

GRUNDNOTAT TIL FOLKETINGETS EUROPAUDVALG

Kommissionens forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af visse offentlige bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet (KOM(2007) 766 endelig af 5. december 2007)

Resumé

Forslaget har til formål at indføre et nyt retligt instrument for indkøb på forsvars- og sikkerhedsområdet. Det er grundtanken med forslaget at give EU-medlemsstaterne fælles regler for indgåelse af offentlige kontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet, som sikrer, at EF-traktatens principper overholdes, og at der tages hensyn til de særlige forhold, der gør sig gældende for disse indkøb, f.eks. informationssikkerhed, forsyningsikkerhed og proceduremæssig fleksibilitet.

1. Baggrund og indhold

Kommissionen har i nogen tid haft fokus på, hvordan medlemslandene har indgået kontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet. I 2004 gennemførte Kommissionen en høring af grønbogen "*Offentlige indkøb af forsvarsmateriel*"¹. På baggrund af høringen identificerede Kommissionen for det første, at det var hensigtsmæssigt at udarbejde en fortolkningsmeddelelse om anvendelsen af EF-traktatens art. 296. Denne blev vedtaget i 2006². For det andet viste høringen, at der var behov for fælleskabsregler for indgåelse af forsvarskontrakter, som tager hensyn til de særlige forhold, der gør sig gældende for visse indkøb i denne sektor.

Kommissionen har således fremsat et forslag til direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af visse offentlige vareindkøbs-, bygge- og anlægs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet. Forslaget er fremsat med hjemmel i EF Traktatens art. 47,

¹ KOM(2004)608 endelig af 23. september 2004

² KOM(2006)779 endelig af 7. december 2006

stk. 2, art. 55 og art. 95. Den fælles beslutningsprocedure i art. 251 vil blive anvendt.

Formålet med direktivforslaget er at indføre et nyt fælles retligt instrument for indkøb på forsvars- og sikkerhedsområdet, der er afpasset de særlige forhold, der gør sig gældende på disse områder.

Indgåelsen af offentlige kontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet er i øjeblikket omfattet af direktiv 2004/18/EF³ med forbehold for de undtagelser, der svarer til de i traktatens artikel 30, 45, 47 og 296 omhandlede situationer.

Det fremgår af Domstolens praksis, at undtagelserne i fællesskabsretten, herunder dem, der er nævnt i traktatens artikel 296, kun må anvendes i usædvanlige, klart definerede tilfælde. Det er Kommissionens opfattelse, at medlemsstaterne på forsvars- og sikkerhedsområdet ikke i tilstrækkeligt omfang anvender direktiv 2004/18/EF. I stedet påberåber de sig undtagelsesbestemmelserne i traktatens artikel 296 for offentlige forsvarskontrakter og i direktivets artikel 14 for offentlige sikkerhedskontrakter. Dette skyldes i høj grad, at direktivet ikke tager tilstrækkelig højde for de særlige forhold der gør sig gældende for visse indkøb af varer og tjenesteydelser på forsvars- og sikkerhedsområdet.

Kommissionen ønsker med fremsættelsen af direktivforslaget at begrænse anvendelsen af undtagelsesbestemmelserne i traktaten og i direktiv 2004/18/EF til usædvanlige tilfælde og i overensstemmelse med domstolens praksis og under samtidig hensyntagen til medlemsstaternes sikkerhedsinteresser. Kommissionen ønsker med direktivet således at give medlemsstaterne fælles regler for indgåelse af offentlige kontrakter, som sikrer, at traktatens principper om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri udveksling af tjenesteydelser overholdes. Samtidig tages der hensyn til de særlige forhold, der gælder for disse indkøb, f.eks. informationssikkerhed, forsyningssikkerhed og den nødvendige proceduremæssige fleksibilitet.

