

Försvarsdepartementet
103 33 Stockholm

Betänkande från Försvarsstrukturutredningen

Konkurrensverkets övergripande synpunkter

Konkurrensverket vill inledningsvis framhålla att Försvarsstrukturutredningen genomfört ett omfattande och gediget utredningsarbete.

Utredningen har, i enlighet med sitt uppdrag, lämnat förslag till åtgärder som är ägnade att leda till en effektivare materiel- och logistikförsörjning och minskade kostnader. Det innebär bland annat att en ny struktur införs för de verksamheter som omfattas av begreppet försvarslogistik. Ansvars- och uppgiftsfördelningen mellan Försvarsmakten som beställare och Försvarets Materielverk (FMV) som utförare renodlas. Detta förväntas enligt utredningen ge ökade möjligheter till konkurrensutsättning och alternativa kommersiella lösningar vilket Konkurrensverket bedömer som positivt.

Vidare föreslås att vissa verksamheter bör kunna bolagiseras. Enligt utredningen är ytterligare underlag, bland annat i form av grundligt utförda affärsplaner, nödvändigt för att kunna bedöma vilka verksamheter som är lämpliga att bolagisera. Konkurrensverket delar utredningens bedömning i denna fråga. Konkurrensverket vill samtidigt framföra sin principiella uppfattning som är att verksamheter som inte ligger inom ramen för offentligt åtagande bör renodlas och inte sammanblandas med myndighetsutövning. I övrigt har Konkurrensverket inget att invända mot de förslag som utredningen lämnar för att åstadkomma en effektivare och sammanhållen försvarslogistik.

Konkurrensverket önskar härutöver framföra följande.

Försvarsupphandling och FoU

Konkurrensverket vill, som ansvarig myndighet för efterlevnaden av upphandlingslagstiftningen i Sverige, lämna följande kommentarer till utredningens avsnitt och förslag om offentlig upphandling (kap. 15) samt allmänt om FoU.

Beträffande forskning och utveckling (FoU) får Konkurrensverket erinra om de särskilda undantag som finns för FoU i upphandlingslagstiftningen. Dessa behandlas inte i utredningen.

Det kan vara svårt att göra en skarp avgränsning mellan FoU och verksamhet som inte definieras som FoU¹. Skillnaden är att FoU ska innefatta ett väsentligt nyhetsinslag och att vetenskaplig eller teknisk osäkerhet undanröjs. Enligt direktiv 2009/81/EG och den kommande försvarsupphandlingslagen finns två olika typer av FoU-undantag, dels undantaget i artikel 13(c) som avser kontrakt som rör samarbetsprogram rörande forskning och utveckling mellan minst två medlemsstater inom EES², dels det generella FoU-undantaget i artikel 13(j) som ingås mellan det offentliga och näringslivet. FoU som avser samarbetsprogram mellan två medlemsstater kan även i senare skeden av hela eller delar av produktens livslängd omfattas, vilket innebär att även produktion kan komma att undantas.

Konkurrensverket noterar att det i utredningen konstateras att upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet fram till dess att försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet trätt i kraft ska tillämpa direktiv 2004/18/EG klassiska- eller 2004/17/EG försörjningsdirektivet. Implementering av försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet i nationell rätt ska ha skett senast den 21 augusti 2011. För det fall en medlemsstat inte gör detta i tid eller implementerar på ett felaktigt sätt kan frågan om direkt effekt aktualiseras. Eftersom direktiv endast riktar sig till medlemsstater kan direktiv endast ha vertikal direkt effekt och endast åberopas av enskilda gentemot staten.³ Av EU-domstolens praxis följer att ett direktiv kan få direkt effekt om implementering inte skett i tid eller på ett felaktigt sätt.⁴ För att ett direktiv ska kunna få direkt effekt måste bestämmelsen i direktivet vara tillräckligt klar, entydig och ovillkorlig så att det går att utläsa rättigheter för enskilda, och åberopas av enskilda gentemot en upphandlande myndighet.

