

Socialdepartementet
Enheten för upphandlingsrätt

Vår referens/dnr:
SN Dnr 176/2014

103 33 Stockholm

Er referens/dnr:
S2014/6965/RU

2015-01-09

Remissvar

En lag om upphandling av koncessioner (SOU 2014:69)

Föreningen Svenskt Näringsliv, som beretts tillfälle att yttra sig över rubricerade slutbetänkande, vill anföra följande.

Sammanfattning

Den särskilde utredningsmannen har på ett i huvudsak mycket kompetent sätt behandlat frågan om hur direktivet om offentlig upphandling av koncessioner lämpligen bör omformas till svensk rätt. Vår bedömning av hur direktivet bör implementeras avviker i stort inte från den som presenteras i slutbetänkandet. På några punkter finns det enligt Svenskt Näringslivs mening dock skäl att lämna en avvikande hållning. Beträffande själva förslagen anser vi bl.a. följande.

- De s.k. Teckal-kriterierna har redan i direktiven utvidgats alltför mycket. Utredaren utvidgar dessutom det tillåtna området för interna kontrakt genom en synbarligen oriktig tolkning av artikel 17 i LUK-direktivet jämfört med skäl 46 i beaktandesatserna.
- Utredaren har på ett rimligt sätt tolkat rättsläget avseende möjligheterna att ställa miljö-, social- och arbetsrättsliga krav, särskilt med avseende på kollektivavtal.
- Bestämmelsen om reserverade kontrakt i föreslagen 4 kap. 8 § LUK behöver förtydligas för att minska risken för missbruk.
- Begreppet "informera" i 15 kap. 6 § LUK bör bytas ut mot "offentliggöra", dels för att bättre följa LUK-direktivets formulering i artikel 31.3 men även för att uppnå bästa möjliga konkurrens i varje given situation.

Kontraktsbegreppet (1 kap. 8-9 §§)

Direktivet är enligt Svenskt Näringslivs mening i så måtto rätt implementerat genom att föreslagen lagtext återspeglar direktivets text. Dock synes ett problem kunna uppstå för det fall att en svensk domstol finner att ett avtal som ingåtts muntligen

eller konkludent, och i realiteten utgör en offentlig upphandling, likväl inte kan angripas på upphandlingsrättslig grund, då avtalet inte i strikt teknisk mening är ett upphandlingskontrakt. Det skulle då kunna ifrågasättas huruvida Sverige uppfyller rättsmedelsdirektivens krav. När Föreningen besvarade remissen Nya regler om upphandling (Ds 2014:25 respektive SOU 2014:51) berörde vi också frågan och föreslog då att den skulle beaktas under det fortsatta lagstiftningsarbetet. Eftersom vi ännu inte sett något för slag på hur frågan skulle kunna lösas föreslår vi att begreppet "kontrakt" helt enkelt ersätts med begreppet "avtal".

Leverantörsbegreppet (1 kap. 11 §)

Enligt direktivet om tilldelning av koncessioner är en ekonomisk aktör enligt artikel 5.2 "varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer eller enheter, inbegripet tillfälliga sammanslutningar av företag, som erbjuder sig att utföra en byggentreprenad, realisera ett byggnadsverk och/eller leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden".

I 1 kap. 11 § 1 stycket LUK föreslås leverantör definieras som "den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader". Föreslagen definition (som också finns i förslagen avseende LOU och LUF) riskerar att tolkas som om ett företag som ännu inte bedriver verksamhet på marknaden inte är att anse som en leverantör. Det skulle i så fall exkludera aktörer som avser att starta ett företag för det fall de vinner upphandlingen i fråga, vilket inte synes vara tanken i direktivtexten.

De s.k. Teckal-kriterierna (3 kap. 14-17 §§)

I lagförslaget om upphandling av koncessioner stadgas i 3 kap. 14 § p.3, 15 § p.3, 16 § p.2 och 17 § p.2 att en koncession ska anses vara en intern koncession om "det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten". Motsvarande skrivning finns även i förslagen avseende LOU och LUF.

Redan i vårt remissvar avseende det klassiska direktivet (daterat 2014-09-29) påpekade vi att utredaren synes ha gjort en felaktig tolkning av direktivtexten. Enligt vår uppfattning stadgar direktiven (2014/23/EU, 2014/24/EU och 2014/25/EU) att inget privat ägarintresse får föreligga, annat än i de särskilda undantagsfall som räknas upp. Vi anser att förslagen i stycket ovan inte överensstämmer med artikel 17 i LUK-direktivet jämfört med skäl 46 i beaktandesatserna.

När det gäller verksamhetskriteriet så räcker det enligt vår mening inte med att beakta hur mycket t.ex. ett dotterbolag i en kommunal koncern levererar på marknaden. Man måste titta på helheten, dvs. hur mycket koncernen som sådan levererar för att undvika att vissa verksamheter korssubventioneras. Föreliggande underlag behandlar enligt vår mening inte i tillräcklig grad denna problematik.

