
IPI – UPPHANDLING SOM HANDELSVAPEN

Erik Olsson*

1. FÖR INTE SÅ LÄNGE SEDAN

För tio år sen (eller är det kanske femton) fick jag en vackert inbunden engelsk översättning av den då gällande kinesiska upphandlingslagen i födelsedagspresent av min syster. Jag minns tydligt den kittlande känslan av något främmande och lite förbjudet när jag läste lagens tionde paragraf.

”Article 10 The government shall procure domestic goods, construction and services, except in one of the following situations:

(1) where the goods, construction or services needed are not available within the territory of the People’s Republic of China or, though available, cannot be acquired on reasonable commercial terms;

(2) where the items to be procured are for use abroad; and

(3) where otherwise provided for by other laws and administrative regulations.

The definitions for the domestic goods, construction or services mentioned in the preceding paragraph shall be applied in accordance with the relevant regulations of the State Council.”¹

Huvudregeln är att staten ska köpa inhemska varor, tjänster och byggtreprenader. Allt annat är ett undantag som måste motiveras.

Stöpt i en ”buy irish”-syn på upphandlingsrätten var det svårt för mig att ens föreställa mig ett upphandlingsregelverk som inte hade fri rörlighet som främsta och helt dominerande syfte.² Visst fanns det dem som med jämna mellanrum ville göra gällande att upphandling kunde användas för andra syften; miljö, sociala och arbetsrättsliga hänsyn, rent utav jämställdhet och tillgänglighetsarbete men om jag ska vara helt ärlig så betraktade de flesta upphandlingsrättare

* Erik Olsson, advokat och delägare vid Advokatfirman Kahn Pedersen KB.

¹ Den översättning jag har i min bokhylla hittar ni även här: <https://www.cecc.gov/resources/legal-provisions/government-procurement-law-chinese-and-english-text>.

² För den som är för ung för att vara bekant med denna referens var Buy Irish ett mål från EU-domstolen som tydliggjorde att alla former av initiativ från en medlemsstat som gick ut på att främja inhemska produkter är oförenliga med unionsrätten. Kommissionen mot Irland, mål 249/81.

denna typ av horisontella syften med ett ordentligt mått skepsis. Det var väl bra om upphandling kunde leda till en rättvisare och mer hållbar värld eller en bättre hushållning med skattemedel, men endast som en lycklig bieffekt av dess huvudsakliga syfte: fri rörlighet över gränserna. Det fanns en tydlig ”får vi bara fri rörlighet, så löser sig resten”-inställning hos mig, och vill jag påstå, de flesta unionsrättare. Det var så vi lärde oss unionsrätt på universitetet och det var också på detta sätt vi tillämpade rätten när vi sen kom ut i arbetslivet.

Min positiva syn på, eller möjligen naiva tillit till, fri rörlighet begränsade sig inte till unionen. Min vaga uppfattning om GATT och GPA var att i princip samma frihandelstänk som präglade unionsrätten, även gällde för stora delar av världen och att det bara var en tidsfråga innan de få stormakter som stod utanför skulle inse att priset för protektionism var allt för högt och snällt komma krypande till förhandlingsbordet.³ Europa skulle leda genom sitt exempel och det var fullständigt självklart för mig att Sveriges upphandlingslagstiftning inte skulle skilja på anbudsgivare från medlemsstater och anbudsgivare från resten av världen även om det i och för sig var rättsligt möjligt för medlemsstater att göra en sådan åtskillnad. Jag upplevde därför det mest som en kulturell kuriositet att Kina fortfarande hade en öppet protektionistisk upphandlingslagstiftning och förväntade mig väl att ett långsamt allt mer västerländskt Kina snart skulle ta efter det europeiska exemplet. I den variant av unionsrätt som man lärde ut på universitet under 2000-talets första årtionde fanns det definitivt en stor tilltro till frihandelns förmåga att påverka och öppna upp fjärran ekonomier och göra alla länder lite lagom liberala. I vart fall var det så jag uppfattade det.

