

U 17/2008 rd

**Statsrådets skrivelse till Riksdagen om ett förslag till
Europaparlamentets och rådets direktiv (direktiv om försvars- och säkerhetsupphandling)**

I enlighet med 96 § 2 mom. i grundlagen översänds till riksdagen Europeiska gemenskapernas kommissions förslag av den 5 december 2007 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 samt en promemoria om förslaget.

Helsingfors den 30 april 2008

Försvarsminister *Jyri Häkämies*

Regeringsrådet Jouko Tuloisela

EU/2007/1797

FÖRSVARSMINISTERIET

PROMEMORIA

18.4.2008

FÖRSLAG TILL EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV OM SAMORDNING AV FÖRFARANDENA VID TILLDELNING AV VISSA OFFENTLIGA KONTRAKT FÖR BYGG- OCH ANLÄGGNINGSARBETEN, VAROR OCH TJÄNSTER PÅ FÖRSVARSMINISTERIETS OCH SÄKERHETSOMRÅDET

1. Allmänt

Europeiska gemenskapernas kommission har den 5 december 2007 offentliggjort ett s.k. försvarspaket, som innehåller ett meddelande om försvarsindustrin (KOM (2007) 764 slutligt) samt två lagstiftningsförslag (KOM (2007) 766 slutligt, KOM (2007) 765 slutligt). Syftet med försvarspaketet är att förbättra den europeiska försvarssektorns konkurrenskraft.

Det förslag till direktiv som gäller tilldelning av kontrakt på försvars- och säkerhetsområdet (KOM (2007) 766 slutligt) syftar till att ett nytt rättsligt instrument som har anpassats till dessa områdens särdrag ska tas i bruk. Syftet är att till medlemsstaternas förfogande ställa gemensamma regler som gäller offentlig upphandling, genom vilka det säkerställs både att principerna i EG:s grundfördrag följs och att särdragen i upphandlingen inom försvars- och säkerhetsområdet, såsom informationssäkerhet, leveranssäkerhet och förfarandenas flexibilitet, blir beaktade.

2. Förslagets huvudsakliga innehåll

Rättslig grund

Kommissionens direktivinitiativ baserar sig på artikel 95 i fördraget om upprättande av EG, där det bestäms om upprättandet av den inre marknaden. I beslutsfattandet följs det förfarande med kvalificerad majoritet och

medbeslutandeförfarandet om vilka bestäms i artikel 251 i EG-fördraget.

Dessutom sammanhänger direktivinitiativet centralt med artikel 296 i EG-fördraget. Artikel 296 är en undantagsartikel som generellt gäller fördraget. Artikeln gör det möjligt för medlemsländerna att när deras väsentliga säkerhetsintressen kräver det, om de så vill, göra ett undantag från gemenskapsregleringen. I artikeln har särskilt sådana åtgärder nämnts som hänför sig till handel med och tillverkning av vapen, ammunition och krigsmateriel.

Tema och tillämpningsområde

Till direktivets tillämpningsområde hör enligt förslaget de varor, tjänster och byggtreprenader inom försvarsområdet, där ett medlemsland i sin upphandling inte anser det nödvändigt att använda den möjlighet som artikel 296 ger att göra undantag från Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, nedan upphandlingsdirektivet. Utöver varor hör också reservdelar, underhåll samt testning av produkter till tillämpningsområdet.

Dessutom hör till tillämpningsområdet för direktivet enligt förslaget produkter och tjänster som gäller eller innehåller för EU:s eller dess medlemsländers säkerhet känslig information på de områden som gäller skydd mot terroristattacker eller organiserad brotts-

lighet, gränsskydd och krishanteringsoperationer.

Hittills har huvuddelen av den upphandling som försvarsmyndigheterna i medlemsländerna har gjort i praktiken ofta stått utanför reglerna för den inre marknaden på basis av artikel 296 i EG-fördraget. Artikel 296 är en undantagsregel och därför strider situationen enligt kommissionens åsikt mot EG-domstolens rättsfallspraxis, och storskalig användning av undantaget i medlemsländerna försvagar öppenheten på och utvecklandet av den europeiska försvarsmarknaden mellan medlemsländerna. Samma drag har också upptäckts vid upphandling av känsliga säkerhetsprodukter, vilka till en del ska tas med i tillämpningsområdet.

