

KONKURRENSKOMMISSIONEN

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

Finansdepartementet

Remissyttrande R 15-06
2015-12-18

Dnr. Fi2015/04904/UR

Yttrande med anledning av promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling, dnr Fi2015/04904/UR

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Valfärden. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsning vid upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är tidigare stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderoth. Övriga ledamöter är tidigare hovrättsrådet Per Eklund, civil-ekonomen 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 fler än 700 ärenden avseende frågor om offentlig och annan upphandling. Konkurrenskommissionen lämnar även yttranden i lagstiftningsfrågor rörande i dessa och dylika frågor och har bland annat yttrat sig angående nya lagar om upphandling (SOU 2014:51 och Ds 2014:25), angående lagen om upphandling av koncessioner (SOU 2014:69) och nya regler för överprövning av upphandlingsmål (SOU 2015:12).

I detta yttrande anges hänvisningar till de planerade nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna som NLOU respektive NLUF samt den planerade lagen om upphandling av koncessioner som LUK. Lagen (2008:962) om valfrihetssystem anges som LOV. Av de nya upphandlingsdirektiv som har antagits av Europiska unionen anges direktiv 2014/23/EU som Koncessionsdirektivet, direktiv 2014/24/EU som Nya klassiska direktivet och direktiv 2014/25/EU som Nya försörjningssektorsdirektivet. Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) anges som OSL.

SAMMANFATTNING

Konkurrenskommissionen tillstyrker förslaget men förordar vissa förtydliganden, tillägg och justeringar.

I fråga om *direktupphandling av koncessioner* instämmer Konkurrenskommissionen i promemorians analys avseende förutsättningarna för direktupphandling och tillstyrker förslaget om införande av en värdegräns på fem procent av tröskelvärdet. Kommissionen förordar dock att det i författningskommentaren införs en hänvisning till den s.k. försiktighetsprincipen, att det är den upphandlande myndigheten eller enheten som har bevisbördan för att värdegränsen faktiskt underskrids på ett sätt som medger direktupphandling.

Som promemorian riktigt konstaterat sträcker sig de EU-primärrättsliga principerna och *kravet på effektiva rättsmedel* längre än upphandlingsdirektivens direkta tillämpningsområde. Det räcker således inte att vid det svenska LUK-genomförande införa rättsmedelsbestämmelser som gäller först från och med lagens ikraftträdande. Eftersom kravet på effektiva rättsmedel för primärrättslig prövning av koncessioner (grundad på EU-principerna) följer av EG/EU-fördragen ska sådana bestämmelser finnas genomförda i svensk nationell rätt redan tidigare. Avsaknaden av dylika rättsmedel gör att Sverige inte fullt ut kan anses ha uppfyllt sina unionsrättsliga åtaganden. Konkurrenskommissionen förordar därför att det i lag införs effektiva rättsmedel även för prövning av tidigare tilldelade koncessionsavtal, motsvarande en prövning enligt den primärrättsligt styrda regleringen i 15 kap. LUK.

Även i fråga om *tillgång till kontrakt* tillstyrker Konkurrenskommissionen promemorians förslag om att alla upphandlande myndigheter och enheter som huvudregel ska vara skyldiga att lämna insyn i sina upphandlade kontrakt. Kommissionen förordar dock att bestämmelsen utvidgas till att även omfatta motsvarande insyn i andra *upphandlingsdokument* som ska finnas bevarade hos den upphandlande myndigheten eller enheten.

Konkurrenskommissionen tillstyrker också förslaget om *avslutande av avtal*. Det är emellertid inte tillräckligt att införa obligatoriska villkor om avslutande av avtal som tillkommit i strid mot EU-rätten. Kommissionen förordar att det ska ges möjlighet att på berörda upphandlande myndigheter och enheter föra vidare sådana sanktioner i form av skadestånd eller vite som staten kan komma tvingas betala till EU. Det framstår enligt kommissionens mening som närmast utmanande om upphandlande myndigheter eller enheter annars riskfritt, på statens bekostnad, ska kunna bryta mot EU-rätten.

När det gäller de s.k. *ersättningslagarna* anser Konkurrenskommissionen att dessa lagar bör avskaffas för att i stället ersättas av förfaranden enligt LOV. Kommissionen finner dock inte annan anledning än att nu, i detta lagstiftningsärende, tillstyrka promemorians förslag i sig.

YTTRANDE

Direktupphandling av koncessioner

Konkurrenskommissionen delar promemorians analys och tillstyrker förslaget om införande av en värdegräns för direktupphandling av koncessioner. Kommissionen finner också att den föreslagna värdegränsen motsvarande fem procent av tröskelvärdet är väl avvägd och instämmer även i övrigt med de överväganden som redovisas i promemorian.

