

Camilla Graf Morin

DATUM
2004-12-15
ERT DATUM
2004-11-28

DIARIENR
2004/0249-29
ER BETECKNING
Fi2004/4841

1 (7)

Gunilla Hulting
Finansdepartementet
103 33 STOCKHOLM

EG-kommissionens grönbok om försvarsupphandling

Sammanfattning

NOU förordar en lösning som den nuvarande där huvudregeln är att all upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader över tröskelvärdena omfattas av EG:s upphandlingsbestämmelser, men att undantag från bestämmelserna kan göras och motiveras av försvarsupphandlingens speciella karaktär. En undantagsbestämmelse skall tolkas restriktivt vare sig den grundar sig på EG:s upphandlingsdirektiv eller bygger på den svenska nationella rätten.

NOU anser att det kan vara lämpligt att förtydliga den nu gällande lagstiftningen med ett tolkningsmeddelande, främst på grund av grönbokens uppgifter om den starka knytningen till leverantörer i det land där upphandlingen äger rum. NOU anser att särregleringar inom området i form av ett separat direktiv, ytterligare förfaranden eller särskilda urvalskriterier inte skall införas med mindre än att berörda parter kan se stora fördelar med detta. Upphandlingslagstiftningen är redan i dagsläget omfattande och komplex.

Fungerande rättsmedel bör vara tillgängliga för en leverantör som anser sig vara förfördelad beträffande ett beslut om att ett undantag är tillämpligt. Det är viktigt att det finns möjlighet att pröva skälen till beslut om undantag för en viss upphandling, från de annars gällande bestämmelserna. En metod att få viss information om hur många upphandlingar som undantas upphandlingsbestämmelserna och till vilka värden som dessa uppgår till, är att upphandlande enheter som beviljats undantag åläggs att i efterhand uppge viss information om dessa upphandlingar.

Huruvida bruket av kompensation (s.k. motköp) vid anskaffning av försvarsutrustning är förenligt med upphandlingsbestämmelserna och under vilka förutsättningar bör klargöras.

Camilla Graf Morin

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har av Finansdepartementet anmodats yttra sig över rubricerad grönbok.

Vissa av de ställda frågorna synes kräva sådan praktisk upphandlingserfarenhet på området att NOU valt att avstå från att besvara dem. Det kan vidare konstateras att vissa frågor lättare skulle kunna besvaras med kännedom om den totala omfattningen av beslutade undantag i Sverige, men NOU som inte automatiskt fått del av de beslut om undantag som fattats av regeringen har inte sådan överblick.

För att underlätta orienteringen i NOU:s yttrande återges nedan EG-kommissionens frågor. Dessa har markerats med kursiverad text.

NOU:s yttrande

Inledningsvis vill NOU framföra att öppenhet i den svenska lagstiftningen beträffande försvarsupphandlingar skulle ge utomeuropeiska leverantörer samma möjlighet att delta i en upphandling och på samma villkor som nationella och europeiska leverantörer. Samma rättsmedel står också till buds för alla leverantörer, oavsett nationalitet.

1. Är det lämpligt/nödvändigt/tillräckligt att förtydliga den rättsliga ramen på det sätt som beskrivs ovan?

NOU anser att det kan vara lämpligt att förtydliga den nu gällande lagstiftningen med ett tolkningsmeddelande, främst på grund av grönbokens uppgifter om den starka knytningen till leverantörer i det land där upphandlingen äger rum, även om ett sådant meddelande inte är rättsligt bindande i sig, utan endast de principer och bestämmelser som förklaras i meddelandet är det.

Tilldelning av kontrakt sker enligt grönboken vid europeiska försvarsupphandlingar i mycket stor utsträckning till företag i det land där den upphandlande enheten befinner sig. NOU kan inte uttala sig om möjligheten som finns på försvarsområdet att undanta vissa upphandlingar överutnyttjas, eller om det är så att dessa upphandlingar på ett korrekt sätt har undantagits den utländska marknaden just på grund av sin speciella karaktär.

Upphandling inom försvarsområdet utmärks av vissa särdrag, som gör det angeläget att vissa upphandlingar kan ske utan den öppenhet som annars anses vara så väsentlig vid offentlig upphandling. Föreligger inte särskilda omständigheter för att undvika den gängse öppenheten, är det viktigt att upphandlingsbestämmelserna följs med bland annat annonsering och konkurrensutnyttjande. Samma skäl som åberopas för att all upphandling normalt skall annonseras och ske i enlighet med de grundläggande

Camilla Graf Morin

upphandlingsprinciperna, kan åberopas för den försvarsupphandling som inte utmärks av de särdrag som gör det angeläget att särbehandla dessa.

Det är viktigt att det finns möjlighet att pröva skälen till beslut om undantag för en viss upphandling, från de annars gällande bestämmelserna. Olika uppfattningar kan t.ex. förekomma beträffande innebörden av rekvisitet i 1 kap. 3 § 2 stycket 1 punkten LOU att upphandlingen ”omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar men hänsyn till rikets säkerhet”. Det kan även vara oklart om en upphandling av varor som upptas i förteckningen över krigsmateriel skall användas även för civilt ändamål och således upphandlas enligt 2 kap. LOU om värdet överstiger tröskelvärdet.

