



FÖRSVARSMAKTEN
HÖGKVARTERET
PROD OPS
Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 1 av 61

**Juridisk handledning
(2009)
till
Vägledning OPS
(2006)**



Innehållsförteckning

Sammanfattning	4
1 Läsanvisning	6
2 Att finna rätt kategori för OPS.....	6
3 Utkontraktering.....	7
3.1 Facility Management	7
3.2 Insatskontraktering.....	8
3.2.1 Force majeure relaterade risker för leverantören	8
3.2.2 Medborgare i uniform	9
3.2.3 Modeller som underlättar hanteringen av förändrade förutsättningar och behov...	9
3.3 Outsourcing.....	11
4 Alternativa finansieringslösningar	13
4.1 Leasing	13
4.2 PFI-lösningar.....	14
5 Partnerskapsliknande lösningar	16
5.1 Strategiska partnerskap	21
5.2 Projektallianser	21
6 Allmänna rättsliga överväganden	22
6.1 Tillåtet och otillåtet.....	22
6.2 Lämpligt och olämpligt.....	31
7 Arbetsflödets rättsliga överväganden.....	32
7.1 Definiera vad som ska göras	32
7.1.1 Funktionalitet	32
7.1.2 Kvalitet.....	33
7.1.3 Tid.....	33
7.2 Beskriv hur verksamheten bedrivs/kommer att bedrivs.....	35
7.3 Svara på frågan om vilka huvudmetoder som är användbara	35
7.3.1 Systemavgränsning av OPS-åtaganden.....	36
7.4 Beskriv hur insatsförmågan påverkas	36
7.4.1 Konfliktnivå	37
7.4.2 Geografi	38
7.4.3 Folk rätt.....	38
7.5 Beskriv hur regelverket påverkar möjligheterna.....	39



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum

2009-11-03

HKV beteckning

25 100:65081 (bilaga 3)

Sidan 3 av 61

7.6	Dokumentera förväntade effekter och syfte med en OPS-lösning.....	39
7.7	[Kartlägg kunskapsläget]	40
7.8	Analysera marknaden.....	40
7.9	Identifiera vilka som ska bedriva fortsatt arbete	41
7.10	[Klargör beslutsgång och tidskrav].....	42
7.11	Beräkna referenskostnad	42
7.12	Identifiera risker	44
7.13	Identifiera tredjepartsintäkter och andrahandsvärden	45
7.14	Möjlighet till återtagande	46
7.15	Kunskapsöverföringar	47
7.16	Identifiera IPR-frågor.....	47
7.17	Presentera plan för nyckelkompetens	47
7.18	SWOT-analys.....	48
7.19	Uppföljning, styrning och utvärdering.....	48
7.20	Beslut att gå vidare till upphandling via FMLOG och/eller FMV.....	48
8	Tillägg – Allmänt om myndigheters möjligheter att överlåta lös egendom (lösöre).....	50
9	Lagöversikt	58
10	Rättsfallsöversikt.....	59
11	Tolkningsmeddelanden	61



Sammanfattning

Den här juridiska handledningen utgör i sig en sammanfattning av rättsliga överväganden som måste göras vid användningen av Vägledning OPS. Det innebär att nedanstående punkter inte ersätter eller ens sammanfattar handledningen, utan endast belyser några av de där presenterade resultaten.

- Det finns inga legala hinder i direktiv, lagar, förordningar och rättspraxis, som hindrar ett OPS-inriktat arbetssätt, men sådana upphandlingar måste göras med stor skicklighet.
- Den myndighetspraxis som etablerats kring för hur lång tid ett avtal ska slutas enligt Lagen om offentlig upphandling styr inte för hur lång tid nya avtal ska slutas. Begränsande för detta torde däremot de konkurrensfrämjande principerna i EG-rätten vara. EG-rätten är dock flexibel och öppen för OPS.
- De folkrättsliga problemen med civila leverantörer till internationella insatser undanröjs genom att dubbelanställa den civila nyckelpersonalen i Försvarsmakten enligt OPS-avtalen.
- En strikt tillämpning av Vägledning OPS (2006) och det där beskrivna flödet för framtagning av beslutsunderlag (20-punktsprogrammet) möjliggör underhandskontakter med valfria delar av näringslivet fram till dess att ett eventuellt beslut om att gå vidare till upphandling fattats – en fördel som bör utnyttjas särskilt inför beslut om komplicerade OPS-lösningar.
- Kunskap gör en bra beställare. Kunskap om hur EG-rätten samt lagar och förordningar styr ger också möjligheten att hitta de affärsformer, som kan ge ett ändrat gränssnitt mot näringslivet och därmed utrymme för ett OPS-inriktat arbetssätt.
- För att vara användbara måste mallar för hur avtal ska utformas göras för små kategorier av OPS – skillnaderna mellan kategorierna är stora.
- Kunskap om författningar ger möjligheter att undvika förseningar och skadestånd vid OPS-upphandlingar samt att minimera kostnaderna för exempelvis avveckling av personal i samband med utkontraktering av verksamheter.
- Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling erbjuder bra verktyg för att optimera Försvarsmaktens OPS-arbete.
- Ett huvudverktyg för OPS är förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrens (4 kap. 2 §, 1 st. 2 och undantagsvis 3).



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 5 av 61

- För att kunna få bästa möjliga OPS-lösning i komplicerade fall, måste myndigheten finna vägar för att kompensera i upphandlingen deltagande parter för de delar av deras förslag, som Försvarsmakten vill tillämpa på OPS-lösningen också när upphandlingen vinnas av annan part.
- Arbetsrättens lagar och avtal ska ses som ett stöd för möjligheten att förändra verksamhetsformer och inte som ett hinder därför.
- För att inte förlora tid och för att produktionen inte ska påverkas negativt från det att ny OPS-verksamhet planeras till dess den tar över produktionsansvaret måste personalavvecklingen genomföras i samråd och samarbete med berörda arbetstagarorganisationer och personal, Trygghetsstiftelsen, andra myndigheter, OPS-partnern m.fl.
- För att hålla kostnaderna nere för en övergång av verksamhet i egen regi till OPS måste övergången koordineras i tiden, så att Försvarsmakten inte vid något tillfälle betalar dubbelt för samma nyttighet. Detta är ofta fullt möjligt och de tilläggskostnader det ibland medför (bonus o.d.) är i regel försumbart små jämfört med vinsterna.
- Ofta uppkommer frågan vid verksamhetsövergång i samband med OPS om viss egendom inte bör överföras till OPS-partnern. Överlåtelse av egendom kan ge mycket olika bokföringsmässiga konsekvenser för Försvarsmakten.
- Överlåtelse av egendom (t.ex. reservdelar) till OPS-partnern ska bara tillgripas då det är långsiktigt fördelaktigt för Försvarsmakten, andra alternativ till att förfoga över sådan egendom finns.
- Förhandlat förfarande med föregående annonsering är alltså användbart vid komplicerade upphandlingar av mer partnerskapsliknande slag.
- Det finns både PFI-lösningar som enbart kan genomföras med riksdagsbeslut och sådana som kan genomföras av myndigheterna, lite beroende på vad som läggs i begreppet.



1 Läsanvisning

Denna översikt avseende juridikens påverkan på Offentlig-Privat Samverkan (OPS) följer i huvudsak dispositionen och indelningen i OPS-kategorier i Vägledning OPS (2006). Därmed blir det lätt att samläsa dessa två dokument. Läses denna översikt isolerat framstår däremot dispositionen såsom svårbegriplig. Först beskrivs typiska juridiska problem i de olika OPS-kategorierna. Sedan ges en kunskapsbakgrund inför det konkretiserade arbetsflödet omfattande allmänna rättsliga överväganden, som de, som förbereder OPS-upplägg, bör vara medvetna om redan på ett tidigt stadium, så att inte arbetstid läggs på varianter, vilka sedan visar sig vara otillåtna eller olämpliga. Därefter kommenteras kortfattat, när så är påkallat, arbetsflödets moment ur juridisk synvinkel följt av en sammanfattning i form av slutsatser som punktsatser. Såsom ett särskilt tillägg följer sedan kapitlet Allmänt om myndigheters möjligheter att överlåta lös egendom (lösöre).

Översikten är sålunda i huvudsak skriven utifrån ett problemorienterat perspektiv och inte efter berörda rättsområden och dess regleringar. Det sistnämnda behövs naturligtvis också, men marknaden erbjuder allt fler sådana. I handeln finns en lättläst introduktion av Kristian Pedersen samt ett mer svårtillgängligt verk av Sue Arrowsmith.¹ Sålunda står inte de enskilda lagverken och avtalen i centrum i denna översikt, utan målet, att använda OPS för att effektivisera olika delar av Försvarsmaktens verksamhet. Lag och avtal framstår då inte bara som hinder för att uppnå önskade mål utan också som verktyg för att nå dit.

2 Att finna rätt kategori för OPS

OPS-området indelas i Vägledning OPS (2006) liksom följaktligen i denna översikt i a) utkontraktering, b) alternativa finansieringslösningar och c) partnerskapsliknande lösningar. En sådan indelning av OPS – liksom andra tänkbara indelningar – är, vilket är viktigt att komma ihåg, pedagogiskt motiverad; den ska hjälpa oss att identifiera områden som kräver vår fokus,

¹ Pedersen, Kristian *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*. Stockholm 2008; Arrowsmith, Sue *The law of public and utilities procurement*. Second edition. London 2007. Den senaste lagkommentaren, Setterlid, Rickard m.fl. *Offentlig upphandling. En kommentar*. 2008., är slut på förlaget, men en ny utgåva kommer i januari 2010. Tredje utgåvan av Arrowsmiths standardverk kommer i juni 2010.



orientera oss i mängden av dellösningar, hjälpa oss att hålla kvar syftet med OPS i det enskilda fallet.

När man förbereder en OPS-lösning bör man inte utgå från indelningen, utan utgå från syftet med OPS i det enskilda fallet, varvid det naturligtvis kan hända att man får låna in delar från flera av dessa tre OPS-kategorier. Såsom det uttrycks i vägledningen är en OPS-lösning sällan helt renodlad. Den lösning som tas fram i varje specifikt fall kan ofta vara en kombination av flera OPS-lösningar och alltså hämta karaktäristika från flera av de beskrivna kategorierna. I sådana fall bör naturligtvis denna översikt avseende juridikens påverkan på OPS också användas på motsvarande vis, det vill säga rättsliga tips och synpunkter inhämtas från respektive avsnitt.

För att indelningen i de tre huvudkategorierna och i dessas respektive underkategorier ska underlätta OPS-arbetet måste denna naturligtvis göras rätt. Ett ofta förekommande fel vid sådan kategoriindelning är att utgå från rubriker som åsatts OPS-lösningen i det enskilda fallet. Sådana rubriker kan nämligen vara missvisande. Därför bör man i stället utgå från substansen i den aktuella OPS-lösningen. Frågan vad är det här egentligen för slags upplägg kan vara till hjälp för att förstå vilken kategori det rör sig om. Motsvarande fel i kategoriindelningen kan också lätt uppkomma när man bestämt sig för att genomföra en OPS såsom en viss kategori, men under arbetets lopp utformar lösningen så att den faktiskt hör hemma i en annan kategori. Analysen av vad det är för upplägg måste alltså alltid basera sig på substansen och inte på rubrik eller bakomliggande tanke.

3 Utkontraktering

I vägledningen indelas utkontraktering i underkategorierna *facility management*, insatskontraktering och *outsourcing*. Precis som de tre huvudkategorierna kan behöva kombineras i det enskilda fallet kan kombinationer av underkategorier vara aktuella, såväl inbördes som med de andra huvudkategorierna. Förfarandet vid utkontraktering, alternativa finansieringslösningar och strategiska partnerskap är likartat på så vis att upphandlingen är komplicerad och måste ske i någon form av dialog med leverantörerna. Detta beskrivs i kapitel 5 under Strategiska partnerskap.

3.1 Facility Management

”Hård” facility management omfattar arbeten som utförs på den fysiska byggnaden/anläggningen (såsom byggarbeten) och ”mjuk” facility management omfattar arbeten för dess funktion (såsom bevakning, städning och IT-stöd). Utkontraktering i form av facility management har före-



kommit länge inom Försvarsmakten och har då gjorts utan egentlig OPS, det vill säga utan vare sig samverkan eller partnerskap. Allmänna handböcker, såsom hänvisats till i kapitel 1 Läsanvisning, räcker då för att åstadkomma ett gott resultat.

3.2 Insatskontraktering

Underkategorin insatskontraktering är ur rättslig synvinkel speciell, eftersom det till de vanliga upphandlingsfrågorna tillkommer frågor med anledning av att det upphandlade vanligen ska levereras utomlands och i regel i ett konfliktområde. Frågan vad vi vill uppnå med OPS i insatsområdet måste tillåtas få styra utformningen av OPS-lösningen i fråga. Lägsta pris är kanske inte självklart det mest eftersträvarvärda om det stör eller inte stöder andra mål. Är det goda relationer med lokalbefolkningen som eftersträvas, slagkraft hos insatsstyrkan eller att demonstrera hur affärer görs utan korruption?

Till den vanliga upphandlingsproblematiken tillkommer alltså frågor kring internationell avtalsrätt, folkrätt, force majeure relaterade frågor såsom avtalsbundenheten när det som efterfrågas börjar bli farligt att tillhandahålla för leverantören. Dessutom bör upphandlingen ske under förutsättningen, att förutsättningarna för upphandlingen kommer att förändras såväl under som efter själva upphandlingen. Hur detta kan göras diskuteras nedan under rubriken (3.2.3) Modeller som underlättar hanteringen av förändrade förutsättningar och behov.

Vid insatskontraktering är tillämplig lag beroende av om OPS-upphandlingen är en rent svensk angelägenhet eller inte. För det senare fallet kan särskilda upphandlingsförfaranden ha överenskommit i ett internationellt avtal med anknytning till stationering av militär personal, varvid LOU inte gäller (enligt dess 1 kap. 5 § 2 p.). Vid köp av lokala tjänster på plats utomlands blir inte svensk lag med automatik tillämplig. Detsamma gäller vid köp från internationella företag utomlands.

3.2.1 Force majeure relaterade risker för leverantören

Att leverera varor och tjänster i konflikt-, krigs- eller krisområden ställer lätt samma krav på leverantören som på de statliga enheter, som tränats för att kunna agera i sådana områden. Marknaden för sådana leverantörer är ännu mycket liten och således inte särskilt konkurrensutsatt. Det innebär att det kanske inte finns några besparingar att göra på att anlita civila leverantörer i sådana fall. För att ett tillräckligt stort antal leverantörer ska vara intresserade av att delta vid en upphandling, kan en säker bas eller nod upprättas, till vilken risken att leverera är normal för leverantörerna i fråga, från vilken bas eller nod svenska staten tar över ansvaret för fortsatt leverans in i riskområdet. Vid leverans av tjänster till det insatta förbandet (t.ex. reparationer och utspisning) är dock detta ofta omöjligt.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 9 av 61

3.2.2 Medborgare i uniform

För leverans av tjänster till utlandsstyrkorna uppstår som nämnts problem. Det kan bli farligt och det finns ofta inget alternativ till att utföra tjänsten i anslutning till utlandstruppen och materielen. Såsom även diskuteras nedan under 7.4.1-2 är den bästa lösningen mycket enkel; nämligen att tidsbegränsat anställa de civila leverantörernas nyckelpersonal för att lösa leveranser av tjänster. Förutsättningen är att man vid upphandlingen av tjänsten i Sverige avtalat med leverantörerna om att de som arbetsgivare medger, att Försvarsmakten senare parallellanställer deras nyckelpersonal om behov uppstår att använda dem vid internationella insatser och om de samtycker därtill. Försvarsmakten kunde ge dem tidsbegränsade anställningar som militär personal samtidigt som de behåller sina civila anställningar och löneförmåner. Företaget skulle då fortsätta fullfölja sitt OPS-åtagande enligt det upphandlade kontraktet och de tillfälligt försvarsanställda skulle fungera i båda rollerna. Lösningen är även folkrättsligt mer tilltalande, än att ha privata företag i strids- och konfliktområden. Dessutom utpekas därmed heller inte dessa företag på samma sätt som mål för terrorattacker i Sverige och i andra länder utanför konfliktområdet, där de har sin ordinarie verksamhet. Används lösningen för tillfälliga arbetsuppgifter i insatsområdet, exempelvis vissa reparationer och visst underhåll, utgör begränsningar av personalens antal i mandatet ett mindre problem. Vid beslut om användning av dubbelanställd personal för mer varaktiga arbetsuppgifter, till exempel förplägnad, måste hänsyn tas till att mandatet för hela insatsen kan stipulera ett visst antal militär personal, vari den dubbelanställda personalen rimligen måste inräknas.

3.2.3 Modeller som underlättar hanteringen av förändrade förutsättningar och behov

Vid insikt om att förutsättningarna för upphandlingen förmodligen kommer att förändras under eller efter själva upphandlingen bör kund och leverantör göra avtalet så flexibelt, att kunden får det den för stunden behöver, d.v.s. kanske både mer, mindre och annat än det som direkt var föremål för upphandling, något som naturligtvis är svårt att göra som en normal upphandling enligt LOU, men aktualiserar lösningar såsom ramavtal, partnerskap och liknande avtal där avtalsinnehållet ankommer på framtida händelser.

Ramavtal kan vara av tre olika slag och är numera behandlade i 5 kap. LOU. Ett slag är ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare anskaffningar på grund av ramavtalet och som är ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet och som alltså kan betraktas som upphandlingskontrakt (bindande ramavtal). Ett annat är ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av enskilda kontrakt, men som inte är ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet (ej bindande ramavtal). Ett ytterligare slag är ramavtal som inte innehåller samtliga villkor för



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 10 av 61

senare tilldelning av enskilda kontrakt. I det fallet görs en förnyad konkurrensutsättning där pris och i tillämpliga fall uppskattad kvantitet utgör villkor för tilldelning av kontrakt.²

Ett sätt att åstadkomma maximal flexibilitet vid insatskontraktering är att utnyttja (de lagliga) möjligheterna till att kringgå de konkurrensfrämjande regler i LOU, som innebär att upphandlingarna måste ta viss tid. Förvarsundantaget och säkerhetsundantaget omfattar såväl upphandling som i lag delegerats till viss myndighet (av riksdagen i lag – LOU – eller av regeringen i förordning), som upphandling där regeringen i enskilda fall beslutar att alla LOU:s regler inte behöver följas (15 kap 22 §). Förvarsundantaget framgår av LOU 1 kap. 2 § 2 st. 3-4 pp. samt 15 kap. 22 § och avser försvarsprodukter utan civil användning (upphandlingsdirektivets³ artikel 10 och LOU 1 kap. 2 §).

Försvarets materielverk får exempelvis (enligt 1 kap. 2 § 2 st. 3-4 och 15 kap. 22 § 3 st. LOU) vid upphandling på försvarsområdet som avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget (Romfördraget, Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen), d.v.s. vid upphandlingar av försvarsprodukter och försvarstjänster utan civil användning, eller omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet, besluta om undantag från bestämmelserna om annonsering enligt 15 kap. om upphandlingen har ett värde som understiger 25 000 000 kronor. Vidare får enligt här gjord tolkning (som inte har direkt stöd i Eskil Nords kommentar till LOU 15 kap. 22 § i Karnov, men väl stöd i lagtexten) regeringen överlåta till FMV att också i andra fall själv besluta om undantag från bestämmelserna om annonsering i 15 kap. samt i övrigt från bestämmelserna i samma kapitel som är nödvändiga med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen. Regeringen får också enligt samma lagrum, 15 kap. 22 §, överlåta till Försvarmakten (FMLOG) att själv besluta om sådana undantag.

