

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel:08-545 03 810; fax: 08-611 35 62

Socialdepartementet

Remissyttrande
2012-04-24

Dnr. S2011/10814/FST

Betänkandet Fritt val av hjälpmedel (SOU 2011:77)

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Velfärden. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid offentlig upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är förra stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderöth. Övriga ledamöter är förre regeringsrådet Sigvard Berglöf, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i handelsrätt Erik Nerep, juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm samt förre konkurrensrådet Per-Arne Sundbom.

Konkurrenskommissionen har sedan den inrättades 1994 utrett och bedömt mer än 600 ärenden avseende frågor om offentlig upphandling.

1. Sammanfattande slutsatser

Konkurrenskommissionen, som i och för sig är positiv till valfrihetsmodeller i offentlig sektor, avstyrker emellertid att utredningsförslaget genomförs eftersom det riskerar att strida mot unionsrätten och dessutom inte innefattar någon sådan närmare analys som framgår av direktivet med avseende på snedvridning av konkurrensen samt kostnadsdrivande effekter, bland annat för socialförsäkringen.

Kommissionen förordar istället att frågan om på vilket sätt ett system för fritt val av hjälpmedel kan utformas för att stödja, underlätta och främja införandet av fritt val av hjälpmedel i kommuner och landsting ska utredas på nytt, utifrån förutsättningarna att detta behov ska fyllas inom ramarna för gällande unionsrätt.

2. Konkurrenskommissionens utgångspunkter m.m.

Stiftelsen Den Nya Velfärden, som är Konkurrenskommissionens huvudman, har tidigare utrett förutsättningarna för ökad valfrihet för enskilda eller brukare av vård- och omsorgstjänster med koppling till den offentliga sektorn. Stiftelsen har även i skriftserien Medborgarnas offentliga utredningar (MOU) utrett berörda offentligt finansierade tjänster och lämnat förslag om reformering av dessa som bygger på en valfrihetsmodell.

Innan det införs en valfrihetsmodell som i huvudsak rör varor som säljs av privata aktörer och som helt eller delvis finansieras med allmänna medel förutsätts enligt utredningsdirektivet¹ att det görs en ingående analys av effekterna. Med en sådan analys blir det lättare att bl.a. beräkna kostads-effekterna för det allmänna eller skattebetalarna och brukarna.

Kommissionen kan konstatera att utredningens analys av förslagets effekter² i nämnda avseenden har stora brister. När effekter på berörda marknader, landstingen eller brukare tas upp uttrycks dessa främst som säkra påståenden eller slutsatser men utan att dessa underbyggs av någon djupgående analys, utredning, undersökning etc. Konkurrenskommissionen anser att detta är allvarligt och strider mot utredningsdirektivet. Men ännu allvarligare är att förslaget måste anses strida mot EU-rätten på området för offentlig upphandling.

3. Konkurrenskommissionens synpunkter med hänsyn till unionsrätten på upphandlingsområdet

3.1 Koncessioner

I fråga om utgångspunkterna i betänkandet, att den förslagna lagen ska knytas till den rättsliga regleringen i lagen (2008:962) om valfrihetssystem – LOV, synes utredningen utgå från att förekommande varuanskaftningar ska kunna ske som ”varukoncessioner” i vad som förefaller vara en analogi med de inom unionsrätten förekommande instituten *byggkoncession* respektive *tjänstekoncession*.

Med *byggkoncession*, avses ett kontrakt av samma slag som ett byggtreprenadkontrakt, men som innebär att ersättningen helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja anläggningen.³ På motsvarande sätt avses med en *tjänstekoncession*, ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt, men med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels viss betalning.⁴

Bygg- och tjänstekoncessioner regleras på så sätt att Klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG)⁵ och den svenska lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU – innehåller bestämmelser för tilldelning av byggkoncessioner⁶, medan tjänstekoncessioner i allt väsentligt är undantagna från direktivets och lagens reglering.⁷

¹ Dir. 2011:7 s. 3, betänkandet (SOU 2011:77) s. 167 f.

² Betänkandet (SOU 2011:77) avsnitt 8.