Ligesom direktiv 2004/18/EF indeholder direktivforslaget formelle procedureregler, som ordregivende myndigheder normalt skal følge ved indkøb og anskaffelser, hvis værdi overstiger nærmere fastsatte beløbsgrænser. Direktivforslagets procedureregler bygger på traktatens principper og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed, og er baseret på opbygningen af direktiv 2004/18/EF. Tær-

³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134 af 30.4.2004, s. 114)

skelværdierne for direktivforslagets anvendelsesområde skal også svare til de tærskelværdier, der kendes fra direktiv 2004/18/EF.

Direktivforslaget er dog på en række punkter afpasset efter de særlige forhold, der gør sig gældende for følsomme, offentlige forsvars- og sikkerhedskontrakter. Det er specifikke punkter, der giver de ordregivende myndigheder mere fleksibilitet, og som samtidig indeholder forholdsregler til at sikre informations- og forsyningssikkerhed. Disse punkter vedrører således:

1. Udbudsprocedurer

Begrænsede udbud kan i lighed med direktiv 2004/18/EF anvendes uden begrænsninger. Begrænsede udbud defineres som procedurer, som enhver økonomisk aktør kan ansøge om at deltage i, men hvor kun de økonomiske aktører, der af de ordregivende myndigheder modtager opfordring dertil, kan afgive tilbud.

Konkurrencepræget dialog kan i lighed med direktiv 2004/18/EF anvendes i tilfælde af særligt komplekse kontrakter. For en sådan kontrakt er det umuligt objektivt at fastsætte de vilkår, der kan opfylde den ordregivende myndigheds behov, eller at vurdere, hvad markedet kan tilbyde af tekniske og/eller finansielle og juridiske løsninger. Konkurrencepræget dialog defineres som en procedure, som enhver økonomisk aktør kan ansøge om at deltage i, men hvor den ordregivende myndighed fører en dialog med de ansøgere, der har fået adgang til at deltage i proceduren. Målet med dialogen er, at udvikle en eller flere løsninger, der kan opfylde ordregiverens behov. Disse løsninger skal være grundlag for de tilbud, de valgte ansøgere dernæst opfordres til at afgive.

Udbud med forhandling med offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse defineres i direktivforslaget som en procedure, hvor de ordregivende myndigheder opfordrer økonomiske aktører, som de selv udvælger, dog mindst 3, til at afgive tilbud og forhandle kontraktens vilkår med dem. Denne udbudsform kan i henhold til direktiv 2004/18/EF kun undtagelsesvist anvendes. I direktivforslaget tillades denne procedure dog uden nogen særlig begrundelse. Det er hensigten hermed at tilvejebringe den fleksibilitet, der er nødvendig i forbindelse med indgåelsen af følsomme forsvars- og sikkerhedskontrakter.

Udbud med forhandling uden offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse er ligeledes defineret som en procedure, hvor de ordregivende myndigheder opfordrer økonomiske aktører, som de selv udvælger, til at afgive tilbud og forhandle kontraktens vilkår med dem. Ved denne procedure er der dog ikke krav om, at ordregivende myndigheder skal give et vist mindste antal økonomiske aktører mulighed for at give bud. Man kan således gå direkte i forhandling med en enkelt økonomisk aktør. I henhold til direktivforslaget kan denne udbudsform i lighed med direktiv 2004/18/EF kun undtagelsesvist anvendes. Blandt disse undtagelser kan

nævnes en medlemsstats intervention i forbindelse med kriser eller væbnede konflikter.

Derimod er det *offentlige udbud*, der indebærer, at udbudsbetingelserne udleveres til enhver økonomisk aktør, der måtte anmode derom, anset for at være en uegnet udbudsprocedure på forsvars- og sikkerhedsområdet. Dette skal ses i lyset af de krav om fortrolighed og informationsikkerhed, der er forbundet med denne type kontrakter. Denne udbudsprocedure optræder således i modsætning til direktiv 2004/18/EF ikke i direktivforslaget.

2. Forsyningssikkerhed

Medlemsstaternes særlige behov for forsyningssikkerhed i forbindelse med følsomme offentlige kontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet berettiger, at myndighederne får mulighed for at stille særlige krav, både hvad angår de kontraktmæssige krav og kriterierne for udvælgelse af ansøgere.