Som framgår av promemorian är EU:s primärrättsliga principer om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet (förutsebarhet och transparens), ömsesidigt erkännande och rätten till effektiva rättsmedel alltid tillämpliga på upphandlingar som har ett bestämt gränsöverskridande intresse. Enbart koncessioner som är ”*av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende*” kan antas sakna ett sådant gränsöverskridande intresse att de grundläggande principerna och kravet på effektiva rättsmedel inte behöver upprätthållas – jfr. EU-domstolens dom i *Coname* (C-231/03) EU:C:2005:487, p. 20.

Den föreslagna möjligheten att kunna direktupphandla koncessioner som är ”*av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende*” medför sålunda undantag från de annars gällande EU-principerna och rätten till effektiva rättsmedel. Enligt den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta praxis ska varje sådant undantag från de regler som på området för upphandling avser att säkerställa de rättigheter som följer av EU-fördragen tillämpas restriktivt och det är den som avser att återropa en undantagsbestämmelse som i det aktuella fallet även har bevisbördan för att det verkligen föreligger tillräckliga omständigheter. Som framgår av domstolens dom i *Parking Brixen* (C-458/03) EU:C:2005:605, p. 63 jämte där angiven praxis, ska försiktighetsprincipen iakttas också i fråga om koncessionsupphandlingar.

Mot denna bakgrund bör det i författningskommentaren till bestämmelsens första stycke således klarläggas dels att den upphandlande myndighet eller enhet som avser att direktupphandla på grund av lågt värde även måste kunna *visa* att kontraktsvärdet faktiskt understiger lagstadgad beloppsgräns, dels att denna möjlighet till undantag ska tillämpas restriktivt.

Såvitt promemorian kunnat konstatera sträcker sig de EU-primärrättsliga principerna och kravet på effektiva rättsmedel längre än Koncessionsdirektivets direkta tillämpningsområde. I enlighet med vad EU-domstolen bland annat uttalat i det ovan omtalade målet *Parking Brixen*, p. 50, föreligger det en fördragsgrundad skyldighet för medlemsstaterna att tillhandahålla system för (domstols-) kontroll av koncessionstilldelningar utifrån kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet samt principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn. Medlemsstaterna har således, oaktat koncessionsdirektivet, en primärrättsligt grundad skyldighet att tillhandahålla effektiva rättsmedel för en prövning av koncessions-tilldelningar utifrån de grundläggande EU-principerna.

Som promemorian mycket riktigt noterat saknar emellertid Sverige sådana effektiva rättsmedel. Denna brist i svensk nationell lagstiftning har även uppmärksammats av EU-kommissionen, som i det s.k. *Fazer-ärendet* har riktat ett motiverat yttrande mot Sverige (se Överträdelseärende nr. 2013/4153 – regeringens dnr. UF2013/61885/BRYR). Den aktuella bristen har också uppmärksammats inom ramarna för EU-kommissionens samtidigt pågående utredning i det s.k. *SYSÄV/NSR-ärendet* avseende bland annat kommunala direkttilldelningar av tjänstekoncessioner på avfallsmarknaden (se Överträdelseärende nr. 2014/4183 – regeringens dnr. UF015/13002/BRYR). Dessa kontraktsvärden uppgår till hundratals miljoner kronor varje år.

Detta reser fråga om hur leverantörernas rätt till effektiva rättsmedel för en primärrättslig prövning nu ska kunna tillgodoses i fråga om koncessionstilldelningar som påbörjats eller genomförts före det svenska LUK-genomförandets ikraftträdande. I enlighet med vad Konkurrenskommissionen tidigare framfört till regeringen (remissyttrande R 14-03 – regeringens dnr. S2014/6965/RU) förordas att de i LUK föreslagna rättsmedelsbestämmelserna ska göras tillämpliga även på koncessionsavtal som ingåtts före lagens ikraftträdande. Prövningen kan i dessa fall inskränkas till överträdelser av de EU-primärrättsliga principerna, exempelvis fall där den upphandlande myndigheten eller enheten direkttilldelat ett koncessionskontrakt utan föregående öppen anbudsinfordran (jfr. *Parking Brixen*, p. 50). Det räcker nämligen inte med att genomföra rättsmedel med giltighet enbart från den svenska koncessionslagens ikraftträdande. Om kravet på effektiva rättsmedel inte genomförs till att omfatta i vart fall en möjlighet till primärrättslig prövning (grundad på EU-principerna) av sådana koncessioner som tidigare inte ansetts nationellt prövningsbara kan Sverige inte anses fullt ut ha uppfyllt sina unionsrättsliga åtaganden.

