

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08—545 03 810; e-post:kko@dnv.se

Socialdepartementet

Remissyttrande
2015-01-08

Dnr. S2014/6965/RU

Ang. förslaget till lag om upphandling av koncessioner (SOU 2014:69)

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

Konkurrenskommissionen har sedan den inrättades 1994 utrett och bedömt mer än 700 ärenden avseende frågor om upphandling, innefattande även tilldelning av koncessioner. Konkurrenskommissionen brukar även yttra sig i lagstiftningsfrågor rörande bland annat upphandling.

SAMMANFATTNING

I yttrandet betecknas förslaget till ny lag om offentlig upphandling av koncessioner som *LUK*. Europaparlamentets och rådets bakomliggande direktiv om tilldelning av koncessioner (2014/23/EU) betecknas som *LUK-direktivet*. Yttrandet utgår huvudsakligen från betänkandets lagtextförslag i den ordning som följer av den kronologiska uppbyggnaden.

Konkurrenskommissionen, som tillstyrker förslaget i stort, vill särskilt framhålla behovet av att den nya lagen ska vara ändamålsenlig och effektiv. Det är i detta sammanhang betydelsefullt att lagtexten håller sig så nära direktivet som detta är möjligt och att det inte i onödan skapas tröskel-effekter till den icke direktivstyrda sektorn. Varje utrymme som i lagtexten skulle kunna ge möjlighet för skönsmässighet eller godtycke bör undvikas. Detta gäller särskilt i fråga om beslut som hänför sig till kommunikation i upphandlingsförfarandena samt uteslutning av leverantörer och, inte minst, själva tilldelningsbesluten av koncessionerna.

Den i lagen förekommande undantagsrätten och förutsättningarna till förfoganden som är ägnade att kringgå de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling och öppenhet bör utformas så att dessa inte riskerar att missbrukas eller misstolkas.

I övrigt förordar kommissionen att lagen förtydligas med de exempelbeskrivningar som lämnas i direktivet. I fråga om det s.k. hyresundantaget bör tydligt klarläggas kopplingen till att det måste vara fråga om hyra av redan befintliga byggnader. Lagtexten bör även förtydligas med att det aktuella hyresundantaget enbart hänför sig till den upphandlande myndighetens förvärv av mark, byggnad, etc. Vidare bör det av lagtexten tydligt kunna utläsas de fall där direktivet särskilt angivit att proportionalitetsbedömningar ska genomföras.

I fråga om tjänster av allmänt intresse och genomförandet i LUK av de s.k. in-house-undantagen (Teckal och Hamburg) tillstyrker Konkurrenskommissionen i stort utredningens bedömningar och förslag, med reservation för att privata ägarintressen hos avtalsmotparten överhuvudtaget inte ska vara tillåtna vid in-house-undantag. Kommissionen menar i detta avseende att det mycket begränsade utrymme som direktivtexten föreskriver för in-house-undantag vid ett delvis privat ägande av avtalsmotparten helt saknar relevans för svenska förhållanden, och att det därför bör utgå helt ur den svenska lagtexten. Kommissionen menar även att vid bedömningen av det s.k. verksamhetskriteriet för koncernföretag ska beaktas hela den relevanta verksamhet som koncernen bedriver på marknaden om det mellan koncernföretagen är möjligt att genomföra interna transfereringar genom vinstutdelning eller koncernbidrag.

Det är som tidigare påpekats betydelsefullt att lagen utformas på ett konformt sätt som inte skapar onödiga avvikelser eller tröskeeffekter mellan den direktivstyrda sektorn och den icke direktivstyrda sektor som regleras i 15 kap. LUK.

I fråga om de i lagen intagna rättsmedlen är det enligt Konkurrenskommissionens mening betydelsefullt att dessa även i praktiken är avskräckande och effektiva. Enligt vad kommissionen erfarit är exempelvis sanktionen om ogiltighet av avtal inte utformad på ett sätt som medför sådan effektivitet som krävs enligt unionsrätten, utan kan lätt sättas åt sidan av upphandlande myndigheter/enheter och deras tilldelade leverantörer genom exempelvis domstolstrots.

I yttrandet uppmärksammas även mindre frågor som dock inte saknar betydelse för lagens allmänna tolkning och tillämpning.

YTTRANDE I SAK

1. Portalparagrafen

Konkurrenskommissionen tillstyrker att de grundläggande legaldefinitionerna tas in redan i det inledande kapitlet av LUK. Kommissionen får dock anmärka följande.

För att den nya lagen överhuvudtaget ska vara tillämplig ska det enligt 2 kap. 1 § andra stycket LUK vara fråga om upphandling när upphandlande myndigheter eller enheter anskaffar byggenreparationer eller tjänster genom en *koncession*.

Ett av rekvisiten för att det ska röra sig om en koncession är enligt 1 kap. 8-9 § LUK att det ska vara ett *skriftligt kontrakt* med ekonomiska villkor. Genom det angivna skriftlighetskravet riskerar bestämmelsen att missuppfattas så att avtal som inte är skriftliga skulle falla utanför lagens tillämpningsområde.