Der er i direktivforslaget derfor bl.a. givet mulighed for, at den ordregivende myndighed kan forlange, at tilbudsgivere i deres tilbud bl.a. godtgør at være i stand til at opfylde de kontraktlige forpligtelser med hensyn til eksport, overførsel og transit af varer, herunder også ved hjælp af et tilsagn fra den eller de berørte medlemsstater.

Den ordregivende myndighed kan også stille krav til tilbudsgivers organisation og lokalisering af forsyningskæden f.eks. i forbindelse med virksomhedens interne regler for forholdet mellem datter- og moderselskabet med hensyn til intellektuelle ejendomsrettigheder.

Ordregivende myndigheder kan desuden forlange, at tilbudsgiveren giver et tilsagn om, at imødekomme en eventuel forøgelse af myndighedens behov som følge af en nødsituation, krise eller væbnet konflikt.

3. Informationssikkerhed

Den ofte fortrolige karakter af oplysningerne i forbindelse med følsomme offentlige forsvars- og sikkerhedskontrakter nødvendiggør ligeledes visse forholdsregler, både i forbindelse med selve tildelingsproceduren, kriterierne for udvælgelse af ansøgere og de ordregivende myndigheders kontraktmæssige krav.

Der er således bl.a. i direktivforslaget givet mulighed for, at følsomme tekniske specifikationer, som kun må videregives til den tilbudsgiver, som tildeles kontrakten, kan udelades i udbudsbekendtgørelse, udbudsbetingelser eller supplerende dokumenter, hvis det ikke er nødvendigt at kende de pågældende specifikationer for at udarbejde tilbud. Under alle omstændigheder skal de ordregivende myndigheder give de samme informationer til samtlige tilbudsgivere og sikre ligebehandlingen af dem.

Med henblik på at varetage sikkerheden af følsomme oplysninger, er ordregivende myndigheder desuden givet mulighed for, at den økonomisk aktør bl.a. godtgør sin tekniske og/eller faglige formåen ved et bevis for aktørens kapacitet til at behandle, opbevare og videregive følsomme oplysninger, på det sikkerhedsniveau som myndigheden kræver. Den ordregivende myndighed kan i givet fald anmode den relevante sikkerhedsmyndighed i ansøgerens land om at efterprøve, om aktørens bygninger, procedurer, forvaltningsmetoder og personalemæssige forhold, er i overensstemmelse med forskrifterne.

Ordregivende myndigheder er desuden givet mulighed for i udbudsbetingelserne, at angive de krav, tilbudsgiveren skal opfylde, for at varetage sikkerheden af oplysninger.

Den ordregivende myndighed kan også forlange af tilbudsgiveren, at hans tilbud indeholder tilsagn om at behandle alle følsomme oplysninger fortroligt under hele udførelsen af kontrakten og efter dennes opsigelse eller udløb.

Den ordregivende myndighed kan herudover bl.a. forlange bevis for at tilbudsgiverens allerede udpegede underentreprenører har den formåen, der kræves for at kunne beskytte fortrolige oplysninger.

2. Europa-Parlamentets holdning

Europa-Parlamentet skal i henhold til EF traktatens art. 251 høres. Det vides endnu ikke, hvornår Europa-Parlamentets udtalelse foreligger.

3. Nærhedsprincippet

Ifølge Kommissionen kan formålet med forslaget ikke på tilfredsstillende vis opnås ved regulering fra medlemslandene. Kommissionen konkluderer således, at fravigelsen af bestemmelserne om det indre marked i forbindelse med offentlige forsvars- og sikkerhedskontrakter vil fortsætte, hvis der ikke på fælleseuropæisk plan etableres ny og tilpasset regulering. Det er således Kommissionens holdning, at en fastholdelse af den eksisterende fællesskabsretlige lovgivningsramme for kontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet ikke vil føre til mere gennemsigtig og åben indgåelse af sådanne kontrakter.

