regulering av avklaringsadgangen, som gjenspeiler anskaffelsesforskriften av 2006. Denne bør oppdateres, slik at oppdragsgiver gis større handlingsrom til å foreta avklaringer. Praksis knyttet til anskaffelses- og forsyningsforskriften viser at det har vært en del utfordringer knyttet til praktiseringen av ovenfor nevnte bestemmelser, og utvalget bør derfor se på hvordan regelverket kan tydeliggjøres.

#### Adgang til å forhandle til tross for at det foreligger avvisningsplikt i en konkurranse med forhandling mv.

Det følger av FOSA § 11-13 (1) bokstav d og e at oppdragsgiver plikter å avvise et tilbud som inneholder «*vesentlige forbehold mot kontraktsvilkårene*» eller «*vesentlige avvik fra kravspesifikasjonen*». I tillegg følger det av samme bestemmelse bokstav f at et tilbud skal avvises ved relativ bedømmelsestil.

Det har i praksis knyttet til anskaffelsesforskriften del III vært en diskusjon om oppdragsgiver kan forhandle bort vesentlige avvik i en konkurranse med forhandling, konkurranse om innovasjonspartnerskap eller konkurransepreget dialog.

Det er ønskelig med en avklaring av om oppdragsgiver kan invitere tilbydere til forhandlinger selv om det er inngitt tilbud som etter FOSA § 11-13(1) skulle ha vært avvist. Utgangspunktet bør være at

oppdragsgiver kan gjennomføre forhandlingene, og først plikter å ta stilling til spørsmål om avvisning etter forhandlingene er gjennomført.

#### Betydningen av å angi absolutte krav

Det er forsvarsindustriens erfaring at oppdragsgiver i anskaffelsene oppstiller en rekke absolutte krav, ofte angitt som «skal-krav». Det er imidlertid i mange sammenhenger uklart om kravet er absolutt i den forstand at tilbud som ikke oppfyller kravene vil bli avvist i medhold av FOSA § 11-13, og til dels opplever man ulik praktisering fra anskaffelse til anskaffelse.

Forenklingsutvalget foreslo å innføre en regel om at avvik fra absolutte krav alltid skulle medføre avvisning, jf. NOU 2014:4 punkt 25.4.5.2. Etter vår vurdering bør man på nytt se på muligheten for å innføre en slik regel. Formålet med dette må imidlertid være at oppdragsgiver i større grad, enn i dag, disiplineres til å ta stilling til om et krav er absolutt eller noe som skal inngå i evalueringen. Dette ville gi bedre forutberegnelighet og i større grad ivareta hensynet til likebehandling.

#### Endringer i inngåtte kontrakter

FOSA inneholder ingen tilsvarende regler til dem som finnes i anskaffelsesforskriften kapittel 28, om endring av inngåtte kontrakter. For å forenkle regelverket bør det vurderes om man skal implementere en kodifisering av praksis knyttet til vesentlige endringer i inngåtte kontrakter. En implementering av praksis vil gjøre det enklere å orientere seg i regelverket.

Det vil være særlig relevant å se hen til sak C-454/06 (Presstext) og senere presiseringer, samt anskaffelsesforskriften § 28-2.

## **5. Bærekraft i offentlige kontrakter**

### 5.1. Seriositet – sosial dumping og arbeidslivskriminalitet

Det foreslås at reglene for anvendelse av forskrift om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter, jf. anskaffelsesloven § 6 ikke endres, altså at dette er «skal-regler» over de gitte terskelverdiene og «kan-regler» under terskelverdiene. Det er uklart hvor stor negativ side det faktisk vil få å gjøre forskriften gjeldende i alle tilfeller, men vi ser at dette for eksempel kan gjøre det vanskelig å delta i konkurranser for mindre selskaper, spesielt «start-ups», som kanskje ikke er i stand til å betale et slikt lønnsnivå på tidspunktet for konkurransen.

Uavhengig av spørsmålet om anvendelse av terskelverdier er det enkelte forhold ved lovbestemmelsen og forskriften som adresseres særskilt:

#### 5.1.2. Begrepet «gjeldende landsomfattende tariffavtale»

I både lovens § 6 og forskriftens § 5 refereres til at arbeidstakere skal ha lønns- og arbeidsvilkår i samsvar med allmenngjort tariffavtale eller «i henhold til gjeldende landsomfattende tariffavtale for den aktuelle bransje». Begrepet «gjeldende landsomfattende tariffavtale» kan være vanskelig å praktisere, og i enkelte tilfeller grunnlag for tvistesak, da det på enkelte områder kan være flere konkurrerende tariffavtaler og spesielle vilkår.

