

Kommittédirektiv



Genomförande av EG:s direktiv om
upphandling inom försvars- och
säkerhetsområdet

Dir.
2009:37

Beslut vid regeringssammanträde den 7 maj 2009

Sammanfattning av uppdraget

En särskild utredare ska lämna förslag till hur Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa byggentreprenader, varu- och tjänstekontrakt på försvars- och säkerhetsområdet (PE-CONS 3609/09) ska genomföras i svensk rätt. Utredaren ska lämna förslag till en ny lag om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet och övriga åtgärder som direktivet kan ge anledning till. Den föreslagna lagen ska även innehålla bestämmelser som reglerar upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet som inte omfattas av direktivet, dvs. bestämmelser motsvarande dem i 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och i 15 kap. lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Utredaren är i övrigt fri att lämna de förslag som utredningsarbetet kan föranleda.

Nu gällande EG-direktiv m.m.

I EG-rätten regleras offentlig upphandling av direktiv 2004/18/EG (klassiska direktivet) och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster av direktiv 2004/17/EG (försörjningsdirektivet). Upphandlande myndigheter inom den klassiska sektorn är i huvudsak staten samt

regionala och kommunala myndigheter. Till upphandlande myndigheter räknas även vissa bolag och andra organ som står under myndigheters inflytande och som har till syfte att tillgodose behov i det allmännas intresse under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Upphandlande myndigheter som verkar inom någon av sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster omfattas av direktivet för försörjningssektorerna. Även vissa privata företag omfattas av försörjningsdirektivet om de verkar inom dessa sektorer med stöd av ensamrätt eller särskild rätt.

Det klassiska direktivet omfattar bl.a. anskaffningar på försvarsområdet med förbehåll för artikel 296 i EG-fördraget (artikel 10). Undantag görs vidare för vissa kontrakt på säkerhetsområdet för sådana kontrakt som omfattas av sekretess eller som enligt gällande lagar eller andra författningar i medlemsstaten inte får genomföras utan särskilda säkerhetsåtgärder, eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av medlemsstatens vitala intressen (artikel 14).

Av artikel 296 framgår att bestämmelserna i fördraget inte ska hindra tillämpningen av följande regler: a) Ingen medlemsstat ska vara förpliktad att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen. b) Varje medlemsstat får vidta åtgärder, som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel; sådana åtgärder får inte försämra konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål. Rådet får på förslag från kommissionen genom enhälligt beslut ändra den lista som rådet den 15 april 1958 fastställde över varor på vilka bestämmelserna i punkt 1b ska tillämpas.

Inom ramen för arbetet i den Europeiska försvarsbyrån har en frivillig mellanstatlig uppförandekod för upphandling av försvarsmateriel utarbetats. Syftet är att öka öppenheten och uppmuntra till konkurrens vid sådan offentlig upphandling som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget. Sverige har anslutit sig till uppförandekoden.

Utöver det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet finns två direktiv om rättsmedel vid överträdelse av reglerna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, 89/665/EEG respektive 92/13/EEG, vilka båda har varit föremål för ändring genom direktiv 2007/66/EG.

Lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna

I Sverige regleras offentlig upphandling av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och upphandling inom försörjningssektorerna av lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF), vilka trädde i kraft den 1 januari 2008. Lagarna innehåller utöver bestämmelser om upphandling på direktivstyrda områden, också bestämmelser som inte styrs eller endast delvis styrs av EG-direktiven (15 kap. i båda lagarna). Dessa bestämmelser reglerar upphandlingar vilkas värde understiger de tröskelvärden som anges i direktiven, upphandling av B-tjänster som huvudsakligen faller utanför direktivets tillämpningsområde samt upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet.

Härutöver gäller förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, tillkännagivande (2007:1108) av de försvarsprodukter som avses i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling samt tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

15 kap. LOU reglerar även upphandlingar som görs på försvarsområdet och som avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget samt upphandlingar som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet. Enligt 15 kap. 22 § LOU får regeringen i fråga om sådana upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet i enskilda fall besluta om dels undantag från bestämmelserna om annonsering i 15 kap., dels de undantag i övrigt från bestämmelserna i 15 kap. som är nödvändiga med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen. Därutöver får

regeringen överlåta till en upphandlande myndighet att själv besluta om sådana undantag. Vidare har Försvarets materielverk, Försvarets radioanstalt och Säkerhetspolisen rätt att under vissa angivna omständigheter själva besluta om sådana undantag. Även LUF innehåller en bestämmelse som ger regeringen rätt att i enskilda fall meddela beslut om undantag från annonsering på grund av sekretess och från övriga bestämmelser i 15 kap. LUF meddela de undantag som krävs med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen.

De genom direktiv 2007/66/EG ändrade rättsmedelsdirektiven är för närvarande föremål för genomförande i svensk rätt och ett förslag till ändrade regler beräknas kunna remissbehandlas under våren 2009. I samband därmed planeras bl.a. vissa ändringar i LOU och LUF i regelförenklande syfte.

Tidigare utredningsarbete

Den 7 april 2004 gavs en särskild utredare i uppdrag att lämna förslag till hur direktiv 2004/18/EG om offentlig upphandling och 2004/17/EG om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster skulle genomföras i svensk rätt (dir. 2004:47). Uppdraget begränsades till att i huvudsak avse de delar av direktiven som var obligatoriska att genomföra inom den i direktiven angivna fristen.

Utredaren, som antog namnet Upphandlingsutredningen 2004, överlämnade i mars 2005 delbetänkandet Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22) med förslag på ny lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt ny lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

I tilläggsdirektiv (dir. 2005:39) av den 7 april 2005 gavs utredaren i uppdrag att bl.a. ge förslag på genomförande av de icke obligatoriska delarna av direktiven, dvs. bestämmelser om konkurrenspräglad dialog, dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner. Vidare fick utredaren i uppdrag att göra en översyn av de bestämmelser i lagen som inte omfattas eller endast delvis omfattas av direktiven, dvs. de regler som gäller upphandlingar som inte överstiger tröskelvärdena, B-tjänster

och försvars- och säkerhetsupphandlingar. I mars 2006 överlämnades utredningens slutbetänkande Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28).

Nytt EG-direktiv om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet

I december 2007 presenterade Europeiska kommissionen ett förslag till direktiv om offentlig upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet. Förslaget har föregåtts av en grönbok om försvarsupphandling (KOM(2004) 608 slutlig) från september 2004.

Direktivet utgör en del av ett ”försvarspaket” som utöver upphandlingsdirektivet omfattar ett förslag till direktiv om förenkling av villkoren för överföring av försvarsmateriel inom gemenskapen samt ett meddelande som gäller en strategi för en starkare och konkurrenskraftigare europeisk försvarsindustri.

Försvars- och säkerhetsupphandling är av avgörande betydelse såväl för medlemsstaternas säkerhet och suveränitet som för unionens självständighet. Upphandlingar av varor, tjänster och byggtreprenader inom försvars- och säkerhetssektorerna är följaktligen ofta av känslig karaktär. Detta ger upphov till särskilda krav. Sekretess i samband med upphandling kan vara nödvändig bl.a. för att inte röja information om en medlemsstats nuvarande eller framtida försvarsförmåga. Behov av materiell tillgänglighet för att upprätthålla beredskap och uthålligt genomföra insatser ställer krav på försörjningstrygghet.

Det nya upphandlingsdirektivet har därför till syfte framför allt att skapa förutsättningar för upphandling av sådant material och sådana tjänster som är av så känslig natur att upphandling enligt det klassiska direktivet inte lämpar sig. Det förhållandet att upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet omfattas av det klassiska direktivet med dess formbundna förfaranden har, enligt kommissionen, medfört att undantagsmöjligheten i artikel 296 har överutnyttjats i många medlemsstater.