Ett annat sätt att åstadkomma stor flexibilitet är att tillämpa reglerna om förenklat förfarande eller urvalsförfarande i LOU 15 kap. Detta är möjligt vid upphandling understigande nu gällande tröskelvärden (se regeringens Tillkännagivande (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling). För varor, som anges vara med på listan som publicerats i Tillkännagivande (2007:1108) av de försvarsprodukter som avses i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, och för tjänster som upphandlas av FMV eller Försvarmakten (liksom av andra centrala statliga upphandlande myndigheter) är värdet 1 233 901 kr eller 133 000 euro. För varor som inte anges vara med på denna lista är tröskelvärdet 206 000 euro eller 1 911 155 kronor. För byggentreprenader är värdet 47 778 869 kr eller 5 150 000 euro. För varor och tjänster som upphandlas av

² Proposition 2006/07:128 s. 304-305 och 157-180.

³ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 11 av 61

upphandlande enheter enligt försörjningslagen (Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster) är värdet 3 822 309 kr eller 412 000 euro och för byggtreprenader 47 778 869 kr eller 5 150 000 euro. Nämda belopp är angivna exklusive mervärdesskatt.

Insatskontraktering kan sålunda ibland med fördel göras enligt 1 kap. 2 § LOU med endast stöd av 15 och 16 kap. samma lag i fråga om offentlig upphandling som

1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster)⁴, eller som
2. avser andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen, eller som
3. görs på försvarsområdet och som avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget, vilket diskuteras mer principiellt nedan i avsnitt 6.1 Tillåtet och otillåtet, efter punkt 9, eller som (mindre vanligt)
4. omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet.

3.3 Outsourcing

När en existerande verksamhet ”outsourcas med personal och allt” eller bolagiseras är det vanligt att det bland tillgångarna som staten avhänder sig också ingår pågående uppdrag. Ofta är dessa pågående uppdrag grunden för att personalen vågar ta över verksamheten respektive att ett privat bolag vågar göra det. Ett företags värde ligger ofta i orderstocken. Ur statens perspektiv handlar det då om ett leverantörsbyte, det som tidigare gjordes i egen regi upphandlas nu från ett privat rättssubjekt. Det kan alltså hända att beställningarna inte kan ligga kvar utan fordrar en ny offentlig upphandling. Självfallet försvårar detta outsourcingen, men behöver inte hindra den om det blott i tillräckligt god tid planeras för detta. Ofta kan det dock vara så, att det finns många goda konkurrerande leverantörer till det som outsourcats, och då är det svårt att i förväg förutse vem som vinner upphandlingen. Om en försvarsmyndighet överläter en verkstad med lokaler, utrustning och beställningar och därvid garanterar att köparen får beställningarna är detta en offentlig upphandling och måste därför också göras som en sådan.⁵

Personalövergångsproblematiken kommenteras nedan i avsnitt 7.11, Beräkna referenskostnad, till vilket avsnitt här hänvisas, för att inte i onödan splittra framställningen.

Materielövergångsproblematiken är även den betydande. Försvarsmakten har stora lager av reservdelar samt även utrustning för underhåll av materielen. Vid outsourcing är det ofta

⁴ B-tjänster är hotell- och restaurangtjänster, transporttjänster, juridiska tjänster, rekryteringstjänster, spanings- och säkerhetstjänster, undervisnings- och yrkesutbildningstjänster, hälsovård- och socialtjänster, fritids-, idrotts- och kulturtjänster, samt övriga tjänster med undantag för vissa radio- och TV-programtjänster.

⁵ Jämför notisfallet RÅ 1998 not. 44 om hur ett landsting till ett bolag överlät en tvätterirörelse med tillhörande lokaler, maskiner och tvättavtal och garanterade att det skulle köpa tvätttjänster av bolaget.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 12 av 61

gynnsamt att låta den nya leverantören disponera över relevanta delar av materielen. Myndigheters möjlighet att sälja lös egendom och hur denna ska bokföras är sålunda ofta centralt inför beslut om eventuell outsourcing. Om exempelvis reservmaterielleverantören köper inventarierna, får Försvarsmakten en kostnad för avskrivningarna. Om leverantören däremot disponerar Försvarsmaktens inventarier utan att äga dem, uppstår inte denna kostnad.

Försäljning av statlig egendom till en OPS-partner är dels ett rättsligt problem — vad Försvarsmakten får göra själva och vad regeringen (eller i extremfallet riksdagen) måste hjälpa den med, dels möjligen ett ekonomiskt problem eller en budgetmöjlighet — vad Försvarsmakten “har råd” att göra utan hjälp av regering (och ev. riksdag). Försäljningen kan dels ske separat, dels vara inbakad i OPS-upphandlingen. I det senare fallet är det enklare om egendomen är sådan att upphandlande myndighet, dvs. Försvarsmakten, själv får stå för försäljningen. Såsom nedan visas, kan det dock finnas budgetmässiga skäl till att i vissa fall hålla upphandlingen och försäljningen separata, nämligen om och när Försvarsmakten får tillgodogöra sig köpeskillingen. Det vore dock olyckligt om risken för bokföringsmässiga förluster och bokföringsmässiga vinster tilläts ha inverkan på beslut, huruvida viss verksamhet ska bedrivas som OPS eller inte. Bokföring ska vara ett hjälpmedel för att förstå och leda verksamhet, inte något som i stället för verksamhetsmålen styr verksamheten. De bokföringsmässiga kostnader respektive intäkter som här kan uppstå vid avhändandet av statlig egendom är inte reella i den mening, att de beror på ofullständigheter i bokföringssystemet. Det är viktigt att ha i minnet, att oavsett vad bokföringen indikerar blir staten varken rikare eller fattigare av försäljningar av dess egendom till marknadspris. Eftersom Försvarsmaktens lösa egendom torde vara bokförd på olika vis ska jag här ge en liten översikt över möjliga konsekvenser.

Invärdering av delar av de statliga myndigheternas egendom ägde rum 1993 och några år senare kom en del invärderad egendom att lånefinansieras. Allt detta gjordes något olika för olika myndigheter. När sedan olika lager av lös egendom skulle avvecklas har frågan om egendomen lånefinansierats eller inte lånefinansierats blivit en av de viktigaste faktorerna som styr vilka konsekvenser en försäljning till ett pris understigande det belånade (och vanligen också bokförda) värdet får för myndigheten. I vad mån för OPS aktuell egendom tillhörande Försvarsmakten invärderats och eventuellt också lånefinansieras måste fastställas (utredas). Om sådan egendom efter invärderingen i samband med övergången till den nya redovisningsmodellen också lånefinansierats, kan en överlåtelse komma att medföra en avräkning från försvarsanslaget i stället för en för Försvarsmakten problemfri nedskrivning av statskapitalet (kapitalförändring i balansräkningen). Enligt uppgift finns också mycket lös egendom utan åsatt bokföringsvärde inom Försvarsmakten, varvid en försäljning bokföringsmässigt bara får positiva konsekvenser. Med andra ord avgör bokföringen om försäljningen blir en kostnad för Försvarsmakten som



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 13 av 61

måste finansieras inom budgetanslaget eller om det blir en intäkt som myndigheten får disponera över (eller om resultatet blir något mer ekonomiskt neutralt).

Regeringen får besluta om försäljning på marknadsmässig grund, och om så behövs av särskilda skäl frånga affärsmässigheten och sälja på annan grund. Men även om staten säljer till marknadsvärde och regeringen på den grunden inte hindras att fatta beslut om försäljningen, uppträder ofta för myndigheterna besvärande eller gynnsamma konsekvenser beroende på den statliga bokföringen.

Finner Försvarsmakten att fördelarna med att behålla äganderätten till egendomen överväger fördelarna vid en försäljning, ska detta inte ses som ett hinder för OPS. Egendom kan utlånas till privata subjekt med i avtal reglerad förfoganderätt. Förvaringsavtal kan upprättas liksom hyresavtal. Vid avgörandet vad som är mest gynnsamt för myndigheten bör framtida kostnader och intäkter för framtida avveckling (skrotning) beaktas.

En mer ingående översikt över myndigheters möjligheter att överlåta lös egendom (lösöre) och konsekvenserna därav återfinns i kapitel 8, Tillägg – Allmänt om myndigheters möjligheter att överlåta lös egendom (lösöre), nedan.

4 Alternativa finansieringslösningar

4.1 Leasing

Vägledningen definierar leasing – finansiell leasing och operationell leasing – i såväl ekonomiska som rättsliga termer. Rättsligt sett är det fråga om hyra av lös egendom, hyrköp eller köp. Leasing är tillåtet inom Försvarsmakten i vissa fall när det entydigt handlar om operationell leasing.⁶ I ett försök att klargöra⁷ vad som är finansiell och vad som är operationell leasing har

⁶ Allmänt gäller enligt Kapitalförsörjningsförordningen (1996:1188) att avtal om hyra eller hyrköp (leasing) får träffas under förutsättning att det, sett över hela den ekonomiska livslängden, leder till en lägre kostnad för staten än anskaffning genom köp (12 §). Försvarsmakten tillåter dock bara som nämnts så kallad operationell leasing, se Handbok Ekonomi 2009 kapitel 9-5, ss. 137f. med exempel från Redovisningsrådet på situationer som indikerar att ett finansiellt (för FM otillåtet) leasingavtal föreligger. Ekonomistyrningsverkets allmänna råd (jämför not 8) till 12 § tycks ligga till grund för detta beslut: När den planerade användningstiden sammanfaller med hela den förväntade ekonomiska livslängden, t.ex. vid finansiell leasing, blir leasing av utrustning i regel dyrare än köp för staten. Om



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum

2009-11-03

HKV beteckning

25 100:65081 (bilaga 3)

Sidan 14 av 61

Arbetsgrupp OPS i Vägledningen gjort följande definition av operationell leasing: Vid operationell leasing så överförs inte risken för förnödenheten/anläggningen till Försvarsmakten utan stannar kvar hos leasegivaren. Definitionen är problematisk såtillvida att leasingformer som inte är finansiella men som överför risken för förnödenheten/anläggningen till Försvarsmakten framstår såsom en tredje för Försvarsmakten tillåten leasingform, vilken dock saknar definition. Vid hyra är det inte ovanligt att risken för förnödenheten/anläggningen övergår på hyrestagaren – en lämplig och därför ofta använd princip är att låta den stå för risken som har bäst möjlighet att kontrollera denna. Att låta uthyraren stå risken för egendom som ska användas militärt innebär ofta att denna kräver eller tar en mycket hög riskpremie för denna riskfördelning. Den i Vägledningen citerade motsatsdefinitionen, att *ett leasingavtal som inte är ett finansiellt leasingavtal är ett operationellt leasingavtal* är således betydligt mer användbart för att finna goda OPS-lösningar med operationell leasing.

4.2 PFI-lösningar

PFI-lösningar för försvarsändamål påstås än vara tillåtna, än vara otillåtna. Allt beror på vad man lägger i lösningen och vem som fattar beslutet. Kapitalförsörjningsförordningens regler i 10 § om finansiering av infrastruktur och Ekonomistyrningsverkets allmänna råd⁸ därtill med jämställelse av krigsmateriel med infrastruktur inskränker området för tillåtna PFI-lösningar till sådana som Riksdagen beslutar om samt sådana som inte är att anse som krigsmateriel eller infrastrukturell anläggningstillgång. Generellt sett är naturligtvis extern finansiering gällande hur en leverantör finansierar ett OPS-projekt i en upphandling av tjänster till staten inte problematiskt. Problem uppstår inte för staten p.g.a. en leverantörs privata finansiering; problem kan däremot uppstå när staten går in och finansierar leverantören (i annan form än som betalning för tjänsten/produkten). Det man med lagstiftningen vill komma åt är otillbörligt gynnande av någon med allmänna medel samt korruption. Offentlig upphandling syftar just till och är konstruerat för att undvika detta.

myndigheten har möjlighet att köpa utrustningen, t.ex. genom att ta upp lån i Riksgäldskontoret, torde det oftast även för myndigheten vara ekonomiskt mer fördelaktigt än att leasa den. I dessa fall bör utrustningen därför köpas. Leasingalternativet kan dock vara fördelaktigt för staten när behovet av utrustning är begränsat i tiden. Leasing bör användas endast om fördelarna är uppenbara.

⁷ En lämplig grund för klassificering av olika leasingtyper utgör Leasingutredningens slutbetänkande SOU 1994:20 Finansiell leasing av lös egendom. Stockholm 1994. Viss vägledning kan även hämtas i Göran Millqvists doktorsavhandling Finansiell leasing. Om det finansiella leasingavtalets civilrättsliga innebörd och reglering. Lund 1986.

⁸ Allmänna råd är inte direkt bindande utan utgör en myndighets generella rekommendationer om tillämpningen av viss författning (lag, förordning eller föreskrift); hur någon kan eller bör handla i ett visst hänseende.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 15 av 61

Anslag över statsbudgeten borde utgöra ett huvudalternativ till privatfinansierad OPS. Det finns starka demokrati- och transparensaspekter som talar därför.

Lånefinansiering innebär att investeringen finansieras med lån från Riksgäldskontoret eller med lån från den privata marknaden med statlig lånegaranti. Lånen med ränta återbetalas sedan med anslagsmedel över en förutbestämd tidsperiod, som inte ska överstiga den ekonomiska livslängden på investeringen. (Huvudregeln var ju att infrastruktur och krigsmateriel finansieras med anslag, 10 § Kapitalförsörjningsförordning (1996:1188). Här utnyttjar Riksdagen sålunda sin finansieringsmakt direkt.) Arbetsgruppen bakom rapporten Alternativ finansiering genom partnerskap – Ett nytt sätt att finansiera investeringar i vägar och järnvägar, Ds 2000:65, räknade ut lånefinansiering, eftersom man menade att denna inte ger samma effektivitetsvinster som OPS där finansieringen också ligger på den privata sidan. Lånefinansiering har hittills använts vid större projekt efter särskilt riksdagsbeslut. Att riksdagen kan vara välvillig till att efter åratals diskussioner lånefinansiera Botniabanan för att lösa ett politiskt dilemma betyder inte nödvändigtvis att Försvarmakten kan påräkna samma intresse för vare sig nyanskaffningar eller avvecklingskostnader.

Det andra huvudalternativet är att den privata leverantören lånefinansierar sin insats (som sedan staten sakta återbetalar i form av hyra, avgifter eller motsvarande). Allmänt sett behöver långgivaren säkerhet och denna kan vanligen fås i rätten till det som levereras eller rätten till ersättning för det som levereras. Rätten till det som levereras är inte alltid värd någonting vid leverans till Försvarmakten; utbildning går ju inte att ta tillbaka och sälja och rätten till exempelvis helikoptrar är inte mycket värd om det står staten fritt att använda dem i krigs- och krisområden. Ett avtal som inte tillåter detta kommer Försvarmakten förhoppningsvis aldrig att ingå. Återstår då för långgivaren att låna ut pengar till leverantören av tjänsten/produkten mot säkerhet i dennes rätt till ersättning från staten för den tillhandahållna tjänsten/produkten. Rätten till ersättning är i ett avtal naturligtvis beroende av förmågan till leverans, vilket innebär att långgivaren står risken för att leverantören inte kommer att kunna leverera – en risk som i sig kan minskas genom avtalsvillkor om att långgivaren i sådana fall får ta över leverantörens samtliga rättigheter och skyldigheter mot staten enligt OPS-avtalet, men även då kvarstår ju risken att långgivaren inte kan göra det bättre än leverantören. Med andra ord måste långgivaren ta ut en riskpremie för lånet som då märkbart överstiger den ränta staten kan låna för.

Vad gäller förutsättningarna för att upphandla en tjänst där ägande och ansvar för tillgångarna som krävs för att leverera tjänsten ligger hos leverantören, exemplifierat med helikopter-simulatorer, är det inga problem (åtminstone så länge det nödvändiga innehavet är lagligt – vissa problem kan förutses med krigsmateriel, men även de torde vara överkomliga).



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum

2009-11-03

HKV beteckning

25 100:65081 (bilaga 3)

Sidan 16 av 61

Blandformer kan naturligtvis förekomma, Arlandabanan är ett inte särskilt lyckat sådant exempel, där staten genom garantier ändå tagit på sig hela risken.⁹ Allmänt sett gäller att när man låter staten gå in och stödja leverantörerna med lån och lånegarantier så hamnar man lätt i konflikt med olika rättsprinciper. Exempelvis måste man då se upp så att staten inte gör sig skyldig till otillåtet statsstöd enligt EG-fördragets 87 och 88 artikel¹⁰. Det är därför en fördel att hålla sig till de två huvudalternativen.

5 Partnerskapsliknande lösningar

Partnerskapsliknande lösningar omfattar bl.a. strategiska partnerskap och projektallianser (mer därom nedan, om sistnämnda särskilt 5.2). En dialog härom kan föras före, under och efter upphandlingen, så länge myndigheten upprätthåller de principer som LOU bygger på, bland annat likställighetsprincipen (se mer under Tillåtet och otillåtet nedan). Partnerskapsliknande lösningar kan därför upphandlas med många olika upphandlingsmetoder och nedan diskuteras de mest lämpliga.

Idag innehåller LOU inte konkurrenspräglad dialog¹¹, vilken hade varit användbar för OPS även i fall där förhandlat förfarande med föregående annonsering inte får användas. Försvarsmakten står emellertid inför sådana utmaningar i kostnadseffektiviseringshänseende, att dessa utmaningar får mötas med förhandlat förfarande. Dessutom ska ihåggas att många komplicerade OPS-projekt utomlands (läs Storbritannien) genomförts med hjälp av förhandlat förfarande med föregående annonsering (eftersom konkurrenspräglad dialog då inte var tillgänglig).

Vid förhandlad upphandling sker förhandlingarna mot bakgrund av de redan lämnade anbuden, vilket innebär att upphandlande enhet minst måste ha ett konkret förslag på vad som kanske ska göras. Konkurrenspräglad dialog hade krävt mindre, men i flertalet fall blir det ingen skillnad och i ett fåtal fall måste man för att åstadkomma motsvarande med förhandlat förfarande med föregående annonsering först upphandla en analys av OPS-möjligheter och sedan upphandla

⁹ Hultkrantz, Lars m.fl. The Arlanda airport rail link – lessons learned from a Swedish PPP construction project. Swedish National Road and Transport Research Institute (VTI) 2005.

¹⁰ Artikel 87 i Nice-versionen av fördraget motsvarar artikel 92 i Maastricht-versionen av det, artikel 88 motsvarar artikel 93. Se även Rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget. Mer om otillåtet statsstöd finns att läsa under avsnitt 6.1 punkt 6 nedan.

¹¹ Lagstiftningsarbete pågår så konkurrenspräglad dialog kan vara inlemmat i LOU inom något år och inom ett par år i en ny försvarsupphandlingslag.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 17 av 61

OPS. Detta förhandlade förfarande har också vissa fördelar vid OPS i jämförelse med konkurrenspräglad dialog, så även om sistnämnda förfarande hade införts, funnes det god anledning för Försvarsmakten att använda förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Förhandlat förfarande med föregående annonsering är alltså användbart vid komplicerade upphandlingar av mer partnerskapsliknande slag, liksom i mindre mån förhandlat förfarande utan föregående annonsering, men det bör framhållas att dessa förfaranden kraftigt skiljer sig till innehållet.

LOU 4:2 p. 2 anger att förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas om det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg. Punkt 3 i samma paragraf anger att förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas för intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden.

Vad gäller tillåtligheten av valt förfarande kan förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrens sägas vara enklare att tillgripa än sådant förfarande utan annonsering eller konkurrens, eftersom EG-domstolen för de senare fallen fastslagit att grunderna för dess användning ska tolkas strikt och att upphandlande enhet har bevisbördan för att visa att omständigheterna är sådana att förfarandet får användas.¹² För förhandlat förfarande med föregående annonsering finns än så länge inte samma hårda krav från domstolens sida.