Ett skäl till den uppkomna situationen har varit att de nuvarande EG-upphandlingsdirektiven lämpar sig dåligt för upphandling inom försvarssektorn. Direktivet inriktas på ett område där ett medlemsland i sin upphandling inte anser sig behöva ett undantag enligt artikel 296 i EG-fördraget.

Frågan är en del av ett större utvecklingsinitiativ från kommissionen, vilket anknyter till en förbättring och effektivisering av den europeiska försvarsindustrins förhållanden (jfr det tidigare försvarsindustrimeddelandet 2003, grönboken om försvarsupphandling 2004, kommissionens tolkningsmeddelande 2006 om tillämpningen av artikel 296 på området för försvarsupphandlingar samt de övriga delarna av kommissionens försvarspaket som behandlas nu: strategin om försvarsindustrin och EU:s förslag till direktiv som reglerar överföring av försvarsrelaterade produkter inom gemenskapen).

Till en stor del har som grund vid kommissionens beredning använts upphandlingsdirektivet. Särdrag inom försvarssektorn är att föremålen för upphandlingen är komplicerade och känsliga.

Förslaget till direktiv innehåller utvecklingsförslag:

1) ett förhandlingsförfarande, i vilket ingår en anmälan som ska göras på förhand, kan användas utan begränsningar. Möjligheten ger flexibilitet eftersom man kan förhandla om alla detaljer i en komplicerad upphandling.

2) särskilda regler för informationsskyddet, genom vilka man strävar efter att säkerställa att det informationsmaterial som ska skyddas inte hamnar i obehöriga händer.

3) särskilda regler gällande försörjningssäkerheten genom vilka man eftersträvar att säkerställa att leveranserna sker i rätt tid i synnerhet i situationer med kriser eller väpnade konflikter. Dessutom finns vissa undantagsregler som gäller forsknings- och samprojekt, vilka är särskilt viktiga områden med tanke på utvecklandet av försvarssektorn och försvarsindustrin. Dessutom föreslås det att artikel 10 i upphandlingsdirektivet 2004/18/EG ska ändras.

Artikel 1 behandlar direktivets tillämpningsområde och grund för det ska vara den militärproduktförteckning som rådet fattade beslut om år 1958 (15.4.1958). Artikel 1 d definierar vad som ingår i de kontrakt som tilldelas inom säkerhetsområdet och vilka omfattas av tillämpningsområdet. Till denna del är det centrala villkoret den i upphandlingen ingående anknytningen till skyddandet av konfidentiell information. I artikeln sägs vidare att direktivet inte påverkar tillämpningen av artiklarna 30, 45, 46, 55 och 296 i EG-fördraget.

Artiklarna 6-7 behandlar tröskelvärden och beräkning av det uppskattade värdet av upphandlingen. I förslaget har man i varu- och tjänsteupphandlingen samt i byggentreprenaderna utgått ifrån motsvarande gränser som i det klassiska upphandlingsdirektivet (just nu är tröskelvärdena för varor och tjänster 133.000 euro och för entreprenader 5.150.000 euro).

Artikel 8 är central vid behandlingen av kontrakt som ska undantas från direktivets tillämpningsområde. Sådana är gemensam upphandling som flera länder företar eller en internationell organisations upphandling som baserar sig på ett särskilt förfarande.

Artikel 9 reglerar vissa särskilda undantag gällande upphandlingsfall, såsom vissa tjänstekontrakt och kontrakt som tilldelas i ett tredje land med lokala ekonomiska aktörer för insats av militära styrkor eller med anknytning till militära operationer.

Artikel 10 behandlar tekniska specifikationer. Frågan sammanhänger också med den för upphandlingen inom försvarssektorn cen-

trala kompatibiliteten och NATO-standarderna. I fråga om presentationen av alternativ (artikel 11) ingår i kommissionens förslag att en alternativ standard bör kunna erbjudas vid upphandling, om man känner till att det finns en sådan alternativ standard. Tillåtandet av alternativ beror på om den upphandlande enheten tillåter att alternativ förs fram i anbudsbegäran.