Även om portalbestämmelsen 2 kap. 1 § LUK visserligen korrekt återspeglar den bakomliggande direktivtexten så bygger den tillämpliga kontraktsdefinitionen i art. 5.1 a-b LUK-direktivet och 1 kap. 8-9 § LUK på en kontinentaleuropeisk uppfattning om att avtal förutsätter skriftlig form för sin civilrättsliga giltighet. Detta synsätt avviker emellertid från det svenska systemet för avtalsbindning enligt 1915 års avtalslag. Enligt denna lag kan civilrättsligt bindande avtal mycket väl uppkomma utan särskild dokumentation i viss form och den skriftliga kontraktshandlingen närmast tjäna som bevis för vad som faktiskt har avtalats mellan parterna.

Således kan det enligt svensk rätt förekomma civilrättsligt bindande avtal som ingås muntligen eller konkludent mellan en upphandlande myndighet och en leverantör samt, i vissa fall, även rena bytesavtal utan skriftlig dokumentation. Dessa och liknande avtal riskerar vid en snäv tolkning av lagens ordalydelse att felaktigt hamna utanför lagen tillämpningsområde.

Konkurrenskommissionen förordar därför att termen *skriftligt kontrakt* stryks ur definitionsbestämmelserna som indirekt reglerar lagens tillämplighet och istället ersätts med den mer neutrala samlingsbeteckningen *avtal* som i övrigt förekommer i lagen på flera punkter. Bestämmelserna i 1 kap. 8-9 § LUK skulle härmed kunna utformas enligt följande.

Med bygg/tjänstekoncession avses ett *avtal* med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter anförtror (...)

Den föreslagna ändringen förutsätter följdändringar i lagtexten, där i vissa fall begreppet *kontrakt* ersätts med *avtal* i samtliga fall där det inte finns någon uppenbar och medveten koppling till ett särskilt skriftlighetskrav.

2. Förekommande legaldefinitioner

När det gäller de i 1 kap. LUK förekommande legaldefinitionerna har det i förslaget uteslutits flera definitioner som annars förekommer i det bakomliggande direktivet. Av hänsyn till behovet av tydlighet och för att undvika risk för missuppfattning förordar Konkurrenskommissionen att den i direktivet förekommande definitionen avseende begreppet "*innovation*" i art 5.13 införs i LUK. Anledning till detta är att begreppet är nytt för upphandlingslagstiftningen i stort varför det är betydelsefullt att en legaldefinition ges för att undvika framtida missförstånd kring begreppets tillämpning.

Konkurrenskommissionen vill vidare uppmärksamma att det för svenska förhållanden unika leverantörsbegreppet i 1 kap. 11 § LUK är ägnat att misstolkas. Lydelsen att "*med leverantör avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader*" kan felaktigt tolkas så att sådana ekonomiska aktörer som inte redan vid uppstartstillfället tillhandahåller varor och tjänster på marknaden, men avser att erbjuda sådana varor och tjänster, inte är att anse som leverantörer i lagens mening. Den aktuella föreskriften avviker härigenom från LUK-direktivets legaldefinition i art 5.2 om att sådana ekonomiska aktörer som "*erbjuder sig att utföra en byggtreprenad, realisera ett byggnadsverk och/eller leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden*" omfattas av motsvarigheten till leverantörsbegreppet.

Kommissionen förordar därför att den svenska leverantörsdefinitionen i 1 kap. 11 § LUK justeras till att avse *den som på marknaden erbjuder sig att tillhandahålla varor eller tjänster, att utföra byggtreprenader eller att realisera ett byggnadsverk*.

3. Odelbara blandade kontrakt

Av den föreslagna bestämmelsen i 2 kap. 11 § LUK följer att såvitt gäller blandade kontrakt vars delar objektivt inte kan särskiljas ska den upphandlande myndigheten "*välja tillämpliga bestämmelser*" på grundval av kontraktets huvudföremål. Konkurrenskommissionen anser att den föreslagna lydelsen är olycklig och ägnad att missförstås och avstyrker därför förslaget. Kommissionen förordar istället att bestämmelsen utformas så att "*om de olika delarna inte kan särskiljas ska kontraktet upphandlas i enlighet med de bestämmelser som gäller för kontraktets huvudföremål*".

4. Interna kontrakt och in-house-undantag (de tidigare Teckal- och Hamburg-undantagen)

Konkurrenskommissionen tillstyrker i allt väsentligt förslaget om undantag för interna kontrakt i 3 kap. 13–19 § LUK, som i princip innefattar en kodifiering av de tidigare s.k. Teckal- och Hamburg-undantagen.

Såvitt avser *förekomsten av ett privat ägarintresse* hos avtalsparten avstyrker Konkurrenskommissionen förslaget i de delar som detta regleras i 3 kap. 14 § p. 3, 15 § p. 3, 16 § p. 2 samt 17 § p. 2 LUK. Istället förordar kommissionen att möjligheten till in-house-undantag vid privat ägande helt tas bort ut de svenska bestämmelserna. De ovan redovisade avsnitten i 3 kap. 14–17 § punkterna 3 och 2 LUK bör sålunda, i enlighet med nedan, ersättas med: ”*det inte finns något privat ägarintresse*”.