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering går bara att använda i vissa undantagsfall. Även om dessa undantagsfall ibland föreligger för Försvarsmaktens OPS, eller kunde frammanas, är det inte att rekommendera, eftersom den inledande transaktionskostnaden för att utnyttja förfarandet och åtföljande osäkerhet kring giltigheten i förfarandet torde överstiga de eventuella fördelar förfarandet kunde ha för Försvarsmakten i jämförelse med förhandlat förfarande med föregående annonsering.

För den typ av OPS-åtaganden som här önskas får förhandlat förfarande med föregående annonsering användas enligt LOU 4:2 1 st. 2 p., då det som ska upphandlas är av sådant slag

¹² Arrowsmith, Sue The law of public and utilities procurement. Second edition. London 2007. s. 560.



eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg. Det finns små farhågor att introduktionen av konkurrenspräglad dialog kan medföra att EG-domstolen i framtiden krymper utrymmet för förhandlat förfarande med föregående annonsering. Men även om så skulle bli fallet är de utmaningar, som Försvarsmakten står inför vad gäller OPS, av så mycket mer komplicerat slag och förenade med så mycket större risker i jämförelse med områden inom vilka i tidigare europeisk praxis förhandlat förfarande med föregående annonsering tillämpats, att ett sådant krympt utrymme ändå skulle omfatta Försvarsmaktens OPS av här önskat slag. För Försvarsmaktens enklare OPS skulle dock en sådan domstolens eventuella framtida krympning av området för förhandlat förfarande med föregående annonsering kunna komma ifråga.¹³

Förhandlat förfarande med föregående annonsering är en flexibel process även i tilldelningsfasen, inför vilken en önskad anbudsgivare kan väljas utan att dennes anbud är slutgiltigt. Eftersom de grundläggande principerna om likabehandling och transparens/öppenhet också kan appliceras på detta förfarande, medför avsteg från dessa principer också avsteg från det säkra området för förfarandet (man bör alltså tillmötesgå dessa principer för att inte riskera att förfarandet kan ifrågasättas).

Vid förhandlat förfarande med föregående annonsering har den upphandlande enheten så länge likabehandlingsprincipen följs rätt att föra diskussioner med intresserade företag under hela upphandlingsförfarandet.¹⁴

Förhandlat förfarande med föregående annonsering fanns även i gamla LOU, men har i nya LOU i enlighet med direktivet fått ett flexiblare innehåll. Enligt 4:4 får upphandlande myndighet genomföra förfarandet i successiva steg för att minska det antal anbud som förhandlingen ska omfatta. Visar det sig då till slut inte finnas ett tillräckligt antal lämpliga anbudssökande eller anbudsgivare, måste inte det slutliga antalet anbud vara så stort att effektiv konkurrens uppnås. En rimlig tolkning av bestämmelsen är att förhandlingarna måste fortsätta i konkurrens tills ett relativt avancerat slutskede nås och först då kan det vara tillåtligt med bara en anbudsgivare kvar.¹⁵ Kraven på konkurrens torde stå i omvänd relation till transaktionskostnaden, dvs. kostnaden för upphandlingsförfarandet. Ju högre kostnad för förfarandet, desto tillåtligare att ha så få som två anbudsgivare kvar i slutskedet. I annat fall skulle upphandlande enheter tendera till att ställa kraven så höga att få anbudssökande/anbudsgivare deltog i inledningsskedet av

¹³ Ibidem s. 570.

¹⁴ Ibidem s. 582f.

¹⁵ Ibidem s. 595.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 19 av 61

upphandlingen, varvid konkurrensen i praktiken skulle bli lidande (dvs. det är då troligare att bästa anbudsgivare inte skulle komma med i det förhandlade förfarandet).

Förhandlat förfarande med föregående annonsering kan å ena sidan tolkas som att det räcker med en upphandling där man väljer ut (LOU 11:3) och inleder förhandlingar med minst tre (LOU 11:4) deltagande företag, väljer bort företag (LOU 4:4) när man känner att man har tillräcklig information för att avgöra att ett företag inte kommer att kunna presentera det bästa anbudet eller ett anbud som uppfyller kraven, och i vilken upphandling inga formella anbud behöver lämnas. Å andra sidan kan man däri fullt ut inläsa rättsprinciperna om likabehandling och transparens och komma fram till att alla inbjudna måste tillåtas att lämna slutliga och formella anbud i ett formellt upphandlingsförfarande, som måste användas för att utse vinnaren. Flexibilitet står sålunda mot transparens och EG-domstolen har ännu inte utbildat någon praxis, som anger hur flexibelt eller transparent det förhandlade förfarandet med föregående annonsering ska vara. En god tolkning är dock att söka tillgodose båda behoven för att inte riskera att förfarandet kan ifrågasättas.

För Försvarsmakten gäller sålunda, att det än så länge är fritt fram att använda förhandlat förfarande med föregående annonsering för att finna lösningar inom OPS och att så länge detta sker i linje med de LOU bakomliggande rättsprinciperna är risken liten, att någon med framgång kan klandra detta.

Efter att en upphandling enligt förhandlat förfarande med föregående annonsering genomförts finns det enligt Kommissionen ingen absolut regel, som hindrar parterna från att modifiera kontraktet. Återstående öppna frågor, senare inträffade förhållanden o.s.v. kan göra detta önskvärt. Förändringarna får dock inte vara sådana att de skulle kunnat ha påverkat utgången av upphandlingen. För att vara på den säkra sidan, bör kontraktet innehålla klausuler om mekanismerna för att införa ändringar i det samt detta ha klargjorts för alla anbudssökande/anbudsgivare redan under upphandlingen.¹⁶

Vid förhandlad upphandling sker förhandlingarna mot bakgrund av de redan lämnade anbuden, vilket innebär att upphandlande enhet minst måste ha ett konkret förslag på vad som kanske ska göras. Konkurrenspräglad dialog hade krävt mindre, men i flertalet fall blir det ingen skillnad och i ett fåtal fall måste man för att åstadkomma motsvarande med förhandlat förfarande med

¹⁶ Ibidem s. 604ff.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 20 av 61

föregående annonsering först upphandla en analys av OPS-möjligheter och sedan upphandla OPS.

Enligt direktivets artikel 6 gäller konfidentialitet för upphandlande myndighet för uppgifter som lämnats in och förklarats sekretessbelagda av de ekonomiska aktörerna. Någon motsvarande bestämmelse finns dock inte i Lagen om offentlig upphandling. Tolkningen av Offentlighets- och sekretesslagens (2009:400) bestämmelser om företagshemligheter och myndigheters skadeståndsskyldighet enligt Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter och med direktivet som bakgrund är inte helt given för situationer, som kan uppstå vid förhandlad upphandling. Ett vanligt problem är nämligen att upphandlande enhet egentligen inte vill ha den bästa lösningen av de i upphandlingen av anbudsgivarna presenterade lösningarna, utan den bästa lösningen, som kan byggas på de insikter, som de presenterade lösningarna gett.¹⁷ Enligt direktivets konfidentialitets- eller sekretessbestämmelse kan upphandlande enhet inför förhandlad upphandling göra klart för intressenterna, att den är intresserad av uppgifter som inte förklaras sekretessbelagda, och därmed åstadkomma en lösning baserad på delar från flera av de i upphandlingen ingående företagen. För att dessa företag ska vara intresserade av att lämna lösningar, som riskerar att användas av den konkurrent som vinner upphandlingen, måste upphandlande myndighet i normalfallet finna former för att ersätta åtminstone alla de inte uppenbara lösningar som delvis använts. Direktivet är således flexibelt inför myndighetens behov, men enligt Offentlighets- och sekretesslagen 19 kap. 3 § 2 st. gäller absolut sekretess; uppgift som rör anbud får upphandlande myndighet inte i något fall lämnas till annan än den som har lämnat den förrän alla anbud offentliggörs eller tilldelningsbeslutet fattats. Vidare gäller enligt Offentlighets- och sekretesslagens 31 kap. 16 § 1 st. därefter sekretess för uppgift om affärsförhållanden för enskild, som har trätt i affärsförbindelse med myndigheten, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Visserligen kan regeringen enligt 31 kap 19 § 1 p. för särskilt fall förordna om undantag från sekretessen, om den finner det vara av vikt att uppgiften lämnas, men lagrummet utgör inget hinder om myndigheten funnit former för ersättningen såsom ovan diskuterats. Problemet är bestämmelsen om absolut sekretess i 19 kapitlet, vilken inte står helt i överensstämmelse med direktivets artikel 6, som låter anbudsgivarna ange huruvida sekretess ska råda. Vad gäller lagen om skydd för företagshemligheter så ger den anbudsgivarna ett skydd som sträcker sig över det upphovsrättsliga, också affärsidéer som inte når upp till sådan skydd, skyddas enligt rättspraxis¹⁸. Det är tveksamt om enskild skulle kunna dömas till ansvar enligt nämnda lag respektive Brottsbalken 20 kap. 3 § för utlämning av uppgifter enligt ovan med anbudsgivarens goda minne, likaså om myndigheten kan bli skade-

¹⁷ C.f. 3.2 Public Procurement Policy. Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive. CC/2005/04_rev 1 of 5.10.2005

¹⁸ Rättsfallet NJA 1998 s. 633 är belysande, idén om att använda datorer som pedagogiskt hjälpmedel i skolan ansågs utgöra en företagshemlighet.



ståndsskyldig därvid, men ett tydliggörande kanske är en förutsättning för att här diskuterat förfarande vid förhandlad upphandling ska kunna utvecklas. Möjligen kan till dess förfrågningsunderlaget/annonseren skrivas så, att även dellösningar kan upphandlas, något som kanske skulle få fler intresserade att delta i denna (eftersom även de kan delta, som inte kan presentera en helhetslösning, men väl en dellösning). Upphandlande myndighet kan också tillåta anbud med alternativa utföranden (LOU 6:9).

5.1 Strategiska partnerskap

5.2 Projektallianser

Projektallianser kan enligt ovanstående diskuteras med leverantörer. Dessutom har Upphandlingsutredningen i SOU 2006:28 lagt fram ytterligare förslag om en anpassning till upphandlingsdirektiven. Förslaget avser bl.a. regler för den konkurrenspräglade dialogen och har beretts inom Finansdepartementet. En proposition kan vara nära förestående. Konkurrenspräglad dialog får om den införs användas vid särskilt komplicerade kontrakt; förhandlat förfarande med föregående annonsering får bl.a. användas om det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg (LOU 4:2 1 st. 2 p.) samt för intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden (LOU 4:2 1 st. 3 p.). Förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt LOU 4:2 1 st. 2 p. är – enligt Kommissionen och såsom ovan diskuterats – tillämpligt, när det föreligger en osäkerhet på förhand om innehållet eller omfattningen i det som ska göras, men inte tillämpligt när osäkerheterna har andra orsaker, såsom svårigheter vid prissättning i förväg beroende på de valda rättsliga och finansiella lösningarna.¹⁹

¹⁹ However, this derogation is to cover solely the exceptional situations in which there is uncertainty a priori regarding the nature or scope of the work to be carried out; it does not cover situations in which the uncertainties result from other causes, such as the difficulty of prior pricing owing to the complexity of the legal and financial package put in place. European Commission. Directorate General Internal Market and Services. Public Procurement Policy. Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive. CC/2005/04_rev 1 of 5.10.2005)



6 Allmänna rättsliga överväganden²⁰

Efter denna genomgång av olika kategorier av OPS och vissa för dem specifika rättsliga frågor, följer här ett avsnitt med allmänna rättsliga överväganden, som måste föregå OPS för att säkerställa att inte stora resurser läggs på OPS-upplägg, som sedan visar sig vara otillåtna eller olämpliga.

Kapitlets första del utgör en översikt över näringsrättsliga principer, Tillåtet och otillåtet, en översikt, som de som förbereder OPS bör vara medvetna om redan på ett tidigt stadium, eftersom konsekvenserna av att de i någon del inte följs kan bli, att hela OPS-arbetet stoppas av en myndighet och att stora skadestånd måste betalas.

Att genomföra OPS korrekt enligt de näringsrättsliga reglerna är ingen garanti i sig för att resultatet blir bra. Kapitlets andra del, Lämpligt och olämpligt, tar upp vissa allmänna rättsliga överväganden, som måste göras för att OPS-upplägget ska fungera bra.

6.1 Tillåtet och otillåtet

Att koncentrera sig på att undvika kända juridiska fallgropar är ingen garanti för att man inte faller i en för en okänd sådan. Ofta kommer man långt på att förstå och upprätthålla de grundläggande rättsprinciper som gäller för ett område. Några sådana näringsrättsliga principer ska därför beröras här.

Lagen om offentlig upphandling bygger på EG-direktiv. Lagen ska således inte förstås isolerat utan mot bakgrund av hela EG-rätten. Läser man den så, är det lättare att förstå den. Grundläggande EG-rättsprinciper, uttolkade av EG-domstolen och framhållna av Kommissionen, återfinns i upphandlingsdirektivets preambel (2), där de kanske inte helt egentligt påstås tillhöra EG-fördraget, men de framgår också ur den svenska lagens 9 § (1 kap.), nämligen:

1. likabehandlingsprincipen
2. principen om icke-diskriminering
3. transparensprincipen (eller öppenhet och förutsebarhet)

²⁰ Eftersom de OPS-lösningar som diskuterats för Försvarsmakten berör upphandling inom den så kallade klassiska sektorn gäller lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ibland kallad den klassiska lagen av upphandlare och jurister). För det som kallas försörjningssektorerna gäller en annan mycket likartad lag, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (ibland kallad försörjningslagen av upphandlare och jurister). Skulle Försvarsmakten få en uppgift inom ett sådant område och välja att lösa den med OPS eller annan upphandling, skulle alltså sistnämnda lag kunna bli aktuell. Då denna möjlighet förefaller vara tämligen perifer, bortses vidare därifrån i denna framställning.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 23 av 61

4. principen om ömsesidigt erkännande och

5. proportionalitetsprincipen.

All offentlig upphandling omfattas av EG-fördragets (Romfördragets) grundläggande principer.²¹ Högsta domstolen har fastslagit att skadestånd för fel gjorda i upphandlingen inte får göras beroende av uppsåt eller vårdslöshet om det finns en klar överträdelse av gemenskapsrätten.²² Det är därför viktigt att vid OPS-upphandling också följa nedanstående principer (6-9).

En grundläggande princip, som inte framgår ur LOU, men väl ur EG-fördragets artikel 87, är förbudet att med statliga stödåtgärder gynna vissa företag eller viss produktion om detta skulle snedvrída eller hota att snedvrída konkurrensen på den s.k. gemensamma marknaden. EG-fördraget står högre i den så kallade normhierarkin²³ än både upphandlingsdirektiven och LOU, vilket innebär att det ska tillämpas även om det strider mot vad stadgat är i sistnämnda rättstexter. Endast när det finns undantag i fördraget, behöver sådana principer inte tillämpas, något som diskuteras nedan beträffande det inte sällan tillämpliga försvarsundantaget. Huvudregeln vid försvarsmyndigheternas upphandling är att rättsprinciperna 1-9 ska tillämpas. När försvarsundantaget är tillämpligt behöver dock inte principerna 6-8 tillämpas och rättsprincip 9 behöver då inte tillämpas fullt ut, men bör om möjligt ändå tillämpas då gränsdragningen är oklar.

6. förbudet mot otillbörligt statsstöd

En annan grundläggande princip, som heller inte framgår ur LOU, men väl ur EG-fördragets artikel 28, är förbudet mot åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa importrestriktioner.

7. den fria rörligheten för varor

En tredje grundläggande princip, som inte heller den framgår ur LOU, men väl ur EG-fördragets artiklar 43 och 49, är förbudet mot inskränkningar för EU-medborgare att fritt etablera sig och tillhandahålla tjänster i en annan medlemsstat.

8. den fria rörligheten för tjänster

Den fjärde och sista grundläggande principen, som inte framgår ur LOU men ur EG-fördragets artikel 81 är

9. förbudet mot konkurrensbegränsande beslut och avtal.

²¹ Jfr. Domstolens beslut (andra avdelningen) den 3 december 2001. - Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. ... - Fri rörlighet för varor. Mål C-59/00 Rättsfallssamling 2001 s. I-09505.

²² NJA 2007 s. 349.

²³ Grundfördragen utgör den så kallade primärrätten och har därför företräde framför bestämmelser i den så kallade sekundärrätten, dit exempelvis upphandlingsdirektivet hör, vilket EU-direktiv i sin tur har företräde framför bestämmelser i svensk lag, om de sistnämnda strider mot direktivet. Minnesregeln är att EG:s och EU:s primärrätt har företräde framför dess sekundärrätt och all denna gemenskapsrätt har företräde framför nationell lag i den mån sistnämnda strider däremot (ofta tillåter gemenskapsrätten att nationell rätt får avvika från denna och då anses den nationella rätten inte strida emot gemenskapsrätten).



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 24 av 61

1. Likabehandlingsprincipen innebär att alla tänkbara leverantörer måste behandlas lika och det utan ovidkommande hänsyn. Kraven får inte användas till att gynna eller missgynna vissa leverantörer (här måste man alltså tänka igenom att kraven verkligen är motiverade). Säger sig en leverantör behöva viss information får upphandlande enhet antingen ge den till alla och det vid samma tillfälle eller inte till någon.

2. Principen om icke-diskriminering innebär förbud mot att diskriminera tänkbara leverantörer på grund av nationalitet (inräknat inte bara medborgarskap utan också verksamhetsland, etableringsland) och i viss mån även regionalitet. Upphandlande myndighet får därför vid upphandlingen inte ställa sådana krav som bara svenska företag kan klara, exempelvis krav med innebörden att anbudsgivaren ska ha visst tillstånd från svensk myndighet. Den upphandlande myndigheten får heller inte exempelvis ge ett lokalt företag företräde med anledning av dess geografiska läge.

3. Transparens- eller öppenhetsprincipen kräver att upphandlingar präglas av öppenhet och förutsebarhet. Upphandlande enhet måste tillse att den inte ägnar sig åt otillåtet hemlighållande, att förfrågningsunderlaget är klart och tydligt och innehåller samtliga krav på det som ska upphandlas, att annonseringen sköts, att offentlighetsprincipen tillämpas och att de som deltagit i upphandlingen informeras om hur den fortskrider. Särskilt viktigt för en del av Försvarsmaktens/materielverkets mer komplicerade upphandlingar är att iaktta att transparensprincipen också kräver att myndigheten håller sig till förfrågningsunderlaget och inte ändrar förutsättningarna för upphandlingen under ärendets gång.

4. Principen om ömsesidigt erkännande innebär att intyg och certifikat som har utfärdats av en medlemsstats behöriga myndigheter ska gälla också i övriga EU/EES-länder.

5. Proportionalitetsprincipen begränsar upphandlande enhets åtgärder till det som kan anses nödvändigt för upphandlingen ifråga, dvs. kraven på leverantörerna måste vara proportionerliga till det som upphandlas – kraven måste även vara effektiva eller rationella, d.v.s. ägnade att leda till syftet och möjliga att kontrollera. Krav mot en anbudsgivare, vilka går utöver vad som krävs för att det bakomliggande syftet med kravet ska kunna uppnås, måste anses strida mot proportionalitetsprincipen²⁴.

6. Förbudet mot otillbörligt statsstöd innebär att ett stöd till privata företag med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, om det snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, är förbjudet i den utsträckning stödet påverkar

²⁴ Formulerat av Kammarrätten i Sundsvall i dom den 4 oktober 2007 i mål nr 1885-07.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 25 av 61

handeln mellan medlemsstaterna. För försvarsmyndigheternas del måste detta förbud, liksom förbuden enligt punkterna 7 och 8 nedan, samläsas med EG-fördragets artikel 296 1 st. b), där det stadgas att ”Varje medlemsstat får vidta åtgärder, som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel; sådana åtgärder får inte försämra konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål.” Alltså får sådana OPS-upphandlingar, som i annat fall skulle anses utgöra otillbörligt statsstöd, bara ske när Sverige anser det nödvändigt att skydda dessa säkerhetsintressen i fråga om krigsmateriel.