Artikel 12 behandlar underentreprenad och artikel 13 särskilda villkor för fullgörande av kontrakt.

Artikel 14 innehåller bestämmelser med anknytning till skyddandet av informations-säkerheten. I artikeln ingår en förteckning med exempel på vad man till denna del kan förutsätta i anbudet. Det är också fråga om på vilket stadium av upphandlingen frågan reds ut, i anbudsfasen eller tidigare. Ett medlemsland ska också kunna ställa andra villkor.

Artikel 15 behandlar beaktandet av leveranssäkerhet (försörjningstrygghet) i upphandlingen. Kommissionen har i arbetsgruppen preciserat ifrågavarande exempelförteckning. En anbudsgivare kan förutsättas bestyrka att anbudsgivarens leveranssäkerhet är i skick. Vad mekanismerna täcker och ett etappvis genomförande av dem bör övervägas. Ett medlemsland ska också kunna ställa andra villkor.

Artikel 16 behandlar beskattning, miljöskydd, anställningsskydd och arbetsvillkor.

Artikel 17 reglerar de tillämpliga upphandlingsförfarandena, vilka är selektivt förfarande, förhandlat förfarande med offentliggörande av meddelande om upphandling (18) och konkurrenspräglad dialog (19).

Artikel 20 räknar upp de fall som motiverar användning av det förhandlade förfarandet utan offentliggörande av meddelande om upphandling. Dylika fall är bl.a. brådska till följd av en krissituation eller väpnad konflikt, situationer där upphandlingen endast kan tilldelas en bestämd ekonomisk aktör till följd av ensamrätt eller av tekniska skäl, projekt som gäller forskning och produktutveckling under vissa förutsättningar eller kompletterande upphandling hos den ursprungliga leverantören, om byte av leverantör skulle medföra driftsinkompatibilitet för upphandlingsobjekten eller oproportionerliga svårigheter vid användning och underhåll. Kom-

missionen föreslår fem år som löptid för kontrakten, vilket medlemsländerna har ansett vara en kort tid. Dessutom ska till dessa fall också räknas handel mellan stater.

Artiklarna 22 och 23 behandlar förfaranden med meddelanden, artikel 24 tidsfrister, artikel 25 uppmaning till anbudsingivning, artikel 26 information till anbudssökande och anbudsgivare, artikel 27 regler för kommunikation, artikel 28 protokoll, artiklarna 29-33 urvalsförfaranden, artiklarna 34 och 35 standarder för kvalitetssäkring och miljöledning, artikel 36 kompletterande handlingar, artikel 37 tilldelningsgrunder, artikel 38 onormalt låga anbud, artiklarna 39 och 40 statistikkraV, artikel 41 rådgivande kommitté, artikel 42 revidering av tröskelvärden, artikel 43 ändringar, artikel 44 ändring av direktiv 2004/18/EG och artikel 45 införlivande.

3. Förslagets konsekvenser

3.1 Konsekvenser för lagstiftningen i Finland

Gällande lag om offentlig upphandling (348/2007), nedan upphandlingslagen, tillämpas enligt 7 § 1 och 2 punkten inte på

- upphandling som omfattas av sekretess eller vars genomförande förutsätter lagstadgade särskilda säkerhetsåtgärder, eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av centrala statliga säkerhetsintressen eller

- upphandling vars föremål huvudsakligen lämpar sig för militärt bruk.

Gränsdragningen gällande militära upphandlingar har i fråga om upphandling inom försvarsförvaltningen ankommit på försvarsministeriet. Försvarsministeriet meddelade ett beslut av allmän karaktär i saken år 1995. Den sist nämnda lagpunkten har tolkats så att civila produkter, såsom t.ex. livsmedel, av fordon personfordon inklusive lastbilar för landsvägstrafik, många partnerskapsprojekt, vanlig datorutrustning och t.ex. beväringarnas beklädnad (huvudsakligen) omfattas av konkurrensutsättning enligt upphandlingslagen.