³ En definition av begreppet *byggkoncession* återfinns i bl.a. artikel 1.3 av Klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG). Där anges bl.a. följande. ”byggkoncession: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt byggtreprenadkontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning”. Med offentligt kontrakt avses enligt artikel 1.2 (b) ”offentliga byggtreprenadkontrakt: offentliga kontrakt som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggtreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I eller av en byggtreprenad, eller utförande, oavsett form, av en byggtreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i [direktivets] bilaga II”. Vid blandade kontrakt som avser såväl en kombination av tjänster med entreprenadarbeten eller varor gäller enligt den s.k. överviktsprincipen att kontraktet ska betraktas enligt den kategori som värdemässigt dominerar upphandlingen – se i artikel 1.2 (d) andra stycket.

⁴ På liknande sätt återfinns en definition av begreppet *tjänstekoncession* i bl.a. artikel 1.4 av Klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG). Där anges bl.a. följande. ”tjänstekoncession: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning”. Med offentligt kontrakt avses enligt artikel 1.2 (a) ”skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i [direktivets]”. Enligt artikel 1.2 (d) definieras offentligt tjänstekontrakt vidare som ”andra offentliga kontrakt än offentliga byggtreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i [direktivets] bilaga II”. Vid blandade kontrakt som avser såväl en kombination av tjänster med entreprenadarbeten eller varor gäller enligt den s.k. överviktsprincipen att kontraktet ska betraktas enligt den kategori som värdemässigt dominerar upphandlingen – se artikel 1.2 (d) andra stycket.

⁵ Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. Klassiska upphandlingsdirektivet).

⁶ Reglering med avseende på byggkoncessioner återfinns i artiklarna 64 och 65 i Klassiska upphandlingsdirektivet (2007/18/EG) samt i 13 kap. LOU.

⁷ Viss reglering med avseende på tjänstekoncessioner återfinns i artiklarna 17 och 18 i Klassiska upphandlingsdirektivet (2007/18/EG) samt i 1 kap. 2 § sjätte stycket och 12 § LOU, med innebörden att direktivets och lagens bestämmelser inre är tillämpliga i fråga om tjänstekoncessioner men att principen (i 1 kap. 9 § LOU) om icke-diskriminering på grund av nationalitet ska iaktas när koncessionshavaren tilldelar tredje man ett varukontrakt.

När det gäller ”*varukoncession*” kan emellertid konstateras att detta inte utgör något av unionsrätten förekommande rättsligt begrepp, även om viss analogi med bygg- och tjänstekoncessioner kan förefalla logisk.

Koncessioner kännetecknas enligt det s.k. *nyttjanderättskriteriet* av att två förutsättningar samtidigt ska vara uppfyllda. För det första ska koncessionshavaren erhålla rätten att utnyttja den för koncession upplåtna anläggningen eller tjänsten ekonomiskt. För det andra ska den ekonomiska risken i samband med byggentreprenadarbetenas eller tjänsternas utövande övergå på koncessionshavaren ensam. EU-kommissionen har i ett tolkningsmeddelande avseende tjänstekoncession angivit bl.a. följande.

Nyttjanderättskriteriet är avgörande när det gäller att fastställa om ett avtal är en tjänstekoncession eller inte. Enligt detta kriterium rör det sig om en koncession, om tjänsteleverantören tar riskerna i samband med den tillhandahållna tjänsten (etablering och nyttjande) och tar ut ersättning av användaren, t.ex. via avgifter i vilken form det än vara må. Sättet på vilket tjänsteleverantören får ersättning är, liksom för byggkoncessioner, en faktor som gör det möjligt att fastställa vem som tar på sig risken i samband med nyttjandet. Tjänstekoncessioner kännetecknas, liksom byggkoncessioner, av att ansvaret för nyttjandet överförs på koncessionshavaren. [...] Om den upphandlande myndigheten har garanterat full återbetalning av investeringen och därmed undanröjt alla risker i samband med driften av anläggningen skulle riskmomentet vara borta och avtalet betecknas som ett offentligt upphandlingskontrakt [...] och inte ett koncessionsavtal.⁸

Förutsättning för tilldelning av koncession är således att koncessionshavaren ges rätt att kommersiellt utnyttja anläggningen eller tjänsten och att myndigheten därigenom överlåter den ekonomiska risk som är förenad med verksamheten.⁹ Koncessionshavaren ska inte endast ta den ekonomiska risken under uppbyggnadsfasen utan även de finansiella och ekonomiska risker som är förenade med drift och nyttjandegrad av anläggningen eller utövandet av tjänsten.¹⁰ Avtal där koncessionshavaren ges garantier om full kostnadstäckning för det fall han utför arbetet på ett (enligt avtalet) tillfredsställande sätt kan exempelvis inte anses utgöra någon koncession.