Överprövning etc.

Av utredningen framgår att en ökad specialisering är nödvändig för att komma tillrätta med domstolarnas långa handläggningstider. Utredningen föreslår att mål hänförliga till försvars- och säkerhetsupphandling ska ges förtur och handläggas skyndsamt.

Konkurrensverket vill för sin del betona vikten av att mål i domstol rörande offentlig upphandling behandlas lika oavsett om reglerna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) eller den kommande försvars- och säkerhetsupphandlingslagen (FUL) är tillämpliga. Överensstämmelse i ordalydelse, struktur, forumregler etc. bör i möjligaste mån eftersträvas, under förutsättning att detta inte är direkt olämpligt. Det kan tilläggas att merparten av försvarets myndigheter har sin hemvist i Stockholm, varför merparten av försvarsupphandlingsmålen kommer att anhängiggöras vid förvaltningsrätten i Stockholm.

¹ Vad som är att anse som forskning och utveckling framgår av artikel 1 punkt 27.

Försvarsupphandlingsdirektivet – all verksamhet som omfattar grundforskning, tillämpad forskning och experimentell utveckling; det senare kan omfatta utformning av tekniska demonstratorer, det vill säga verktyg för att demonstrera ett nytt koncept eller en ny teknisk funktion i en relevant eller typisk miljö.

² Motsvarande bestämmelse i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen återfinns i 1 kap. 10 § punkten 3.

³ Se EU-domstolens avgörande i C91/92 Faccini Dori mot Recreb S.r.l.

⁴ Se till exempel EU-domstolens avgöranden i C-26/62 *van Gend en Loos* och C-41/74 *van Duyn*. Se även Regeringsrättens avgörande RÅ 1996:50 samt prop. 1994/95:19, sid 484-488.

När det gäller utredningens förslag om särskild avgift vid begäran om överprövning och att förlorande part står för rättegångskostnaderna kan Konkurrensverket konstatera följande. Ansökningsavgifter förekommer inte i förvaltningsprocessen. Ett införande av en sådan avgift skulle således vara ett avsteg från vad som normalt gäller för förvaltningsmål. Vidare gäller att parterna bär sina egna kostnader vid överprövning i allmän förvaltningsdomstol till skillnad från exempelvis skadeståndsmål vid allmän domstol. Det kan inte uteslutas att ett införande av en avgift för överprövning och därtill risken att förlorande part får bära rättegångskostnaderna minskar leverantörers incitament till överprövning, inte minst små leverantörer.

Konkurrensverket vill också kommentera utredningens förslag om att förhandlingsprincipen som huvudregel ska tillämpas i mål enligt den nya försvarsupphandlingslagen.

I Högsta förvaltningsdomstolens (HFD) avgörande i RÅ 2009 ref. 69 slås fast att en förvaltningsrätt inte kan lägga omständigheter som inte åberopats av parterna till grund för sitt avgörande. Redan den begränsning som ställts upp av HFD i det aktuella avgörandet innebär ett avsteg från den huvudregel som gäller i merparten av de mål som förvaltningsdomstolarna har att avgöra. En ytterligare och mer långtgående reglering i detta avseende skulle innebära ett betydande avsteg från den vanliga ordningen i förvaltningsdomstolarna.

Med hänsyn till att officialprincipen omfattar mer än bara de omständigheter som åberopas riskerar en reglering av detta slag, för det fall den inte preciseras i tillräcklig mån, att orsaka osäkerhet om vilka handlingar som anses vara processmaterial och domstolens möjligheter att inhämta exempelvis delar av förfrågningsunderlaget som kan vara avgörande för domstolens möjligheter att bedöma målet. En reglering som är avsedd att medföra en begränsning i vad en förvaltningsdomstol kan lägga till grund för sitt avgörande bör uttryckligen reglera huruvida den är avsedd eller inte avsedd att begränsa vilka handlingar som kan anses vara processmaterial.