Tillgång till kontrakt

Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians förslag om att även upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen som huvudregel ska vara skyldiga att lämna insyn i sina upphandlingsförfaranden. Konkurrenskommissionen förordar dock att bestämmelsen utvidgas till att, förutom tecknade kontrakt, omfatta även andra sådana *upphandlingsdokument* som ska finnas bevarade hos den upphandlande myndigheten eller enheten.

Exempel på *upphandlingsdokument* som en upphandlande myndighet eller enhet måste hålla bevarade kan vara förekommande skriftliga förfrågningsunderlag, anbudsöppningsprotokoll och skriftliga tilldelningsbeslut (jfr. art. 2.13 Nya klassiska direktivet och art. 2.9 Nya försörjningssektorsdirektivet). Konkurrenskommissionen menar att det bör föreligga en lagstadgad skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att göra även dessa och dylika handlingar tillgängliga, som om offentlighetsprincipen hade varit tillämplig.

Lagtexten bör förtydligas så att det klart framgår att om ett kontrakt eller en annan utlämningspliktig handling innehåller viss information som inte ska lämnas ut ska detta inte medföra hinder i sig mot att den begärda handlingen lämnas ut i övriga delar. Dock bör kravet på tillgänglighet av upphandlingsdokument rimligen inte gälla förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan slutförts, genom exempelvis att upphandlingen avbrutits (jfr. 19 kap. 3 § OSL). En begränsning med denna innebörd bör därför föras in i bestämmelsen.

Kommissionen rekommenderar vidare att begreppet *information* i lagtexten byts ut mot *uppgifter*, så att regelverket på detta sätt bättre harmoniserar med motsvarande bestämmelser i OSL.

Kommissionen förordar sålunda att de aktuella bestämmelserna i 12 kap. NLOU utformas enligt följande (NLUF och LUK bör ges en motsvarande utformning).

Tillgång till kontrakt

20 §

En upphandlande myndighet ska, efter det att en upphandling slutförts, till den som begär det lämna ut sådana upphandlingsdokument som bevaras enligt 19 § första stycket samt en kopia av kontrakt som bevaras enligt 19 § andra stycket.

Om röjande av uppgift i en begärd handling om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller myndighetens verksamhet skulle medföra skada i konkurrenshänseende för leverantören eller den upphandlande myndigheten får uppgiften inte lämnas ut, medan handlingen i övriga delar ska lämnas ut.

21 §

En begäran enligt 20 § ska behandlas skyndsamt.

En upphandlande myndighet får inte ta mer betalt för att lämna ut ett upphandlingsdokument eller kontrakt enligt 20 § än den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut för att lämna ut en allmän handling av motsvarande slag.

Avslutande av avtal

Konkurrenskommissionen tillstyrker förslaget om avslutande av avtal. Kommissionen delar promemorians analys av att det måste föreligga en obligatorisk möjlighet att avsluta avtal som har kommit till i strid mot EU-rätten och att detta ska gälla även i fall där den vinnande leverantören är i god tro. De närmare förutsättningarna för avslutande av avtal bör vidare i enlighet med promemorians förslag kunna regleras av parterna själva.

Det är emellertid inte tillräckligt att lagstifta om att upphandlande myndigheter och enheter ska införa dylika villkor i sina avtal. Även om Sverige som EU-medlemsstat kan komma att ådömas att betala kännbara skadestånd – eller i vissa fall löpande vite – om en upphandlande myndighet eller enhet inte avslutar ett kontrakt eller en koncession som av EU-domstolen förklarats strida mot EU-rätten finns det i svensk nationell rätt inte någon motsvarande sanktion som direkt berör den felande myndigheten eller enheten. Det framstår enligt kommissionens mening som närmast utmanande om upphandlande myndigheter och enheter – vilka i sistnämnda fall även kan vara rent privata företag – tämligen riskfritt ska kunna trotsa EU-domstolen på statens bekostnad.

Konkurrenskommissionen förordar därför att det införs en möjlighet att föra vidare betalningsansvar på berörda upphandlande myndigheter och enheter för sådana sanktioner i form av skadestånd eller vite som staten kan komma att tvingas betala till EU.

Ändringar i ersättningslagarna

Även om Konkurrenskommissionen anser att de s.k. ersättningslagarna – d.v.s. lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning och lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi – bör avskaffas för att i stället ersättas av förfaranden enligt LOV, tillstyrker kommissionen promemorians förslag i sig.

KONKURRENSKOMMISSIONEN



Inger Ridderstrand Linderöth
/ordförande/



Pär Cronhult
/föredragande/