Det nya direktivet om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet ska – med förbehåll för artiklarna 30, 45, 46,

55 och 296 i fördraget – tillämpas på kontrakt som tilldelas på försvars- och säkerhetsområdet för

1. tillhandahållande av militär utrustning,
2. tillhandahållande av utrustning av känslig karaktär,
3. byggtreprenader, varor och tjänster, som direkt hänförs till punkt 1 och 2,
4. byggtreprenader och tjänster speciellt för militärändamål, eller byggtreprenader och tjänster av känslig karaktär.

Till ledning för vilken militär utrustning som omfattas av punkt 1 hänvisas i ingressen till direktivet till förteckningen över vapen, ammunition och krigsmateriel som antogs genom rådets beslut av den 15 april 1958 (rådets beslut 255/58). Förteckningen har 2008 översatts till samtliga officiella språk inom EU.

Direktivet har i huvudsak utarbetats med det klassiska direktivet som förebild och följer i stora delar detta direktiv. Det nya direktivet har emellertid ansetts kräva vissa anpassningar i förhållande till det klassiska direktivet med hänsyn till de känsliga kontrakt som regleras.

Det nya direktivet medger till skillnad från det klassiska direktivet att förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas utan några begränsande villkor.

Vidare innehåller direktivet särskilda bestämmelser om informationssäkerhet som ger den upphandlande myndigheten eller enheten rätt att ställa krav på anbudsgivaren för att säkerställa sekretess.

Särskilda regler om försörjningstrygghet ger den upphandlande myndigheten eller enheten rätt att ställa krav på framtida leveranser.

Direktivet ger den upphandlande myndigheten eller enheten rätt att kräva av den vinnande leverantören att han konkurrensutsätter underleverantörer vid fullgörandet av uppdraget. Dessa bestämmelser är utformade efter mönster av reglerna om byggkoncessioner i det klassiska direktivet.

Till skillnad från direktiven för den klassiska sektorn och för försörjningssektorerna innehåller det nya direktivet även bestämmelser om rättsmedel. Reglerna om rättsmedel är med

vissa undantag desamma som rättsmedlen för den klassiska sektorn och försörjningssektorerna i enlighet med ändringsdirektivet 2007/66/EG.

Rådets kompromissförslag har antagits av Europaparlamentet. Antagandet i rådet kan beräknas äga rum i juni 2009. Direktivet ska ha genomförts senast två år efter publiceringen av direktivet vilket görs i direkt anslutning till antagandet i rådet.

Uppdraget

En särskild utredare ska lämna förslag till hur Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa byggentreprenader, varu- och tjänstekontrakt på försvars- och säkerhetsområdet (PE-CONS 3609/09) ska genomföras i svensk rätt. Utredaren ska lämna förslag till en ny lag om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet och övriga åtgärder som direktivet kan ge anledning till. Den föreslagna lagen ska även innehålla bestämmelser som reglerar upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet som inte omfattas av direktivet, dvs. bestämmelser motsvarande dem i 15 kap. LOU och LUF. Utredaren är i övrigt fri att lämna de förslag som utredningsarbetet kan föranleda.

Det nya direktivet innehåller bl.a. bestämmelser som bygger på sådana bestämmelser i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet som ännu inte införlivats i svensk rätt, såsom bestämmelser om konkurrenspräglad dialog, elektroniska auktioner, inköpscentraler samt reserverade kontrakt. Utredaren uppmärksammas på att Upphandlingsutredningen 2004 i sitt delbetänkande lämnat förslag i dessa delar.

Utredaren ska hålla sig informerad om arbetet med genomförandet av direktivet om förenkling av villkoren för överföring av försvarsmateriel. Vidare ska utredaren hålla sig informerad om arbetet i samband med genomförandet av direktivet med ändringar av rättsmedelsdirektiven.

Utredaren ska bedöma de ekonomiska konsekvenserna av förslagen för det allmänna och konsekvenserna i övrigt av

förslagen. Om förslagen kan förväntas leda till kostnadsökningar för det allmänna, ska utredaren föreslå hur dessa ska finansieras.

Uppdraget ska redovisas senast den 1 februari 2010.

(Finansdepartementet)