
UPPHANDLINGSKRÖNIKA – FÖRSVARSUPPHANDLING

Kristian Pedersen*

1. INLEDNING

Det brukar ibland sägas att upphandlingsområdet spänner över all mänsklig aktivitet från vaggan till graven, ibland exemplifierat med allt från upphandling av medicinteknisk utrustning till mödravården till transporter av avlidna. Inte sällan följs detta konstaterande av kritik mot upphandlingslagstiftningen, en kritik som går ut på att regelverket som avses täcka allt är dåligt anpassat till vissa typer av verksamheter eller upphandlingar. Ofta inleder kritikerna då med att påpeka att de visserligen är positivt inställda till såväl upphandling och konkurrensutsättning som gränsöverskridande handel, men att just deras verksamhet är så speciell och präglas av så ovanliga förutsättningar att de, helt eller delvis, borde kunna avstå från upphandling i enlighet med de gängse bestämmelserna.

För egen del anser jag emellertid att kritik av detta slag normalt är om inte obefogad så i vart fall oftast överdriven. Flertalet av de problem som ventileras brukar nämligen kunna hanteras inom ramen för lagstiftningen, och detta särskilt om upphandlingen planeras och genomförs med god framförhållning. Det kan också konstateras att det i många av de fall då problem ändå uppstår är uppenbart att gemenskapslagstiftaren prioriterat intresset av konkurrensutsatt upphandling framför de upphandlande myndigheternas och enheternas, och för all del ibland även leverantörernas, intresse av flexibilitet och smidiga affärskontakter, dvs. att problemen av lagstiftaren betraktats som ett nödvändigt ont. Med detta sagt får dock medges att regelverket i vissa fall framstår som alltför stelbent och att det förekommer till synes omotiverade skillnader i behandlingen av likartade situationer.¹ Vidare kan konstateras att det faktiskt finns områden och verksamheter som präglas av så speciella förutsättningar att det

* Advokat, Advokatfirman Delphi, Stockholm.

¹ En sådan enligt min mening omotiverad skillnad gäller förutsättningarna för att använda referenser vid upphandling av tjänster respektive byggtreprenader. Denna fråga har behandlats i en tidigare upphandlingskrönika, se ERT 2009 s. 180.

motiverar ett avsteg från de ordinarie förfarandena.

Ett sådant område är det som på ett övergripande plan brukar benämnas försvarsupphandling, ett område som skiljer sig så mycket från annan upphandling att även gemenskapslagstiftaren ansett det motiverat att ta fram ett särskilt regelverk för försvarsupphandling. Detta genom att det s.k. försvarsdirektivet antogs den 13 juni i år och trädde i kraft den 21 augusti.² Direktivet skall införlivas i nationell rätt senast den 21 augusti 2011 och den utredning som fått uppdraget att föreslå hur – Försvars- och säkerhetsupphandlingsutredningen – förväntas slutföra sitt uppdrag den 1 februari 2010.³

I denna upphandlingskrönika kommer jag att beskriva bakgrunden till direktivets tillkomst och analysera de mer betydelsefulla skillnaderna i förhållande till de övriga upphandlingsdirektiven. Analysen kommer att fokusera på jämförelsen med upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn,⁴ eftersom försvarsupphandling i försörjningssektorerna i praktiken torde vara sällsynt. Jämförelser med upphandlingsdirektivet för försörjningssektorerna⁵ görs dock i de avseenden jag bedömt det lämpligt för förståelsen av försvarsdirektivet.

2. BAKGRUNDEN TILL FÖRSVARSDIREKTIVETS TILLKOMST

Redan i mars 2003 lanserade Europeiska kommissionen sju initiativ för att skapa en gemensam europeisk marknad för försvarsmateriel. Detta tog sig på upphandlingsområdet sedermera uttryck genom att kommissionen i september 2004 publicerade en grönbok om försvarsupphandling.⁶ Det samråd som följde på grönboken utmynnade i ytterligare två initiativ från kommissionens sida, dels ett tolkningsmeddelande om tillämpningen av artikel 296 i fördraget på området för försvarsupphandlingar,⁷ dels ett förslag till ett nytt direktiv om försvarsupphandling.⁸ Bakgrunden till tolkningsmeddelandet om tillämpningen

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 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.