De risker som ska föreligga i ett koncessionsförhållande är sådana som är förenade med projektfinansieringen, d.v.s. den ”*ekonomiska risken*”, vilket är karaktäristiskt för just koncessioner. Denna risk hänger i hög grad samman med vilka intäkter som koncessionshavaren kan räkna med att erhålla genom nyttjandet av anläggningen. Risköverföringen utgör därmed den avgörande skillnaden mellan koncessioner och offentliga byggentreprenad- eller tjänstekontrakt¹¹, där leverantören normalt¹² endast bär risk för att hans investerings- och driftkostnader skulle visa sig överstiga den avtalade ersättningen för kontraktets fullgörande, men inte risken för att hans inkomster kopplade till rätten att utnyttja anläggningen eller tjänsten inte förslår.¹³

⁸ Se EU-kommissionen, tolkningsmeddelande 12 april 2000 avseende koncessioner enligt EU-rätten, s. 10.

⁹ Avseende kravet på ekonomisk risk, se EU-domstolens dom av den 10 september 2009 i mål C-206/08, *Eurawasser*, REG 2009 s. I-0000. Domstolen fastslog där att den omständigheten att uppdragstagaren vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt från den upphandlande myndigheten, men har rätt att ta ut ersättning från tredje man, kan vara tillräcklig för att avtalet ska anses utgöra en tjänstekoncession, under förutsättning att uppdragstagaren övertar hela eller åtminstone en betydande del av den risk som den upphandlande myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv, även om denna risk redan från början är mycket begränsad på grund av de offentligrättsliga villkoren för tjänstens organisation.

¹⁰ Tolkingsmeddelandet (se ovan not 20), sid. 7.

¹¹ Även om det rör sig om s.k. skuggtullar (där koncessionshavaren erhåller ersättning i efterskott från den upphandlande enheten) kan det anses föreligga en ekonomisk risk om ersättningen är beroende av antalet användare.

¹² Även i samband med offentliga upphandlingskontrakt vilar enligt EU-kommissionens tolkningsmeddelande (se ovan, not 20) normalt en del risker på uppdragstagaren, t.ex. den risk som hänger samman med att lagstiftningen ändras under avtalstiden (t.ex. förändringar när det gäller miljöskydd som innebär att det blir nödvändigt med justeringar i arbetet eller förändringar på skatteområdet som gör att de finansiella förutsättningarna för kontraktet ändras eller risken att tekniken blir föråldrad). Sådana risker anses inte utgöra de ekonomiska risker som ska föreligga för att ett avtalsförhållande ska anses utgöra en koncession.

¹³ Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), skrivelse till regeringen (Näringsdepartementet) den 21 mars 2001 (dnr. 2000/0339-22, se även nämndens yttrande den 8 juni 2006 till Kammarrätten i Stockholm (dnr. 2006/0068-29).

Av nyare praxis från EU-domstolen i mål C-206/08 (*Eurawasser*) framgår att den omständigheten att uppdragstagaren inte ersätts direkt av den upphandlande myndigheten utan genom en avgift som myndigheten ger uppdragstagaren rätt att ta ut från tredje man, talar enligt domstolen för att det kan vara fråga om en tjänstekoncession. I ett senare avgörande, mål C-274/09 (*Stadler*), påpekar domstolen att med den ”ekonomiska risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten” ska förstås en risk att utsättas för marknadens nycker som kan ta sig uttryck i att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer, risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, risk för insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster, risk för att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader eller till och med risk för att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten.¹⁴