Villkor som omfattas av sekretess eller förutsätter särskilda skyddsåtgärder har kunnat ansluta sig till exempel till tjänsteupphandling som hör till området för statens ägarpoli-

tik och vissa utredningar med anknytning till specialfinansiering av export. Centrala utslutande grunder med anknytning till statens säkerhet anknyter också till Försörjningsberedskapscentralens upphandling.

Eftersom det inte har ansetts vara en tillfredsställande situation inom försvarsmaterielupphandlingen att nationell reglering saknas, tillsatte försvarsministeriet den 10 april 2006 en arbetsgrupp som fick i uppdrag att i form av en regeringsproposition utarbeta en lag om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet samt upphandling som ska hemlighållas.

Om direktivet förverkligas i enlighet med förslaget måste den nationella finska lagstiftningen justeras. Det eventuella nya direktivet förutsätter förmodligen att upphandlingslagen kompletteras eftersom den hör till området för den inre marknaden. En helt egen specialfråga är ett eventuellt behov av reglering av vederlagskravet (motköp).

Informationssäkerheten regleras (jfr artikel 14) av lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet (588/2004). Också i fråga om denna lag är det möjligt att det behövs ändringar.

3.2 Ålands ställning

Enligt 27 § 27 punkten i självstyrelselagen för Åland (1144/1991) har riket lagstiftningsbehörighet i fråga om skjutvapen och skjutförnödenheter. Likaså har riket enligt 27 § 34 punkten lagstiftningsbehörighet i fråga om försvarsväsendet och gränsbevakningen.

3.3 Ekonomiska och andra konsekvenser

Kommissionen har gjort en konsekvensanalys av saken. I ett sammandrag av konsekvensanalysen har kommissionen specificerat olika handlingsalternativ och beslutat föreslå alternativet med ett direktiv.

I fråga om konsekvenserna är den nationella bedömningen preliminär, eftersom det på detta stadium ännu är svårt att bedöma hur vidsträckt det föreslagna direktivet kommer att tillämpas i fortsättningen. Bedömningen av de nationella konsekvenserna bör därför fortgå när behandlingen av det föreslagna direktivet framskrider.

Förslaget har konsekvenser för företagen. Det är dock svårt att på detta stadium säga hur stora de blir. Konsekvenserna för företagets konkurrenskraft måste identifieras i två riktningar, dvs å ena sidan i fråga om de finska försvars- och säkerhetsmyndigheternas upphandling på hemmamarknaden och å andra sidan i förhållande till de finska branschföretagens export inom EU.

Vad gäller tredje länder har föreningen för den europeiska försvarsindustrin (ASD) varit något oroad över att det eventuellt blir möjligt för företag i tredje länder att okontrollerat komma in på marknaden till följd av utvecklingen i riktning mot en öppen inre marknad inom EU. Upphandlingen inom försvarssektorn är dock huvudsakligen undantagen från WTO-skyldigheterna, och kommissionen har betonat att saken är beroende av medlemsländernas egna avgöranden. Mycket beror också på de andra utvecklingsåtgärder som följer med kommissionens försvarspaket.

Den försvarsindustri som är verksam inom landet är en viktig komponent för materialsäkerheten och försörjningssäkerheten. Öppenheten ger både direkta och indirekta positiva effekter på möjligheterna att delta också för små och medelstora industriföretag. Finland har många små och medelstora företag inom säkerhets- och försvarsområdet. Partiella i det nya ingående effekter som påverkar saken bedöms ha samband med att synergierna mellan försvars- och säkerhetsområdet förstärks. Utvecklingen går dock i denna riktning oberoende av författningsalternativ.

I fråga om hela försvarspaketet är det fråga om en stegvis realiserad integration på försvarets och säkerhetens område. Här hos oss tror man dock inte att den föreslagna regleringen får till stånd särskilt snabba förändringar i ländernas beteenden vad gäller öppenheten.

Finland är en jämförelsevis öppen konkurrensutsättare av sin upphandling också på det område som skyddas av artikel 296. I denna upphandling av försvarsmateriel har konkurrensutsättningarna gjorts utgående från EDA:s politiska konkurrensutsättningsprinciper och den finska upphandlingsregleringen. Det kan förmodas att de europeiska länderna också i fortsättningen kommer att ha

många förbehåll och skyddsbehov i sin upphandling inom försvarssektorn. Det kan emellertid förväntas att en del av försvarsförvaltningens upphandling som för närvarande bereds i kategorin försvarsmaterielupphandling under tidernas lopp i stället kommer att beredas med förfaranden enligt det nya direktivet.