Fungerande rättsmedel bör vara tillgängliga för en leverantör som anser sig vara förfördelad beträffande ett beslut om att ett undantag är tillämpligt. Av naturliga skäl kan det vara svårt på försvarsområdet för utomstående att följa tillämpningen av bestämmelsen som berättigar till undantag. Finns inte möjlighet till insyn och kontroll är det svårt att bedöma om ett undantag utnyttjas i överkant. Beträffande upphandlingsdirektiven gäller enligt EG-domstolen att den som åberopar en undantagsregel har bevisbörda för att förutsättningar för att tillämpa undantaget är för handen.

Det är också viktigt att kunna följa tillämpningen av bestämmelserna genom att, åtminstone i efterhand, få en uppfattning om till vilka belopp den undantagna upphandlingen uppgår till. En metod att få viss information om hur många upphandlingar som undantas upphandlingsbestämmelserna och till vilka värden som dessa uppgår till, är att upphandlande enheter som beviljats undantag åläggs att i efterhand uppge viss information om dessa upphandlingar. Jämför den statistiska rapport som medlemsstaterna varje år skall redovisa till kommissionen för att bedöma resultatet av tillämpningen av upphandlingsdirektiven. En likadan ordning fanns inskriven i GATT-ÖS.

I Sverige tillämpas 6 kap. LOU oavsett värde på kontraktet när förutsättningar finns för undantaget för försvarsupphandlingar. Regeringen kan sedan besluta om ytterligare undantag antingen i ett enskilt fall eller delegera beslut om undantag till myndigheten själv (Se skrivelse från Regeringskansliet, Finansdepartementet 2004-01-26 beträffande Försvarsupphandling – Kommissionens arbetsdokument CC/2003/33).

I ett fall har regeringen i en förordning bemyndigat en myndighet, Försvarets materielverk (FMV), att besluta om undantag för egen del. Bemyndigandet återfinns i förordning (2001:870) om försvarsupphandling. I förordningens 4 § anges att FMV skall redovisa de undantag från LOU som myndigheten har beslutat om med stöd av förordningen. I årsredovisningen anges för varje år det totala antalet undantagna upphandlingar och den totala summan för dessa. Informationen indikerar endast på mycket grov nivå

Camilla Graf Morin

tillämpningen av undantaget. Däremot har en leverantör knappast någon nytta av uppgiften, eftersom upphandlingarna inte är knutna till något område eller typ av utrustning.

2. Finns det andra delar av gemenskapssystemet på det här området som skulle behöva klarläggas?

Alla grundläggande definitioner och avgörande frågor bör förklaras så tydligt som möjligt, för att underlätta för bland annat berörda upphandlande enheter. Frågor som avses här är t.ex. vad som avses med "väsentliga säkerhetsintressen" i artikel 296 i EU-fördraget och vad som avses med krigsmateriel. Vidare kan ett förtydligande av vilka upphandlande enheter (upphandlande myndigheter på försvarsområdet) som kan åberopa ett undantag underlätta tillämpningen av bestämmelserna.

Huruvida bruket av kompensation (s.k. motköp) vid anskaffning av försvarsutrustning är förenligt med upphandlingsbestämmelserna och under vilka förutsättningar bör klargöras, se nedan fråga 11.

Den förteckning av försvarsmateriel från 1958 som artikel 296 i EU-fördraget hänvisar till bör, så länge den tillämpas, hållas uppdaterad.

Den kontroll som anses föreligga enligt rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG) beträffande undantagen försvarsupphandling bör utvecklas. Behovet av insyn genom den årliga statistikinsamlingen kan även övervägas.

3. Är bestämmelserna i de befintliga direktiven lämpliga eller olämpliga med hänsyn till försvarsupphandlingarnas särdrag? Precisera varför?

NOU förordar en lösning som den nuvarande där huvudregeln är att all upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader över tröskelvärdena omfattas av EG:s upphandlingsbestämmelser, men att undantag från bestämmelserna kan göras och motiveras av försvarsupphandlingens speciella karaktär.

I Sverige gäller i dagsläget att om en upphandling är undantagen från de bestämmelser som införlivar EG:s upphandlingsdirektiv, på grund av att upphandlingen omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet eller avser upphandling av försvarsprodukter eller -tjänster som inte har civil användning, skall den nationella regleringen i 6 kap. LOU tillämpas oavsett upphandlingens värde. I 6 kap. 17 § LOU regleras sedan ytterligare undantag beträffande sådana upphandlingar från t.ex. kravet på annonsering.

Camilla Graf Morin

4. Är ett specifikt direktiv lämpligt/nödvändigt för att upprätta en europeisk försvarsmaterielsmarknad och stärka den industriella och tekniska basen för EU:s försvar?

Som ovan framförts förordar NOU en lösning som den nuvarande där huvudregeln är att all upphandling omfattas av EG:s upphandlingsbestämmelser, men att undantag kan motiveras av försvarsupphandlingens speciella karaktär.

Utifrån NOU:s utgångspunkt finns det endast skäl att överväga särskilda bestämmelser på försvarsområdet som är anpassade till denna sektors särdrag, om det framstår som klarlagt att den nuvarande regleringen överutnyttjas och ett nytt anpassat direktiv framstår som en möjlig väg att komma tillrätta med dessa överträdelser. NOU anser att den minst ingripande lösningen förordas i första hand. Ett separat direktiv för försvarsupphandling skulle ytterligare tynga upphandlingsområdet, vars lagstiftning redan är komplex och omfattande.

5. Vad anser ni om att tillämpa ett sådant direktiv på anskaffningar som görs av andra organ, som t.ex. Europeiska försvarsbyrån?

Samma regler bör gälla för Europeiska kommissionen och dess olika organ som för samtliga medlemsstater. Det är angeläget att inte bara att samma regler gäller, utan också att reglerna tillämpas så lika som möjligt av kommissionen och i de olika medlemsstaterna. Det kan vara svårt att upprätthålla en korrekt tillämpning av bestämmelserna i en medlemsstat, om vetskap finns att avvikelser sker i andra medlemsstater.

6. Förfaranden: Är ett förhandlat förfarande efter publicering lämpligt med hänsyn till försvarsupphandlingarnas särdrag? I vilka situationer bör man kunna tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående publicering?

NOU kan inte uttala sig om vilka olika argument på försvarsområdet som kan motivera undantag från bestämmelserna. Här kan konstateras att intresset av och fördelarna med att offentliggöra en förestående upphandling i Europeiska unionens tidning (EUT) får vägas mot de skäl som kan åberopas av en medlemsstat för ett undantag t.ex. på grund av sekretess. Vilken ekonomisk fördel som kan förväntas genom att den upphandlande enheten uppsöker konkurrens beror på hur marknaden ser ut för den aktuella typen av vara eller tjänst.

Camilla Graf Morin

7. Tillämpningsområde: Hur kan man bäst definiera tillämpningsområdet? Ska det vara en allmän definition, och hur ska den i så fall se ut? En ny förteckning, och vad ska den i så fall innehålla? En kombination av en definition och en förteckning?

Strävan bör vara att tillämpningsområdet anges så tydligt som möjligt, så att det i princip inte råder någon oklarhet om vilka upphandlande enheter som omfattas och vilka typer av kontrakt som avses. Skall förteckningen från 1958 användas eller någon annan förteckning skall den uppdateras med jämna mellanrum, så att innehållet är aktuellt.

Antingen tillämpas bestämmelserna motsvarande EG:s upphandlingsdirektiv eller så är undantaget tillämpligt, varvid det nationella 6 kap. LOU blir tillämpligt i Sverige.

8. Undantag: Är det lämpligt/nödvändigt att definiera en varukategori som uttryckligen undantas från direktivet?

Se svaret närmast ovan.

9. Offentliggörande: Är det lämpligt att ha ett centraliserat system för offentliggöranden? Om ja, hur ska det se ut?

NOU kan se stora fördelar men också vissa nackdelar med att utarbeta ett centraliserat system på EU-nivå i form av en bulletin för offentliggöranden. Frågan bör besvaras av mer direkt berörda parter.

En öppenhet genom annonsering bör så långt som möjligt ske enligt samma förutsättningar i alla medlemsstater.

10. Urvalskriterier: Utöver de kriterier som redan föreskrivs i direktiven om upphandling, vilka ytterligare kriterier bör tas med för att beakta försvarrets särskilda ställning? Sekretess, tryggad försörjning etc...? Hur ska de definieras?

Enligt NOU:s uppfattning bör det inte införas ytterligare urvalskriterier med mindre än att berörda parter kan peka på stora fördelar med detta. NOU åberopar här samma skäl som tidigare uppgivits mot ett separat direktiv på området; att lagstiftningen på upphandlingsområdet redan är komplex och omfattande.

11. Hur bör sedvanan med att begära kompensationer hanteras?

NOU ifrågasätter sedvanan med kompensationer men saknar praktisk erfarenhet. NOU anser att det bör framgå av ett tolkningsmeddelande vad som gäller för en sådan kompensation. Ett beslut av en upphandlande enhet

Camilla Graf Morin

som innebär ett löfte om att köpa en viss utrustning eller vissa varor skall normalt föregås av en upphandling. Förekommer ett erbjudande om ett motköp av en upphandlande enhet skall det således likställas med en vanlig upphandling. Skall vissa anskaffningar behandlas annorlunda skall detta framgå av lagstiftningen.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämnd-sammanträde den 15 december 2004, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnsson, sektionschefen Hans Ekman och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze efter föredragning av jur.kand. Camilla Graf Morin. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin