

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

Försvarets materielverk – upphandling av tunga terränglastbilar

Beslut

Konkurrensverket avskriver ärendet.

Ärendet

Bakgrund

Regeringen beslutade den 11 september 2008 att bemyndiga Försvarets materielverk (FMV) att inleda förhandlingar med den norska myndigheten Forsvarets logistikkorganisasjon (FLO), angående ett samarbetsavtal i syfte att gemensamt upphandla lastbilar för Sveriges och Norges respektive försvarsmakter.

Enligt samarbetsavtalet ska FMV och FLO tillsammans upphandla ett gemensamt ramavtal med en leverantör av lastbilar för att därefter genomföra separata avrop för respektive myndighet.

Enligt samarbetsavtalet ska FLO ansvara för projektledningen och upphandlingen ska genomföras med tillämpning av norsk lag. FMV bidrar till projektet med teknisk personal.

Den 25 februari 2010 beslutade den svenska regeringen att bemyndiga FMV att ingå avtal med FLO med det syfte som redovisats under punkten 2 ovan. Därefter ingick FMV och FLO ett samarbetsavtal med angiven innebörd.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

Den 14 januari 2011 annonserade FLO upphandlingen i TED. Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen sker med tillämpning av artikel 123 i EES-avtalet¹.

Den 20 november 2013 meddelade FLO tilldelningsbeslut med innebörden att Rheinmetall MAN Military Vehicles (RMMV) ska tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Den 2 december 2013 ansökte Scania CV AB om överprövning vid Förvaltningsrätten i Stockholm av beslutet att tilldela kontraktet till RMMV. och anförde att FMV haft att följa lagen (2007:1091) om offentlig upphandling vid upphandlingen av de aktuella lastbilarna. FMV anförde å sin sida att det inte förekommit någon offentlig upphandling enligt det svenska regelverket för offentlig upphandling. Ansökan om överprövning har därefter återkallats och förvaltningsrätten har avskrivit målet utan att pröva det i sak.²

Konkurrensverket har därefter inlett en granskning av FMV:s agerande.

Inledande anmärkningar

Konkurrensverket är på upphandlingsområdet tillsynsmyndighet för LOU, lagen (2007:1092) om upphandling i inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

FMV är en svensk myndighet och har i sin verksamhet att tillämpa den lagstiftning om upphandling som anges i uppräknningen ovan. FMV:s agerande inom ramen för dessa lagar omfattas av Konkurrensverkets tillsynsuppdrag.

FLO är en norsk myndighet och har att tillämpa motsvarande norsk reglering. FLO står inte under Konkurrensverkets tillsyn och Konkurrensverket kommer således i det följande inte att uttala sig angående beslut som fattats eller åtgärder som vidtagits av FLO.

Prövningen i det följande inriktar sig sålunda på om en svensk myndighet har genomfört ett förfarande som strider mot svensk lag eller tillämpliga unionsrättsliga bestämmelser.

¹ Art. 123 i EES-avtalet har väsentligen samma lydelse och tillämpningsområde som artikel 346 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Dessa artiklar innebär att a) ingen medlemsstat ska vara förpliktad att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen och b) varje medlemsstat får vidta sådana åtgärder som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel

² Förvaltningsrätten i Stockholms mål 29055-13.

Vad FMV anför i ärendet

FMV har under Konkurrensverkets utredning anför att FMV beslutat att undanta den aktuella upphandlingen av lastbilarna från LOU:s tillämpning med stöd av 15 kap. 22 § andra stycket 2 LOU i den lydelse som var i kraft vid tidpunkten för upphandlingens påbörjande.

FMV har som skäl för beslutet anför att samarbetet med Norge vid materielanskaffningen är av försvars- och säkerhetspolitisk vikt och att det enda sättet att säkerställa samarbetet är genom att undanta upphandlingen från svensk upphandlingslagstiftning.

Frågeställningen i ärendet

Under de ovan angivna förhållandena uppkommer frågan om det är tillåtet, vid en tillämpning av direktiv 2004/18/EG, för upphandlande myndigheter att genomföra upphandlingar i form av gränsöverskridande samarbeten på det sätt som skett mellan FMV och FLO. Om ett sådant samarbete ska anses tillåtet uppkommer frågan vilket nationellt regelverk som ska tillämpas på upphandlingen.

Endast för det fall ett sådant samarbete skulle anses otillåtet eller att effekten av samarbetet är att samtliga inblandade staters lagstiftning är tillämplig behöver en prövning av tillämpligheten av de undantag som FMV åberopat ske.