I de delar där den föreslagna lagtexten anger att det privata ägarintresset inte får medföra något ”*avgörande inflytande över avtalsparten*” kan det vidare konstateras att LUK skulle strida mot det bakomliggande direktivet. Av art. 17.1.(c) läst mot skäl 46 första stycket LUK-direktivet framgår tydligt att kopplingen mellan det privata ägandet och dess avgörande inflytande endast blir aktuell om det finns en nationell särreglering som i vissa fall uppställer krav på icke-blockerande och icke-kontrollerande former av privat ägarintresse. Således ska som huvudregel även privata ägarintressen som inte medför något avgörande inflytande över avtalsparten medföra hinder för in-house-undantag enligt LUK-direktivet. Av skäl 46 första stycket framgår detta bl.a. av att ”*detta undantag bör inte sträcka sig till situationer där en privat ekonomisk aktör har ett direkt ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital, eftersom tilldelning av en koncession utan ett förfarande under konkurrens under sådana omständigheter skulle ge den privata ekonomiska aktör som har ett ägarintresse i den kontrollerade juridiska personen en otillbörlig förmån gentemot dess konkurrenter*”.

Konkurrenskommissionen avstyrker därför förslaget enligt dess nuvarande lydelse och förordar istället att alla inslag av privat ägande hos den upphandlande myndighetens avtalsmotpart ska utesluta möjlighet till in-house-undantag och att detta ska gälla oberoende av det privata ägandets inriktning eller omfattning.

Skulle det senare i svensk lagstiftning komma att införas bestämmelser om obligatoriskt medlemskap av privata ekonomiska aktörer i sådana offentliga organisationer som omfattas av direktivets särskilda undantagsreglering får det aktuella regelverket i 3 kap. 14–17 §§ LUK ses över. Konkurrenskommissionen kan dock vid nuvarande svenska förhållanden inte se någon anledning till att tillåta privat ägande i organ som ska omfattas av in-house-undantag enligt LUK.

Vad gäller den särskilda regleringen avseende det s.k. *verksamhetskriteriet* i 3 kap. 19 § LUK riskerar den att öppna för konstlade upplägg. Genom det aktuella lagförslaget skulle exempelvis en tidigare bestående verksamhet som inte uppfyller verksamhetskriteriets krav på 80/20 intern verksamhet kunna delas upp i två koncernföretag, ett internt och ett externt. Därefter kan dessa använda koncernbidrag till att fördela intäkter och kostnader mellan sig. Detta riskerar att skapa eller vidmakthålla konkurrenssnedvridande förhållanden genom dolda marknader och korssubventionering. Konkurrenskommissionen förordar därför att det i LUK tydligt klarläggs att verksamhetskriteriet ska bedömas så att hela den relevanta verksamhet som bedrivs på den öppna marknaden beaktas, och att detta ska gälla oberoende om verksamheten bedrivs av avtalsparten direkt eller indirekt genom andra koncernföretag.

5. Hyresundantaget

När det gäller regleringen av det s.k. *hyresundantaget* i 3 kap. 28 § LUK förordar Konkurrenskommissionen att det i överensstämmelse med direktivet även av den svenska lagtexten tydligt framgår begränsningen att det måste röra sig om *befintliga* byggnader för att undantag ska kunna komma i fråga och att detta gäller oavsett finansieringsform. Det aktuella undantaget i 3 kap. 28 § första stycket LUK bör med ledning av direktivtexten i art. 10.8.(a) sålunda utformas så att *lagen inte gäller för förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av fast egendom i form av mark, befintliga byggnader eller annan sådan egendom eller rättigheter till sådan egendom*.

Konkurrenskommissionen är medveten om att hyresundantagets åsyftade begränsning även skulle kunna utläsas ur legaldefinitionen av *byggentreprenadkontrakt* i 1 kap. 4 § p 3 LUK. Återkommande har det dock visat sig att det s.k. hyresundantaget kommit att åberopas i samband med olika slags upplägg som innefattar beställning av byggentreprenadarbeten (se bl.a. Konkurrenskommissionens tidigare utredning i KKO 13-002 – *Falköpings Hyresbostäder AB*). På förekommen anledning framstår det därför som angeläget av i vart fall pedagogiska skäl att det tydligt av 3 kap. 28 § LUK framgår hyresundantagets aktuella inskränkning till redan *befintliga* byggnader. Möjligen kan i bestämmelsen även införas en hänvisning till definitionen av *byggentreprenadkontrakt* i 1 kap. 4 § LUK.

Det är enligt Konkurrenskommissionens mening vidare viktigt att det i den aktuella bestämmelsen tydligt anges att hyresundantaget enbart hänför sig till den *upphandlande myndighetens* förvärv av befintliga fastigheter genom tjänstekoncession. Enligt sin nuvarande utformning kan det aktuella undantaget komma att felaktigt uppfattas som att alla avtal som hänför sig till upplåtelse av mark eller byggnad undantas från lagens tillämpning. Exempel på en sådan missuppfattning skulle kunna vara att undantag görs gällande i fall där den upphandlande myndigheten eller enheten upplåter rätten till en koncessionshavare att nyttja en egen fastighet, exempelvis ett badhus, för att i denna utföra tjänster skulle omfattas av det aktuella undantaget. En sådan situation omfattas inte av undantaget då bestämmelsen endast är avsedd att tillämpas när en *upphandlande myndighet* eller enhet genom en tjänstekoncession anskaffar en byggnad. Jämför i detta avseende skäl 11 andra meningen i LUK-direktivet av vilket framgår att avtal om koncessioner syftar till att anskaffa byggentreprenader och tjänster.