Frågan om gränsdragning mellan tjänstekoncession och tjänstekontrakt har varit föremål för ett flertal avgöranden av EU-domstolen. I mål C-324/98 (*Telaustria och Telefonadress*), ansåg domstolen att ett offentligt kontrakt med ett privat företag avseende tryckning och utgivning av telefonkataloger skulle vara att anse som en tjänstekoncession, eftersom inget annat vederlag utgick än att det katalogutgivande företaget gavs rätten att utnyttja katalogutgivningen kommersiellt. EU-domstolen påpekade dock att, trots att det aktuella avtalet inte omfattas av tillämpningsområdet för EU:s upphandlingsrättsliga regelverk, de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå är skyldiga att beakta det dåvarande EG-fördragets (numera EU-fördragets)¹⁵ grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. Vidare ska den upphandlande myndigheten garanteras insyn i koncessionshavarens upphandlingsverksamhet så att myndigheten kan försäkra sig om att förekommande upphandlingar kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens samt att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska.¹⁶

I mål C-458/03 (*Parking Brixen*) fastslog EU-domstolen likaledes att ett offentligt kontrakt mellan en kommun och ett av kommunen helägt aktiebolag avseende driften av avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatser ska anses utgöra en tjänstekoncession, eftersom tjänsteleverantören som motprestation skulle erhålla ersättning från tredjeman och inte från uppdragsgivaren.¹⁷ I domskälen uttalade domstolen bl.a. att ett offentligt tjänsteavtal på vilket EU:s upphandlingsrättsliga regelverk är tillämpligt måste innefatta något slags motprestation som den upphandlande myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören. I det aktuella fallet höll domstolen inte med om att ersättningen däremot inte från den ifrågavarande kommunen utan från avgifter som den som valde att parkera på den aktuella parkeringsplatsen skulle betala för användningen av parkeringsplatsen. Detta betalningssätt innebär att tjänsteleverantören tog över verksamhetsrisken för de ifrågavarande tjänsterna, vilket kännetecknar just tjänstekoncession.

I denna situation är det enligt domstolen således inte fråga om ett offentligt tjänsteavtal utan om en koncession avseende allmännyttiga tjänster.¹⁸ Liksom tidigare påpekats konstaterade domstolen också, med hänvisning till bl.a. *Telaustria-målet*, att det dåvarande EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet och etablering av näringsverksamhet liksom principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn ska tolkas så, att dessa utgör hinder för en offentlig myndighet att utan anbudsinfordran tilldela ett kommunalt aktiebolag, under aktuella förutsättningar, en koncession avseende allmännyttiga tjänster.

¹⁴ Se EU-domstolens dom av den 10 mars 2011 i mål C-274/09, *Stadler*, REG 2011 s. I-0000, p. 37.

¹⁵ Sedan den 1 december har EG-fördraget ersatts genom de s.k. Lissabonfördragen, vilka består av dels EU-fördraget (FEU), dels Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

¹⁶ EU-domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria och Telefonadress*, REG 2000 s. I-10745 pp. 3 och 4.

¹⁷ Se regeringens lagrådsremiss ”Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster”, s. 179-182.

¹⁸ EU-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, pp. 39 och 40.

Någon överviktsregel som medför att aktuella hjälpmedelsanskaffningar kan bedömas som tjänstekoncessioner – och således upphandlas enligt regelsystemet i LOV – kan inte göras gällande, eftersom kontraktens huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel (ändamålet med kontrakten) utgörs av själva varuanskaffningen.¹⁹

3.2 Är aktuella hjälpmedelsanskaffningar förenliga med koncessionsbegreppet?

Konkurrenskommissionen ifrågasätter om kommunernas och landstingens anskaffningar för att tillhandahålla hjälpmedel för enskilda funktionshindrade över huvud taget kan anses utgöra koncessioner, eftersom detta behov ska tillgodoses och i huvudsak finansieras av det allmänna.

Även om viss brukarfinansiering ska komma ifråga kan detta således knappast medföra sådan riskexponering – att utsättas för marknadens nycker som kan ta sig uttryck i att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer, risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, risk för insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster, risk för att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader eller till och med risk för att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten (jfr. *Stadler-domen*) – att det kan anses vara fråga om koncession.