Bolagisering och övriga frågor

Utöver vad som anförts ovan avseende bolagisering vill Konkurrensverket belysa några upphandlingsrättsliga frågeställningar som aktualiseras vid en bolagisering.

Avtal med ekonomiska villkor som en upphandlande myndighet eller enhet ingår med en fristående juridisk person (till exempel bolag) ska som huvudregel upphandlas i enlighet med procedurreglerna i upphandlingslagstiftningen.

Av EU-domstolens rättspraxis följer dock att det under vissa förutsättningar finns möjlighet att göra avsteg från att tillämpa upphandlingsdirektiven. I EU-domstolens dom i mål nr C-107/98 *Teckal*⁵ slogs förutsättningarna fast för tillämpningen av egen regi undantaget (in house providing) genom det s.k. kontrollkriteriet och verksamhetskriteriet (Teckal-kriterierna).

Staten kan fritt välja hur den egna verksamheten ska organiseras. För det fall den upphandlande myndigheten väljer att bedriva verksamheten i egen regi regleras inte anskaffning av varor och tjänster av LOU, LUF eller den kommande FUL. Om den upphandlande myndigheten valt att organisera viss verksamhet i ett av staten hel- eller delägt bolag så kan anskaffning från bolaget undantas från upphandlingslagarnas tillämpningsområde under förutsättning att Teckal-kriterierna är uppfyllda.

Den 15 juli 2010 infördes en reglering i 2 kap. 10 a § LOU som innebär att en upphandlande myndighet inte behöver tillämpa lagen vid anskaffningar från egna företag, under förutsättning att Teckal-kriterierna är uppfyllda.⁶

En bolagisering i enlighet med förslaget föranleder en ändring i FUL motsvarande LOU:s Teckal-reglering.⁷ Frågeställningar som kan aktualiseras och som bör belysas inför en eventuell bolagisering bör bland annat ta sikte på att utreda bolagets rättsliga ställning som offentligt styrt organ enligt 2 kap. 19 § FUL, inte minst då Teckal-undantaget kan komma att gälla inte endast för upphandlande myndigheter utan även för offentligt styrda organ.⁸

⁵ Se EU-domstolens dom i mål nr C-107/98 *Teckal Srl mot Comune di viano och Azienda Gas-Acqua Consorziale di Reggio Emilia*, REG 1999 s. I-8121.

⁶ Bestämmelsen är temporär men ersätts den 1 januari 2013 med en permanent reglering.

⁷ Se 1 kap. 15-16 § § LUF.

⁸ EU-domstolen har emellertid inte prövat något fall beträffande teckal-kriteriernas tillämplighet vari upphandlande myndighet eller enhet varit av annat slag än en offentlig myndighet. I OFUKI-utredningen gör man dock bedömningen att in house-undantaget enligt EU-rätten kan tillämpas inte bara av upphandlande myndigheter som är lokala eller andra offentliga myndigheter utan även av upphandlande myndigheter av annat slag, bl.a. bolag som en upphandlande myndighet äger andelar i (SOU 2011:43 sid. 29).

Slutligen delar Konkurrensverket utredningens bedömning att ett sammanhållet ansvar för upphandlande myndighet och ett särskilt fokus på upphandlingsjuridiken är viktiga förutsättningar för att uppnå målsättningen om en öppnare och effektivare försvarsmaterielmarknad med upphandlingar i konkurrens och likabehandling av leverantörer. Den splittrade försörjningskedjan tycks, som utredningen gör gällande, medföra att det i många fall uppstår svårigheter med en korrekt tillämpning av upphandlingsbestämmelserna, eftersom en rad beslut fattas och överväganden tas inom en annan myndighet (Försvarsmakten) än den som ansvarar för upphandlingen (FMV).

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit konkurrensrådet Mikael Ingemarsson. I den slutliga beredningen har även deltagit föredraganden Angelo Skog.

Dan Sjöblom

Mikael Ingemarsson