³ Fi 2009:02, Kommittédirektiv 2009:37.

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

⁵ 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.

⁶ Grönbok försvarsupphandlingar, KOM(2004)608 slutlig.

⁷ Tolkningsmeddelande om tillämpningen av artikel 296 i fördraget på området för försvarsupphandlingar, KOM(2006) 779 slutlig.

⁸ Förslag till europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa offentliga kontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster på försvars- och säkerhetsområdet, KOM(2007) 766 slutlig.

av artikel 296 i fördraget var att samrådet om grönboken avslöjade att det förekom ett flitigt överutnyttjande av artikel 296 i samband med upphandling av försvarsmateriel.

Av artikel 296 framgår bl.a. att medlemsstaterna får vidta åtgärder, som de anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel, men att sådana åtgärder inte får försämma konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål. Vidare framgår att rådet på förslag från kommissionen genom enhälligt beslut får ändra den lista som rådet den 15 april 1958 fastställde över varor vilka, med avseende på artikel 296, skall anses utgöra varor avsedda specifikt för militärändamål.⁹

På motsvarande sätt som artiklarna 30, 45, 46 och 55 i fördraget kan utgöra grund för undantag från de fyra friheterna kan således även artikel 296 berättiga till undantag från bestämmelser rörande den inre marknaden, däribland upphandlingsdirektiven. Upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn gäller följaktligen enligt sin artikel 10 för ”kontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter på försvarsområdet, med förbehåll för artikel 296 i EG-fördraget”, dvs. om förutsättningarna för tillämpning av artikel 296 är uppfyllda är direktivets bestämmelser inte tillämpliga. Som en parentes i sammanhanget kan också nämnas att det, enligt artikel 14 i det klassiska direktivet, under vissa förutsättningar är tillåtet att avstå från att tillämpa det klassiska direktivet för vissa kontrakt som inte kan undantas med stöd av artikel 296 i fördraget, nämligen kontrakt som omfattas av sekretess eller som enligt gällande lagar och andra författningar i den aktuella medlemsstaten inte får genomföras utan särskilda säkerhetsåtgärder, eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av medlemsstatens vitala intressen. För svenskt vidkommande skall såväl kontrakt som omfattas av artikel 296 i fördraget som kontrakt som omfattas av artikel 14 i det klassiska direktivet upphandlas i enlighet med 15 kap. LOU, dvs. i enlighet med de bestämmelser som gäller för upphandlingar under tröskelvärdena och B-tjänster oavsett värde. Den problematik kring försvarsupphandlingar som kommissionen identifierat torde därför, sånär som på att annonsering endast sker på nationell nivå och därför inte bidrar till förverkligandet av en gemensam europeisk marknad för försvarsmateriel, vara mindre i Sverige än i många av de övriga medlemsstaterna.¹⁰

Som framgått ovan är den undantagsmöjlighet som artikel 296 ger inte avsedd att tillämpas för varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål.

⁹ Beslut om fastställande av förteckningen över produkter (vapen, ammunition och krigsmateriel) på vilka bestämmelserna i artikel 223.1 b – nu artikel 296.1 b – i fördraget är tillämpliga (dok.255/58). Protokoll av den 15 april 1958: dok. 368/58.

¹⁰ Som en brasklapp bör dock i detta sammanhang nämnas att det saknas offentliga uppgifter om hur många upphandlingar som, med stöd av 15 kap. 22 § LOU, helt undantas från LOU:s tillämpningsområde.

Det av kommissionen identifierade överutnyttjandet av artikel 296 i samband med upphandling av försvarsmateriel kan därför, något förenklat, beskrivas som att sådana varor som inte endast har militär användning, och därför borde ha upphandlats i enlighet med upphandlingsdirektiven, med hänvisning till artikel 296 köpts in utan konkurrensutsatt upphandling.