7. Den fria rörligheten för varor skyddas av förbudet mot åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa importrestriktioner. Enligt EG-domstolens praxis²⁵ är detta varje åtgärd som direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, hindrar samhandeln mellan medlemsstaterna. Krav och specifikationer i samband med en OPS-upphandling måste således utformas så att de på nämnt sätt inte kan anses hindra samhandeln. I Unixfallet²⁶ ansågs hänvisningen till detta operativsystem vara handelshindrande eftersom det inte åtföljdes av orden ”eller likvärdigt”. Det är således mycket viktigt för försvarsmyndigheterna, där det är vanligt att hänvisa till viss materiel, att även när denna materiel i liten omfattning ingår i stora OPS-åtaganden alltid låta hänvisningen till den följas av tillägget ”eller likvärdigt”.²⁷ En reglering som bygger på rättsfallen finns i LOU 6 kap. 2 § 2 st. och 4 § 2 st. Försvarsundantaget i EG-fördragets artikel 296 ska även här samläsas med importrestriktionshindret i fördragets artikel 28. Enbart när Sverige anser det nödvändigt att skydda sina säkerhetsintressen i fråga om krigsmateriel får sådana OPS-upphandlingar ske som i annat fall skulle anses hindra den fria rörligheten för varor. Det bör i sammanhanget påpekas att lagen inte i något fall hindrar den upphandlande enheten från att bestämma vad som ska upphandlas – det är således inte otillåtet att exempelvis upphandla en uppgradering av ett svenskt system som i praktiken kanske få företag kan delta i.

8. Den fria rörligheten för tjänster skyddas av förbudet mot inskränkningar för EU-medborgare att fritt etablera sig och tillhandahålla tjänster i en annan medlemsstat, vilket innebär att upphandlande enhet inte får framställa krav vid upphandlingen som förhindrar detta. Det går

²⁵ Domstolens dom den 11 juli 1974. Procureur du Roi mot Benoît och Gustave Dassonville. Begäran om förhandsavgörande: Tribunal de première instance i Bryssel. Mål 8/74. Rättsfallssamling 1974 s. 00837.

²⁶ Domstolens dom den 24 januari 1995. Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna. Meddelande om offentlig upphandling - Klandertalan - Underrättelse - Tekniska specifikationer. Mål C-359/93. Rättsfallssamling 1995 s. I-00157.

²⁷ Tydliggjort i mål C-59/00, Domstolens beslut (andra avdelningen) den 3 december 2001. - Bent Mousten Vestergaard mot Spöttrup Boligselskab. ... - Offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten - ... - Villkor att en produkt av ett visst märke skall användas, utan möjlighet att använda en likvärdig produkt - Fri rörlighet för varor. Rättsfallssamling 2001 s. I-09505.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 26 av 61

således inte att kräva att leverantören är etablerad i Sverige²⁸ eller att leverantören är svenskägd²⁹. Däremot kan det i många fall på saklig grund krävas att leverantören är svensktalande. Likaså kan det i många fall krävas att leverantören kan inställa sig på kort tid, även om det i praktiken kan vara ogörligt för leverantörer i andra EU-stater. Att däremot kräva att lokal arbetskraft måste användas har ansetts utgöra ett hinder mot friheten att tillhandahålla tjänster³⁰. Krav på att långtidsarbetslösa skulle anlitas godtogs av domstolen, med motiveringen att inget hindrade att dessa anmälde sig till det angivna arbetslöshetskontoret³¹. Även i dessa fall ska försvarsundantaget i artikel 296 samläsas med förbudet mot inskränkningar i etableringsfriheten och i den fria rörligheten för tjänster enligt fördragets artiklar 43 respektive 49. Bara när försvarsundantaget är tillämpligt får sådana OPS-upphandlingar ske, som i annat fall skulle anses hindra den fria rörligheten för tjänster.

9. Förbudet mot konkurrensbegränsande beslut och avtal påverkar många OPS-avtal, där ju syftet ofta är att låta en leverantör få en dominerande plats i tillhandahållandet av tjänster. Enligt EG-fördragets artikel 81 är samordnade förfaranden och beslut, som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden, förbjudna och dessutom ogiltiga, särskilt sådana som innebär att marknader begränsas eller kontrolleras, där det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet. Avtal som löper under mycket lång tid kan vara förbjudna och ogiltiga eftersom konkurrensen därigenom kan begränsas. Ramavtal, som regleras utförligt i 5 kapitlet LOU, är till sin natur konkurrenshämmande och därför finns det särskild anledning till att se till att de inte blir för konkurrenshämmande. Falk och Pedersen påpekar att en upphandlande enhet självt eller tillsammans med andra upphandlande enheter kan missbruka en dominerande ställning och att konkurrensreglerna

²⁸ Domstolens dom den 3 juni 1992. Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken. Frihet att tillhandahålla tjänster - Offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten. Mål C-360/89. Rättsfallssamling 1992 s. I-03401

²⁹ Domstolens dom den 5 december 1989. Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken. Fördragsbrott - Offentlig upphandling på dataområdet - Företag som ägs av staten eller den offentliga sektorn - Nationell lagstiftning som inte överensstämmer med skyldigheterna enligt gemenskapsrätten. Mål C-3/88. Rättsfallssamling 1989 s. 04035.

³⁰ Domstolens dom den 22 juni 1993. Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark. Offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbete - Bro över Stora Bält. Mål C-243/89. Rättsfallssamling 1993 s. I-03353. Krav på att nationella material och förbrukningsvaror, liksom nationell arbetskraft och utrustning skulle användas befanns av domstolen vara otillåtet.

³¹ Domstolens dom (fjärde avdelningen) den 20 september 1988. Gebroeders Beentjes BV mot Nederländska staten. Begäran om förhandsavgörande: Arrondissementrechtbank 's-Gravenhage - Nederländerna. Upphandlingsförfarande vid ett kontrakt om bygg- och anläggningsarbeten. Mål 31/87. Rättsfallssamling 1988 s. 04635.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 27 av 61

således även kan omfatta inköpande organisationer³². En jämförelse med rättspraxis³³ ger dock inte belägg för att försvarsmyndigheter som inte erbjuder sina tjänster på en viss marknad för närvarande skulle omfattas av artikel 81 och därmed av den svenska Konkurrenslagen (2008:579), som i centrala delar är baserad på EG-fördragets artiklar 81 och 82. FMV torde således inte omfattas därav, FMLOG torde nog heller inte omfattas så länge det ses som en integrerad del av Försvarsmakten och inte som en leverantör till den. Däremot torde FOI omfattas, då dess verksamhet består i att erbjuda sina tjänster till andra myndigheter. Eftersom EG-domstolen kan utveckla tolkningen av artikel 81 (och därmed också den svenska Konkurrenslagen) till att omfatta offentliga upphandlande enheter, bör myndigheter som inte omfattas av reglerna ändå iaktta viss försiktighet och om möjligt undvika konkurrensbegränsande beslut och avtal. Konkurrenslagen 2 kap. 1 och 7 §§ ger exempel på vad som är förbjudet. En annan anledning till att visa försiktighet med konkurrensbegränsande regler är att sådana under gamla LOU intolkades under det i nu gällande LOU utgångna begreppet affärsmässighet. Enligt förarbetena till den nya lagen är avsikten bakom den nya principbestämmelsen i 1 kap. 9 § (som innehåller EU-principerna 1-5 ovan) inte att åstadkomma någon ändring av rättsläget gentemot vad som tidigare gällde vad gäller vilka principer som ska gälla vid upphandling. Därför är det värt att beakta, att Regeringsrätten³⁴ ansåg att kravet på specifikation bestående i att anbudsgivarna i sina anbud skulle specificera sina kostnader, enligt en till förfrågningsunderlagen fogad kostnadsspecifikation innefattande kostnader för administration, lärare och instruktörer, var konkurrensbegränsande. Vid OPS-upplägg med så kallade öppna böcker liksom vid OPS med projektallianser och strategiska partnerskap finns det alltså särskilt stor anledning att tillse att konstruktionen inte kan klandras såsom konkurrensbegränsande. Försvarsundantaget i EG-fördragets artikel 296 ser i det här fallet inte ut att göra någon skillnad, då förbudet mot konkurrensbegränsning i viss mån ändå gäller genom tolkningen av svensk rätt.

Såsom framgått av ovanstående, finns det alltså vissa möjligheter att undvika en del av de rättsliga principer som följer av EG-fördraget. Sveriges handlingsutrymme vad gäller att åberopa försvarsundantaget i EG-fördragets artikel 296 är fortfarande stort, om än det har minskat genom kommissionens tolkningsmeddelande från den 7 december 2006 till att omfatta en rimlig

³² Falk, Jan-Erik och Pedersen, Kristian Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling. Stockholm 2004, s. 25-26.

³³ Förstainstansrättens beslut (första avdelningen i utökad sammansättning) av den 4 mars 2003. Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) mot Europeiska kommissionen. Konkurrens - Missbruk av dominerande ställning - Offentlig hälso och sjukvård - Dröjsmål med betalningen av fakturor - Klagomål från leverantörer - Begreppet företag. Mål T-319/99. Rättsfallssamling 2003 s. II-00357.

³⁴ RÅ 1997 ref. 40.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum

2009-11-03

HKV beteckning

25 100:65081 (bilaga 3)

Sidan 28 av 61

tolkning av ordalydelsen i artikel 296³⁵. Därtill har handlingsutrymmet minskat moraliskt genom att Sverige i arbetet med den Europeiska försvarsbyrån anslutit sig till en mellanstatlig icke bindande uppförandekod för upphandling av försvarsmateriel³⁶, för att öka öppenheten och uppmuntra till konkurrens vid artikel 296-upphandlingar så att den europeiska vapenindustrin fick en fungerande inre marknad och därmed bättre borde klara konkurrensen från USA. Tolkningsmeddelandet inverkar däremot främst på icke-krigsrelaterade varor och tjänster. I fråga om upphandling av militära varor som berör väsentliga säkerhetsintressen har tolkningsmeddelandet sålunda inga konsekvenser, eftersom denna upphandling ingår i tillämpningsområdet för artikel 296 i EG-fördraget.³⁷ EG-domstolen befattade sig under många år inte med klagomål på att undantaget använts.³⁸ När domstolen till sist tog upp ett klagomål och förklarade användandet av undantaget för otillåtet, handlade det om ett momsärende i vilket svarandesidan Spanien inte ens försökte argumentera för att de spanska från EU:s momsdirektiv avvikande skattereglerna var försvarspolitiskt motiverade.³⁹ I ett annat mål som avvisades, klagade Fiocchi munizioni SpA, en italiensk ammunitionstillverkare, på att Kommissionen inte tagit ställning till deras klagomål på att Spanien subventionerat den spanska krigsmaterielproducenten Empresa Nacional Santa Barbara med 35 miljarder pesetas. Förstainstansrätten klargjorde att genom att artikel 296 inte utgör hinder för att en medlemsstat vidtar de åtgärder ”som den anser nödvändiga” för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen ger den medlemsstaterna dessutom ett särskilt stort utrymme för att bedöma de behov för vilka ett sådant skydd gör sig gällande.⁴⁰ Att Sverige - åtminstone i valet av medel - har ett stort utrymme för att åsidosätta den fria rörligheten inom EU för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel innebär inte nödvändigtvis att landet tjänar på att utnyttja detta. Detta konstaterande, att medlemsländerna inte tjänar på en omfattande tillämpning av artikel 296, utan att en sådan tillämpning snarare har en negativ inverkan på både

³⁵ Tolkningsmeddelande om tillämpningen av artikel 296 i fördraget på området för försvarsupphandlingar KOM/2006/0779 Europeiska Gemenskapernas Kommission, Bryssel den 7.12.2006.

³⁶ The Code of Conduct on Defence Procurement of the EU Member States Participating in the European Defence Agency, European Defence Agency 2006.

³⁷ Europeiska Gemenskapernas Kommission. Bryssel den 7.12.2006. SEK(2006) 1555. Arbetsdokument från kommissionens avdelningar. Dokument som åtföljer kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av artikel 296 i fördraget på området för försvarsupphandlingar. Sammanfattning av konsekvensbedömning. {KOM(2006) 779 slutlig} {SEK(2006) 1554}

³⁸ Arrowsmith, Sue The law of public and utilities procurement. Second edition. London 2007. ss. 240-241.

³⁹ Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 16 september 1999. Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien. Fördragsbrott - Import och förvärv av vapen - Sjätte mervärdesskattedirektivet - Oförenlig nationell lagstiftning. Mål C-414/97. Rättsfallssamling 1999 s. I-05585.

⁴⁰ Förstainstansrättens beslut (tredje avdelningen i utökad sammansättning) av den 30 september 2003. Fiocchi munizioni SpA mot Europeiska kommissionen. Artiklarna 296 EG och 298 EG - Statligt stöd till ett företag som tillverkar varor för militärändamål - Klagomål - Passivitetstalan - Avvisning. Mål T-26/01. Rättsfallssamling 2003 s. II-03951, se domskäl 58.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 29 av 61

industrins konkurrenskraft och de offentliga utgifterna, utgör anledningen till att kommissionen utfärdat nämnda tolkningsmeddelande om tillämpningen av artikel 296⁴¹ samt antagit ett direktiv om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa offentliga kontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster på försvars- och säkerhetsområdet (nedan kallat försvarsupphandlingsdirektivet).⁴² Försvarsupphandlingsdirektivet innehåller bl.a. konkurrenspräglad dialog och ska vara genomfört i svensk lag senast sommaren 2011.

Ytterligare en möjlighet att undvika en del av de rättsliga principer som följer av EG-fördraget finns i EG-fördragets artikel 297, vilken inte bara för fullständighetens skull bör nämnas, utan också mot bakgrund av det nya försvarsupphandlingsdirektivet. Artikel 297 är svårläst på så sätt att de rättigheter som där ges medlemsländerna bara framgår implicit.⁴³ För att fullgöra de skyldigheter som en medlemsstat har tagit på sig i syfte att bevara fred och internationell säkerhet, får denna vidta åtgärder som hindrar den gemensamma marknadens funktion. I princip är undantaget alltså tillämpligt vid OPS i internationella insatser, men då det sällan åberopas är det tveksamt om den svenska regeringen skulle vilja göra det, då lagstiftningen, särskilt med tillämpning av det mer allmänt åberopade försvarsundantaget i artikel 296, är fullt tillräcklig för att genomföra OPS för Försvarsmaktens behov. Nu när Europaparlamentets och Rådets försvarsupphandlingsdirektiv antagits, kommer det praktiska tillämpningsområdet för artikel 296 att kraftigt minska, varvid artikel 297 kan få ökad aktualitet vid insatskontraktering och logistiskt stöd till olika utlandsstyrkor. Att undantag för sistnämnda artikel inte görs i försvarsupphandlingsdirektivet påverkar inte dess företräde framför detsamma, då primärrätten ju alltid har företräde framför sekundärrätten och därmed har EG-fördragets artikel 297 automatiskt företräde framför försvarsupphandlingsdirektivets artikel 2. Regeringen beslöt den 7 maj 2009 att en särskild utredare senast den 1 februari 2010 ska lämna förslag till hur försvarsupphandlingsdirektivet ska genomföras i svensk rätt, d.v.s. lämna förslag till en ny lag om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet och övriga åtgärder som direktivet kan ge anledning till⁴⁴.

⁴¹ Tolkningsmeddelandet, inledningen samt Europeiska Gemenskapernas Kommission. Bryssel den 7.12.2006. SEK(2006) 1555. Arbetsdokument från kommissionens avdelningar. Dokument som åtföljer kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av artikel 296 i fördraget på området för försvarsupphandlingar. Sammanfattning av konsekvensbedömning. {KOM(2006) 779 slutlig} {SEK(2006) 1554}

⁴² Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 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.

⁴³ Arrowsmith, Sue *The law of public and utilities procurement*. Second edition. London 2007. ss. 246-247.

⁴⁴ Kommittédirektiv. Genomförande av EG:s direktiv om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet Dir. 2009:37. Beslut vid regeringsammansammanträde den 7 maj 2009.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 30 av 61

Följderna av att göra det tillåtna är att möjligheterna att få mer värde för pengarna ökar. I Vägledning OPS står att konkurrens ska eftersträvas. Principerna 1-9 hjälper till att säkerställa att marknaden inom EU utnyttjas till fullo så att god konkurrens nås.

Följderna av att göra det o tillåtna, att inte följa principerna 1-9 eller LOU eller annan tillämplig svensk lagstiftning, är att beslut som fattats i upphandlingsdelen av OPS-processen kan upphävas och att mycket stora skadestånd kan komma att utgå. I LOU 16 kap. 1 § slås fast att upphandlande myndighet som inte följt bestämmelserna i LOU ska ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör och då avses även den uteblivna vinsten för en leverantör som inte fick vara med, det så kallade positiva kontraktssintresset. En leverantör, som inte deltog i upphandlingen och gör sannolikt att felet i denna medförde att han inte fick kontraktet, ska alltså försättas i samma ekonomiska situation, som om han hade vunnit kontraktet. Skadestånden vid OPS kan alltså bli enorma och belastar enligt 5 § samma kapitel den upphandlande myndigheten. Syftet bakom direktivets i LOU implementerade regler och EG-domstolens respektive Högsta domstolens praxis är naturligtvis att söka tvinga upphandlande myndighet att följa lagen till punkt och pricka vid genomförandet av upphandlingar.⁴⁵ Förutom skadestånd kan följden, såsom nämnts, bli förseningar i OPS-processen. Enligt LOU 16 kap. 2 § ska länsrätten förordna att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (då får den avslutas först sedan rättelsen gjorts).

Det bör noteras att man i den nya LOU inte hann implementera det genom direktiv 2007/66 ändrade rättsmedelsdirektivet 89/665 (se föregående not), men att lagstiftningsarbete pågår med planerat införande i LOU den 1 juni 2010. Samtidigt planeras införandet av en sanktionsavgift (marknadsskadeavgift) och fasta beloppsgränser (ca: 286 000 kr i LOU) för direktupphandling.⁴⁶

Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling är Konkurrensverket (tidigare var det Nämnden för offentlig upphandling, NOU).⁴⁷

⁴⁵ Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 28 oktober 1999. Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich och Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr. Begäran om förhandsavgörande: Bundesvergabeamt - Österrike. Offentlig upphandling - Förfarande avseende offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten - Prövningsförfarande. Mål C-81/98. Rättsfallssamling 1999 s. I-07671.; NJA 2007 s. 349. Reglerna bygger på EU-direktiven 89/665 och 2007/66. (Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten; 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.)

⁴⁶ Ds 2009:30 Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet. Stockholm 2009.

⁴⁷ Se förordning 2007:690 om ändring i förordning 1996:353 med instruktion för Konkurrensverket, numera upphävd och ersatt av en ny instruktion enligt förordningen 2007:1117 med instruktion för Konkurrensverket.



6.2 *Lämpligt och olämpligt*

Ovan har vad som kan kallas för näringsrättsliga frågor belysts, som avgör tillåtligheten i upphandlings- och OPS-förfarandet. Det finns dock många frågor kring lämpligheten. Här diskuteras endast en säkerhetsaspekt. I andra avsnitt diskuteras dock aspekter som också kan hänföras till ovanstående rubrik, såsom exempelvis civila leverantörer vid internationella insatser.