Så här, under början av 2000-talets andra årtionde, kan väl konstateras att det, åtminstone på upphandlingsrättens område, inte har blivit så. Istället är det Europa som tar efter det Kinesiska exemplet när de första förslagen på en protektionistisk upphandlingslagstiftning långsamt, men samtidigt snabbare än någonsin, arbetar sig fram genom brysselbyråkratin. Men låt oss gå tillbaka till när det började.

2. IPI:S UTVECKLING

IPI, eller International Procurement Instrument, föreslogs av kommissionen först 2012 som ett sätt att sätta press på statsmakter i tredje land (läs Kina, och i något mindre utsträckning USA och Japan).⁴ Tanken var att helt enkelt tvinga dessa parter till förhandlingsbordet för att öppna upp sina upphandlingsmarknader genom att hota om att kunna utesluta dem från den europeiska.

³ GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) och GPA (General Procurement Agreement).

⁴ För en översikt av IPI:s tillkomstberättelse se [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649403/EPRS_BRI\(2020\)649403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649403/EPRS_BRI(2020)649403_EN.pdf).

2012 års förslag innehöll, lite förenklat, ett decentraliserat och ett centraliserat instrument för att sätta press på tredje land som inte släpper in europeiska företag i offentlig upphandling.⁵

Det decentraliserade instrumentet bestod i att en upphandlande myndighet skulle ha möjlighet att be EU-kommissionen om godkännande att få utesluta en tredjelandsanbudsgivare ur en upphandling, förutsatt att det totala kontraktsvärdet i upphandlingen uppgår till minst 5 miljoner euro. För att denna uteslutningsmöjlighet skulle kunna användas på en viss leverantör krävdes att minst 50 % av värdet av de varor och tjänster som leverantören offererade i upphandlingen kom från ett tredjeland som inte ger EU-länder tillgång till dess marknad för offentlig upphandling.

Det centraliserade instrumentet bestod i sin tur i att kommissionen kunde inleda en utredning avseende offentliga upphandlingar i ett tredje land som påståtts diskriminera leverantörer från EU i förhållande till inhemska leverantörer. Om kommissionen efter avslutad utredning fann att så var fallet skulle kommissionen kunna besluta om att antingen helt förbjuda leverantörer från det berörda landet från att delta i offentlig upphandling inom EU eller besluta om att sådana leverantörer, om de deltog i offentlig upphandling, skulle straffas med ett prispåslag på sitt anbudspris.

Flera länder, inte minst Sverige, ansåg emellertid att kommissionens förslag var allt för protektionistiskt och fruktade att förslaget, istället för att motivera tredje land att öppna upp sina upphandlingsmarknader, skulle leda till att dessa länder vidtog ytterligare handelshindrade motåtgärder. 2012 års förslag fastnade därför i ett politiskt dödläge och det var först 2016 som frågan kunde lyftas igen genom ett reviderat förslag från kommissionen.

Kommissionens reviderade förslag var i grund och botten en nerbantad version av 2012 års förslag.⁶ Det decentraliserade instrumentet hade helt slopats och för det centraliserade instrumentet förslog en serie viktiga begränsningar. Först och främst togs kommissionens möjlighet att besluta om att helt förbjuda leverantörer från ett tredje land att delta i offentlig upphandling bort. Kvar blev således endast möjligheten att besluta om ett prispåslag om upp till 20 % på berörda anbudsgivares anbudspriser. Även denna möjlighet begränsades med undantag för bland annat små och medelstora företag samt för varor och tjänster för de minst utvecklade länderna. Därtill skulle kommissionen för varje beslut om ett sådant prispåslag även besluta om eventuella begränsningar i dess

⁵ Se Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the access of third-country goods and services to the Union's internal market in public procurement and procedures supporting negotiations on access of Union goods and services to the public procurement markets of third countries, COM(2012) 124 final.

⁶ Se Amended proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the access of third-country goods and services to the Union's internal market in public procurement and procedures supporting negotiations on access of Union goods and services to the public procurement markets of third countries, COM(2016) 34 final.

tillämpningsområde. Kommissionen kan således besluta att det endast ska gälla för vissa särskilt angivna upphandlande myndigheter, endast över vissa tröskelvärden eller endast för vissa typer av upphandlingar.