Konkurrenskommission förordar med anledning av detta att den aktuella bestämmelsen utformas på följande sätt: *"Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser upphandlande myndighets eller enhets förvärv av (...)".*

6. Rätten att delta i en upphandling

Av utredningens förslag till 4 kap. 6 § andra stycket LUK framgår att *"juridiska personer får uppmannas att i anbudet eller anbudsförutsättningarna uppge namn och yrkeskvalifikationer på de personer som ska utföra tjänsterna"* (vår markering). I detta avseende skiljer sig den föreslagna bestämmelsen från LUK-direktivet vilket istället konstaterar att juridiska personer får *åläggas* att göra detsamma, se art. 26.1 andra stycket. Att *ålägga* någon är inte samma sak som att *uppmanna* denne. Det är enligt Konkurrenskommissionens mening viktigt att lagtexten utformas så nära direktivtexten som möjligt varför det är olyckligt att byta ut centrala begrepp. Således förordar Konkurrenskommissionen att det i lagtexten istället anges att *"juridiska personer får åläggas att (...)".*

7. Beräkning av koncessionsvärdet

Konkurrenskommissionen tillstyrker i princip förslaget i 5 kap. 5 § LUK om metod för beräkning av det uppskattade värdet av en koncession. Av den föreslagna bestämmelsen i 5 kap. 5 § punkten 2 LUK framgår emellertid att *"Vid beräkningen ska, i tillämpliga fall beaktas följande [...] intäkter i form av betalning av avgifter och straffavgifter som tas ut från andra användare av byggnadsverken eller tjänsterna än den upphandlande myndigheten eller enheten"*. Den aktuella bestämmelsen skiljer sig dock från direktivets motsvarande föreskrift i art. 8.3.b), såtillvida att det i direktivet slås fast att det i beräkningen ska ingå *"intäkter från betalning av avgifter och straffavgifter från användarna av byggnadsverken eller tjänsterna, utom sådana som tagits ut på den upphandlande myndighetens eller den upphandlande enhetens vägnar"* (vår markering). Således omfattas enligt direktivet även sådana avgifter som tas ut från den upphandlande myndigheten och enheten. Det är endast i de fall där avgifterna tas ut från tredje man å myndigheternas vägnar som dessa inte ska räknas in. Sålunda har den svenska bestämmelsen i LUK kommit att få ett felaktigt genomförande i förhållande till direktivet. Konkurrenskommissionen förordar därför att bestämmelsen ändras på så sätt att den får en mer direktivkonform lydelse.

8. Förbudet mot att dela upp en upphandling

Konkurrenskommissionen tillstyrker i princip förslaget i 5 kap. 7 § LUK om förbud mot att dela upp en upphandling. Av den föreslagna lagtexten framgår emellertid att *"en koncession inte [får] delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena, om det inte är berättigat av objektiva skäl"*. Lagtexten riskerar därmed att kunna misstolkas så att det skulle framstå som objektivt berättigat att avsiktligt kringgå de direktivstyrda reglerna genom uppdelning av koncessioner. Konkurrenskommissionen kan inte tro att det har varit unionslagstiftarens mening att på detta sätt understödja en vilja att kringgå de direktivstyrda bestämmelserna. Kommissionen förordar därför att bestämmelsen istället utformas så att det tydligt anges att koncessioner aldrig får delas upp i avsikt att kringgå de direktivstyrda bestämmelserna, utan uppdelning ska kunna motiveras endast av objektiva skäl.

9. Annonsering av upphandling

Konkurrenskommissionen tillstyrker i princip förslaget i 8 kap. 1 § LUK om att koncessionsmeddelanden ska offentliggöras men vill i sammanhanget göra lagstiftaren uppmärksam på behovet av att i samband med LUK:s ikraftträdande även justera upphandlingsförordningen (2011:1040) på så sätt att skyldigheten enligt 2 § att skicka publiceringsmeddelanden till Europeiska kommissionen även omfattar tjänstekoncessioner.

10. Upplysningar på begäran av en leverantör

Av förslaget till 10 kap. 14 § LUK framgår att en upphandlande myndighet på begäran av en leverantör ska lämna upplysningar om egenskaperna hos och de relativa fördelarna med det valda anbudet. Av samma paragraf framgår att sådana upplysningar ska lämnas senast 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in. Den aktuella bestämmelsen utgör i allt väsentligt en avspiegling av vad som föreskrivs i art. 40.1 andra stycket LUK-direktivet.

Trots att den svenska bestämmelsen hämtat sin utformning från LUK-direktivet anser Konkurrenskommissionen att lagtexten i sin föreslagna lydelse framstår som problematisk eftersom tiden för upphandlande myndighet att ge aktuella upplysningar överstiger gällande avtalsspärr. En leverantör som har begärt att få upplysning om varför hans anbud förkastats riskerar att avtalsspärren hinner löpa ut innan han fått denna information, som i vissa fall kan vara avgörande för leverantörens möjlighet att söka överprövning. Det föreslagna systemet riskerar sålunda att leda till ett ökat

antal överprövningar där leverantörer överklagar av taktiska skäl för att inte annars riskera att mista sin talerätt för det fall att det senare skulle visas föreliggande grund för överprövning.

Konkurrenskommissionen förordar istället att det i den svenska regleringen föreskrivs att en upphandlande myndighet är skyldig att i god tid lämna en sådan upplysning innan avtalsspärren löper ut. Konkurrenskommissionen förordar vidare att upphandlande myndighet/enhet ska ha bevisbördan för att sådan upplysning har lämnats.

Den föreslagna ordningen strider inte mot unionsrätten och riskerar heller inte att leda till något större merarbete för de upphandlande myndigheterna, eftersom dessa redan i samband med utvärderingen av anbud bör kunna sammanställa och hålla tillgängligt uppgifter om anbudens relativa fördelar i förhållande till varandra.

11. Uteslutning av leverantörer

Enligt förslaget till 11 kap. 2 § andra stycket LUK ska en upphandlande myndighet tillåtas utesluta en leverantör om myndigheten eller enheten på annat lämpligt sätt än att grunda sitt beslut på en lagakraftvunnen dom eller beslut kan visa att leverantörens skyldigheter (*åligganden*) avseende skatter och socialförsäkringsavgifter inte har fullgjorts.

I förevarande fall förordar Konkurrenskommissionen att den aktuella bestämmelsen förtydligas på så sätt att det klart framgår vad som menas med att en leverantör "*inte har fullgjort sina åligganden*". Som det är nu lämnas alltför stort utrymme för skönsmässig bedömning, exempelvis huruvida en leverantör som har en minuspost på sitt skattekonto eller som väntar med att betala sina skatter tills dess att ärendet har överlämnats till Kronofogdemyndigheten ska omfattas av den aktuella bestämmelsen.

Det kan även noteras att i lagtextförslaget förekommer både begreppen "*åligganden*" och "*skyldigheter*", avseende vad som får förstås vara samma sak. Om det inte är lagstiftarens uppfattning att det ska föreligga någon skillnad i betydelse mellan dessa begrepp bör en mer enhetlig terminologi väljas.

Konkurrenskommissionen förordar vidare att det i lagen tydligt klargörs att en leverantör som omfattas av bestämmelsen i 11 kap. 6 § tredje stycket LUK inte av samma skäl ska kunna uteslutas med alternativt stöd av någon av lagens mer generella uteslutningsgrunder. Således ska, enligt kommissionens mening, en leverantör som har fullgjort sina förpliktelser avseende skatter och socialförsäkringsavgifter inte kunna uteslutas på grund av att myndigheten anser att leverantörens tidigare underlåtelse i aktuellt avseende även utgör exempelvis ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

Konkurrenskommissionen delar inte utredarnas bedömning om att det i svensk nationell rätt inte behöver genomföras regler om framtida verkan av uteslutningsbeslut. Kommissionen förordar istället att bestämmelser införs i LUK om att allmän förvaltningsdomstol ska kunna förena dom eller beslut om uteslutning av leverantör med en tidsgräns för när den aktuella leverantören återigen kan bli aktuell för deltagande vid upphandling enligt lagen. Därtill förordar kommissionen att det i LUK även genomförs de särskilda bestämmelserna i art. 38.9 tredje stycket och 38.10 LUK-direktivet om hur länge en lagakraftvunnen dom om uteslutning av leverantör får göras gällande om någon längsta uteslutningsperiod inte har fastställts i dom eller beslut.

För sådana situationer där myndighet ger en leverantör möjlighet att yttra sig i enlighet med den nu aktuella bestämmelsen förordar Konkurrenskommissionen även att leverantören ska upplysas om vad som kan komma att ske för det fall att denne inte yttrar sig samt om vad leverantören i övrigt kan göra för att hävda sin rätt.

En sådan upplysningsskyldighet bör anses följa av serviceskyldigheten i Förvaltningslagen (1986:223).

12. Upphandling enligt 15 kap. LUK

Av förslaget till 15 kap. LUK framgår att detta kapitel innehåller en långt mindre grad av detaljstyrning i förhållande till de direktivstyrda delarna i 1-14 kap. LUK. Av det aktuella kapitlet framgår kravet att sådana upphandlingar ska ske i enlighet med de grundläggande principerna om öppenhet, likabehandling, transparens och proportionalitet, se 15 kap. 2 § LUK.

Denna typ av reglering riskerar leda till ökad grad av överprövningar av koncessioner som upphandlats enligt de aktuella bestämmelserna. Detta eftersom rättstillämpningen i dessa fall kommer att vara hänförlig endast till rättspraxis. En sådan ordning riskerar leda till att det område som enligt utredaren är avsett att reglera ett enklare system för upphandling blir långt svårare för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer eftersom dessa måste sätta sig in i all relevant rättspraxis för området för att kunna upphandla korrekt samt för att tillvarata sin rätt.

En sådan ordning tenderar enligt Konkurrenskommissionen att leda till tröskeeffekter gentemot de direktivstyrda upphandlingarna samt ge upphov till en icke önskvärd mängd överprövningar.

Vidare framgår av förslaget till bestämmelse i 15 kap. 6 § LUK att en upphandlande myndighet som avser att tilldela en koncession i enlighet med bestämmelserna i 15 kap. LUK ska "*informera*" om detta genom ett förhandsmeddelande.

Konkurrenskommissionen vill i detta avseende särskilt uppmärksamma lagstiftaren på att bestämmelserna i 15 kap. inte endast avser upphandlingar av sådana koncessioner vars värde understiger gällande tröskelvärden utan även sådana koncessioner som avser vissa sociala tjänster. Av det bakomliggande LUK-direktivet framgår att det vad gäller upphandlingar av koncessioner för sociala tjänster ska endast vissa av direktivets bestämmelser tillämpas däribland art 31.3, se art. 19 LUK-direktivet.