Kommissionen påpeger, at medlemsstaternes fravigelse af bestemmelserne i det indre marked skyldes uhensigtsmæssigheder i det eksisterende udbudsdirektiv. Der er således behov for en forbedring af lovgivningsrammen for offentlige kontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet, der vil gøre det muligt at samordne den nationale ret på området og sikre overholdelse af principperne om gennemsigtighed, ligebehandling og ikke-forskelsbehandling. En sådan forbedring sker mest hensigtsmæssigt gennem et nyt direktiv.

Kommissionen har som retsaktstype valgt et direktiv, som giver medlemsstaterne en vis grad af fleksibilitet ved gennemførelsen. Kommissionen angiver, at direktivets bestemmelser desuden giver medlemsstaterne og de ordregivende myndigheder en skønsmargen med hensyn til de valg, der skal foretages ved indgåelsen af kontrakterne. Med forbehold for, at direktivets bestemmelser overholdes, vil hver enkelt medlemsstat ved gennemførelsen af direktivet i national ret således kunne tage hensyn til de særlige forhold og karakteristika, der gør sig gældende i forbindelse med dens følsomme indkøb på forsvars- og sikkerhedsområdet.

Kommissionen finder på den baggrund, at forslaget er i overensstemmelse med nærhedsprincippet.

Af samme grunde er det regeringens opfattelse, at nærhedsprincippet er overholdt.

4. Gældende dansk ret

Indgåelsen af offentlige kontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet er i øjeblikket omfattet af direktiv 2004/18/EF med forbehold af de undtagelser, der svarer til de i traktatens artikel 30, 45, 47 og 296 omhandlede situationer.

Direktiv 2004/18/EF er gennemført i dansk ret ved bekendtgørelse nr. 937 af 16. september 2004 om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter.

5. Høring

Forslaget sendes i høring hos de organisationer, myndigheder mv., der er medlemmer af Specialudvalget for Konkurrence, med svarfrist medio april 2008.

6. Andre landes holdninger

Da forslaget først for nyligt udkom i alle sprogversioner, foreligger der endnu ikke officielle holdninger fra de øvrige medlemslande.

7. Foreløbig dansk holdning

Fra dansk side kan man generelt støtte en samordning af medlemsstaternes praksis for indkøb på forsvars- og sikkerhedsområdet, der er afpasset de særlige forhold, der gør sig gældende på disse områder. Forslaget indeholder dog en række elementer, som kræver en nærmere afklaring.

8. Lovgivningsmæssige og statsfinansielle konsekvenser

Efter vedtagelsen af forslaget skal direktivet gennemføres i dansk ret. Gennemførelsen kan ske ved en bekendtgørelse.

Forslaget forventes som udgangspunkt ikke at have statsfinansielle konsekvenser, da direktivet regulerer indgåelsen af offentlige kontrakter på områder allerede reguleret af direktiv 2004/18/EF.

Forslaget har alene følgende konsekvenser for EU's budget:

- daglige offentliggørelser af udbudsbekendtgørelser i Den europæiske Unions Tidende
- årlig opfølgning af gennemførelsen af direktivet
- evaluering på mellemlangt sigt (tidligst efter fem år) af de administrative konsekvenser af gennemførelsen af direktivet ved de ordregivende myndigheder og i virksomhederne
- evaluering på langt sigt (tidligst efter ti år) af direktivets økonomiske konsekvenser.

9. Samfundsøkonomiske konsekvenser

Effektive udbudsregler sikrer en effektiv allokering af ressourcer og bidrager til at styrke virksomhedernes internationale konkurrenceevne. En begrænsning af anvendelsen af undtagelsesbestemmelserne i traktaten og i direktiv 2004/18/EF til usædvanlige tilfælde og den tilsvarende forøgelse af antallet af kontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet, der indgås i henhold til fællesskabsretlige regler, skønnes således at have positive samfundsøkonomiske konsekvenser.

10. Tidligere forelæggelse for Folketingets Europaudvalg

Sagen har ikke tidligere været forelagt Folketingets Europaudvalg. Direktivforslaget er dog tidligere præsenteret i et nærhedsnotat.

Grundnotatet sendes også til Folketingets Erhvervsudvalg.