Konsekvenser för myndigheternas verksamhet: behov av utbildning för upphandlande enheter vid övergången till den nya lagstiftningen. Särskild uppmärksamhet torde behövas för utarbetandet av begäran om anbud. Upprätthållandet av informationssäkerhet, såsom säkerhetsutredningar om okända företag, och kontroll av informationssäkerheten vid upphandling innebär mera uppgifter för myndigheterna och de upphandlande enheterna.

Miljökonsekvenser: Inga direkta miljökonsekvenser. I artiklarna finns vissa bestämmelser som gäller miljömärke.

4. Behandlingen av förslaget i Europeiska unionens institutioner

Behandlingen av förslaget till direktiv inleddes i rådsarbetsgruppen den 11 december 2007. I Europaparlamentet inleddes behandlingen av ärendet den 26 mars 2008 i utskottet för inre marknadsfrågor och konsumentskydd. Behandlingen av förslaget i unionens institutioner torde fortgå in på år 2009.

5. Nationell beredning

Förslaget till direktiv har sänts på remiss. Efter de utlåtanden som erhållits har förslaget behandlats i sektionen för konkurrensfrågor som lyder under kommittén för EU-ärenden den 31 mars 2008, i kommittén för EU-ärenden den 16 april 2008 samt i EU-ministerutskottet den 18 april 2008.

6. Statsrådets ståndpunkt

På en generell nivå understöder statsrådet att den europeiska marknaden inom försvars- och säkerhetssektorn fås att fungera bättre och att man går i riktning mot större öppenhet, med beaktande av särdragen i dessa upphandlingar. På en bättre fungerande marknad

kan den europeiska industrin inom försvarssektorn utvecklas. Statsrådet understöder att situationen för den europeiska försvarsindustrin förbättras med metoder som ser till helheten, inte bara med direktivändringar som gäller rättsakterna om upphandling. Kommissionen har tagit upp andra dylika utvecklingsinitiativ i ett meddelande om försvarsindustrin samtidigt med detta initiativ. Meddelandet behandlas i en separat promemoria.

Även om förslaget inte direkt påverkar tolkningen av artikel 296 i EG-fördraget, har det dock stor betydelse för i hur stor omfattning förfarandena i det föreslagna direktivet kommer att bli tillämpliga. Av detta skäl bör upphandlingsförfaranden skapas så att de fungerar så bra som möjligt och sektorns särdrag beaktas.

Tillämpningsområdet för det föreslagna direktivet (artikel 1) förblir oklart och det bör man försöka förtydliga vid behandlingen. Formuleringen enligt artikel 1 a innehåller en hänvisning till en produktförteckning från år 1958. Svårigheten med detta är att förteckningen aldrig har publicerats officiellt och att det finns flera olika versioner av den. Som ett alternativ har också en mera allmän hänvisning till artikel 296 i EG-fördraget varit uppe i arbetsgruppen. Artikel 1 i förslaget medför att tillämpningen blir beroende av medlemslandets tolkning. Medlemslandet ska från fall till fall bedöma om kriterierna i undantagsregeln i artikel 296 uppfylls, varvid förfarandena i upphandlingsdirektivet inte blir tillämpliga. Varje medlemsland ska själv bedöma saken med tanke på sina egna säkerhetsintressen. Det torde också vara nästan omöjligt att fastslå ett gemensamt tillämpningsområde för Europas länder, eftersom bedömningen görs per upphandling. Eventuellt kan riktlinjer för tillämpningsområdet på längre sikt dras upp med ledning av EG-domstolens rättspraxis som gynnar en allt snävtare användning av artikel 296. Även innehållet i den definition som föreslås för upphandling inom säkerhetsområdet bör förtydligas. På detta stadium har statsrådet inte någon slutlig ståndpunkt vad gäller tillämpningsområdet. Ståndpunkten preciseras när behandlingen framskrider.