Av art. 31.3 LUK-direktivet framgår att en upphandlande myndighet som avser att tilldela en koncession för sociala tjänster ska tillkännage sin avsikt att tilldela sådan koncession genom "*offentliggörande*" av ett förhandsmeddelande. Eftersom det enligt LUK-direktivet finns ett uttalat krav på offentliggörande, vilket språkligt och juridiskt skiljer sig från ett rent informerande, förordar Konkurrenskommissionen att den aktuella bestämmelsen i 15 kap. 6 § LUK ändras på så sätt att det anges att en upphandlande myndighet vid ett förfarande jml. 15 kap. LUK måste "*offentliggöra*" ett förhandsmeddelande om att den avser att tilldela en koncession.

13. Avtals ogiltighet

Konkurrenskommissionen tillstyrker i allt väsentligt att nuvarande bestämmelser i (2007 års) LOU respektive LUF i allt väsentligt överförs till LUK. Vidare tillstyrker kommissionen att bestämmelsen om avtals ogiltighet i 16 kap. 13 § LOU överförs i sin nuvarande form till LUK. Kommissionen får dock göra följande påpekanden.

Av lagförarbetena till nuvarande reglering i 16 kap. 13 § LOU, se prop. 2009/10:180, s. 360 ff framgår att rättsverkningarna rent civilrättsligt av att ett avtal förklaras ogiltigt är att avtalet inte kan göras gällande mellan parterna. För det fall att förpliktelserna i avtalet helt eller delvis har uppfyllts ska huvudregeln vara att prestationerna ska återgå eller att på annat sätt förmögenhetsläget mellan parterna återställs som om avtalet aldrig hade ägt rum.

Konkurrenskommissionen har i sin granskande och tillämpande verksamhet kunnat notera att den rättsverkan som en dom om ogiltighet enligt förarbetena ska ha, såsom ovan beskrivs, inte sällan uteblir – se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 3759-11 där en kommun beslutat att inte återkräva någon del av den utbetalade ersättningen för de utförda tjänsterna. Efter att beslutet överklagades med stöd av kommunallagen (1991:900) fann domstolen att det inte gick att upphäva beslutet. Några alternativa rättsmedel finns inte. Härigenom kom beslutet om ogiltighet av avtal aldrig i sig att medföra någon för parterna kännbar sanktion.

Samma scenario har utspelat sig i en annan kommun avseende ett varuavtal vilket genom en lagakraftvunnen dom kommit att ogiltigförklaras, se Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål 16293-14. I en tjänsteanteckning från behörig företrädare för staden anges i anledning av domen att *”juridiska avdelningens bedömning är att idrottsförvaltningen inte är skyldig att återbörda badanläggningen. Något uttryck för en skyldighet att montera ner en redan uppförd anläggning finns inte i förarbetena till lagen om offentlig upphandling”*.

Vidare kan konstateras att Förvaltningsrätten i Luleå i ett lagakraftvunnet avgörande vid yrkande av part om att de varor som har utväxlats i enlighet med avtalet ska återställas avvisat detsamma med motiveringen att ett sådant yrkande rör en civilrättslig fråga varför rätten anser sig förhindrad att pröva detsamma, se Förvaltningsrätten i Luleås dom av den 2 oktober 2014 i mål 936-14.

Det har för närvarande heller inte ansetts möjligt att som tredje part ansöka om verkställighet hos Kronofogdemyndigheten av ett lagakraftvunnet beslut om avtals ogiltighet. Av 1 kap. 1 § utsökningsbalken framgår att bestämmelserna är tillämpliga i fråga om verkställighet av dom eller annan exekutionstitel som innefattar betalningsskyldighet eller annan förpliktelse. För att en sådan dom ska kunna verkställas krävs således att den innefattar en skyldighet att fullgöra viss förpliktelse – jfr. Nacka tingsrätts beslut i mål Ä 4093-14, vilket även kommit att vinna laga kraft genom hovrättens och Högsta domstolens beslut att inte bevilja prövningstillstånd.

Vid angiven avsaknad av effektiva bestämmelser i nationell rätt som säkerställer verkställigheten av domstols beslut om ogiltighet av avtal vid offentlig upphandling framstår regelverket (oavsett om det utformas *ex tunc* eller *ex nunc*) närmast som illusoriskt. Det kan mot denna bakgrund ifrågasättas om Sverige faktiskt har genomfört den unionsrättsliga regleringen med krav på effektiva rättsmedel enligt gällande direktiv.

Konkurrenskommissionen förordar således att det i 16 kap. LUK införs en bestämmelse med innebörden att domstols förordnande om ogiltighet av avtal även ska innefatta en för den klagande leverantören tillgänglig exekutionstitel, innebärande en förpliktelse för den upphandlande myndigheten att aktivt säkerställa att förmögenhetsläget, före det ogiltigförklarade avtalet slöts, återställs.