Skälen för Konkurrensverkets beslut**Inledning**

FMV:s beslut att undanta den aktuella anskaffningen har skett innan LUFs och bakomliggande direktiv 2009/81/EG trädde i kraft varför Konkurrensverkets prövning sker med tillämpning av LOU och direktiv 2004/18/EG.

Samarbete avseende genomförandet av enskilda upphandlingar mellan upphandlande myndigheter i olika medlemsstater

Samarbete mellan upphandlande myndigheter i olika medlemsstater i EU och/eller EES-länder regleras inte i LOU eller i direktiv 2004/18/EG.

Det går således inte att direkt utläsa av LOU eller direktiv 2004/18/EG att ett samarbete mellan upphandlande myndigheter i olika medlemsstater är tillåtet. Emellertid anges det inte heller att ett sådant samarbete skulle vara förbjudet. Det finns inte heller någon praxis från EU-domstolen som kan tolkas som ett förbud mot sådant samarbete.

Frågan berörs i skälen till direktiv 2014/24/EU³ som trädde i kraft den 17 april 2014 och som ska ha implementerats i EU:s medlemsstater senast 24 månader därefter. I direktivet anges följande. "Trots att gränsöverskridande gemensam offentlig upphandling implicit är tillåten enligt direktiv 2004/18/EG, ställs de upphandlande myndigheterna fortfarande inför stora juridiska och praktiska svårigheter att göra inköp från inköpscentraler i andra medlemsstater eller genomföra gemensamma offentliga upphandlingar."

Unionslagstiftaren har genom artikel 39 i upphandlingsdirektiv 2014/24/EU och artikel 57 i direktiv 2014/25/EU numera uttryckligen reglerat hur samarbete mellan upphandlande myndigheter i olika medlemsstater ska gå till. I artiklarna i direktiven 2014/24/EU anges bland annat att medlemsstaterna och dess upphandlande myndigheter ges möjlighet att avtala om ansvarsfrågor och tillämpliga rättsmedel.

Avsaknaden av reglering i direktiv 2004/18/EG kan inte, särskilt mot bakgrund av uttalandet i skälen till direktiven 2014/24/EU, anses utgöra ett hinder mot sådant samarbete, under förutsättning att detta samarbete uppfyller de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

Samarbete mellan upphandlande myndigheter i olika medlemsstater bör således enligt Konkurrensverkets bedömning anses tillåtet även enligt direktiv 2004/18/EG.

Enligt Konkurrensverkets mening torde det vidare utifrån ett unionsrättsligt perspektiv sakna betydelse *vilken* medlemsstats lagstiftning om upphandling och rättsmedel som tillämpas på en viss given upphandling, så länge det är fråga om en nationell lagstiftning genom vilken direktiven på upphandlingsområdet har implementerats i medlemsstaten.

Sammantaget är det således enligt Konkurrensverkets bedömning möjligt för myndigheter i olika medlemsstater att samarbeta om enskilda upphandlingar som i sig omfattas av direktiv 2004/18/EG och därtill hörande rättsmedelsdirektiv (89/665/EEG).

Vad gäller för EES-länder?

FLO är emellertid en norsk myndighet. Norge är inte medlem i EU utan i det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES). Fråga uppkommer därför om motsvarande möjlighet till samarbete finns när en av samarbetsparterna är en myndighet i en medlemsstat i EU och den andra är en myndighet i ett land som är medlem i EES.

³ Skäl 73. Motsvarande skrivning finns även i direktiv 2014/25/EU i skäl 82.

Konkurrensverket noterar härvid att länder som är EES-medlemmar ska tillämpa upphandlingsdirektiven och rättsmedelsdirektivet på samma sätt som medlemsstater i EU.⁴

Konkurrensverket anser därför att det är möjligt för en upphandlande myndighet i en medlemsstat i EU att samarbeta med myndigheter i EES-länder på samma sätt som om det gällde myndigheter i EU:s medlemsstater.

Principer för samarbetet

I det fall när två eller flera upphandlande myndigheter från olika länder samarbetar torde det enligt principen om transparens krävas att det står klart för samtliga potentiella anbudsgivare vilken av de deltagande ländernas lagstiftning, såväl avseende själva upphandlingsförfarandet som rättsmedel, som ska tillämpas.