När marknaden öppnas bör utgångspunkten vara verklig ömsesidighet. I EDAs politiska projekt om en uppförandekod, som genomfördes för en tid sedan, kunde det ses att öppnandet skedde endast delvis, i och med att ländernas praxis gällande öppenhet varierar. Finland bör inte vara det enda landet som öppnar sin marknad.

Statsrådet betonar hur viktig den nationella försörjningssäkerheten är. I anknytning till upphandling inom försvarssektorn är dessa arrangemang viktiga för oss. De arrangemang som föreslås i direktivet kan anses gå i rätt riktning. Länderna ska kunna ställa tilläggsvillkor för upphandlingen. I det fortsatta arbetet bör man försäkra sig om att de föreslagna förfarandena genomförs i etapper, att de är täckande och att de fungerar i praktiken.

Det föreslagna direktivet innehåller inga bestämmelser om rättsskyddsmedel och således kvarstår dessa i den nationella regleringen. Sedan tillämpningsområdet för direktivet blivit klarare kan man mera exakt fundera över lämpliga rättsskyddsmedel med beaktande av sektorns särdrag.

Om funktionsdugligheten i de arrangemang som gäller informationssäkerheten bör man försäkra sig på detta område av upphandling. Mekanismerna ska såvitt möjligt anpassas till existerande arrangemang i stället för att nya skapas. Länderna ska också kunna ställa tilläggsvillkor i sin upphandling. Man bör försäkra sig om att de föreslagna förfarandena genomförs i etapper, att de är täckande och att de fungerar i praktiken. Utvecklandet av artikelpunkten pågår ännu.

Motköp behandlas inte direkt i förslaget. Saken behandlas dock i kommissionens konsekvensanalys samt i meddelandet om försvarsindustrin. Kommissionen har kritiserat motköpsmekanismerna såsom olämpliga i samband med den inre marknaden och ansett dem vara en osund verksamhet också inom sektorn för försvarsupphandling. Användningen av motköp, dvs industriellt samarbete vid försvarsupphandling, är fortfarande viktig för Finland i betydande upphandling av försvarsmateriel (till värdet minst 10 miljo-

ner euro). På detta stadium kan Finland inte avstå från motköpsvillkoret. Det kan via sig problematiskt för Finland, ifall de nya direktivreglerna inskränker t.ex. möjligheterna att ställa en förpliktelse till direkt industriellt samarbete. Denna fråga sammanhänger med frågan om tillämpningsområdet. En kompletterande nationell reglering också i fråga om motköp måste redas ut som en potentiell möjlighet. En harmoniserande diskussion på detta tema t.ex. inom ramen för EDA är emellertid möjlig för Finland. Finlands ageranden i EDA och EU bör vara konsekventa.

Statsrådet anser att vid den fortsatta behandlingen av förslaget bör i synnerhet behoven inom sektorn för små och medelstora företag beaktas, eftersom sektorns inhemska industri till en stor del består av små och medelstora företag. Frågan hänför sig också till ställandet av tröskelvärden och till frågan om huruvida också underleveranserna bör öppnas för konkurrens, såsom det politiskt har överenskommit i EDA:s uppförandekod.

Statsrådet anser att det tröskelvärde som det bestäms om i direktivet bör vara 1.000.000 euro, dvs det samma som för närvarande i EDA:s uppförandekod för upphandling av försvarsutrustning. De föreslagna tröskelvärdena anser statsrådet vara för låga inom försvars- och säkerhetssektorn. Detta till sitt värde högre tröskelvärde har tagits upp som ett alternativ som framförts av flera länder i arbetsgruppen.

Statsrådet understöder den politiska öppenhet jämte anmälningsförfaranden som har skapats inom ramen för Europeiska försvarsbyrån och baserar sig på uppförandekoden för upphandling av försvarsutrustning (se statsrådets skrivelse E 92/2005 rd). EDA:s förfaranden för meddelande om upphandling, vilka baserar sig på uppförandekoden, bedöms bli bevarade till den del det är fråga om försvarsmateriel som lyder under artikel 296 i EG-fördraget. EDA:s anmälningsförfaranden får dock eventuellt en mindre roll när länderna i sinom tid kanske i större utsträckning börjar använda förfarandena enligt det nya direktivet.