

Sammanfattning

Europaparlamentet och rådet antog i juli 2009 direktiv 2009/81/EG om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG. Direktivet reglerar upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet. Syftet med direktivet är framför allt att skapa förutsättningar för upphandlingar av sådant material och sådana tjänster som är av så känslig natur att upphandling enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) inte lämpar sig.

Direktivet följer i princip de tidigare upphandlingsdirektiven. Den stora skillnaden jämfört med dessa är att direktivet innehåller bestämmelser om informationssäkerhet, försörjningstrygghet och underentreprenad. Till skillnad från det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet innehåller direktivet även bestämmelser om rättsmedel. Dessa bestämmelser är i stor utsträckning desamma som bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (rättsmedelsdirektivet).

Utredningen har haft i uppdrag att föreslå hur direktivet ska genomföras i svensk rätt. Enligt kommittédirektivet ska utredningen lämna förslag till en ny lag, som även ska innehålla bestämmelser som inte omfattas av direktivet, dvs. bestämmelser motsvarande dem i 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upp-

handling (LOU) och i 15 kap. lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF).

Direktivets tillämpningsområde

Lagen gäller för upphandling på försvars- och säkerhetsområdet av

- militär utrustning,
- utrustning av känslig karaktär,
- byggtreprenader, varor och tjänster som direkt hänför sig till den utrustning som avses ovan,
- byggtreprenader och tjänster specifikt för militärändamål, eller
- byggtreprenader och tjänster av känslig karaktär.

Direktivet tillämpas för upphandlingar vars värde överstiger vissa tröskelvärden, som är desamma som i LUF.

Liksom i LOU och LUF är de tjänster som omfattas av direktivet indelade i två olika kategorier; en som helt omfattas av direktivet och en som endast delvis omfattas av direktivet. Utredningen har valt att kalla dessa tjänster för tjänster enligt klass 1 och tjänster enligt klass 2.

Om en upphandling som omfattas av direktivet även faller inom tillämpningsområdet för det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet ska direktivet tillämpas. Däremot ska direktivet inte tillämpas om en upphandling delvis omfattas av direktivet, men i övrigt varken omfattas av det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet. Detta gäller under förutsättning att tilldelningen av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl. Beslutet att tilldela ett enda kontrakt får inte fattas för att undvika att kontraktet omfattas av direktivet, det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet.

Direktivet ska inte tillämpas på upphandlingar som omfattas av särskilda förfaranderegler i enlighet med vissa internationella avtal eller överenskommelser eller särskilda förfaranderegler som tillämpas av en internationell organisation. Direktivet ska inte heller tillämpas för vissa särskilt angivna kontrakt, bl.a. de för vilka tillämpningen av direktivet skulle kräva att en upphandlande myndighet eller enhet tillhandahåller information vars avslöjande den anser strida mot rikets väsentliga säkerhetsintressen eller som avser underrättelseverksamhet. Slutligen behöver inte direktivet tillämpas när artiklarna 36, 51, 52, 62 eller 346 i fördraget om

Europeiska unionens funktionssätt, EUF-fördraget, medger undantag.

Upphandlingsförfaranden m.m.

De huvudsakliga upphandlingsförfarandena inom försvars- och säkerhetsområdet är selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Till skillnad från vad som gäller enligt det klassiska direktivet, och i likhet med vad som gäller enligt försörjningsdirektivet, får förhandlat förfarande med föregående annonsering användas utan några begränsande villkor.

Förutsättningarna för att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering är i princip desamma som i det klassiska direktivet samt några till. Även förfarandet konkurrenspräglad dialog får användas under de förutsättningar som angivits i det klassiska direktivet. Öppet förfarande är inte omnämnt i direktivet.

Elektronisk auktion och inköpscentraler kan användas vid upphandling enligt direktivet.

Informationssäkerhet

Direktivet innehåller ett antal bestämmelser som avser att skydda den sekretessbelagda information som en upphandlande myndighet eller enhet lämnar under ett upphandlingsförfarande. En upphandlande myndighet eller enhet får i detta syfte ställa vissa krav på både en leverantör och dennes underleverantör. I annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget m.m. ska den upphandlande myndigheten eller enheten därför precisera alla de åtgärder och krav som är nödvändiga för att se till säkerheten för sekretessbelagd information när det gäller kontrakt som innehåller, inbegriper eller kräver sådan information.

En leverantör får, när det gäller kontrakt som inbegriper, kräver eller innehåller sekretessbelagd information, genom bevis styrka sin förmåga att behandla, lagra och överföra sådana uppgifter på den skyddsnivå som krävs av den upphandlande myndigheten eller enheten. Leverantören kan även få införa ett säkerhetskontrollsystem om denne inte redan har det. Säkerhetskontrollsystem motsvaras närmast i svensk rätt av säkerhetsskyddsavtal enligt 8 § säkerhetsskyddslagen (1996:627). Det finns även en möjlighet för

den upphandlande myndigheten eller enheten att kontrollera leverantören ur olika aspekter, t.ex. vad avser lokaler och former för informationsstyrning.

Försörjningstrygghet

Upprätthållandet och utvecklingen av ett försvar innebär att leveranser och underhåll måste tryggas under ett materielprogramms hela livscykel, från materielens utformning till dess utrangering. I detta syfte ska en upphandlande myndighet eller enhet i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget m.m. ange sina krav i fråga om försörjningstrygghet. Den upphandlande myndigheten eller enheten får kräva att anbudena bl.a. innehåller dokumentation som visar i vilken utsträckning anbudsgivaren har förmåga att uppfylla sina skyldigheter i fråga om export, överföring och transitering av varor. Ett sådant krav får dock inte begränsa möjligheten för utfärdande organ i anbudsgivarens stat att tillämpa nationella kriterier för beviljande av licens för export, överföring eller transitering.

Underentreprenad

Som huvudregel kan den utvalda anbudsgivaren fritt välja om denne vill ha underleverantörer och vilka underleverantörer som i sådant fall ska anlitas. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan dock begära att den utvalda anbudsgivaren lägger ut en del av kontraktet på underentreprenad. Den procentuella andel som måste läggas ut på underentreprenad ska anges i form av intervallvärden med en minimiandel och en maximandel. Maximiandelen får inte överstiga 30 procent av kontraktets värde. Anbudsgivaren får föreslå att en större andel än så av det totala värdet ska läggas ut på underentreprenad.

Den upphandlande myndigheten eller enheten kan även kräva att anbudsgivaren följer de i direktivet fastställda förfarandereglerna för tilldelning av underleverantörskontrakt, bl.a. om annonsering. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan enligt dessa förfaranderegler också ange kriterier för urvalet.

Förfarandereglerna för tilldelning av underleverantörskontrakt innehåller även en bestämmelse om att sådan tilldelning kan ske

genom ett så kallat underramavtal, dvs. ett ramavtal som sluts mellan en leverantör och en eller flera underleverantören i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.

En upphandlande myndighet eller enhet får avvisa en underleverantör som anbudsgivaren valt i samband med tilldelningsförfarandet för huvudkontraktet eller som den utvalda anbudsgivaren valt ut under genomförandet av kontraktet. Ett sådana avvisande får bara grunda sig på de kriterier som tillämpats vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet.

Den utvalda anbudsgivaren är inte heller tvungen att anlita underleverantörer om anbudsgivaren, på ett för den upphandlande myndigheten eller enheten tillfredsställande sätt, kan visa att ingen av de underleverantörer som deltog i konkurrensutsättningen eller deras anbud uppfyller de kriterier som anges i annonsen och att den utvalda anbudsgivaren därför inte kan uppfylla de krav som anges i huvudkontraktet.

Den utvalda anbudsgivaren ska behandla underleverantörerna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt agera på ett öppet sätt. Vid underentreprenad ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Forumbestämmelser

De bestämmelser om rättsmedel som finns i direktivet är i stort desamma som dem som finns i rättsmedelsdirektivet, som är föremål för genomförande i svensk rätt. Dock ges i direktivet en möjlighet för medlemsstaterna att besluta att ett specifikt organ ska ha exklusiv behörighet att pröva kontrakt på området för försvar och säkerhet. Utredningen föreslår, bl.a. mot bakgrund av försvars- och säkerhetsmarknadens särart, att mål enligt lagen ska prövas av Förvaltningsrätten i Stockholm respektive Stockholms tingsrätt.

Konsekvenser

Ett ökat antal upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet kommer att konkurrensutsättas, vilket i sin tur kan antas leda till minskade kostnader för inköp för stat och verksamheter inom försörjningssektorerna. Det är dock inte möjligt att mer konkret

uppskatta hur stor minskning av utgifterna som förslaget kommer att föranleda.

Marknaden kommer att bli mer tillgänglig för företagen, vilket torde leda till nya affärsmöjligheter och ökad konkurrens. Förslaget kan på sikt antas förbättra företagens konkurrenskraft och därigenom ha en positiv effekt på sysselsättningen.

Några konsekvenser i övrigt bedöms förslaget inte att ha.

Ikraftträdande

Förslaget bör träda i kraft den 1 juli 2011. Äldre bestämmelser ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.