Även i detta fall kan viss ledning hämtas från direktiv 2014/24/EU och 2014/25/EU, i vilka följande kan utläsas.

Flera upphandlande myndigheter från olika medlemsstater får gemensamt tilldela ett offentligt kontrakt, ingå ett ramavtal [...] Såvida nödvändiga delar inte regleras genom ett internationellt avtal som ingåtts mellan de berörda medlemsstaterna, ska upphandlande myndigheter som deltar ingå ett avtal där följande fastställs:

a) Parternas ansvarsområden och de relevanta nationella bestämmelser som är tillämpliga på dessa.

b) Intern organisation av upphandlingsförfarandet, inklusive ledning, fördelning av de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas samt ingående av kontrakt.

En deltagande upphandlande myndighet fullgör sina skyldigheter enligt detta direktiv när den köper byggtreprenader, varor eller tjänster av en upphandlande myndighet som har ansvar för upphandlingsförfarandet. Vid fastställande av ansvarsområden och tillämplig nationell rätt enligt led a får de deltagande upphandlande myndigheterna fördela särskilda ansvarsområden mellan sig och fastställa de tillämpliga bestämmelserna i deras respektive medlemsstats nationella rätt.

Fördelningen av ansvarsområden och tillämplig nationell rätt ska omnämnas i upphandlingsdokumenten för gemensamt tilldelade offentliga kontrakt.⁵

Av detta följer således att vid ett samarbete mellan upphandlande myndigheter i olika EU-medlemsstater eller EES-länder ska parterna fastställa ansvarsområden och tillämplig nationell rätt.

Enligt Konkurrensverkets mening kan huvuddragen i det återgivna tillämpas även i en situation som regleras av direktiv 2004/18/EG. Parterna i ett samarbetsavtal kan således inom ramarna för direktiv 2004/18/EG avtala om respektive ansvarsområden och enligt vilket lands lagstiftning upphandlingsförfarandet ska genomföras.

⁴ EES-avtalet, bilaga XVI, Acts referred to, punkt 2

⁵ Artikel 39.4 i direktiv 2014/24/EU och artikel 57.4 i direktiv 2014/25/EU

Det kan dock noteras att uppräknningen av vad som ska ingå i ett sådant samarbetsavtal ännu inte utgör gällande rätt och enligt Konkurrensverkets mening måste det därför bedömas från fall till fall om tillräcklig transparens uppnåtts avseende för vilka myndigheters räkning upphandlingen genomförs, hur ansvaret för genomförandet av förfarandet är fördelat samt vilken lagstiftning som är tillämplig.

När det finns ett formaliserat samarbete där tillämplig lagstiftning utpekats ska en sådan upphandling bedömas enbart enligt den utpekade lagstiftningen, såväl avseende hur upphandlingen genomförs som avseende rättsmedel.

I ett fall som det nu aktuella skulle, om förutsättningarna för detta föreligger, upphandlingsförfarandet genomförs enligt norska upphandlingsregler och prövas i den ordning som föreskrivs i den norska implementeringen av rättsmedelsdirektivet.

Konkurrensverkets slutsatser

Konkurrensverket konstaterar att det finns ett avtal mellan FMV och FLO rörande genomförande av en gemensam upphandling av lastbilar. I detta regleras parternas ansvarsområden, att norsk myndighet har projektledningen samt att upphandlingsförfarandet genomförs enligt norsk lag.

Relevanta uppgifter avseende deltagande myndigheter och förfarandets genomförande framgår även av förfrågningsunderlaget. Enligt Konkurrensverkets bedömning har beskrivningen av det sätt som samarbetet ska genomföras varit transparent, då det framgår vilka de samarbetande myndigheterna är och vilken lag som ska tillämpas.

Konkurrensverket gör mot denna bakgrund bedömningen att samarbetet har inrättats på ett sådant sätt att norsk lag gäller avseende förfaranderegler och rättsmedel. En bedömning av huruvida förfarandet har genomförts på ett korrekt sätt, och om tillämpningen av eventuella undantag har varit korrekt, ska därmed ske enligt norska regler, vilka utgör en implementering av såväl upphandlings- som rättsmedelsdirektiven.

BESLUT

2014-05-14 Dnr 761/2013 7 (7)

Mot denna bakgrund finner Konkurrensverket att det saknas skäl att utreda saken vidare och ärendet ska därför avskrivas.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Mathias Lassinantti Jansson.

Dan Sjöblom

Mathias Lassinantti Jansson

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats