



Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

Till finansutskottet

Finansutskottet beslutade den 31 maj 2011 att ge försvarsutskottet tillfälle att senast den 25 augusti yttra sig över proposition 2010/11:150 *Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet* samt eventuella följdmotioner i de delar som berör försvarsutskottets beredningsområde.

Utskottets överväganden

Propositionen

Regeringens förslag

Direktivet om försvars- och säkerhetsupphandling ska genomföras genom en separat ny lag. Lagen ska ha samma struktur som lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF, och ska innehålla ett kapitel med regler för upphandlingar som inte eller endast delvis omfattas av direktivet.

Det nya direktivet omfattar samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet.

Regeringen gör bedömningen att försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet bör genomföras i en egen lag, så som föreslagits av utredningen och vunnit stöd av remissinstanserna.

Bakgrund till direktivet och lagförslagen

Försvarsmaterielmarknaden är – enligt regeringen – en av de mest reglerade och politiskt styrda marknaderna. Länder med egen industri investerar vanligtvis medel till utveckling och seriebeställningar för den inhemska industrin. Detta har även varit fallet i Sverige. Artikel 346 i fördraget om Europiska unionens funktionssätt (förkortat EUF-fördraget) ger EU:s medlemsstater möjlighet att, givet att de förutsättningar som beskrivs i artikeln är uppfyllda, göra vissa undantag inom bl.a. försvarsupphandlingsområdet från EU:s regelverk för att skydda väsentliga nationella säkerhetsintressen. Staterna har genom sitt agerande bidragit till den rådande marknadssituationen, men har å andra sidan även det avgörande inflytandet när det gäller att få till stånd en förändring.

Upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet måste ses mot bakgrund av deras specifika karaktär. Att garantera statens yttre säkerhet bl.a. genom dess nationella försvarsförmåga tillhör en stats absoluta kärnverksamhet. Ett lands försvar är en nationell angelägenhet, vilket bl.a. innebär att EU:s medlemsstater inte har något gemensamt försvar och att försvarsfrågorna inte är av överstatlig karaktär.

Samarbetet mellan medlemsstaterna inom det försvars- och säkerhetspolitiska området, t.ex. genom CSDP (Common Security and Defence Policy) och inom ramen för Europeiska försvarsbyrån (European Defence Agency, EDA), har ökat avsevärt de senaste åren. Detta samarbete är dock fortfarande mellanstatligt och innebär inte att medlemsstaterna gjort avkall på sin nationella suveränitet och oavhängighet i förhållande till EU. Samti-

dig finns det en europeisk samsyn i fråga om att såväl säkerhetspolitiska som försvarsindustriella utmaningar för Europa endast kan lösas i samverkan.

Regeringen framhåller att frågor om upphandling av varor och tjänster som rör försvar och säkerhet således, generellt sett, är svåra att hantera. Vidare gör sig ett antal speciella intressen gällande här, såsom t.ex. leverans- och informationssäkerhetsaspekter. Krav på leverans- eller försörjningstrygghet måste kunna ställas, så att försörjningen av viktiga produkter är säkrad såväl i fred som under höjd beredskap eller andra svåra förhållanden. Känslig information behöver kunna hanteras på ett korrekt och säkert sätt, och hänsyn måste också kunna tas till förtroendefulla bilaterala relationer i form av förpliktelser i säkerhetsskyddsavtal m.m.

Försvars- och säkerhetsupphandlingarnas särdrag beror således på kopplingen till de enskilda medlemsstaternas säkerhets- och försvarspolitik, men de är också en följd av speciella ekonomiska och tekniska faktorer. Allt detta sammantaget medför att reglerna i direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet), i direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) och i den svenska upphandlingslagstiftningen många gånger lämpar sig mindre väl för de upphandlingar som genomförs på området. Detta har också medfört ett behov av att kunna använda sig av bestämmelsen i artikel 346 i EUF-fördraget när förutsättningarna för detta är uppfyllda.

Den internationella utvecklingen av försvarsmateriel och utrustning för samhällets skydd och säkerhet domineras av ett begränsat antal stater och större företag. Amerikas förenta stater är t.ex. den aktör som gör de ojämförligt största satsningarna på forskning och utveckling. Dessa är större än de europeiska ländernas satsningar tillsammans. Inom Europa står Storbritannien, Frankrike, Tyskland, Italien och Spanien för de största satsningarna. Dessa länder har också betydande industriell anknytning till varandra.

Marknadens fortsatta utveckling ligger till stor del hos staterna som lagstiftare och som kunder. För att en konkurrenskraftig försvarsindustri ska behållas och utvecklas är det av central betydelse att åtgärder vidtas för att skapa likartade marknadsvillkor och en sund konkurrens. Rörelsen mot en öppnare och mer konkurrensutsatt marknad bör i den mån det bedöms vara möjligt göras gemensamt inom EU.

Den svenska politiska inriktningen

I enlighet med inriktningspropositionen för försvaret (prop. 2008/09:140, bet. 2008/09:FöU10) byggs Sveriges säkerhet solidariskt tillsammans med andra länder med gemensamma demokratiska värderingar. Vår säkerhet stärks genom förtroendeskapande åtgärder, genom gemensam krishantering samt genom aktiva och trovärdiga bidrag till nordisk, europeisk och global

säkerhet. Försvarsmaktens behov av materiel bestäms ytterst av krav på operativ förmåga i olika avseenden. Det är därigenom av synnerlig säkerhetspolitisk vikt att Sverige inom den utsatta tidsramen kan förse de svenska förbanden med den materiel som svarar mot uppställda krav på operativ förmåga. Det är sålunda ett väsentligt säkerhetsintresse att materieförsörjningen kan garanteras, i t.ex. samarbete med andra länder och organisationer. En fungerande gemensam inre marknad – även för försvars- och säkerhetsrelaterad materiel – är alltså i linje med Sveriges övergripande säkerhets- och försvarspolitiska inriktning.

Undantag med hänsyn till väsentliga säkerhetsintressen

Offentlig upphandling regleras genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet). Upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster regleras genom 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).

Genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF, har direktiven genomförts i svensk nationell rätt. I LOU regleras förfarandena m.m. för offentlig upphandling som görs av dels myndigheter, kommuner och landsting, dels bolag, föreningar, delägarförvaltningar, samfälligheter och stiftelser som tillgodoser ett behov i det allmänna intresse under förutsättning att behovet inte är av kommersiell eller industriell karaktär (offentligt styrda organ). I LUF regleras förfarandena m.m. för upphandling som görs av myndigheter och offentligt styrda organ, men också av dels företag vilka en myndighet har ett bestämmande inflytande över (offentliga företag), dels privata företag som bedriver verksamhet med stöd av särskilda rättigheter eller ensamrätt inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster.

Även upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet omfattas av dessa lagar. Upphandlingar på försvarsområdet som avser varor och tjänster vilka omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet faller dock utanför direktivens tillämpningsområde.

I ett tolkningsmeddelande (KOM(2006) 779 slutligt) uttalade sig kommissionen i december 2006 om tillämpningen av artikel 346 i EUF-fördraget på försvarsupphandlingsområdet. Syftet med tolkningsmeddelandet är, enligt kommissionen, att förebygga möjliga feltolkningar och missbruk av artikel 346 på försvarsupphandlingsområdet.

Därefter har kommissionen tagit initiativ till ett direktiv. Initiativets syfte var framför allt att skapa förutsättningar för upphandling av sådan materiel och sådana tjänster som är av så känslig natur att upphandling enligt det klassiska direktivet inte lämpar sig. Det förhållandet att upphandling på försvars- och säkerhetsområdet omfattas av det klassiska direktivet med dess formbundna förfaranden har, enligt kommissionen, medfört att undantagsmöjligheten i artikel 346 i EUF-fördraget har överutnyttjats i många medlemsstater.

Europaparlamentet och rådet antog den 13 juli 2009 ett direktiv (2009/81/EG) om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG.

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet omfattas av det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet. I direktiven finns emellertid på grund av försvars- och säkerhetsupphandlingars särskilda natur undantag från tillämpning av direktiven när det gäller dessa upphandlingar. Det mest aktuella i detta sammanhang är det undantag som kan göras med stöd av artikel 346 i EUF-fördraget.

EU-domstolen har i sin rättspraxis slagit fast att undantaget i artikel 346, liksom andra undantagsartiklar i fördraget, ska tolkas restriktivt samt att den medlemsstat som avser att tillämpa en undantagsartikel i fördraget ska ha till uppgift att bevisa att befrielsen inte går utöver gränserna för angivna förhållanden och att de undantag som görs är nödvändiga för att skydda väsentliga säkerhetsintressen.

När upphandlingen rör försvarsprodukter som vapen, ammunition och krigsmateriel kan den rättsliga grunden för att göra undantag från bestämmelsen i fördraget vara artikel 346.1 b, men utrymmet för undantag begränsas bl.a. genom begreppet ”väsentliga säkerhetsintressen” och den lista från 1958 som anges i punkt 2. Artikel 346.1 a gäller även utanför försvarsområdet och syftar i allmänhet till att skydda information som medlemsstaterna inte kan avslöja för någon utan att äventyra sina väsentliga säkerhetsintressen. Detta kan beröra offentlig upphandling av känslig materiel, på både försvars- och säkerhetsområdet.

Motionen

I motion 2010/11:Fi16 av Mikael Jansson och Johnny Skalin (båda SD) föreslås det (*yrkande 1*) att en försvarsindustristrategi ska upprättas där vi tydligt definierar våra säkerhetspolitiska intressen kopplade till särskilda kompetenser i fråga om tillverkning av eller handel med försvarsmateriel.

En svensk myndighet som upphandlar försvarsmateriel ska använda undantagsregeln i § 346 i EUF-fördraget på liknande sätt som andra medlemsländer som har viktig försvarsindustri (*yrkande 2*).

Vidare förordas (*yrkande 3*) att försörjningstryggheten ska genomsyra försvarsmaterieförsörjningen av vår Försvarsmakt.

Försvarets materielverk ska enligt motionärerna (*yrkande 4*) få egen möjlighet att besluta om upphandling upp till ett belopp om 30 miljoner kronor, att Försvarsmakten ska få egen möjlighet att besluta om upphandling upp till ett belopp om 30 miljoner kronor och att Försvarets radioanstalt ska få egen möjlighet att besluta om upphandling upp till ett belopp om 10 miljoner kronor.

Vidare föreslås (*yrkande 5*) att Sverige ska återta kravet på offset (motköp) i syftet att gynna svenska SME-företag.

Svenska myndigheter bör tilldela underleverantörer en god andel av kontraktet i syfte att ekonomiskt gynna viktiga innovationsföretag enligt rätten att göra så i artikel 21 punkt 4 i försvarsupphandlingsdirektivet (*yrkande 6*).

För att inte skadeavgiften ska bli för kännbar för medelstora företag bör delen som bygger på procent av kontraktet minska i jämförelse med regeringens förslag; som kompensation för detta kan takbeloppet höjas (*yrkande 7*).

Utskottets ställningstagande

Riksdagen har under senare år behandlat frågan om utvecklingen av EU:s regler för försvarsupphandling för att främja en mer konkurrenskraftig europeisk försvarsindustri och om marknadsvillkoren för svensk försvarsindustri (bet. 2008/09:FöU3, bet. 2008/09:FöU10). I propositionen 2008/09:140 *Ett användbart försvar* redovisade regeringen de nya principer som ska tillämpas för anskaffning av materiel till Försvarsmakten. Utskottet ställde sig i betänkande 2008/09:FöU10 *Försvarets inriktning* bakom principerna.

Frågan om försvarsindustrimarknadens reglering i Europa är av stor betydelse för i huvudsak ett fåtal länder, däribland Sverige. Försvarsindustrin har sedan decennier innehaft en central roll i svensk försvarspolitik. Efterkrigstidens neutralitetspolitik innebar krav på en stark försvarsmakt, vilken i sin tur förutsatte uppbyggnaden av en omfattande nationell försvarsindustri. Det kalla krigets slut och det på senare år förändrade säkerhetspolitiska landskapet har föranlett en omstrukturering också av försvarsindustrin i Sverige, som enligt utskottets mening är stark och konkurrenskraftig sett i ett europeiskt perspektiv.

Fri rörlighet av varor, tjänster, människor och kapital är grundstenar för den inre marknaden inom Europeiska unionen. Den offentliga upphandlingen ska ske i fri, öppen och sund konkurrens och med rättvisa marknadsförutsättningar. Detta gagnar i det långa loppet både företag och köpare. Dessa principer gäller även på försvarsområdet. Detta har omsatts i svensk rätt genom bl.a. lagen om offentlig upphandling.

Konkurrensupphandling gäller som princip även när vi upphandlar tjänster och materiel till Försvarsmakten. Sedan lång tid tillbaka har det emellertid funnits ett fördragsmässigt undantag från dessa regler just när det gäller upphandling inom försvarets område. Länderna har genom att anföra säkerhetspolitiska skäl kunnat göra avsteg från en konkurrensupphandling och rikta den till ett särskilt företag. Den öppna marknaden har därmed i dessa fall kunnat sättas ur spel.

Utskottet bedömer att det nu aktuella direktivet och lagförslagen främjar utvecklingen mot en mer öppen och fri marknad inom försvars- och säkerhetsområdet inom EU, än vad som för närvarande råder. En konkurrenskraftig industri behöver en väl fungerande marknad även på det försvarsindustriella området. En sådan marknad ger också tillgång på lika villkor, även för små och medelstora företag i Sverige. Utskottet välkomnar således arbetet för en öppnare och effektivare marknad för försvarsmateriel.

Sverige har i förhållande till landets storlek och försvar fortfarande en omfattande och kvalitativt framstående försvarsindustri. Huvuddelen av försvarsindustrins omsättning är exportrelaterad. Svenska staten och försvaret är numera inte den helt dominerande kunden. En öppnare och mer transparent marknad med lika, rättvisa och sunda konkurrensvillkor är därmed en fördel för – och inte ett hot mot – den svenska försvarsindustrin. Dessa företag kan genom de nya reglerna i stället nu komma att få tillgång till en marknad som hittills antingen i praktiken varit stängd, eller åtminstone i betydande omfattning, begränsad.

I Lissabonfördraget finns den ovannämnda undantagsregeln kvar i artikel 346 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, för att länderna även fortsättningsvis ska kunna skydda sina legitima väsentliga säkerhetsintressen.

Kommissionen har emellertid ansett att undantagsmöjligheten har överutnyttjats av många medlemsstater. En del länder synes t.o.m. regelmässigt ha riktat upphandlingarna inom försvarsområdet. Kommissionen har därför under många år drivit ett arbete för att skärpa tillämpningen av undantagsregeln för att ytterst stärka den europeiska försvarsindustrins konkurrenskraft.

Utskottet noterar i sammanhanget att den s.k. Försvarsstrukturutredningen i sitt betänkande (SOU 2011:36) *Forskning och utveckling samt försvarslogistik*, uppmärksammar införandet av försvarsupphandlingsdirektivet i svensk rätt. Utredningens betänkande remissbehandlas för närvarande. Utredningen anför bl.a. följande:

Möjligheten minskar att, med tillämpning av artikel 346 i EUF-fördraget, undanta försvarsupphandlingar från övriga bestämmelser i fördraget och de upphandlingsrättsliga direktiven. Upphandlingsrättsliga överväganden bedöms därför få en avsevärt mer framträdande roll i framtida upphandlingar inom försvarssektorn. Denna utveckling bedöms innebära att framtida försvarsupphandlingar måste i än högre grad vara noggrant kvalitetssäkrade, inte minst juridiskt, innan de genomförs.

Utredningen behandlar även frågan om handläggningstiderna i överprövningsmål och behovet av speciell kompetens i domstolarna för att inte försena upphandlingen. Utredningen anför:

De aktuella överprövningarna inom försvarssektorn rör upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet av bl.a. militär utrustning och utrustning av känslig karaktär. Den tidsutdräkt som en överprövning innebär kan medföra allvarliga konsekvenser för de militära förband som är beroende av tillgången på försvarsmateriel. Dessa mål borde därför vara föremål för en särskild, snabb och effektiv hantering. Onödiga överprövningar som dessutom tar lång tid att handlägga i domstolar, som innebär att upphandlingen inte kan slutföras, försämrar försvarets möjligheter att fullgöra sitt uppdrag. Behovet av skyndsamhet och särskild kompetens för dessa måltypen är alltså förhållandevis stort i förhållande till de behov som övriga måltypen har i dessa avseenden.

Försvarssamarbetet inom EU har under årens lopp fördjupats. Medlemsländernas försvar är emellertid fortfarande en rent nationell angelägenhet. Vi har därmed inte gjort avkall på vår suveränitet på området. Det finns därför goda skäl att även fortsättningsvis kunna tillvarata väsentliga nationella säkerhetsintressen när vi upphandlar materiel eller tjänster på försvars- och säkerhetsområdet. Under förutsättning att sådana skäl föreligger kan undantagsregeln i artikel 346 tillämpas.

I fortsättningen räcker det emellertid inte med att anföra dessa skäl; man bör också kunna styrka skälen och även kunna bevisa dem t.ex. inför kommissionen och i domstol. Det bör enligt utskottets mening inte falla enbart på varje enskild upphandlande myndighet att själv motivera vilka väsentliga säkerhetsintressen som ska förebäras för att kunna tillämpa undantaget.

Utskottet förutsätter att regeringen noga följer rättsutvecklingen av direktivet, även i andra länder inom EU, och informerar om denna, för att upphandlande myndigheter ska kunna göra korrekta bedömningar om när väsentliga svenska säkerhetsintressen föreligger och därmed kunna tillämpa undantagsregeln. Utskottet förutsätter vidare att regeringen i varje konkret situation noga analyserar huruvida svenska säkerhetsintressen motiverar att undantaget används. Utskottet vill på detta sätt understryka vikten av att regeringen säkerställer det svenska säkerhetsintresset.

Det är enligt utskottets bedömning nödvändigt – inte minst med anledning den fortsatta beredningen av Försvarsstrukturutredningens förslag – att i domstol kunna styrka motiven för ett undantag från huvudregeln. Om så inte sker finns det en risk att våra upphandlande myndigheter får ett svagt bevisläge i en eventuell rättstvist med risk för betydande skadestånd och försenade leveranser som följd. Detta kan i så fall få konsekvenser för krigsförbandens operativa effekt.

Utskottet anser det angeläget att det följs upp och utvärderas hur den nya lagen tillämpas av de upphandlande myndigheterna i Sverige och att man gör erfarenheter av hur upphandlingsdirektivet efterlevs av andra länder inom EU.

Utskottet övergår därmed till att behandla motion 2010/11:Fi16.

Mot bakgrund av vad utskottet ovan anfört bedömer utskottet att det som eftersträvas i yrkandena 1–3 till del kommer att tillgodoses och avstyrker därför dessa.

När det gäller förslaget om att återta kravet på offset (motköp) i yrkande 5 har utskottet behandlat frågan i betänkande 2008/09:FöU3 *Strategi för en konkurrenskraftig europeisk försvarsindustri*. Utskottet menade att s.k. offsetöverenskommelser som gäller kompensationsåtaganden i samband med försvarsmaterielaffärer kan ha en konkurrenssnedvridande effekt, och att de i längden bör avskaffas.

Utskottet har för närvarande inget att invända mot de beloppsgränser som föreslås i propositionen för försvarsmyndigheternas egna beslut om upphandlingar (yrkande 4). Det bör prövas i den uppföljning och utvärdering av lagen som bör komma till stånd, om dessa beloppsgränser är ändamålsenliga eller bör höjas.

I yrkande 6 vill motionärerna tilldela viktiga innovationsföretag del av kontrakten som underleverantörer. Den upphandlande myndigheten kan föreskriva att anbudsgivaren ska låta en viss andel av kontraktsvärdet gå till underleverantörer. Det är dock inte möjligt, som motionärerna synes eftersträva, att påverka vilka eller vilken typ av underleverantörer som anlitas. Det skulle kunna vara en konkurrensbegränsande åtgärd.

När det gäller frågan om upphandlingsskadestånd (yrkande 7) så är det inte företag som kan åläggas sådant skadestånd, utan endast de upphandlande myndigheterna.

Mot bakgrund av vad utskottet ovan anfört tillstyrker utskottet propositionen och avstyrker även yrkandena 4–7.

Stockholm den 22 juni 2011

På försvarsutskottets vägnar

Peter Hultqvist

Följande ledamöter har deltagit i beslutet: Peter Hultqvist (S), Cecilia Widegren (M), Hans Wallmark (M), Åsa Lindestam (S), Annicka Engblom (M), Peter Jeppsson (S), Anders Hansson (M), Eva Sonidsson (S), Allan Widman (FP), Clas-Göran Carlsson (S), Staffan Danielsson (C), Anna-Lena Sörenson (S), Peter Rådberg (MP), Mikael Jansson (SD), Torbjörn Björlund (V), Stefan Caplan (M) och Roland Utbult (KD).

Avvikande mening

Mikael Jansson (SD) anför:

En försvarsindustristrategi bör upprättas där vi tydligt definierar våra säkerhetspolitiska intressen kopplade till särskilda kompetenser i fråga om tillverkning av eller handel med försvarsmateriel.

En svensk myndighet som upphandlar försvarsmateriel bör använda undantagsregeln i 346 § i EUF-fördraget på liknande sätt som andra medlemsländer som har viktig försvarsindustri.

Försörjningstryggheten ska genomsyra försvarsmaterieförsörjningen av vår försvarsmakt.

Försvarets materielverk bör få egen möjlighet att besluta om upphandling upp till ett belopp om 30 miljoner kronor, Försvarsmakten ska få egen möjlighet att besluta om upphandling upp till ett belopp om 30 miljoner kronor och Försvarets radioanstalt ska få egen möjlighet att besluta om upphandling upp till ett belopp om 10 miljoner kronor.

Sverige ska återta kravet på offset (motköp) i syfte att gynna svenska SME-företag.

Svenska myndigheter bör tilldela underleverantörer en god andel av kontraktet i syfte att ekonomiskt gynna viktiga innovationsföretag enligt rätten att göra så i artikel 21 punkt 4 i försvarsupphandlingsdirektivet.

Jag tillstyrker yrkandena 1–6 i motionen.