Kommissionen förefaller dock ha konstaterat att det uppgivna skälet till att ingen upphandling ägt rum i många fall varit att de berörda upphandlande myndigheterna, bl.a. med hänsyn till behovet av sekretess, funnit det svårt eller omöjligt att tillämpa de gängse upphandlingsförfarandena. Detta konstaterande kan sägas utgöra bakgrunden till, och återspeglas också i, försvarsdirektivet, ett direktiv avsett att reglera upphandling av militär utrustning och utrustning av känslig karaktär samt likartade eller därmed sammanhängande byggtreprenader och tjänster i de fall då undantag enligt artikel 296 i direktivet inte kan medges.

3. JÄMFÖRELSE MELLAN FÖRSVARSDIREKTIVET OCH ÖVRIGA UPPHANDLINGSDIREKTIV

3.1 Introduktion

Redan vid en första genomläsning kan konstateras att både dispositionen och innehållet i försvarsdirektivet påminner mycket om den disposition och det innehåll som återfinns i de övriga upphandlingsdirektiven. Det är uppenbart att försvarsdirektivet utformats med de övriga direktiven som förlaga. Ett exempel på detta är att dispositionen i försvarsdirektivet, liksom i de övriga direktiven, i huvudsak är kronologisk i den bemärkelsen att den följer den ordning som tillämpas vid genomförandet av en upphandling. Samtidigt är det uppenbart att det finns betydande skillnader, inte minst i materiellt hänseende.

En sådan uppenbar skillnad är att försvarsdirektivet innehåller bestämmelser om rättsmedel dvs. det kommer inte att, såsom skett beträffande upphandling i den klassiska sektorn och i försörjningssektorerna, antas några särskilda rättsmedelsdirektiv. I den meningen kan försvarsdirektivet å ena sidan sägas vara mer komplett än de övriga upphandlingsdirektiven, samtidigt som det å andra sidan är mer ofullständigt eftersom det i flera avseenden hänvisar till bestämmelserna i de övriga upphandlingsdirektiven.

En annan betydelsefull, om än inte lika uppenbar, skillnad mellan försvarsdirektivet och de övriga upphandlingsdirektiven är att vissa bestämmelser som återfinns även i de övriga upphandlingsdirektiven har fått en något annorlunda, ibland mer detaljerad utformning, utan att någon skillnad i sak förefaller ha varit avsedd. För egen del har jag svårt att uppfatta detta på annat sätt än att gemenskapslagstiftaren dragit lärdom av erfarenheterna av de övriga direktivens

tillämpning och tagit tillfället i akt att i försvarsdirektivet ”rätta till” sådana formuleringar och detaljer som visat sig vara mindre lyckade eller vålla tolkningsproblem i de övriga direktiven. En intressant fråga som detta ger upphov till är emellertid om dessa justeringar i vissa förfarandebestämmelser m.m. i förhållande till motsvarande bestämmelser i de övriga direktiven kan tillmätas betydelse som tolkningsdata vid tolkning av de övriga upphandlingsdirektiven. Enkelt uttryckt kan det ifrågasättas om inte de i många avseenden bättre, och mer pedagogiska, beskrivningarna i det senare tillkomna försvarsdirektivet måhända skulle kunna anses gälla även för motsvarande bestämmelser i de övriga direktiven, i vart fall då det inte finns några mer uppenbara skäl, t.ex. hänsyn till försvarsområdets speciella karaktär, som talar emot en sådan tolkningsmetod. Oavsett hur det förhåller sig med de formella förutsättningarna för en sådan lagtolkning kan en ”smitoeffekt” av nu nämnt slag mellan försvarsdirektivet och övriga upphandlingsdirektiv enligt min mening inte uteslutas.