Eftersom LOU bygger på EU:s arbete mot korruption vid tilldelning av offentliga kontrakt, så fokuserar lagen bara på denna del och inte på att åstadkomma den för staten bästa OPS-lösningen. Lagen behandlar ett tvåpartsförhållande; den ser bara den offentliga beställaren och leverantören. Upplägget på leverantörssidan, som inte alltid är okomplicerat vid OPS, lämnas därhän och får i Sverige lösas mot bakgrund av civilrätten, som är en samling lagar, principer, rättspraxis och handelsbruk. Även om den upphandlande enheten inte är ansvarig för att de i OPS-fallet ingående privata parterna sinsemellan använt sig av goda lösningar i rättsligt, finansiellt och andra relevanta hänseenden, så är det ändå den upphandlande enheten, eller den denna upphandlar för, som drabbas om de privata parterna hamnar i tvist och konflikt med varandra. Det kan därför vid upphandlingar av större vikt för staten vara värt att också skärskåda de lösningar eller inbördes avtal som de offererande leverantörerna använt sig av. Om detta ska ingå som bör-krav eller inte beror på vilken upphandling det är fråga om, men vid mer komplicerade konstruktioner bör en analys göras av svagheter och styrkor däri innan tilldelningsbeslutet fattas. Sådana svagheter och styrkor kan exempelvis vara erfarenhetsmässiga (hur föreslaget upplägg tidigare fungerat för leverantören eller branschen), finansiella, politiska (kan politiska beslut förväntas inverka på leverantörens möjligheter att få leveranser från sina partner?) och rättsliga (t.ex. om arbetet kan fortgå i andra former om problem uppstår med en underleverantörs leverans). Om de konkurrerande leverantörernas upplägg är komplicerade och varierande, kan det i den enskilda upphandlingen vara svårt att mäta dem mot varandra. Men bara det, att i upphandlingen klargöra att fokus också läggs på här diskuterade frågor, säkerställer att de som tävlar om upphandlingskontraktet väljer konstruktioner som tar hänsyn till risker och inte enbart till kostnader och prestanda.

En säkerhetsaspekt i vid bemärkelse är att ha kontroll över vem leverantören är. En given utgångspunkt är att försöka kontrollera eventuella underleverantörer genom att i förfrågningsunderlaget begära att anbudsgivaren anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje part samt vilka underleverantörer som föreslås.⁴⁸

⁴⁸ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Artikel 25.; LOU 6 kap. 11 §.



7 Arbetsflödets rättsliga överväganden

I detta avsnitt kommenteras vad som särskilt bör beaktas juridiskt i de olika stegen på väg mot ett avtal om OPS som ska göras enligt Vägledningen. De i föregående avsnitt allmänna övervägandena ska naturligtvis alltid beaktas i dessa steg. Synpunkterna i detta avsnitt ska sålunda ses som komplettering till dessa vars summa hör till Vägledningens steg 7.5, hur regelverket påverkar möjligheterna till OPS.

7.1 Definiera vad som ska göras

OPS blir ofta först lönsam när den privata parten får större handlingsutrymme än den eller staten haft i den tidigare lösningen av myndighetens konkreta försörjningsproblem. Därför eftersträvar man att utnyttja ett resultat- och funktionsorienterat angreppssätt. För att säkerställa att detta fungerar mot en privat motpart, som inte främst drivs av intresset att maximera nyttan för myndigheten, utan främst drivs av sitt eget vinstintresse, måste det önskade resultatet eller den önskade funktionen väljas så att det eller den kan uttryckas klart i förfrågningsunderlagets (det underlag för anbudsgivning som myndigheten tillställer leverantörerna) kravspecifikation och sedermera i kontraktet.

Enligt Vägledningen ska vid upphandling av OPS-åtagande tjänsten/förnödenheten/anläggningen alltid definieras avseende funktionalitet, kvalitet samt tid.

7.1.1 Funktionalitet

I direktivets⁴⁹ kapitel (IV) om särskilda regler om förfrågningsunderlag och kontraktshandlingar stadgas i artikel 23, 3b) att tekniska specifikationer får uppställas i form av prestanda- eller funktionskrav. Men sådana parametrar måste enligt samma artikel vara så specifika, att anbudsgivarna kan bilda sig en bestämd uppfattning om föremålet för upphandlingen och att den upphandlande myndigheten kan genomföra upphandlingen. I LOU uttrycks detta i 6 kap. 3 § 1 st. som att upphandlande enhet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav och att kraven ska vara så utformade att föremålet för upphandlingen klart framgår. Funktionskraven måste alltså fungera såväl i upphandlingen, som i det efterföljande rättsförhållandet mellan myndigheten och utsedd leverantör. Det kan löna sig att redan i det inledande skedet lägga mycket energi på att formulera funktionskraven. Därvid bör man hålla i minnet, att det kan finnas OPS-fall, som inte alls lämpar sig för att upphandlas med funktionskrav. I många fall är dock prestanda- eller funktionskrav det bästa och enklaste

⁴⁹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 33 av 61

alternativet. Vill exempelvis Försvarsmakten utbilda viss personal till en viss kunskaps- och färdighetsnivå är det bättre att ange denna nivå tillsammans med antalet som ska nå den såsom prestanda- och funktionskrav, än att lägga synpunkter på hur och var utbildningen ska genomföras.

7.1.2 Kvalitet

Om kvalitetskrav ställs som tillägg till funktionskraven är det risk att dessa inskränker öppenheten för innovation och kreativitet som funktionskravsformen medför. Det förefaller sålunda rekommendabelt att i möjligaste mån inarbeta sådana kvalitetskrav som diskuteras i Vägledningens första stycke i funktionskraven.

I Vägledningens andra stycke under rubriken Kvalitet diskuteras aspekter som rör hur Försvarsmakten uppfattas i och utanför Sverige som följd av hur en viss OPS genomförs. Miljöaspekter får skrivas in i funktionskraven enligt direktivet artikel 23, 3b) och LOU 6 kap. 3 § 1 st. 2 p. Direktivets artikel 26 medger att upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet ska fullgöras under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Dessa krav får bland annat omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn. I LOU formuleras detta i 6 kap. 13 § som att upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Sådana kvalitetskrav kallas inom upphandlingsrätten för särskilda kontraktsvillkor – vilket framgår av rubriken till artikel 26 och 13 § i direktivet respektive LOU – då det inte är fråga om villkor som är krav på leverantören eller villkor som är utvärderingskriterier, utan om särskilda därutöver tillkommande kontraktsvillkor som utgör förpliktelser som leverantören måste acceptera.

Kvalitetskraven bör redan inledningsvis uppställas med hjälp av juridiskt stöd, eftersom beroende på hur de formuleras så kommer olika lagstiftning att bli tillämplig, vilket sedan styr upphandlingen och är man inte medveten därom, har man alltså förlorat kontrollen över upphandlingen innan den ens har påbörjats. Exempelvis är miljökrav speciella eftersom de kan utgöra vad LOU behandlar som tekniska specifikationer, utvärderingskriterier eller särskilda kontraktsvillkor (och sistnämnda kan inte samtidigt utgöra en teknisk specifikation). Genom att ett miljökrav framställs som särskilt kontraktsvillkor måste anbud, där leverantören förklarar att han inte ställer upp därpå, förkastas.

7.1.3 Tid

Intresset från näringslivet för OPS-lösningar beror naturligtvis på hur långa kontrakt som erbjuds. Såsom Vägledningen framhåller, måste kontraktslängden väljas så att leverantören har rimlig möjlighet att etablera sin verksamhet på ett rationellt sätt. Men såsom framhållits ovan



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum

2009-11-03

HKV beteckning

25 100:65081 (bilaga 3)

Sidan 34 av 61

under Tillåtet och otillåtet punkt 9 kan avtal, som löper under mycket lång tid, vara förbjudna och ogiltiga eftersom konkurrensen därigenom begränsas. Områden på vilka det saknas en privat marknad och som kräver långsiktighet kanske inte alltid går att lägga ut som OPS, då staten därigenom skapar en privat monopolist. EG-rätten är dock dynamisk och långvariga PFI-avtal accepteras. Den svenska förvaltningspraxis som uppstått kring för hur lång tid upphandlingsavtal ska slutas är ingen rättskälla och hindrar därför inte avsteg därifrån.⁵⁰ Tiden får således väljas så att konkurrens mellan leverantörerna uppstår och omfattningen på projekten så att en konkurrerande marknad behålls.

Optioner om förlängning i ett kontrakt kan – av skäl som nämnts i förra stycket – i värsta fall göra hela kontraktet ogiltigt. Det som är ekonomiskt fördelaktigt för staten kan alltså strida mot konkurrensreglerna.

En sällan diskuterad aspekt på avtalstiden är demokratispekten. Genom långvariga avtal fråntas kommande regeringar och riksdagar möjligheten att styra landet. Vad som för en myndighetsföreträdare kan te sig som tryggt kan alltså i värsta fall bli en fälla, som låser framtida budgetmedel i en riktning där de inte gör nytta, medan medel saknas för i framtiden aktuella behov. Faktum är att den framtida försvarsförmågan i vissa fall kan sänkas om tidigare generationers försvarsinvesteringar tillåts minska det framtida investerings- och därmed handlingsutrymmet. För att orientera sig i dessa frågor är det bra att som referens använda de investeringar som staten utan OPS skulle ha gjort i egen regi. Infrastruktur och krigsmateriel ska enligt 10 § Kapitalförsörjningsförordning (1996:1188) finansieras med anslag. Att investeringskostnaden belastar budgeten under anskaffningstiden garanterar att staten inte förköper sig på framtida generationers bekostnad. Jämförelsen kompliceras av att lånefinansiering också förekommer, men lånefinansiering av infrastruktur förekommer endast i undantagsfall och lånefinansiering av krigsmateriel inte alls. Därför bör man vara försiktig med att jämföra med lånefinansiering. Lånefinansiering innebär att investeringen finansieras med lån från Riksgäldskontoret eller med lån från den privata marknaden med statlig lånegaranti. Lånen med ränta återbetalas sedan med anslagsmedel över en förutbestämd tidsperiod, som inte ska överstiga den ekonomiska livslängden på investeringen. Den ekonomiska livslängden på en investering är emellertid inte lika med den ekonomiska eller kollektiva nyttan av den. Många försvarsinvesteringar är sådana att de är bortkastade eller till och med kostar avvecklingsresurser den dag det bestäms att de inte ska ingå i organisationen. Sådana investeringar är då tveksamma att genomföra som OPS med långa avtalstider. Andra försvarsinvesteringar, exempelvis ett tänkt fall där en ny byggnad för det militära högkvarteret uppförs i Stockholm, är sådana att ett långvarigt hyrköpskontrakt knappast medför några sådana risker – fastigheten kan, om avtalet tillåter, användas till annan verksamhet

⁵⁰ I en tidigare version av juridikbilagan talas under 8.5 Upphandling om den praxis utvecklats kring gamla LOU (1992:1528) innebärande att ett normalavtal ska inte löpa mer än 3-4 år med eventuellt en option på ytterligare 2 år.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 35 av 61

och kanske också säljas med vinst av staten när kontraktstiden är över. Att vi saknar tydliga regler för vilka kostnader som riksdagen får lägga på framtida generationer innebär inte nödvändigtvis att det är fritt fram att göra så. Även demokratiaspekten bör således vägas in när OPS-avtalens längd fastslås i förfrågningsunderlaget.

Hur kostnaden för ett OPS-åtagande ska fördelas över tiden, efter prestation, som annuitet eller efter andra principer påverkar naturligtvis avtalsrelationen starkt. Den som kan innehålla för motparten betydande summor har en stor fördel vid en eventuell framtida kontraktstvist. Vad som är gynnsamt och vad som är tillåtet är svårt att säga generellt, utan kräver en särskild utredning i det aktuella OPS-fallet.

7.2 Beskriv hur verksamheten bedrivs/kommer att bedrivas

Vid beskrivningen av befintlig verksamhet är det lämpligt att också beskriva hur lag och avtal reglerar dess eventuella avveckling, personellt, materiellt och lokalmässigt, vare sig det är verksamhet som bedrivs i egen regi eller redan outsourcad sådan, d.v.s. beskriva på vilken minsta tid som det är möjligt att avveckla verksamheten på från det att beslut fattats om avveckling, vilka produkter som kan och realistiskt kommer att levereras under avvecklingstiden och vilka kostnader detta för med sig samt när dessa kostnader infaller i tiden.

För beskrivningen av ny verksamhet är det lämpligt att också beskriva bindningstiden, som följer av lag och avtal för personal, materiel och lokaler, vilka produkter som kan och realistiskt kommer att levereras under uppstarttiden, vilka kostnader detta för med sig samt när dessa kostnader infaller i tiden samt vad en framtida förtida avveckling skulle medföra enligt föregående stycke.

I fall när här föreslagna beskrivningar kräver större utredningsresurser kan det vara fördelaktigt att först göra en översiktlig beskrivning och vid behov fördjupa denna.

7.3 Svara på frågan om vilka huvudmetoder som är användbara

Enligt Vägledningen ska eventuell politisk styrning av Försvarsmaktens behov av tjänster/förnödenheter/anläggningar dokumenteras. I Sverige har, liksom i många andra europeiska länder, försvarsbeställningar i större utsträckning än man under fri konkurrens kunde förvänta sig, gått till inhemska försvarsföretag. När försvarsupphandlingsdirektivet⁵¹ implementeras i svensk rätt

⁵¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 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.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 36 av 61

sommaren 2011 förhindras eller åtminstone försvåras sådant gynnande av inhemsk försvarsindustri. Detta berör dock inte den avsedda användningen av försvarsundantaget i EG-fördragets artikel 296. Såsom utvecklats ovan i det punkt 9 efterföljande stycket under Tillåtet och otillåtet påverkar inte heller kommissionens tolkningsmeddelande från den 7 december 2006 Sveriges praxis negativt vad gäller att åberopa försvarsundantaget. Regeringen har, såsom i nämnda stycke anförts, ett särskilt stort utrymme för att bedöma de behov för vilka den finner åtgärder enligt försvarsundantaget nödvändiga. Med andra ord skulle regeringen kunna låta genomföra sådana OPS-upphandlingar med EG-rättsliga undantag.

7.3.1 Systemavgränsning av OPS-åtaganden

Här kommenteras OPS-avgränsningar som är lämpliga enligt Vägledningen och där regelverket påverkar möjligheten till OPS-utsättning.

Såsom utretts under (7.11) funktionalitet ovan, måste kraven vara så utformade att föremålet för upphandlingen klart framgår och tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav vara så specifika, att anbudsgivarna kan bilda sig en bestämd uppfattning om föremålet för upphandlingen och att den upphandlande myndigheten kan genomföra upphandlingen. Beroende på vilket teknologiområde det gäller, kan det vara omöjligt att utforma kraven så att detta är möjligt. I så fall är avgränsningen till ett teknologiområde inte möjlig att OPS-utsätta.

Infrastrukturella anläggningstillgångar ska enligt 10 § Kapitalförsörjningsförordning (1996:1188) finansieras med anslag, så vissa OPS-upplägg på infrastrukturområdet torde kräva riksdagens godkännande. För stora projekt behöver detta inte utgöra något stort hinder, men små projekt som kräver sådant godkännande synes orealistiska. Hyrköpsliknande konstruktioner kan därför vara ogenomförbara medan rena hyreskonstruktioner vid ”nyanskaffning” inte torde möta några sådana hinder.

7.4 *Beskriv hur insatsförmågan påverkas*

Såsom anförts i Vägledningen är Försvarsmakten redan idag i många fall helt beroende av försvarsindustrin. De delar av Försvarsmakten som drivs i egen regi är i ett krigsfall dessutom helt beroende av att staten tillskjuter materiella och personella resurser. I ett sådant läge där staten tillför extraordinära anslag och tillämpar tvångslagstiftning kan civila resurser också ”mobiliseras”. Lagtekniskt sett är en privatisering av Försvarsmaktens resurser sålunda inget stort problem. Praktiskt sett uppkommer dock vissa typiska svårigheter.

Ju fler leverantörer av tjänster Försvarsmakten har, desto större resurser i form av administration krävs att hålla reda på dem. Att vid ändrade förutsättningar, såsom en tillfällig krissituation, ta



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 37 av 61

kontakt med ett stort antal outsourcade eller privatiserade enheter för att avtala om extra leveranser av tjänster eller materiel har i internationella erfarenheter visat sig synnerligen personal- och tidskrävande, inte minst på grund av den snabba förändringstakten i privat verksamhet jämfört med i mobiliserbara krigsorganisationer⁵². Svenska erfarenheter av katastrof-sjukvården uppvisar samma problembild vad gäller att snabbt utnyttja vilande resurser i form av civilrättsliga avtal.⁵³ Att hantera civila resurser som bara baserar sig på avtal är sålunda svårt vid tidspress.

De civila resurserna är civila, även om de bistår Försvarsmakten med olika typer av varor och tjänster. Detta medför att de kan vara mycket effektiva under lugna fredsförhållanden, men till följd av anställningsavtal, arbetsskyddslagstiftning och straffrätten inte fungerar som organisationer⁵⁴ när det börjar bli farligt.

Dessa två typiska svårigheter måste ses mot de ekonomiska vinster som kan göras med OPS, d.v.s. nackdelarna vägas mot fördelarna i form av vunnit ekonomiskt handlingsutrymme.

7.4.1 Konfliktnivå

Givetvis kan man finna människor som är villiga att ta stora risker mot god betalning. Riskpremierna som måste betalas för att företag ska intressera sig för att verka i farliga områden innebär inte att den därmed vunna resursen kan påräknas på samma sätt som när den består av personal med offentligrättslig bindning; av rättsliga och kulturella skäl finns det anledning att förmoda att en privatanställd lättare säger ”tack och hej, det här är för farligt för mig” än en försvarsanställd.

Med tanke på de relativt höga kostnaderna för Sveriges små internationella insatser och den relativt lilla omfattningen därav, vore det inte kostnadsdrivande för Försvarsmakten att tidsbegränsat anställa de civila leverantörernas nyckelpersonal för att lösa underhåll av materiel-system vid sådana insatser. Detta förutsätter att man vid upphandlingen av tjänsten (underhållet) i Sverige avtalat med leverantörerna om att de som arbetsgivare medger att Försvarsmakten senare parallellanställer deras nyckelpersonal för det fall att Försvarsmakten när behov uppstått vill utnyttja dem vid internationella insatser och de samtycker därtill. Försvarsmakten kunde ge

⁵² Knoph intervjuer i Polen under stora översvämningar i slutet av nittioalet, då statlig verksamhet hade privatiserats men genom civilrättsliga avtal fortfarande stod till statens disposition vid krissituationer.

⁵³ Jämför Agaton, Mona och Knoph, Jan Legala förutsättningar i Sverige för nordisk samverkan vid kriser och katastrofer enligt Nordiskt hälsoberedskapsavtal. FOI Memo 1315. Stockholm 2005. ss. 25-28.

⁵⁴ Erfarenheter från privat räddningstjänst internationellt och även i Sverige visar att enskilda medarbetare kan visa stort mod och ta stora personliga risker, men då fungerar de som frivilliga enskilda, som visserligen fakturerar sina tjänster, men inte som organisation.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 38 av 61

dem tidsbegränsade anställningar för utlandsuppdraget samtidigt som de finge behålla sina civila anställningar och löneförmåner. Företaget skulle då fortsätta fullfölja sitt (underhålls-)åtagande enligt det upphandlade kontraktet och de tillfälligt försvarsanställda skulle fungera i båda rollerna. Lönemässigt skulle lösningen heller inte sticka de ordinarie försvarsanställda i ögonen på samma vis som om nyckelpersonalen fick försvarslöner som vida översteg ordinarie militär personals. Denna lösning på problemet är även folkrättsligt mer tilltalande, än att ha privata företag i strids- och konfliktområden. Dessutom utpekade därmed heller inte dessa företag på samma sätt ut som mål för terrorattacker i Sverige och i andra länder utanför konfliktområdet, där de har sin ordinarie verksamhet.