Etter vår oppfatning kan en mulig løsning være at kravet som stilles er at arbeidstakers samlede lønns- og arbeidsvilkår skal være forsvarlig og i tråd med de generelle nivåer for arbeidsvilkår i den aktuelle

bransje. Veiledning for et generelt nivå kan hentes i aktuelle landsomfattende tariffavtaler. Etter vår oppfatning vil dette ivareta arbeidstakervernet på en tilstrekkelig måte.

### 5.1.3. Forholdet mellom vare- og tjenesteleveranse

Rene tjenesteleveranser er dekket av lovens og forskriftens bestemmelser. Situasjonen fremstår mer uklart når det gjelder vareleveranser/varekontrakter som inneholder elementer av tjenesteleveranser, for eksempel drift og vedlikehold som selges sammen med en vareleveranse.

En potensiell løsning kan være å fastsette at forskriften også gjelder kombinerte kontrakter hvor tjenestedelen anses som hoveddelen av leveranser, for eksempel mer enn 50 % av kontraktsverdien.

### 5.2. Klima- og Miljøhensyn og grønn innovasjon

Anskaffelsesutvalget har bedt om å få de tre viktigste poengene som utvalget bør ta hensyn til i utformingen av nye bestemmelser om klima og miljø. Generelt anser vi det å stille miljøkrav i offentlige kontrakter å være et viktig og egnet virkemiddel for å bidra til «det grønne skiftet» og oppfordre til innovasjon på dette området. Det er imidlertid noen hensyn som gjør seg spesielt gjeldende i enkelte bransjer, herunder i forsvarssektoren, som gjør at klima og miljøhensyn kan få en noe annerledes betydning og vektning sammenlignet med «ordinære anskaffelser».

Følgende hovedpunkter ønskes fremhevet til anskaffelsesutvalget:

- Anskaffelsesloven bør fortsatt være en hjemmelslov når det kommer til miljø- og bærekraftkrav, mens avgjørelsen av om og i hvilket omfang det skal stilles miljøkrav i den enkelte anskaffelse bør fremgå av et mer bransjespesifikt regelverk (forskrift og/eller bransjestandarder). For forsvarsindustrien ville det vært naturlig at detaljeringen av miljøkrav reguleres særskilt i Anskaffelsesregelverk for Forsvarssektoren (ARF).
  - o Modenhet av miljø- og bærekraftstandarder og krav varierer stort fra bransje til bransje, noe som gjør det vanskelig å fastsette konkrete krav på tvers av bransjer og sektorer
  - o Konkrete krav og normer bør utarbeides eller avtales av aktuelle anskaffelsesmyndigheter og bransjerepresentanter i fellesskap
  - o Det er stadig utvikling innenfor temaet miljø og bærekraft
  - o Det er lite trolig at man per i dag ser alle konsekvenser av et for konkret regelverk
  - o Trolig vil ovennevnte forhold gjøre det nødvendig å endre bestemmelser og krav med en viss hyppighet etter hvert som materien modnes.
  - o Krav i den enkelte bransje og anskaffelse må også harmoniseres med krav som kommer via andre kanaler, for eksempel finansierings- og tilskuddsordninger, utviklingsavtaler osv.
- Konkrete krav i regelverket, enten dette fremkommer i lov, forskrift, relevante standarder eller annet bør harmoniseres med andre EU/EØS-land (og andre land som anses som nært allierte når det gjelder forsvarssektoren)
  - o For strenge særnorske krav vil kunne redusere antallet potensielle leverandører til anskaffelsesmyndighetene, for eksempel ved at utenlandske aktører ikke kan eller evner å oppfylle kravene. Dette kan potensielt være i strid med EØS-retten ved at de norske reglene gjør det vanskeligere for utenlandske aktører å komme inn på det norske markedet.

- Særnorske krav vil kunne påføre «faste leverandører» til norske anskaffelsesmyndigheter utgifter og «ulemp» som kan redusere norske bedrifters konkurransemulighet i et internasjonalt marked
  - Særnorske krav kan være en stor utfordring å flyte ned til sentrale underleverandører, spesielt utenlandske. Dette kan være svært problematisk der det er få leverandører i markedet.
- Det må vurderes grundig om miljø og bærekraftskrav bør være kvalifikasjonskriterier, tildelingskriterier eller en kombinasjon av dette
- Dersom man velger å anvende slike krav som kvalifikasjonskrav, bør dette begrenses til grunnleggende og/eller organisatoriske krav knyttet til leverandøren som sådan. Dette kan for eksempel være krav om at leverandøren har et utslippsreduksjonsprogram, forutsetning om at tilbyder leverer en «Life Cycle Assessment» i forbindelse med innlevering av tilbud o.l.
  - Krav knyttet til de enkelte produkter eller tjenester som skal anskaffes bør i hovedregelen være tildelingskriterier som veies opp mot andre aktuelle forhold og hensyn, eks. pris, kvalitet nasjonal sikkerhet osv.
  - Anvendelse og vekten av miljø og bærekraftshensyn må gjøres av de aktuelle anskaffelsesmyndighetene, da dette vekten vil kunne variere fra bransje til bransje. Det er for eksempel grunn til å anta at miljø og klimahensyn vil kunne ha mindre vekt i anskaffelser som gjelder forsvarsmateriell med avgjørende betydning for landets forsvarsevne, enn det vil ha for transportbransjen.
  - Kravene må være klare nok til at tilbyder er i stand til å dokumentere oppfyllelse