14. Tidsfrister för ansökan om överprövning av avtals ogiltighet

Konkurrenskommissionen förordar att den förkortade tidsfrist för ansökan om avtals ogiltighet som återfinns i 16 kap. 17 § andra stycket punkten 2 LUK tydliggörs så att det framstår som klart att ett förkortat tidsfristförfarande enligt samma bestämmelse endast är tillämpligt för det fall att det finns fler än en anbudssökande eller anbudsgivare i en upphandling – jfr. prop. 2009/10:180, s. 108.

Kommissionen förordar även att den förkortade tidsfristen enligt samma bestämmelse inte ska börja löpa förrän vid den tidpunkt då anbudssökandena och anbudsgivarna har *fått del av* den upphandlande myndighetens skriftliga underrättelse om att avtal slutits. Genom ett sådant förfarande säkerställs att den aktuella informationen faktiskt har kommit de berörda parterna till del.

Konkurrenskommissionen förordar vidare att bestämmelsen förtydligas så att det tydligt framgår att den förkortade tidsfristen enligt andra punkten endast gäller för de anbudssökande och anbudsgivare som deltagit i den aktuella upphandlingen och inte för övriga leverantörer. För de senare ska därmed tydliggöras att den normala överklagandetiden om sex månader från det att avtalet slöts gäller.

15. Upphandlingsskadeavgiftens storlek

I skäl 81 i LUK-direktivet anges att rättsmedelsdirektivet även ska gälla för upphandlingar av koncessioner, se vidare art. 46 och 47 LUK-direktivet.

I motiveringen till bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift i 17 kap. LUK anges att de nationella reglerna för upphandlingsskadeavgift som finns i LOU och LUF ska göras tillämpliga även för koncessionstilldelning, se SOU 2014:69, s. 195.

I det till 17 kap. LOU bakomliggande rättsmedelsdirektivet framgår att sådana alternativa sanktioner som medlemsstaterna inför ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Således måste upphandlingsskadeavgiften uppfylla dessa kriterier.

Av bestämmelsen i 17 kap. 4 § LUK framgår att en upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Vidare anges att avgiften inte får överstiga tio procent av koncessionens värde.

Av värdeberäkningsregeln i 5 kap. 2 § LUK framgår att värdet av en koncession ska uppskattas till den sammanlagda omsättning som uppkommer för koncessionshavaren under kontraktets varaktighet. Eftersom koncessionsvärden regelmässigt uppgår till höga belopp riskerar de aktuella begränsningarna avseende upphandlingsavgiftens belopp leda till att den aktuella avgiften inte blir avskräckande på så sätt som krävs enligt rättsmedelsdirektivet.

Vidare har Högsta förvaltningsdomstolen i sitt avgörande av den 30 oktober 2014 i mål 7021-13 angett att högsta avgiftsbelopp bör reserveras för särskilt graverande fall. Avgörandet innebär således att vad gäller normalfallet av otillåtna direktupphandlingar uppgår maxvärdet av en upphandlingsskadeavgift till åtta miljoner kronor.

Detta förhållande, att en upphandlande myndighet endast i särskilt graverande fall kan bli skyldig att betala högsta möjliga upphandlingsskadeavgift, riskerar att leda till att avgiften regelmässigt fastställs till belopp under detta maxvärde.

Exempelvis skulle för en upphandling av en koncession med ett värde motsvarande 250 miljoner kronor en upphandlingsskadeavgift motsvarande åtta miljoner kronor, enligt HFD:s ovan nämnda praxis, innebära ett sanktionsvärde motsvarande endast 3,2 procent av det aktuella koncessionsvärdet, vilket knappast kan betraktas som tillräckligt avskräckande. Det kan således i förevarande fall överhuvudtaget ifrågasättas huruvida Sverige uppfyller sina åtaganden i detta avseende.

För att säkerställa att Sverige har effektiva, proportionerliga och avskräckande sanktioner mot otillåtna direkttilldelningar av koncessioner förordar Konkurrenskommissionen att det aktuella beloppstaket för upphandlingsskadeavgiften tas bort.

16. Proportionalitetsbestämmelser

Konkurrenskommissionen delar inte utredarnas bedömning att det i den nya lagen inte särskilt behöver anges någon sådan proportionalitetsbedömning som framgår av artikel 26.2 andra stycket LUK-direktivet.

Genom att inte genomföra den proportionalitetbedömning som framgår av direktivets bestämmelser riskeras den nya lagen att missförstås på ett sådant sätt att någon sådan bedömning inte behöver göras. I de fall en uttalad proportionalitetsbedömning återfinns i direktivtexten bör även denna genomföras i den nya lagen. Konkurrenskommissionen förordar således att LUK justeras i enlighet med detta.

17. Retroaktivt införande av rättsmedelsbestämmelserna i 16 kap. LUK

Konkurrenskommissionen vill särskilt påpeka att upphandlande myndigheter vid tjänstekoncessionstilldelningar är skyldiga att beakta fördragets grundläggande principer, se bland annat EU-domstolens dom i mål C-458/03, *Parking Brixen*, p. 46. Av samma dom, p. 50, framgår att ett förfarande där den upphandlande myndigheten inte alls infordrar anbud vid tilldelningen av en tjänstekoncession inte är förenligt med principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn.

Sverige är vidare på fördragsrättslig grund skyldigt att säkerställa att det svenska rättssystemet tillhandahåller nödvändiga metoder för återställande av insyn i förfaranden för koncessionstilldelning.