7.4.2 Geografi

Den ovan föreslagna lösningen på hur civila leverantörer ska kunna stödja Försvarsmakten vid internationella insatser ökar dessas möjligheter att tillgodose Försvarsmaktens behov på olika platser under skilda geografiska förutsättningar. Särskilt viktigt blir det då att analysera vad leverantörens tillhandahållande av tjänst/förnödenhet/anläggning ställer för krav på Försvarsmaktens resurser.

I Vägledningen problematiseras hur riskpremierna ska bestämmas när leverantören i förväg inte vet om hans insatser ska göras i en fördyrande miljö. Den ovan föreslagna lösningen med dubbelanställd personal löser transportkostnadsproblemet, men problemet kvarstår med att viss för Sverige ovanlig miljö (exempelvis sand, salt, fuktig värme) kan verka fördyrande, exempelvis höja servicekostnader på teknisk utrustning. För att minimera riskpremierna, som uppstår vid osäkerhet och stiger med denna, och för att minimera transaktionskostnaderna, som stiger kraftigt ju större säkerhet man vill uppnå, kan det för Sverige, där stor osäkerhet råder om framtida internationella insatser (när, var, hur många? etc.), vara lämpligt att bara avtala om att Försvarsmakten betalar leverantören för visade merkostnader i samband med internationella insatser. Genom att personalen i den rekommenderade lösningen är dubbelanställda får Försvarsmakten dessutom god insyn i dessa merkostnader. Även utan denna insyn blir en sådan avtalskrivning sannolikt mycket billigare än en, där leverantören måste ta ut riskpremier alternativt en lösning som kräver djupgående analys och komplicerad avtalskrivning för att täcka samtliga internationella situationer, geografiskt, riskmässigt, etc. som leverantörer till svensk trupp kan tänkas hamna i.

7.4.3 Folkrätt

Den under Konfliktnivå (7.4.1) och Geografi (7.4.2) ovan föreslagna lösningen på problemet med civila leverantörer vid internationella insatser undanröjer helt de speciella folkrättsliga problemen för svenska leverantörer.



För lokala leverantörer och deras anställda i ett konfliktområde är folkrättsproblematiken av akademisk karaktär – oavsett hur de klassas kommer de att uppfattas som överlöpare av de stridande fraktioner som är emot och vanligen också föranlett den internationella insatsen. Detta problem måste därför lösas genom att ge sådan personal och deras familjer möjlighet till att vid behov få flytta till områden där de inte är utsatta för någon ökad risk till följd av deras tidigare relationer som leverantörer till den svenska utlandstruppen.

7.5 Beskriv hur regelverket påverkar möjligheterna

Rubriken till detta avsnitt har behållits enkom för att underkapitelnumreringen 7.5 i denna Översikt avseende juridikens påverkan på OPS ska överensstämma med motsvarande numrering i Vägledningens kapitel Konkretiserat arbetsflöde. Detsamma gäller två av underrubrikerna nedan, nämligen 7.7 och 7.10.

Den här gjorda kommenteringen till stegen i Vägledningens kapitel Konkretiserat arbetsflöde utgör stöd för hur den i Vägledningen påbjudna beskrivningen av hur regelverket påverkar möjligheterna till OPS ska göras.

7.6 Dokumentera förväntade effekter och syfte med en OPS-lösning.

Genom att såsom Vägledningen föreskriver tänka igenom, tydliggöra och dokumentera förväntade effekter av en OPS-lösning underlättas den juridiska analysen därav och en sådan fördjupad analys möjliggörs.

I Vägledningen diskuteras under denna punkt vad som ofta kallas bolagisering, att låta personalen ta över del av befintlig verksamhet. Det bör poängteras att detta oavsett form – jämför försäljning under rubriken Outsourcing (3.3) ovan – inte kan utlovas personalen, vilken måste vinna kontraktet genom en offentlig upphandling. Även om förfrågningsunderlaget kan utformas så att det ökar personalens möjligheter att ta över, har personalen ofta svårt att konkurrera med etablerade bolag, vilka naturligtvis också kan överklaga en upphandling där personalen otillbörligt gynnats, något som ligger nära till hands då tillsynsmyndigheterna kritiserat många försök att lägga verksamheter på personalen. Lagstiftningen är så utformad att åtgärder mot snedvriden konkurrens och korrupcion väger tyngre än personalens möjligheter att i egen regi få fortsätta verksamheten. Däremot skyddas de av direktivet om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av verksamheter.⁵⁵

⁵⁵ Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter.



7.7 [Kartlägg kunskapsläget]

7.8 Analysera marknaden

Självfallet är en förutsättning för god OPS att först ha analyserat marknaden. Inom försvarssektorn används utan direkt stöd i lag en så kallad Request for Information, RFI, som marknadsundersökning. En RFI kan genomföras både av Försvarsmakten och av FMV eller av båda tillsammans. RFI-processen är inte en del av den legala offentliga upphandlingsprocessen, utan en organiserad form av kontakter med näringslivet för att inhämta information. En RFI ska resultera i en bild av tillgängliga möjligheter; vilka leverantörer som finns, hur marknaden ser ut för det behov som ska täckas.

Det svåra med att göra en RFI har inom Försvarsmakten ansetts vara att inte komma företag så nära att de senare riskerar att bli diskvalificerade i den följande upphandlingen. Det har varit en balansakt, eftersom RFI ska ge svar på frågor men inte resultera i en förhandling med ett företag. Integritet, att hålla ett avstånd till de företag som ska besvara frågor, är naturligtvis viktigt.

Den princip som riskerar att sättas på undantag genom en RFI är likabehandlingsprincipen (se ovan under 6.1 Tillåtet och otillåtet, punkt 1). Likabehandlingsprincipen kan innebära att den, som hjälpt den upphandlande myndigheten med förberedelser inför upphandlingen därigenom kan bli förhindrad att delta i upphandlingen eftersom det uppkommit ett kunskapsövertag, som ger denne otillbörliga fördelar mot konkurrenterna i upphandlingen. Pedersen menar att den upphandlande myndigheten ofta kan undvika problemet och iaktta likabehandlingsprincipen, genom att se till att all information som den som hjälpt den upphandlande myndigheten fått och lämnat också görs tillgänglig för konkurrenterna i den kommande upphandlingen.⁵⁶ Genom att formalisera dialogen borde Pedersens tanke vara genomförbar också vid sådan informationsinhämtning som bör föregå stora OPS-upplägg. Exempelvis kunde man tänka sig att myndigheten bjuder in till överläggningar vilka dokumenteras och görs tillgängliga, exempelvis genom att filmas. Det gällde då att inte förledas till korridoriskussioner med leverantörer.

Tidigare har Försvarsmakten upphandlat genom att ge Försvarets Materielverk respektive förbandet FMLOG i uppdrag att upphandla något visst, varefter materielverket respektive FMLOG analyserat marknaden och därmed måst iaktta likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU, då de ju utgjort upphandlande myndigheter. I direktivets preambel (2) uttrycks detta som att tilldelning av kontrakt omfattas av kravet på respekt för principen om likabehandling.

⁵⁶ Pedersen, Kristian Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna. Stockholm 2008. s. 34.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 41 av 61

Vägledning OPS beskriver hur Försvarsmakten ska komma fram till ett eventuellt beslut om att upphandla OPS-lösningar. Under den analys- och beslutsprocessen utgör Försvarsmakten ingen upphandlande enhet som sysslar med tilldelning av kontrakt. Beslut om en eventuell upphandling fattas först i slutet av denna process, i punkt eller steg 20. Det innebär att fram till dess att ett beslut om att gå till upphandling är fattat, hindrar inte likabehandlingsprincipen Försvarsmakten från att diskutera OPS-lösningar med olika företag. EG-rätten syftar inte till att isolera myndighetsvärlden från näringslivet. Den syftar till upprättandet av en inre marknad. Att den fria diskussionen med företag under denna process är tillåten, ska dock inte förväxlas med att det alltid är tillåtet att basera en eventuell efterföljande upphandling på alla de lösningar som föreslagits i sådana diskussioner. En del av dessa lösningar kan ju vara sådana att de exkluderar leverantörer och hindrar en fungerande inre marknad.

I Vägledningen diskuteras under punkten analysera marknaden även, hur man i brist på konkurrens eller då andra skäl än förhoppningar om kostnadsreduceringar ligger bakom OPS-upplägget, kan använda kontraktsvillkoren för att säkerställa att leverantören har incitament att över tiden hålla en rimlig prisnivå. Naturligtvis ska man genom avtal försöka hålla prisnivån nere, men svårigheterna att göra detta med smarta kontraktsvillkor ska kanske inte underskattas. Delar parterna exempelvis på gjorda besparingar uppstår genast incitamentet för leverantören att överdriva alternativkostnaderna alternativt leverera en sämre produkt, för att därigenom maximera vinsten om denna baseras på storleken på de beräknade besparingarna. Risken är alltså att likt historiens Sovjetunionen bygga en stor kontrollapparat för att hålla koll på ekonomin, men ändå inte ha någon god kontroll över den. Transaktionskostnaderna för att syssla med sådant – följa upp kontrakten – ska heller inte underskattas. Alternativet att förpacka det som ska göras så att marknaden intresserar sig för det och naturlig konkurrens uppstår bör därför alltid övervägas.

När bara en leverantör är möjlig – något som inte är sällsynt i försvarsmaterielsammanhang – kan prissättningen utformas med principen öppna böcker eller med ett system som tvingar leverantören till årliga rationaliseringar för att priset är konstant eller sakta minskas.

7.9 Identifiera vilka som ska bedriva fortsatt arbete

För att inte riskera att göra fel som gör att upphandlingen måste göras om och kanske till och med att myndigheten blir skadeståndsskyldig mot förfördelade leverantörer, är det viktigt att någon deltagare i gruppen har tillräckliga kunskaper i upphandlingsrätt.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 42 av 61

7.10 [Klargör beslutsgång och tidskrav]

7.11 Beräkna referenskostnad

Tillämplig lag och tillämpliga avtals inverkan på ekonomin, på referenskostnaden för tänkta OPS-projekt, måste analyseras vidare – ibland blir denna inverkan liten jämfört med projektens besparingspotential, ibland så påtaglig att redan det kan utgöra skäl till att inte gå vidare med visst OPS-projekt. Hur de inverkar på referenskostnadsberäkningen kan variera stort med föremålet för OPS. Arbetsrätten har dock typiskt sett stort inflytande härpå. Nedan visas hur de arbetsrättsliga frågorna inverkar på beräkningen av referenskostnader.

Att med OPS upphandla en funktion har motsvarande juridiska och ekonomiska konsekvenser för en myndighet, som för ett privat företag som kontrakterar en ny leverantör. Typiskt sett föreligger tidsbegränsade civilrättsliga bindningar till dem, som tidigare levererat funktionen. Dessa civilrättsliga bindningar, t.ex. arbetsavtal och kontrakt om leverans av tjänster, innebär, att avtalar man om att tjänster från nya leverantörer ska levereras innan bindningstiden för tidigare avtal löpt ut, stiger kostnaderna kraftigt (då man till följd av avtalsbindningen betalar dubbelt för fler tjänster än man vill ha). Därför eftersträvar man nästan alltid att avtala om nya prestationer att levereras från den tidpunkt, då de gamla inte längre levereras enligt avtal.

Med denna grundsyn blir arbetsrätten inte svår att hantera. Inget hindrar att en myndighet kontinuerligt undersöker möjligheterna att få de tjänster den behöver till lägre kostnad eller högre kvalitet. Enligt Medbestämmandelagen (MBL) behöver myndigheten egentligen inte informera om sådan verksamhet. En annan sak är att det kan vara klokt att göra det, så att de anställda inte börjar oroa sig över lösa rykten. Sedan tio år är Försvarsmakten dock bunden av ett avtal, Avtalet för samverkan för utveckling (ASU + ASU-FM), ett kollektivavtal, som ålägger myndigheten att kontinuerligt informera om sådana verksamhets- och personalpolitiska frågor.

Enligt den inledande bestämmelsen A.4 i ASU-FM gäller ej detta Försvarsmaktens utlandsverksamhet: *Bestämmelserna i detta avtal skall endast tillämpas för verksamhet, som Försvarsmakten leder och genomför i Sverige.* Avtalet gäller med en uppsägningstid om tre månader, bestämmelsen D.1. MBL anger i såväl utlands- som uppsägningsfallet hur mycket information som måste lämnas, d.v.s. egentligen ingen så länge myndigheten inte bestämt sig för att gå till beslut om OPS.

Information till kollektivavtalslutande arbetstagarorganisationer och direkt till arbetstagarna om att myndigheten undersöker om inte bättre resultat i en framtid kan nås med OPS kan, beroende på hur den lämnas och hur förtroendet för ledningen är, antingen snabbt skapa en dysfunktionell arbetsplats eller sakta fördjupa förtroendet för ledningen. Det senare om dessa strävanden presenteras som ledningens självklara uppgift inför en framtid som först inträder på några års



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 43 av 61

sikt. Information kan således vara avdramatiserande. Facklig samverkan bör utnyttjas som ett led i detta. Precis som LOU bör utnyttjas som stöd för att få så bra avtal för staten som möjligt, så bör MBL och avtal som ingåtts med stöd därav utnyttjas för att få personalen att fungera så bra som möjligt till gagn för verksamheten.

Bra OPS förutsätter i regel att myndigheten förberett sig väl genom att sätta sig in i marknaden samt anpassat delar av den egna verksamheten för att med fördel för myndigheten kunna OPS-utsätta dessa delar. Detta är en process som tar tid, i regel mer tid än (det halvannat år) som behövs för att i enlighet med lag och avtal informera om utredningen av, inleda förhandlingar om och avsluta motsvarande verksamhet på myndigheten. Upphandlings- och arbetsrätten uppställer sålunda förfaranden, vilka har ungefär samma utsträckning i tiden. Förutsatt att upphandling och personalavveckling sker parallellt i tiden, behöver det ena inte försena det andra.

Naturligtvis kan det i extremfallen vara så, att existerande organisation producerar fel nyttighet och att rätt nyttighet snabbt endast kan åstadkommas med OPS. Egentligen handlar det då inte om att OPS-utsätta en verksamhet, utan om lägga ned en verksamhet för vilken behovet har försvunnit och inrätta en ny verksamhet som behövs, vare sig detta görs internt eller som OPS. Eftersom den gamla verksamheten då inte anses tillföra någonting som efterfrågas, handlar allt om att inrätta den nya verksamheten så fort finansiering därför finns. I sådana fall blir ovanstående koordinering i tiden naturligtvis ur effektivitetssynpunkt meningslös.

Det är alltså i regel eftersträvansvärt att förlägga en övergång till OPS så i tiden, att *tajma* denna så, att dubbla kostnader för arbetskraft inte uppstår. I praktiken är detta inte alltid fullt möjligt med hänsyn till variationer i de enskilda anställningsavtalen och anställningsvillkoren (fullmaktsanställningar, visstidsanställningar o.l. undantag). I stort kan dock personal avvecklas så, att dubbla kostnader inte uppstår. Övergången bör som regel förläggas till en tidpunkt till vilken personalen kan sägas upp, en tidpunkt som typiskt sett som längst ligger ett år från uppsägningen (11 § LAS + 10 § Trygghetsavtalet), dvs. inget hindrar myndigheten från att ge dem med kortare uppsägningstid samma uppsägningstid som de med längst uppsägningstid. Vid uträkningen av referenskostnaden för att lägga ut verksamhet som OPS bör inte bara eventuella oundgängliga avvecklingskostnader för personal inräknas, utan även eventuella tillkommande kostnader för att driva verksamheten fram till överlåtelsedagen (ev. lönehöjningar för att kvarhålla personal till sista anställningsdagen, eventuell bonus för dem som jobbar kvar till sista arbetsdagen, risk finns ändå att nyckelpersonal som inte överflyttas till OPS-verksamheten säger upp sig och måste ersättas med dyra korttidskontrakt, eller – i fallet att ersättare inte kan finnas – produktionen hämmas, vilket då måste värderas och inkluderas i referenskostnaden).

Sammanfattningsvis utgör paradoxalt nog en generös och god personalpolitik, inbegripet nära samverkan med arbetstagarorganisationer, kraftfullt stöd åt personalen och gott samarbete med



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum

2009-11-03

HKV beteckning

25 100:65081 (bilaga 3)

Sidan 44 av 61

Trygghetsstiftelsen en förutsättning för att en övergång från statlig till privat verksamhet i samband med OPS ska kunna ske till mycket låga personalavvecklingskostnader.

Så fort en utredning tillsätts eller uppdrag ges för att belysa möjligheter till verksamhetsförändringar, som berör personal, inträder vissa skyldigheter för arbetsgivareparten gentemot kollektivavtalsbundna arbetstagarorganisationer. Information och samverkan ska genomföras i den organisationsenhet som tar initiativ till utredningen. Det framgår av Avtalet samverkan för utveckling (1997-09-22), ASU, som kompletteras med Avtal om samverkan för utveckling inom Försvarsmakten (2005-10-18), ASU-FM. Mottagare av information enligt samverkansavtalen är de kollektivavtalsbundna fackliga organisationerna.

Det finns inga avtalskrav på att den enskilde arbetstagaren ska få del av informationen. För att föra en god personalpolitik är det viktigt att arbetsgivaren samtidigt beaktar berörda arbetstagares behov av information. Arbetsgivare kan inte helt förlita sig på att arbetstagarorganisationer sprider informationen vidare till sina medlemmar.

Ett problem med att använda Trygghetsstiftelsens resurser för att underlätta övergång från helstatlig verksamhet till OPS är stiftelsens karaktär av fonderade lönedel. Dessa är således långt ifrån outtömliga. Avtalet kan sägas upp med ett års uppsägningstid, vilket torde inträffa om stiftelsen töms. Beroende på utvecklingen av OPS inom Försvarsmakten är det således inte otänkbart att stiftelsens betydelse minskar i takt med att dess medel togs i anspråk i stor utsträckning. Eftersom OPS är en komplicerad verksamhetsform, kommer den troligen inte att samtidigt införas överallt. Dessutom spar myndigheterna (såsom visat i det finstilla) i många fall personalavvecklingskostnader när personalen inte kan använda sig av Trygghetsstiftelsens medel under uppsägningstiden, så problemet är förmodligen inte stort.

7.12 Identifiera risker

En av grundtankarna bakom OPS som framhållits av Kommissionen är att riskerna ska fördelas på den part, som har bäst möjlighet att hantera dem. Risker, som inte kan kontrolleras av någon av parterna, bör då delas mellan dem. Att fördela risker är naturligtvis en krävande uppgift vid exempelvis livscykelbaserad OPS. Riskfördelningen sammanhänger också med ägandebegreppet; den som står den övervägande risken i ett OPS-projekt involverande uppförandet av fasta anläggningar bör också stå som ägare därtill. Det finns en hel del litteratur kring hur olika risker bäst elimineras i stora projekt. En genomtänkt kontraktsskrivning innebär att risker möts med de medel som har effekt på dem. Det kan alltså handla om garantiklausuler, viten, prestandagarantier, försäkringar, men även om långtidsförsörjningskontrakt, ledningskontrakt,



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 45 av 61

fastprisavtal, bankgarantier, finansiella hedgeinstrument, prisindex, o.s.v. En viss ödmjukhet vid hantering av stora kontraktsbelopp är alltså att rekommendera, d.v.s. insikten om att externa konsulter kan vara en god investering.