### 5.3. Utdyping og tilleggskommentarer til punkt 5.2

#### Struktur på miljø- og bærekraftkrav i regelverket

Anskaffelsesloven § 5 har allerede grunnleggende bestemmelser om at aktuelle krav og kriterier tas i betraktning der dette er relevant, og at dette kan vurderes inntatt i alle stadier i anskaffelsesprosessen. Utfordringen etter vårt syn er ikke selve hjemmelen, men heller å konkretisere miljøkrav ut fra forskjeller i modenhet i de forskjellige bransjer.

Så vidt skjønnes er flere bransjer kommet langt i å utarbeide bransjestandarder, bransjekrav osv., og i slike tilfeller vil det være relativt enkelt å spesifisere krav. I andre bransjer og sektorer er dette mer umodent, kanskje så umodent at det er vanskelig å konkretisere krav fordi man ikke har gjort grunnleggende analyser av for eksempel potensiale for utslippsreduksjon. I tillegg vil det være store forskjeller i særpreget på de forskjellige bransjer som gjør det vanskelig å kunne gi allmenngjeldende regler, for eksempel forskjeller i potensiell miljøeffekt av tiltak og vekten av andre sterke hensyn. Eksempelvis vil hensynet til forsvarsevne og nasjonal sikkerhet være et svært tungtveiende hensyn i forsvarsanskaffelser, mens i en ren sivil anskaffelse vil hensynene veies annerledes. Trolig er ikke alle bransjer like godt egnet til å være drivende for miljøhensyn og grønn innovasjon.

Miljø- og bærekraftarbeid er også i stor utvikling, noe som må hensyntas i regelverket. Det er viktig at regelverket gjøres robust og dynamisk, slik at det står seg i forhold til utviklingen på området. Herunder vil det være svært uheldig om det for eksempel må lovendringer til for å endre noe etter kort tid fordi det har vært utviklinger på området.



Videre er dette et område hvor det kan være vanskelig å se alle konsekvenser av krav man innfører, sammenholdt med utviklingen som skjer på området, og det vil da også være uheldig å måtte gå til lovendring for å «justere kursen» ift intensjonen bak bestemmelsen.

Vi ser også at miljøkrav kommer gjennom flere kanaler, for eksempel i forbindelse med finansieringsordninger, utviklingsavtaler osv. For industrien vil det være viktig at miljø- og klimakrav harmoniseres.

Etter vår oppfatning tilsier ovennevnte at det bør stilles få konkrete krav i lovverket, men at dette heller pensles ut i forskrifter og/eller bransjestandarder som er enklere å endre ut fra tiden og utviklingen.

#### Konkrete miljøkrav og anvendelse av bransjestandarder

Vi ser det som viktig at konkrete miljøkrav m.m. samordnes med andre land, og at det ikke gis utpregede «særnorske» bestemmelser og krav. For forsvarssektoren er det nærliggende å se hen til andre EU-land, EU-samarbeidet generelt, og eventuelt NATO-land og andre land definert å være nært allierte.

Videre anser vi det som viktig at krav i den aktuelle bransje, hva enten dette er bransjestandarder eller krav i den enkelte anskaffelse, utarbeides av aktuelle anskaffelsesmyndighet i fellesskap.

For forsvarssektoren i Norge jobber FSi sitt Bærekraftsutvalg med slike problemstillinger, herunder er det møter med Forsvarsmateriell, og innenfor EU/EØS har Aerospace, Security and Defence Industries Association of Europe (ASD), som er EU/EØS' versjon av FSi, flere utvalg og «task forces» som vurderer EU Green Deal og innvirkningen av dette på forsvarssektoren i EU/EØS, herunder også hvordan forsvarsindustrien som sådan skal forholde seg til dette. Det er naturlig å forvente at slike utvalg er med på å definere hvilke bransjestandarder som skal gjelde innenfor sektoren.