3.3 Kan varukoncessioner särregleras vid sidan av LOU?

Såsom tidigare konstaterats utgör ”varukoncession” inte något inom unionsrätten förekommande rättsligt begrepp. Även om det föreligger visst stöd i litteraturen²⁰ och begreppsbildningen som sådan förefaller logisk relativt bygg- och tjänstekoncessioner menar Konkurrenskommissionen, i likhet med vad Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) påpekat i särskilt yttrande,²¹ att den förslagna lagstiftningen riskerar att komma i konflikt med och strida mot gällande unionsrättsliga upphandlingsdirektiv. Detta eftersom det som regel kommer vara fråga om offentliga anskaffningar av varor över tröskelvärdet och något regelsystem eller undantag ifråga om koncessioner avseende varor, till skillnad från tjänster och byggtreprenader, inte framgår av det nu gällande Klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG). Någon överviktsregel som skulle kunna medföra annat synsätt kan inte göras gällande enligt unionsrätten.

Landstingens och kommunernas aktuella hjälpmedelsanskaffningar ska således rätteligen handläggas enligt bestämmelserna för upphandling av varukontrakt enligt LOU och Klassiska upphandlingsdirektivet. Frågan om hur ett system för fritt val av hjälpmedel kan utformas för att stödja, underlätta och främja införandet av fritt val av hjälpmedel i kommuner och landsting bör därför utredas på nytt utifrån förutsättningarna att detta behov ska kunna tillgodoses inom ramarna för det unionsrättsliga regelverket.

¹⁹ Av unionsrättslig praxis följer att vid tillhandahållande av varor som tillverkats och anpassats individuellt utifrån varje kunds behov och som varje kund behöver få individuella råd om användningen av, ska tillverkningen av dessa varor föras till ”varudelen” av kontraktet vid beräkningen av värdet av respektive beståndsdel (se EU-domstolens dom av den 11 juni 2009 i mål C-300/07, *Oymanns*, REG 2009, s. I-4779, domslutet p. 2). I övrigt har domstolen fråga om ett blandat kontrakt, vars olika delar i enlighet med meddelandet om upphandling är sammanbundna så att de inte kan separeras och sålunda bildar en odelbar enhet, ska transaktionen prövas i sin helhet vid den rättsliga kvalificeringen och bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör kontraktets *huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel* (se EU-domstolens dom av den 15 oktober 2009 i mål C-196/08 *Acoset*, REG 2009, s. I-9913, p. 45; av den 6 maj 2010 i mål C-145/08, *Club Loutraki*, REG 2010 s. I-0000, p. 48; av den 5 december 1989 i mål C-3/88, *kommissionen mot Italien*, REG 1989, s. 4035, p. 19; av den 19 april 1994 i mål C-331/92, *Gestión Hotelera*, REG 1992, s. I-1329, pp. 23–26; av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, *Auroux*, REG 2007, s. I-385, pp. 36 och 37; av den 21 februari 2008 i mål C-412/04, *kommissionen mot Italien*, REG, s. I-619, p. 47, samt av den 29 oktober i mål C-536/07, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2009, s. I-0000, pp. 28, 29, 57 och 61).

I LOU och Klassiska upphandlingsdirektivet finns för närvarande överviktsbestämmelser enbart med avseende på blandade varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggtreprenadkontrakt (se 2 kap., 18 § LOU och direktivet art. 1.2 (d) jämte beaktandesats 10) samt blandade kontrakt av A-tjänster och B-tjänster (se 1 kap. 2 § fjärde stycket LOU och direktivet art. 22).

²⁰ Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet & Maxwell, 2005, s. 307 ff.

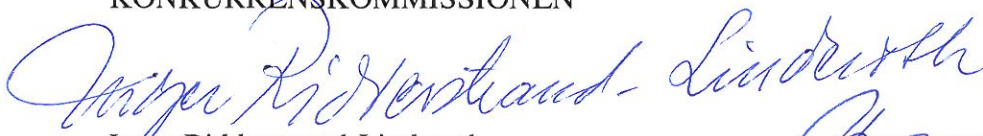
²¹ Betänkandet (SOU 2011:77), s. 159 f.

Mot denna bakgrund anser Konkurrenskommissionen att utredningens förslag inte bör genomföras.

För närvarande pågår förhandlingar inom EU om nya upphandlingsdirektiv, där dessa och dylika synpunkter kan tas tillvara. Det fortsatta utrednings- och lagstiftningsarbetet bör avvakta hur dessa förhandlingar slutförs.

Stockholm den 24 april 2012

KONKURRENSKOMMISSIONEN



Inger Ridderstrand-Linderöth
/ordförande/



Pär Cronhult
/föredragande/