I Vägledningen diskuteras under denna punkt särskilt leverantörsrisker vid insatskontraktering. Dessa försvinner som separata risker (de kommer att sammanfalla med Försvarsmaktens riskperspektiv) vid den under Konfliktnivå (7.4.1) och Geografi (7.4.2) ovan föreslagna lösningen på problemet med civila leverantörer vid internationella insatser.

7.13 Identifiera tredjepartsintäkter och andrahandsvärden

Åsikten att tredjepartsintäkter generellt är otillåtna av konkurrensskäl förekommer inom statlig förvaltning. Möjligen är denna åsikt mer ett uttryck för genomslag i förvaltningen för försök till ökade marknadsandelar från den privata marknaden än rättsligen välgrundad. Oklarheten kan enkelt förklaras med att myndighets uppdragsverksamhet bör vara styrd i myndighetens instruktion, men myndighetsinstruktionerna är kortfattade och innehåller i bästa fall en formulering att myndigheten ”mot avgift får tillhandahålla tjänster som har anknytning till myndighetens uppgifter” eller att den ”får utföra uppdrag inom sitt ansvarsområde om verksamheten i övrigt medger detta” samtidigt som det inte går att överklaga statliga myndigheters beslut om att bedriva sådan verksamhet⁵⁷. 2 kap. 1 § Konkurrenslagen förbjuder visserligen avtal som resulterar i att konkurrensen hindras, begränsas eller snedvrids, men de fall som tas upp har lite att göra med Försvarsmaktens avtal och möjliga avtal. Regeln grundar sig på EG-fördragets artikel 81. 2 kap 7 § Konkurrenslagen handlar om missbruk av dominerande ställning och motsvaras av fördragets artikel 82, men även här är det svårt att se hur de fall som tas upp är relevanta för Försvarsmaktens verksamhet. Någon djupare rättslig analys görs inte här, men bör göras så snart man finner ett aktuellt objekt som skulle kunna ge större intäkter. I proposition 2008/09:231 föreslås ändringar i Konkurrenslagen gällande från 1 januari 2010 med innebörd att Försvarsmakten i en säljverksamhet skulle kunna förbjudas att tillämpa ett förfarande, om detta snedvrider, eller är ägnat att snedvrیدا, förutsättningarna för en effektiv konkurrens eller hämmar, eller är ägnat att hämma, förekomsten eller utvecklingen av en sådan konkurrens. Men enligt lagförslaget får förbud inte meddelas för förfaranden som är försvarbara från allmän synpunkt. Vad som kommer att anses vara försvarbart från allmän synpunkt är mycket svårt att uttala sig om – propositionen resonerar inte kring försvarsfrågor och den har heller inte remissats till Försvarsmakten – så om lagförslaget antas i nuvarande utformning, blir rättsläget inte så mycket klarare. För klarhetens skull, vore det då lämpligt att regeringen i instruktioner och regleringsbrev resonerade kring verksamheten, men förmodligen är detta i flertalet fall realistiskt då vi i Sverige har ett system med relativt stora myndigheter och små

⁵⁷ Regeringens proposition 2008/09:231 Konfliktlösning vid offentlig säljverksamhet på marknaden m.m. ss. 19-21.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 46 av 61

departement, d.v.s. departementen blir snabbt överlastade om de (i myndighetsinstruktioner och regleringsbrev) ska försöka styra på detaljnivå. I vilket fall måste vid uppdragsverksamhet hänsyn tas till Avgiftsförordningen.

Enligt 3 § Avgiftsförordningen (1992:191) får en myndighet ta ut avgifter för varor och tjänster som den tillhandahåller bara om det följer av en lag eller förordning eller av ett särskilt beslut av regeringen. Avgiftsförordningen är sekundär till andra förordningar men också till regeringens beslut (2§). Den utgör således ett stöd för myndigheterna så länge som regeringen inte uttryckt någon annan vilja. En myndighet som ser att verksamheten bättre bedrivs med avsteg från förordningen eller från andra förordningar som gäller i dess ställe, kan sålunda uppmärksamma regeringen därpå, vilken då genom ett enkelt beslut kan möjliggöra ett sådant sätt att bedriva verksamheten. Redan enligt förordningens 4 § får myndigheten, om det är förenligt med myndighetens uppgift, i mindre omfattning⁵⁸ mot avgift (som myndigheten själv bestämmer⁵⁹ enligt 6 § och själv får förfoga över enligt 25 § 2 st.) exempelvis tillhandahålla lokaler och utrustning. Sistnämnda lagrum möjliggör ett flertal användbara OPS-upplägg. Exempelvis kan då viss verksamhet som nu bedrivs inom Försvarsmakten läggas ut på en leverantör som bedriver verksamheten i statens lokaler och med dess utrustning.

7.14 Möjlighet till återtagande

Planen för hur ett återtagande/övertagande av den aktuella verksamheten, som är föremål för OPS, ska ske måste vara integrerad i kontraktet och baserad på att ingen part vinner ekonomiskt därpå (inga incitament får nämligen finnas till att genomföra verksamheten i OPS-form på ett sådant sätt att återtagande blir aktuellt). Vid PFI-lösningar finns ofta klausuler om att den som

⁵⁸ Ekonomistyrningsverket anger i EA-boken, EA 2009 (ESV 2009:1), sin bedömning (dvs. allmänna råd till skillnad från föreskrifter) av vad som är mindre omfattning. Mindre omfattning uppfattar ESV föreligga om de sammanlagda intäkterna enligt 4 § Avgiftsförordningen under en längre tid än två år inte överstiger fem procent av de totala kostnaderna för myndighetens verksamhet. Försvarsmakten skulle således kunna ha intäkter på mer än halvannan miljard utan stöd av ett särskilt bemyndigande eller utan att behöva begära att regeringen prövar om undantag ska medges från begränsningarna enligt 4 § 2 st. Avgiftsförordningen.

⁵⁹ Enligt Ekonomistyrningsverkets föreskrifter till 7 § Avgiftsförordningen ska myndigheten dock inleda samråd med Ekonomistyrningsverket minst fyra veckor före myndighetens beslut om avgiftens storlek. Vilket underlag som krävs för samråd framgår enligt EA-boken, EA 2009 (ESV 2009:1). Vid OPS-upplägg med uthyrning av lokaler och utrustning kan ibland ett fattat beslut om avgiftens storlek försvåra en upphandling i konkurrens. Det är exempelvis tänkbart att i upphandlingen låta leverantörerna konkurrera med hur mycket de vill betala för utnyttjande av lokaler och utrustning (så att man får den leverantör som bäst kan utnyttja dem). För att inte ytterligare försena processen med fyra veckor bör frågan redan före upphandlingen tas upp med Ekonomistyrningsverket om att detta, enligt 31 § Avgiftsförordningen och verkets föreskrifter därtill, i det enskilda fallet kan pröva och meddela undantag från dess föreskrift till 7 § i denna förordning, med andra ord få verkets tillstånd till att i det aktuella OPS-fallet inte behöva samråda om avgiftens storlek.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 47 av 61

lånat ut pengarna får ta över ledningen av en dysfunktionell leverantörs verksamhet. Det bör därför alltid beaktas att problemet med en dåligt fungerande leverantör kan lösas på två motsatta sätt, genom att staten återtar eller genom att en ny privat part övertar OPS-verksamheten.

7.15 Kunskapsöverföringar

Överföring av grunddata och erfarenheter ska enligt Vägledningen kontinuerligt göras från leverantören till Försvarsmakten. Detta för att Försvarsmakten lättare ska kunna byta leverantör, respektive bli en mer kompetent kund och beställare. Det bör framhållas att detta inte kan påräknas om det inte otvetydigt framgår av kontraktet - det är ingen självklarhet att en leverantör bjuder på det.

7.16 Identifiera IPR-frågor

Immaterialrättsliga frågor, *Intellectual Property Rights* (IPR), måste i förekommande fall naturligtvis beaktas, tydliggöras och överenskommas om, men det är inte givet att staten ska förbehålla sig upphovsrätten till allt den varit med och finansierat framtagandet av. Staten är nämligen typiskt sett inte en aktör som har goda förutsättningar att tillgodogöra sig värdet av tekniska uppfinningar o.l. Att staten förbehåller sig alla rättigheter från sådant den varit med att finansiera kan innebära inlåsnings effekter – rättigheterna omsätts aldrig i produkter på marknaden. Då kan det vara bättre att redan i förfrågningsunderlaget klargöra att OPS-partnern får disponera över rättigheterna, åtminstone förutsatt att tillräcklig konkurrens föreligger vid upphandlingen. Möjligheten att tjäna pengar på att få utvecklingen betald kan nämligen sänka priset på anbuden. Vinnande leverantör kanske gör en hundrafaldigt större vinst än prissänkningen, men om patentet i annat fall aldrig tas fram eller hamnar på myndighetens hylla är det fortfarande en vinstsituation för staten. En god lösning kan vara att i kontraktet dela på rättigheterna. En god analys bör dock först göras över vad förväntade innovationer kan ha för värde och vilka kostnader som kan vara förenade med att ta fram dem.

7.17 Presentera plan för nyckelkompetens

Att säkerställa kontinuitet avseende nyckelkompetenser över tiden för varje enskild OPS-aktivitet kan kräva en inom den offentliga förvaltningen hittills osedd typ av arbetsrättsliga avtal. Det finns inget som hindrar en arbetsgivare från att göra tillägg till anställningsavtal som medger en i förväg känd extra god löneutveckling för nyckelpersoner som stannar kvar exempelvis i en projektgrupp. Dessa kostnader är ofta försumbara i förhållande till de ekonomiska riskerna med att förlora styrningen över ett större OPS-åtagande.



7.18 SWOT-analys

En jurist bör värdera de rättsliga riskerna och möjligheterna i SWOT-analysen. Det kan handla om så mycket mer än upphandlingsrätt och det går därför inte att utbilda personal på allt som kan vara aktuellt. SWOT-matrisen utgör grunden för beslut om en eventuell OPS-lösning, så missas något i analysen kan det leda till mycket höga och onödiga kostnader.

7.19 Uppföljning, styrning och utvärdering

En förutsättning för meningsfull uppföljning är att avtalet skrivits så att det går att följa upp, att de levererade tjänsternas kvalitet överensstämmer avtalet. Det räcker dock inte med att kvalitén fastslagits på ett mätbart vis. Avtalet måste också skrivas så, att OPS-partnern känner sig ansvarig för att efter bästa förmåga medverka i uppföljningen. I det enskilda fallet kan det t.ex. handla om att i kontraktet utpeka en hos OPS-partnern ansvarig enhet/funktion för detta. Uppföljning är som regel en förutsättning för styrning. En annan förutsättning är att avtalet innehåller tydliga villkor för vad som krävs för att ersättning ska utgå till entreprenören och tydliga villkor för när upphandlande enhet har rätt till skadestånd eller annan gottgörelse. Krävs entreprenörens delaktighet för en utvärdering, bör även detta skrivas in i avtalet och kopplas till någon form av positiv och eller negativ ekonomisk konsekvens för entreprenören.

7.20 Beslut att gå vidare till upphandling via FMLOG och/eller FMV

OPS handlar mycket om att ”vrída och vända” på möjligheterna att utföra något, för att på så sätt få det utfört på det för myndigheten mest fördelaktiga sättet. En svårighet i upphandlingsreglerna har varit hur man åstadkommer denna kreativitet i ett regelverk som för OPS-förespråkare upplevts som lite fyrkantigt. Ett enkelt sätt att få leverantörerna mer kreativa vad gäller att hitta bättre lösningar är att utnyttja bestämmelsen i direktivets⁶⁰ artikel 24 och i 6 kap. 9 § LOU om att upphandlande myndighet, som i en upphandling bestämt sig för att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får tillåta anbudsgivare att lämna anbud med alternativa utföranden om den i annonsen om upphandlingen anger att den godkänner anbud med alternativa utföranden och i förfrågningsunderlaget anger vilka minimikrav som gäller för sådana anbud och de särskilda villkor som gäller för hur de ska presenteras.

Även om alla steg genomförts skickligt kan det av olika skäl – inte minst förändrade förutsättningar p.g.a. processens utsträckning i tiden – alltid hända att OPS-upphandlingen blev fel. I stället för att fortsätta och binda upp statens resurser i en ogynnsam riktning, kan det vara på sin plats att avbryta projektet. Vare sig EG-reglerna eller de svenska reglerna om offentlig upp-

⁶⁰ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 49 av 61

handling medför någon skyldighet för en upphandlande myndighet att avsluta en upphandling med ett upphandlingskontrakt, däremot måste myndigheten underrätta de anbudssökande respektive anbudsgivande om skälen för beslutet att inte fullfölja upphandlingen så att dessa enligt 16 kap. 1 § LOU har möjlighet att ansöka om överprövning av det beslutet i länsrätten. Att en myndighet räknat fel på kostnaden för att ta ett anbud efter lägsta pris som tilldelningsgrund har ansetts som fullgott skäl för att avbryta upphandlingen.⁶¹ Avbrytande på grund av bristande konkurrens – när bara en anbudsgivare fanns kvar i slutet av upphandlingen – har också godtagits av domstolen.⁶²

⁶¹ NJA 2001 s. 3; Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 18 juni 2002. Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Stadt Wien. Begäran om förhandsavgörande: Vergabekontrollsenat des Landes Wien - Österrike. Offentlig upphandling - Direktiv 92/50/EEG - Förfarande vid offentlig upphandling av tjänster - Direktiv 89/665/EEG - Tillämpningsområde - Beslut att återkalla en anbudsinfordran - Domstolsprövning - Omfattning. Mål C-92/00. Rättsfallssamling 2002 s. I-05553. punkt 41 i domskälen; Domstolens beslut (andra avdelningen) den 16 oktober 2003. Kauppatalo Hansel Oy mot Imatran kaupunki. Begäran om förhandsavgörande: Korkein hallinto-oikeus - Finland. Artikel 104.3 i rättegångsreglerna - Offentlig upphandling - Direktiv 93/36/EEG - Offentlig upphandling av varor - Felaktig bedömning av kriteriet för fastställande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet - Avbrytande av en offentlig upphandling. Mål C-244/02. Rättsfallssamling 2003 s. I-12139. punkt 30 i domskälen.

⁶² Domstolens dom (fjärde avdelningen) den 16 september 1999. - Metalmeccanica Fracasso SpA och Leitschutz Handels- und Montage GmbH mot Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten. - Begäran om förhandsavgörande: Bundesvergabeamt - Österrike. - Offentliga bygg- och anläggningsarbeten - Tilldelning av kontrakt till den ende anbudsgivare som ansetts lämpad att delta. - Mål C-27/98. Rättsfallssamling 1999 s. I-05697. För en enkel översikt och diskussion av avbrytandefrågan, se Pedersen, Kristian Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna. Stockholm 2008. ss. 133-137.



8 Tillägg – Allmänt om myndigheters möjligheter att överlåta lös egendom (lösöre)

En svensk myndighet, som vill överlåta viss lös egendom (som inte är aktier eller tomträtt), behöver åtminstone veta följande:

- 1. I vilka fall myndigheten får detta.**
- 2. På vilket vis det i så fall får göras.**
- 3. Om och hur egendomen kan överlåtas i fall där myndigheten inte själv får göra detta.**

Vidare behöver myndigheten veta:

- 4. Vilka konsekvenser olika typer av överlåtelser får för myndighetens ekonomi.**
- 5. Vilka konsekvenser olika typer av överlåtelser får för myndighetens praktiska möjligheter att överlåta lös egendom till viss motpart.**

Här följer en allmän genomgång av dessa fem punkter.

1 I vilka fall myndigheten får detta.

Generellt gäller att myndigheter inte får överlåta egendom utan uttryckligt stöd i lag eller förordning. För följande finns stöd (bemyndigande). En myndighet som förvaltar statlig egendom får sälja (eller byta) sådan om den inte längre behövs för statens verksamhet eller blivit obrukbar. Detta framgår av 6 § Förordningen (SFS 1996:1191) om överlåtelse av statens lösa egendom. Normalt sett torde myndigheten själv kunna konstatera om egendomen blivit obrukbar. För att konstatera att egendomen inte längre behövs för statens verksamhet räcker det dock vanligen inte att se till förändringar i den egna verksamheten, såsom att myndigheten beslutat att inte längre i egen regi använda egendomen (OPS), utan myndigheten har före beslut om försäljning att konstatera, att ingen annan statlig myndighet behöver den för sin verksamhet. Här



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 51 av 61

har Försvarsmakten att särskilt se upp med reservdelar till materiel, som överlåtit till Statens Räddningsverk. Myndighetens konstateranden måste givetvis vara objektiva. (Nämnda förordning gäller inte försäljning av frivilligt efterfrågade varor som staten tillhandahåller, om inkomsterna helt eller delvis ska täcka statens kostnader för verksamheten, 4 § 1 st., heller inte leasing och liknande 4 § 2 st.)

2. På vilket vis det i så fall får göras.

Sådan överlåtelse, som myndigheten får bestämma om, måste ske genom försäljning (eller byte), Försäljningen måste genomföras affärsmässigt. Detta framgår av 3, 6 och 7 §§ Förordningen (SFS 1996:1191) om överlåtelse av statens lösa egendom. Affärsmässigt innebär att försäljningen (eller bytet) om möjligt ska ske till marknadsvärdet. Att sälja till marknadsvärdet är inte alltid möjligt utan stora omkostnader. Det är affärsmässigt att sälja till ett pris under marknadsvärdet om skillnaden mellan försäljningspriset och marknadsvärdet är mindre än de ökade omkostnaderna för att kunna sälja till marknadsvärdet. Således kan det exempelvis vara affärsmässigt, att sälja gammalt förrådsställt lösöre av mindre värde, som kräver komplicerad inventering, transport och liknande för att kunna säljas till marknadsvärdet, till ett pris understigande marknadsvärdet. För att kunna avgöra vad som är affärsmässigt, krävs alltså en uppskattning av marknadsvärdet och av kostnaderna för försäljning till ett pris motsvarande marknadsvärdet och av intäkterna av försäljning till lägre priser.

3. Om och hur egendomen kan överlåtas i fall där myndigheten inte själv får göra detta.

Regeringen har lite större möjligheter än myndigheterna att överlåta statlig lös egendom. Även då en under regeringen stående myndighet inte själv får överlåta egendomen kan det hända att regeringen får det. Detta framgår av Regeringsformen 9 kap. 8 § jämfört med 24 § Lag (1996:1059) om statsbudgeten. Regeringen får (enligt 28 § samma lag) besluta om att överlåta (alltså även genom t.ex. gåva) sådan egendom som inte längre behövs för statens verksamhet eller blivit obrukbar. Överlåter regeringen egendomen genom försäljning, behöver denna inte genomföras affärsmässigt om särskilda skäl talar mot det, 29 § Lag (1996:1059) om statsbudgeten. Om förutsättningarna för överlåtelse som återgivits i punkt 1 ovan föreligger men myndigheten själv inte kan överlåta egendomen till följd av de i punkt 2 ovan återgivna kraven på försäljning och affärsmässighet, kan myndigheten hemställa att regeringen överlåter egendomen och därvid framhålla de särskilda skäl som regeringen får ta hänsyn till i sitt beslut.



4. Vilka konsekvenser olika typer av överlåtelser får för myndighetens ekonomi.

Vilka konsekvenser en överlåtelse får för den säljande myndighetens ekonomi beror såväl på om regeringen eller myndigheten beslutar om försäljningen, på försäljningspriset, på hur egendomen tidigare bokförts, på hur egendomen finansierats och inte minst på de eventuella lån myndigheten vid försäljning måste lösa in samt på det vid försäljningstidpunkten aktuella bokföringsmässiga värdet av den lösa försålda egendomen, vilket då måste nedskrivas till noll. Det är ofta viktigt att utreda om en tänkt försäljning kan få negativa konsekvenser för myndighetens ekonomi, då sådana konsekvenser oftast påverkar myndighetens praktiska möjligheter att sälja på önskat vis, något som belyses i punkt 5 efter följande genomgång. Nedan har en indelning i nio olika kategorier gjorts med avseende på reglerna för hur försäljningsinkomsten får disponeras. För att snabbt se till vilken kategori viss lös egendom som är föremål för överlåtelse hör, kan följande frågeschema eller nyckel användas. [När det klarlagts vilka kategorier som eventuellt inte finns inom Försvarsmakten, kan schemat (nyckeln) förenklas.]