Även om kommissionens förslag presenterades redan 2016 skulle det dröja till 2019 innan det politiska klimatet ändrats tillräckligt för att det skulle bli realistiskt för ministerrådet att ta upp förslaget till behandling. En tidigare blockerande minoritet, bestående av bland annat Tyskland, Frankrike och Spanien, indikerade plötsligt en större öppenhet för förslaget.⁷ Även Portugal har uttryckt en önskan om att kunna presentera ett förslag till IPI innan de lämnar över ordförandeskapet för ministerrådet till Slovenien i juli i år. Det framstår plötsligt som sannolikt att Europa kommer att besluta om protektionistiska upphandlingsregler, kanske så snart som under 2022. Det är svårt att skilja sig från känslan att upphandlingsrätten därmed lämnar en era för att gå in i en annan. Det känns inte som en överdrift att tala om ett paradigmskifte.

3. HUR KAN EN PROTEKTIONISTISK UPPHANDLINGSRÄTT KOMMA ATT TE SIG?

Det förslag som kommissionen har presenterat ter sig förhållandevis administrativt krångligt. Det är inte helt tydligt hur upphandlande myndigheter ska kunna identifiera vilka anbud som ska beröras av det aktuella prispåslaget. Förslaget innebär en skyldighet för myndigheter att efterfråga uppgifter om varorna och tjänsternas ursprung i de upphandlingar där ett prispåslag kan komma att aktualiseras, en typ av förfrågan som är mycket ovanlig i Sverige idag.

Om en myndighet skulle råka ingå avtal med ett företag som omfattas av påslaget utan att tillämpa ett prispåslag i utvärderingen ska ett sådant avtal anses ogiltigt. Med tanke på att det sannolikt kommer vara fråga om förhållandevis stora kontrakt är detta naturligtvis en allvarlig risk som berörda upphandlande myndigheter kommer att akta sig noga för. En av många oklarheter i sammanhanget är vad som händer om ett visst anbud innehåller mindre än 50 % varor och tjänster från ett land som berörs av regleringen men sen, under avtalstiden, kommer att "falla in" i regleringens tillämpningsområde, kanske för att myndigheten beställer fler av de berörda varorna och tjänsterna än vad som först förutsetts. Kommer det i så fall innebära att myndigheten exponerar sig för en risk för en ogiltighetstalan från en konkurrerande leverantör? Eller innebär regleringen till och med att avtalet ska betraktas som en nullitet, oaktat om en sådan talan väcks eller inte, så snart andelen berörda varor och tjänster överstiger 50 %? Har det vidare någon betydelse om myndigheten har varit i

⁷ [https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-balanced-and-progressive-trade-policy-to-harness-globalisation/file-international-procurement-instrument-\(ipi\)](https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-balanced-and-progressive-trade-policy-to-harness-globalisation/file-international-procurement-instrument-(ipi)).

ärlig villfarelse om varornas ursprung? Är det rimligt att en myndighet drabbas av ogiltighet i ett viktigt avtal även om leverantören ljugit för myndigheten och myndigheten inte har haft möjlighet att kontrollera faktiska förhållanden?

Oaktat dessa praktiska frågeställningar så kan jag inte undvika känslan av att införandet av denna typ av sanktioner i upphandlingsrätten, även om de nog kommer att upplevas som administrativt betungande, också kommer att öka allmänhetens förståelse och acceptans för det upphandlingsrättsliga regelverket. Där frihandel inte längre räcker som ideologisk grund för att sälja in det upphandlingsrättsliga regelverket till allmänheten kan tanken om att använda upphandlingsregelverket i Europas ekonomiska kapprustning med Kina och USA visa sig vara en mer effektivt talepunkt. Att vår tid är en tid där rädslan för tredjeland är en starkare motivator än solidariteten medlemsstaterna emellan. Som sagt, ett paradigmskifte.