Eftersom nu aktuella principer och krav på rättsmedel grundar sig på EU-fördraget och inte på något specifikt direktiv har Sverige och svenska upphandlande myndigheter varit skyldiga att efterleva ovan angivna krav ända sedan vårt inträde i unionen. Det faktum att det i Sverige saknats effektiva rättsmedel för att återställa insynen i tjänstekoncessionsförfaranden ändrar inte det faktum att tilldelningar som skett utan infordrandet av anbud varit oförenliga med EU-rätten.

Sverige är för tillfället föremål för en utredning om fördragsbrott på grund av dess eventuella överträdelse av etableringsrätten enligt art. 49 EUF-fördraget, friheten att tillhandahålla tjänster enligt art. 56 EUF-fördraget och principen om effektivt domstolsskydd för en individs rättigheter enligt unionsrätten i enlighet med art. 19.1 andra stycket i fördraget om europeiska unionen och artikel 47 första stycket i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna på grund av Sveriges oförmåga att försäkra att effektiva rättsmedel finns för prövningen av tjänstekoncessionstilldelningar.

Sveriges brister i nu aktuellt avseende har hittills föranlett EU-kommissionen att rikta ett motiverat yttrande till regeringen (i ärende 2013/4153, svenskt dnr. S2013/7520/RU). Av yttrandet framgår bland annat att ett införlivande av LUK-direktivet den 1 april 2016 inte skulle tillhandahålla en tillräckligt snabb och effektiv lösning på det aktuella problemet eftersom den aktuella överträdelser i sådana fall skulle tillåtas i ytterligare två år utan något effektivt rättsmedel. EU-kommissionen menar att en sådan ordning till och med skulle kunna skapa ett incitament för de upphandlande myndigheterna att påskynda olagliga tilldelningar av avtal om tjänstekoncessioner innan det nya direktivet träder i kraft.

Konkurrenskommissionen anser att den påtalade bristen på sådana rättsmedel i svensk rätt som krävs i enlighet med EUF-fördraget snarast måste botas.

I förslaget till promulgationsbestämmelser till LUK anges att lagen träder i kraft den 1 april 2016 samt att lagen inte gäller för upphandlingar av koncessioner som påbörjats före ikraftträdandet.

Med anledning av detta förordar Konkurrenskommissionen att LUK-direktivets rättsmedelsbestämmelser, däribland bestämmelserna om ogiltighet av avtal, ska kunna tillämpas även på koncessionsavtal som ingåtts före lagens ikraftträdande. Därigenom skulle även koncessionsavtal som har tilldelats före den föreslagna lagens ikraftträdande kunna göras till föremål för nationell domstols kontroll utifrån kraven i artiklarna 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionsätt och de primärrättsligt grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn (jfr EU-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, p. 50).

En dylik retroaktiv tillämpning har lagstiftaren tidigare ansett möjlig att införa såvitt avser bl.a. det så kallade *in-house-undantaget* i 2 kap. 10 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (se övergångsbestämmelserna till ändringsförfattningen 2012:392) samt avseende lagen (2013:388) om tillämpning av Europeiska unionens statsstödsregler. Gemensamt för såväl denna lagstiftning som den nu aktuella regleringen är att den grundar sig på redan gällande unionsrätt.

Genom att i promulgationsbestämmelserna till LUK, i likhet med ovan angivna lagar, ange att domstolsprövning ska vara möjligt även för koncessionsavtal som ingåtts innan lagens ikraftträdande skulle Sverige förmå leva upp till de krav som ställs enligt EU-rätten om skyldigheten att tillhandahålla effektiva rättsmedel vid tilldelning av tjänstekoncessioner vilka krävs av oss sedan vårt inträde i unionen. Därav följer självklart att prövningen i dessa fall begränsar sig till tilldelningarnas förenlighet med EU:s primärrätt och de grundläggande principerna, medan prövningar utifrån det nya LUK-direktivet förbehålls tilldelningar som har beslutats efter lagens ikraftträdande.

18. Felskrivningar i föreslagen lagtext

I förslaget till 11 kap. 6 § tredje stycket LUK anges att "*en leverantör ska inte uteslutas enligt 3 §, när denne har fullgjort sina åligganden avseende skatter och socialförsäkringsavgifter [...]*". Eftersom uteslutning på grund av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter återkommer i 11 kap. 2 § LUK så bör bestämmelsen rätteligen ändras så att den får följande lydelse: "*en leverantör ska inte uteslutas enligt 2 § [...]*".

I förslaget till 14 kap. 9 § tredje stycket framgår att *"om upphandlingen genomförs av en upphandlande myndighet och koncessionen avser annan verksamhet än sådan verksamhet som avses i bilaga 2 är en ändring genom en sådan kompletterande beställning som avses i tredje stycket tillåten endast om den inte innebär att värdet ökar med mer än 50 procent av värdet på den ursprungliga koncessionen"* (vår mark.). Eftersom den aktuella värdebegränsningsregeln återfinns i andra stycket av nu aktuell paragraf är det felaktigt att ange *"sådan beställning som avses i tredje stycket"*. Istället bör det rätteligen anges *"sådan beställning som avses i andra stycket"*, jfr även art. 43.1.b andra stycket LUK-direktivet.

KONKURRENSKOMMISSIONEN



Inger Ridderstrand Linderöth

/ordförande/



Pär Cronhult

/föredragande/