Nyckel till indelningen i nio kategorier (A-I) av hur statliga myndigheter får disponera inkomsten av försåld lös egendom efter hur egendomen bokförts och finansierats

Är egendomen avskriven (eller saknar bokfört värde) så hör den till kategori A, B, C, D eller E.

Har regeringen beslutat om försäljningen hör den till kategori A.
Har myndigheten beslutat om försäljningen hör den till kategori B, C, D eller E:
Har egendomen använts i en verksamhet för vilken regeringen har meddelat en investeringsplan (varmed här menas en sammanställning över planerade investeringar och planerad finansiering där större objekt bör kunna urskiljas) hör den till kategori B.
Har egendomen kostnadsförts (dvs. inte varit föremål för avskrivning) hör den till kategori C.
Har egendomen finansierats på annat sätt än med anslag eller lån hör den till kategori D.
Har egendomen i annat fall inte använts i en verksamhet för vilken regeringen har meddelat en investeringsplan hör den till kategori E.



FÖRSVARSMAKTEN

HÖGKVARTERET

PROD OPS

Jan T. Knoph

Datum
2009-11-03

HKV beteckning
25 100:65081 (bilaga 3)
Sidan 53 av 61

Är egendomen inte avskriven så hör den till kategori D, F, G, H eller I

Har regeringen beslutat om försäljningen hör den till kategori F.

Har myndigheten beslutat om försäljningen hör den till kategori D, G, H eller I:

Har egendomen finansierats med anslag och använts i en verksamhet för vilken regeringen har meddelat en investeringsplan (varmed här menas en sammanställning över planerade investeringar och planerad finansiering där större objekt bör kunna urskiljas) hör den till kategori G.

Har egendomen finansierats på annat sätt än med anslag eller lån hör den till kategori D.

Har egendomen finansierats med anslag och senare invärderats och inte använts i en verksamhet för vilken regeringen har meddelat en investeringsplan hör den till kategori H.

Har egendomen finansierats med anslag, inte invärderats och inte använts i en verksamhet för vilken regeringen har meddelat en investeringsplan hör den till kategori I.

Observera att kategori D återfinns i båda rutorna, avskriven i den övre rutan och oavskriven i den nedre rutan.

Försäljning och byte av egendom i kategorierna A-I hanteras enligt nedanstående.



- A. Om den försålda egendomen är avskriven och regeringen beslutat om försäljningen gäller att:
myndigheten ska redovisa inkomsten mot en inkomstitel på statsbudgeten under inkomsthuvudgruppen Inkomster av försåld egendom och betalas till statens centralkonto i Riksbanken, om inte regeringen bestämt annat, detta enligt 17 § Kapitalförsörjningsförordningen (SFS 1996:1188) samt ESV:s föreskrifter⁶³ därtill. Myndighetens ekonomi påverkas således inte av försäljningen, om inte regeringen förmås att låta myndigheten disponera försäljningsinkomsten.
- B. Om den försålda egendomen är avskriven, använts i en verksamhet för vilken regeringen har meddelat en investeringsplan (varmed här menas en sammanställning över planerade investeringar och planerad finansiering där större objekt bör kunna urskiljas) och myndigheten själv beslutat om försäljningen gäller att:
myndigheten får disponera inkomsten för att finansiera investeringar som ingår i investeringsplanen, detta enligt 17 § 2 st. samt 18 § Kapitalförsörjningsförordningen (SFS 1996:1188). Myndighetens ekonomi påverkas således positivt av försäljningen.
- C. Om den försålda egendomen kostnadsförts (dvs egendomen har inte varit föremål för avskrivning; exempelvis ett inventarium vars livslängd vid anskaffningen beräknats understiga tre Δ r eller ammunition, som kostnadsförts direkt trots att livslängden beräknats överstiga tre år) och myndigheten själv beslutat om försäljningen gäller att:
hela försäljningsinkomsten får disponeras av myndigheten, detta enligt 17 § 2 st. Kapitalförsörjningsförordningen (SFS 1996:1188) samt ESV:s allmänna råd⁶⁴ till 20 § samma förordning. Myndighetens ekonomi påverkas således positivt av försäljningen.
- D. Om den försålda egendomen finansierats på annat sätt än med anslag eller lån (något som är fallet när varken anslags- eller lånefinansiering kan visas beroende på egendomens ålder, liksom när det är känt att egendomen finansierades på annat sätt, t.ex. genom gåva, bidrag eller avgiftsinkomster) och myndigheten själv beslutat om försäljningen gäller att:
myndigheten får disponera inkomsten i den verksamhet där den försålda egendomen har använts, detta enligt 17 § 2 st. samt 21 § Kapitalförsörjningsförordningen (SFS 1996:1188). Myndighetens ekonomi påverkas således positivt av försäljningen om inkomsten är större än den nedskrivning av det bokföringsmässiga restvärdet till noll, som måste göras i det fall att egendomen hade ett bokfört värde. (Ett eventuellt underskott till följd av en försäljningsinkomsten överstigande nedskrivning torde inte belasta anslaget utan enbart balansräkningen.)
- E. Om den försålda egendomen är avskriven, inte använts i en verksamhet för vilken regeringen har meddelat en investeringsplan (varmed här menas en sammanställning

⁶³ En myndighet får på regeringens bemyndigande utfärda föreskrifter. Dessa är bindande och publiceras i myndighetens författningssamling.

⁶⁴ Allmänna råd är inte direkt bindande utan utgör en myndighets generella rekommendationer om tillämpningen av viss författning (lag, förordning eller föreskrift); hur någon kan eller bör handla i ett visst hänseende.



över planerade investeringar och planerad finansiering där större objekt bör kunna urskiljas) och myndigheten själv beslutat om försäljningen gäller att: myndigheten får disponera inkomsten i sin helhet, detta enligt 17 § 2 st. samt 19 § Kapitalförsörjningsförordningen (SFS 1996:1188) samt ESV:s föreskrifter därtill. Myndighetens ekonomi påverkas således positivt av försäljningen.

- F. Om den försålda egendomen inte är avskriven och regeringen beslutat om försäljningen gäller att: myndigheten ska redovisa inkomsten mot en inkomstitel på statsbudgeten under inkomsthuvudgruppen Inkomster av försåld egendom och betalas till statens centralkonto i Riksbanken, om inte regeringen bestämt annat, detta enligt 17 § Kapitalförsörjningsförordningen (SFS 1996:1188) samt ESV:s föreskrifter därtill. Vid lånefinansiering ska inkomsten användas för att amortera av lån i Riksgäldskontoret. Restvärdet eller det planenliga värdet måste vid försäljningen nedskrivras till noll. Om försäljningspriset understiger restvärdet (det planenliga värdet) uppkommer ingen inkomst (överskott, vinst vid försäljningen) utan ett underskott, en förlust. Om egendomen finansierats på annat sätt än genom anslag uppkommer då en kostnad som måste anslagsavräknas, om inte regeringen i sitt beslut om försäljning bestämt annorledes. Således uppkommer vid lånefinansiering en motsvarande anslagsbelastande (eller vid avgiftsfinansierad verksamhet en avgifterna belastande) kostnad (underskott — då försäljningspriset understiger lånet i Riksgäldskontoret som bör motsvara restvärdet), då kvarstående lånebelopp måste lösas. Vid anslagsfinansiering belastar nedskrivningen inte anslaget, utan enbart balansräkningen antingen samma eller påföljande år.
- G. Om den försålda egendomen inte är avskriven, finansierats med anslag, invärderats eller inte invärderats i samband med övergången till den nya redovisningsmodellen, myndigheten själv beslutat om försäljningen och egendomen använts i en verksamhet för vilken regeringen har meddelat en investeringsplan (varmed här menas en sammanställning över planerade investeringar och planerad finansiering där större objekt bör kunna urskiljas) gäller att: myndigheten får disponera inkomsten för att finansiera investeringar som ingår i investeringsplanen, detta enligt 17 § 2 st. samt 18 § Kapitalförsörjningsförordningen (SFS 1996:1188). Vid försäljningen måste det bokföringsmässiga restvärdet skrivas ned till noll, vilket innebär en kostnad för myndigheten. Om försäljningspriset understiger restvärdet (det planenliga värdet) uppkommer ingen inkomst (överskott, vinst vid försäljningen) utan ett underskott, som dock inte belastar anslaget utan enbart balansräkningen. Försäljningen påverkar således inte myndighetens ekonomi negativt ens vid ett underskott om egendomen inte lånefinansierats. Har den lånefinansierats måste kvarstående lånebelopp lösas vilket belastar anslaget (amorteringen avräknas anslaget).
- H. Om den försålda egendomen inte är avskriven, finansierats med anslag men därefter invärderats i samband med övergången till den nya redovisningsmodellen och myndigheten själv beslutat om försäljningen och inte använt egendomen i en



verksamhet för vilken regeringen har meddelat en investeringsplan (varmed här menas en sammanställning över planerade investeringar och planerad finansiering där större objekt bör kunna urskiljas) gäller att:

myndigheten får disponera hela inkomsten i den verksamhet där den försålda egendomen har använts, detta enligt 17 § 2 st. samt 20 § 2 st Kapitalförsörjningsförordningen (SFS 1996:1188) samt ESV:s föreskrifter till sistnämnda paragraf. Vid försäljningen måste det bokföringsmässiga restvärdet skrivas ned till noll, vilket innebär en kostnad för myndigheten. Om försäljningspriset understiger restvärdet (det planenliga värdet) uppkommer emellertid ingen inkomst (överskott, vinst vid försäljningen) utan ett underskott, som dock inte belastar anslaget utan enbart balansräkningen. Försäljningen påverkar således inte myndighetens ekonomi negativt ens vid ett underskott om egendomen inte lånefinansierats. Har den lånefinansierats måste kvarstående lånebelopp lösas vilket belastar anslaget.

- I. Om den försålda egendomen inte är avskriven, finansierats med anslag, men inte invärderats eller belånats, och myndigheten själv beslutat om försäljningen och inte använts egendomen i en verksamhet för vilken regeringen har meddelat en investeringsplan (varmed här menas en sammanställning över planerade investeringar och planerad finansiering där större objekt bör kunna urskiljas) gäller att: myndigheten ska redovisa den del av försäljningsinkomsten som motsvarar tillgångens bokförda värde eller hela försäljningsinkomsten om denna understiger detta bokförda värde, mot en inkomstitel (sannolikt på statsbudgeten under inkomsthuvudgruppen Inkomster av försåld egendom) och betala denna del till statens centralkonto i Riksbanken, detta enligt 17 § 2 st. samt 20 § 1 st. Kapitalförsörjningsförordningen (SFS 1996:1188) samt ESV:s föreskrifter därtill, varav även framgår att ett eventuellt överskott får disponeras av myndigheten i den verksamhet där den försålda egendomen har använts. Vid försäljningen måste det bokföringsmässiga restvärdet skrivas ned till noll, vilket innebär en kostnad för myndigheten. Om försäljningspriset understiger restvärdet (det planenliga värdet) uppkommer ingen inkomst (överskott, vinst vid försäljningen) utan ett underskott, som dock inte belastar anslaget utan enbart balansräkningen. Försäljningen påverkar således inte myndighetens ekonomi negativt ens vid ett underskott då egendomen inte lånefinansierats.

Av 4A — 4I framgår att när lånefinansierad egendom säljs med underskott avräknas (belastar) detta myndighetens anslag om inte regeringen bestämt annat, såsom exempelvis att lånet inte ska amorteras eller att det inte ska avräknas mot anslag. Har myndigheten inte fått särskilda anslag för detta eller budgeterat därför, kan den utnyttja sin anslagskredit eller låneram så långt denna räcker.



5. Vilka konsekvenser olika typer av överlåtelser får för myndighetens praktiska möjligheter att överlåta lös egendom till viss motpart.

De olika typerna av överlåtelser inskränker myndighetens praktiska möjlighet att överlåta viss lös egendom till viss motpart på följande vis:

- A. Inga andra inskränkningar än att myndigheten måste förmå regeringen att besluta om överlåtelser.
- B. Kravet på affärsmässighet (se mer om detta under punkt 2 ovan) innebär att myndigheten inte får sälja egendomen under ett visst lägsta pris och accepterar inte motparten detta, kan myndigheten inte sälja egendomen till denna.
- C. Samma som B.
- D. Samma som B.
- E. Samma som B.
- F. Myndigheten måste förmå regeringen att besluta om överlåtelser och får, om den överlåtna egendomen är lånefinansierad, en kostnad motsvarande kvarvarande låneamortering (bör motsvara det bokföringsmässiga restvärdet) minskad med försäljningsintäkter.
- G. Samma som B, men vid lånefinansiering uppkommer dessutom en kostnad motsvarande kvarvarande låneamortering (bör motsvara det bokföringsmässiga restvärdet) minskad med försäljningsintäkter.
- H. Samma som G.
- I. Samma som B.



9 Lagöversikt

Fördraget om upprättandet av Europeiska Gemenskapen.

Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.

Rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget.

Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter.

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

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).

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.

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtjänster, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG.

Lagen 1988:1387 om statens upplåning och skuldförvaltning.

Avgiftsförordning 1992:191.

Lag (1996:1059) om statsbudgeten.

Kapitalförsörjningsförordning 1996:1188.

Förordning (1996:1191) om överlåtelse av statens lösa egendom

Lag 2007:1091 om offentlig upphandling.

Lag 2007:1092 om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster



Förordning (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Tillkännagivande (2007:1108) av de försvarsprodukter som avses i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Tillkännagivande 2008:32 av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Konkurrenslag 2008:579.

Konkurrensförordning 2008:604.

Offentlighets- och sekretesslag 2009:400.

10 Rättsfallsöversikt

NJA 2001 s. 3.

NJA 2007 s. 349.

Kammarrätten i Sundsvall i dom den 4 oktober 2007 i mål nr 1885-07.

Domstolens dom den 11 juli 1974. Procureur du Roi mot Benoît och Gustave Dassonville. Begäran om förhandsavgörande: Tribunal de première instance i Bryssel. Mål 8/74. Rättsfallssamling 1974 s. 00837.

Domstolens dom den 24 januari 1995. Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna. Meddelande om offentlig upphandling - Klandertalan - Underrättelse - Tekniska specifikationer. Mål C-359/93. Rättsfallssamling 1995 s. I-00157.

Domstolens beslut (andra avdelningen) den 3 december 2001. Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab Begäran om förhandsavgörande: Vestre Landsret - Danmark. Artikel 104.3 i rättegångsreglerna - Offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten - Bygg- och anläggningskontrakt som inte når upp till de tröskelvärden som föreskrivs i rådets direktiv 93/37/EEG - Villkor att en produkt av ett visst märke skall användas, utan möjlighet att använda en likvärdig produkt - Fri rörlighet för varor. Mål C-59/00 Rättsfallssamling 2001 s. I-09505.

Domstolens dom den 3 juni 1992. Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken. Frihet att tillhandahålla tjänster - Offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten. Mål C-360/89. Rättsfallssamling 1992 s. I-03401



Domstolens dom den 5 december 1989. Europeiska gemenskapernas kommission mot Italienska republiken. Fördragsbrott - Offentlig upphandling på dataområdet - Företag som ägs av staten eller den offentliga sektorn - Nationell lagstiftning som inte överensstämmer med skyldigheterna enligt gemenskapsrätten. Mål C-3/88. Rättsfallssamling 1989 s. 04035.

Domstolens dom den 22 juni 1993. Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark. Offentligt upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbete - Bro över Stora Bält. Mål C-243/89. Rättsfallssamling 1993 s. I-03353.

Domstolens dom (fjärde avdelningen) den 20 september 1988. Gebroeders Beentjes BV mot Nederländska staten. Begäran om förhandsavgörande: Arrondissementsrechtbank 's-Gravenhage - Nederländerna. Upphandlingsförfarande vid ett kontrakt om bygg- och anläggningsarbeten. Mål 31/87. Rättsfallssamling 1988 s. 04635.

Förstainstansrättens beslut (första avdelningen i utökad sammansättning) av den 4 mars 2003. Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) mot Europeiska kommissionen. Konkurrens - Missbruk av dominerande ställning - Offentlig hälso och sjukvård - Dröjsmål med betalningen av fakturor - Klagomål från leverantörer - Begreppet företag. Mål T-319/99. Rättsfallssamling 2003 s. II-00357.

Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 16 september 1999. Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien. Fördragsbrott - Import och förvärv av vapen - Sjätte mervärdesskattedirektivet - Oförenlig nationell lagstiftning. Mål C-414/97. Rättsfallssamling 1999 s. I-05585.

Förstainstansrättens beslut (tredje avdelningen i utökad sammansättning) av den 30 september 2003. Fiochi munizioni SpA mot Europeiska kommissionen. Artiklarna 296 EG och 298 EG - Statligt stöd till ett företag som tillverkar varor för militärändamål - Klagomål - Passivitetstalan - Avvisning. Mål T-26/01. Rättsfallssamling 2003 s. II-03951.

Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 28 oktober 1999. Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich och Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr. Begäran om förhandsavgörande: Bundesvergabeamt - Österrike. Offentlig upphandling - Förfarande avseende offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten - Prövningsförfarande. Mål C-81/98. Rättsfallssamling 1999 s. I-07671.

Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 18 juni 2002. Hospital Ingenieure Krankenhaus-technik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Stadt Wien. Begäran om förhandsavgörande: Vergabekontrollsenat des Landes Wien - Österrike. Offentlig upphandling - Direktiv 92/50/EEG - Förfarande vid offentlig upphandling av tjänster - Direktiv 89/665/EEG - Tillämpningsområde - Beslut att återkalla en anbudsinfordran - Domstolsprövning - Omfattning. Mål C-92/00. Rättsfallssamling 2002 s. I-05553.

Domstolens beslut (andra avdelningen) den 16 oktober 2003. Kauppatalo Hansel Oy mot Imatran kaupunki. Begäran om förhandsavgörande: Korkein hallinto-oikeus - Finland. Artikel



104.3 i rättegångsreglerna - Offentlig upphandling - Direktiv 93/36/EEG - Offentlig upphandling av varor - Felaktig bedömning av kriteriet för fastställande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet - Avbrytande av en offentlig upphandling. Mål C-244/02. Rättsfallssamling 2003 s. I-12139.

Domstolens dom (fjärde avdelningen) den 16 september 1999. - Metalmeccanica Fracasso SpA och Leitschutz Handels- und Montage GmbH mot Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten. - Begäran om förhandsavgörande: Bundesvergabeamt - Österrike. - Offentliga bygg- och anläggningsarbeten - Tilldelning av kontrakt till den ende anbudsgivare som ansetts lämpad att delta. - Mål C-27/98. Rättsfallssamling 1999 s. I-05697.

11 Tolkningsmeddelanden

Tolkningsmeddelande om tillämpningen av artikel 296 i fördraget på området för försvarsupphandlingar KOM/2006/0779 Europeiska Gemenskapernas Kommission, Bryssel den 7.12.2006

Europeiska Gemenskapernas Kommission. Bryssel den 7.12.2006. SEK(2006) 1555. Arbetsdokument från kommissionens avdelningar. Dokument som åtföljer kommissionens tolkningsmeddelande om tillämpningen av artikel 296 i fördraget på området för försvarsupphandlingar. Sammanfattning av konsekvensbedömning. {KOM(2006) 779 slutlig} {SEK(2006) 1554}