Bransjestandarder/internasjonale standarder vil også være hensiktsmessig når man ser på konkret utforming av krav. For eksempel kan det være spørsmål om utslippskrav skal gjelde kun det aktuelle landet hvor selskapet har hovedkontor, eller om beregningsgrunnlaget skal være selskapets internasjonale avtrykk. Slike differanser kan ha stor betydning, og det vil være uheldig om de enkelte landene opererer med forskjellige regler på slike forhold.

En annen side av dette med konkretisering av miljøkrav er at leverandøren i hovedregelen må kunne dokumentere oppfyllelse av kravene. Dette forutsetter at kravene lar seg oppfylle, og at de er konkretisert nok til at leverandøren kan vurdere dette selv før innlevering av tilbud. Også her vil aktuelle bransjestandarder være et godt verktøy.

På den andre siden kan anvendelse av for strenge «særnorske» regler og krav hos leverandør og underleverandører få flere uheldige og utilsiktede konsekvenser. For det første kan det medføre man får færre potensielle leverandører ved at norske og internasjonale selskaper ikke kan eller evner å oppfylle de særnorske kravene. Spesielt gjelder dette dersom det innføres kostnadskrevende og/eller organisasjonskrevende tiltak. I verste fall kan dette ende med at for eksempel Forsvaret sitter igjen med et dårligere produkt enn man burde hatt ut fra hensynet til forsvarsevne og nasjonal sikkerhet. Det kan også stilles spørsmål om dette kan være i strid med EU-retten da slike krav vil kunne forhindre eller vanskeliggjøre inntreden i det norske markedet for utenlandske aktører. For det andre kan slike krav medføre at «faste leverandører» til norske anskaffelsesmyndigheter får utgifter og organisatoriske krav på seg som andre selskaper ikke har, og at norske selskaper derfor i realiteten får

redusert konkurransekraft i det internasjonale markedet. Dette kan innvirke svært negativt på enkelte bransjer, herunder norsk forsvarsindustri.

Etter vår oppfatning bør konkrete miljø- og bærekraftkrav utvikles i samarbeid mellom aktuelle anskaffelsesmyndigheter og bransjerepresentanter. I stor grad bør slike krav baseres på aktuelle bransjestandarder og lignende og være tilnærmet likt innenfor forskjellige bransjer internasjonalt. Der det eventuelt skal stilles særnorske krav, bør dette gjøres etter en grundig vurdering av nytte og de ulemper bransjen/selskapene påføres.

#### Miljø og bærekraft som kvalifikasjonskrav og tildelingskriterier

Det må vurderes grundig om miljø- og bærekraftkrav skal implementeres som kvalifikasjonskrav, tildelingskriterier eller en kombinasjon. Dette vil kunne være svært forskjellig ut fra den enkelte bransje, spesielt med hensyn til modenhet av miljøkrav, mens også ut fra andre kritiske hensyn.

Krav, hva enten det brukes som kvalifikasjonskrav eller tildelingskriterier, kan være egnet til å påskynde endringer. Samtidig må man ha respekt for at endringer krever både tid og investeringer. Dette vil ha betydning for hvordan man stiller kravene i de respektive bransjene. I bransjer med relativt umoden miljø- og bærekraftstruktur er det viktig å få på plass grunnleggende elementer og analyser før man stiller for strenge materielle krav. Dette kan bety at man bør stille mindre kvalifikasjonskrav i bransjer hvor dette er underutviklet, mens i bransjer som er mer utviklet og forventningene vel er større, kan man kanskje stille strengere kvalifikasjonskrav.

Ovennevnte tilsier etter vår mening at man skal være varsom med å fastsette generelle kvalifikasjonskrav på tvers av bransjer. Dersom det er ønskelig å operere med slike generelle krav på tvers av bransjer, anbefores at dette bør begrenses til mer grunnleggende og/eller organisatoriske krav knyttet til leverandøren. Slike krav kan for eksempel være at selskapet har et dokumentert program for utslippsreduksjon, at det bør forutsettes at selskaper innleverer en «Life Cycle Assessment (LCA) i forbindelse med inngivelse av tilbud osv.

Mer detaljerte krav og vurderinger knyttet til miljøhensyn for det enkelte produkt/ i den enkelte anskaffelsen må i hovedregelen være et kriterium som vektles opp mot andre relevante forhold og hensyn av aktuelle anskaffelsesmyndigheter, dette kan for eksempel være krav om utslippsreduksjon, gjenbruk av materialer osv. En slik tilnærming fremstår spesielt egnet i bransjer som forsvarsbransjen, hvor hensyn til forsvarsevne, nasjonal sikkerhet m.m. kanskje i enkelte situasjoner tilsier at miljøhensyn må vike.

Med vennlig hilsen



Sondre Melvold Andersen

Vice President Contracts

Kongsberg Defence & Aerospace AS