3.2 Informationssäkerhet och försörjningstrygghet

Förutom de ovan nämnda mer slående strukturella skillnaderna mellan försvarsdirektivet och de övriga upphandlingsdirektiven kan konstateras att två frågeställningar, av särskild vikt för försvarsupphandling, framträder tydligt i försvarsdirektivet. Det rör sig dels om bestämmelser om sekretess och hur de upphandlande myndigheterna (och i förekommande fall enheterna) skall kunna säkerställa tillräcklig informationssäkerhet, dels om försörjningstrygghet. Som exempel på detta kan nämnas att direktivet innehåller definitioner av, de för upphandlingsområdet helt nya, begreppen ”sekretessbelagd information”, ”utrustning, byggtreprenad och tjänster av känslig karaktär” och ”kris” samt detaljerade bestämmelser om möjligheterna att ställa krav avseende informationssäkerhet (se t.ex. artiklarna 22 och 42.1 (j)) och beträffande uteslutning av leverantörer som bevisligen inte uppfyller kraven på tillförlitlighet artikel 39.2 (e) samt försörjningstrygghet (se t.ex. artikel 23).

3.3 Inköpscentraler

En betydelsefull skillnad mellan försvarsdirektivet och övriga upphandlingsdirektiv gäller bestämmelserna om inköpscentraler.¹¹ Medan vid tillämpning av

¹¹ Se beträffande inköpscentraler se Pedersen, Fördelning av skadeståndsansvar vid samordnad offentlig upphandling, ERT 2004 s. 630, särskilt avsnitt 5. Det klassiska direktivets respektive försörjningsdirektivets bestämmelser om inköpscentraler har ännu inte införts i svensk rätt men sådana bestämmelser föreslås, i Ds 2009:30 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet m.m., införas med ikraftträdande den 1 juni 2010.

de övriga upphandlingsdirektiven endast upphandlande myndigheter tillåts agera inköpscentral är kretsen av potentiella inköpscentraler vid tillämpning av försvarsdirektivet betydligt vidare och omfattar, utöver upphandlande myndigheter, även upphandlande enheter och dessutom offentliga europeiska organ. Det senare av dessa begrepp är inte definierat i försvarsdirektivet, men exemplifieras i direktivets ingress beaktandesats 23 med angivande av Europeiska försvarsbyrån. Vidare framgår att en förutsättning för att ett offentlig europeiskt organ skall få agera inköpscentral är att det tillämpar upphandlingsförfaranden som överensstämmer med samtliga bestämmelser i försvarsdirektivet.

3.4 Särskilda undantag

Utöver de undantag från upphandlingsreglerna som framgår av det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet återfinns i artikel 13 i försvarsdirektivet ett antal särskilda undantagsfall för vilka direktivet inte skall tillämpas.

Dessa undantag rör, i korthet, kontrakt för vilka tillämpningen av direktivet skulle kräva att en medlemsstat tillhandahåller information vars avslöjande den anser strida mot dess väsentliga säkerhetsintressen, kontrakt som avser under rättelseverksamhet, vissa kontrakt som tilldelas inom ramen för samarbetsprogram rörande forskning och utveckling mellan minst två medlemsstater, kontrakt som tilldelas i tredje land när styrkor är stationerade utanför Europeiska unionens territorium och de operativa behoven medför att kontrakt måste ingås med leverantörer i det område där operationen genomförs samt vissa typer av kontrakt som en regering tilldelar en annan regering.

Gemensamt för dessa undantagsfall kan sägas vara att konkurrensutsatt upphandling, med hänsyn till säkerhets-, praktiska, eller ekonomiska aspekter, skulle vara olämplig.

3.5 Underentreprenad

Till skillnad från övriga upphandlingsdirektiv innehåller också försvarsdirektivet mycket detaljerade bestämmelser om underentreprenad. Det gäller dels bestämmelser som innebär att de upphandlande myndigheterna och enheterna har möjlighet att ställa långtgående krav på leverantörens underleverantörer, särskilt i fråga om informationssäkerhet (se t.ex. artikel 22), dels bestämmelser som innebär att en leverantör, vid tilldelning av underleverantörskontrakt, kan åläggas att tillämpa förfarandebestämmelser vilka påminner om de bestämmelser som den upphandlande myndighet eller enhet som tilldelat huvudkontraktet är skyldiga att tillämpa (se artiklarna 21.3 och 51–53). För de privata företag som genom upphandling i enlighet med försvarsdirektivet utses till leverantörer till upphandlande myndigheter respektive enheter kan de således bli fråga om

påtagliga ingrepp och begränsningar i möjligheterna att fritt välja sina underleverantörer.

3.6 Förfaranden

Huvudregeln är enligt försvarsdirektivet (artikel 25), i likhet med vad som gäller enligt försörjningsdirektivet, att selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering skall tillämpas. I förhållande till det klassiska direktivet framstår således försvarsdirektivets bestämmelser om val av förfarande som mer generösa än motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet. Noteras bör också att försvarsdirektivet, till skillnad från de övriga upphandlingsdirektiven, helt saknar bestämmelser om öppet förfarande.

Beträffande möjligheterna att, vid upphandling enligt försvarsdirektivet, använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering (artikel 28) kan konstateras att likheterna med framförallt det klassiska direktivet är stora. Två specialfall förtjänar dock att framhållas. Det gäller dels brådska som uppstått till följd av en kris, inbegripet krig eller annan väpnad konflikt, dels vissa fall av tilldelning av kontrakt avseende luft- eller sjöfartstransport av medlemsstaternas väpnade styrkor eller säkerhetsstyrkor.

I detta sammanhang bör också, även om det måhända i strikt mening inte är en fråga om förfarande, nämnas att ramavtal enligt bestämmelserna i försvarsdirektivet (artikel 29.2) i normalfallet får ha en löptid om maximalt sju år till skillnad från motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet (artikel 32.2) som anger en normal maximal löptid om fyra år och försörjningsdirektivet som överhuvudtaget inte innehåller någon begränsning av löptiden för ramavtal.

4. ÄNDRINGAR I ÖVRIGA UPPHANDLINGSDIREKTIV FÖRANLEDDA AV FÖRSVARSDIREKTIVET

Utöver att försvarsdirektivet innehåller bestämmelser för försvarsupphandlingar är det också, som framgår av direktivets fullständiga namn, ett ändringsdirektiv såtillvida att det medför införandet av en ny bestämmelse i försörjningsdirektivet och ändring av en befintlig bestämmelse i det klassiska direktivet.

I och med försvarsdirektivets ikraftträdande framgår numera av artikel 10 i det klassiska direktivet och artikel 22 a i försörjningsdirektivet att dessa direktiv inte skall tillämpas för kontrakt som omfattas av försvarsdirektivet, och inte heller för kontrakt som undantagits från försvarsdirektivet i enlighet med artiklarna 8 (om tröskelvärden), 12 (kontrakt som tilldelas i enlighet med internationella regler) och 13 (särskilda undantag) i försvarsdirektivet.

5. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Som angetts inledningsvis präglas försvarsområdet av speciella förutsättningar jämfört med flertalet andra verksamheter. Det faktum att ett särskilt direktiv för försvarsupphandlingar nu antagits bör därför inte uppfattas som att ”damm-luckorna öppnats” för sektorspecifik upphandlingslagstiftning. Däremot kan möjligen gemenskapslagstiftarens insikt om att det funnits ett behov av särskild reglering av försvarsupphandling ses som ett tecken på att upphandlingslagstiftningen nått en viss grad av mognad, såtillvida att systemet ”satt sig” och tillämpats praktiskt i så stor omfattning att kommissionen kunnat dra den empiriska slutsatsen att regelverket, i dess generella tappning, inte passar för försvarsupphandling.

Vidare kan försvarsdirektivet kanske också, i vissa av de delar där det skiljer sig från övriga upphandlingsdirektiv, ses som en föraning om vad som komma skall. Det ryktas nämligen att kommissionen har för avsikt att påbörja en revision av såväl det klassiska direktivet som försörjningsdirektivet och kanske kan vissa av de formuleringar som nu återfinns i försvarsdirektivet i framtiden återfinnas även i övriga upphandlingsdirektiv.