Det s.k. hyresundantaget (3 kap. 28 §)

Av direktivets artikel 10.8 a) framgår uttryckligen att undantaget från upphandlingsreglerna vid ingående av hyresavtal endast gäller en befintlig byggnad. För undvikande av ev. frestelser att missbruka hyresavtal i *de facto*-syfte att anskaffa en byggnad bör detta förtydligas i lagtexten.

Miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter (4 kap. 4 §)

När det gäller principerna för upphandling av koncessioner (4 kap. 1-4 §§) så uppger utredaren att motsvarande skäl och artiklar avseende miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter återfinns i LOU- och LUF-direktiven och att det saknas anledning att göra någon annan bedömning vad gäller genomförandet av bestämmelserna i LUK-direktivet.

Lika med utredaren finner Svenskt Näringsliv att bestämmelserna i de tre direktiven om miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter inte innebär någon materiell förändring i vad som redan gäller. Detta måste med särskild skärpa framhållas avseende de krav som ibland reses på att partsställning i ett kollektivavtal, eller ett s.k. hängavtal, ska utgöra en förutsättning för deltagande i offentlig upphandling. För Föreningen - och för den delen också svenska förvaltingsdomstolar - har det sedan länge stått klart att ett sådant krav inte är förenligt med upphandlingsreglerna. Sverige har inte ratificerat ILO-konvention 94 och har inte heller ett system med allmängiltigförklaring av kollektivavtal. Nu aktuell artikel i LUK-direktivet (artikel 30.3) säger uttryckligen att vad som avses är *tillämpliga* skyldigheter. Ett avtal är som bekant inte tillämpligt på någon som inte är part i det, så ej heller beträffande kollektivavtal.

Vi bedömer att ett inte obetydligt antal upphandlande myndigheter genom införandet av denna artikel kommit att sväva i tvivelsmål om i vilken utsträckning det är möjligt att ställa krav på kollektivavtalsbundenhet, eller tillämpning av kollektivavtalsliknande villkor. Det vore därför önskvärt att man i det fortsatta lagstiftningsarbetet mer precist utvecklade de resonemang som utredaren inlett.

Reserverade koncessioner (4 kap. 8 §)

Bestämmelser om reserverade kontrakt finns i 2004 års direktiv, men Sverige fattade då beslutet att inte införa motsvarande regler i svensk rätt. I LUK-direktivet återfinns bestämmelsen om reserverade kontrakt, nu i form av reserverade koncessioner och ändrad i ett flertal avseenden. Utredaren föreslår att artikel 24 i detta direktiv införs i svensk rätt och att reglerna, som föreslås placeras i 4 kap. 8 § i LUK, ska utformas på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF.

Enligt den nya artikeln om reserverade koncessioner ska det vara möjligt för en upphandlande myndighet att reservera koncessioner inte bara för s.k. skyddade

verkstäder utan även för leverantörer vars främsta syfte är social eller yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av missgynnade personer.

Rent principiellt har Svenskt Näringsliv inga invändningar mot att försök görs att hitta sysselsättningsmöjligheter åt personer som i annat fall sannolikt inte skulle kunna erbjudas en plats på den reguljära arbetsmarknaden, men det måste i så fall vara fullt klart vilka regler som gäller. Möjligheten till konkurrenssnedvridande missbruk bör så långt möjligt beskäras. Formuleringarna i 4 kap. 8 § uppfyller enligt vår uppfattning inte detta behov.

Vad som avses med begreppet "*främsta syfte*" är dunkelt och likaså vad som avses med "*missgynnade personer*". Utredaren har själv framhållit att vissa begrepp skulle tjäna på att preciseras i den svenska lagtexten, men samtidigt konstaterat att utrymmet för detta vid genomförandet är högst begränsat. Enligt vår uppfattning är det tveksamt om lagstiftaren medvetet ska införa bestämmelser som är så oklara. När något är behäftat med så stor oklarhet som i detta fall finns alltid risken att oseriösa aktörer utnyttjar situationen. Det vore t.ex. fullt tänkbart att bilda ett bolag med det uttalade syftet enligt ovan, men i praktiken bara till en liten del ägna sig åt detta eller sysselsätta anställd eller inhyrd personal som har behov av angiven integration.

En annan förändring jämfört med formuleringen i 2004 års direktiv är att det tidigare krävdes att en majoritet av de anställda skulle ha ett funktionshinder men att det nu räcker med att 30 procent av personerna i företaget ska ha ett funktionshinder eller vara missgynnade för att företaget ska kunna delta i en offentlig upphandling som reserverats för denna typ av företag. Det synes vidare som om dessa 30 procent inte behöver vara anställda i företaget utan att det ska räcka med att dessa 30 procent är sysselsatta i företaget. Inte heller synes det föreligga något krav på att det är just personerna med funktionsnedsättning eller på annat sätt missgynnade personerna som ska delta i produktionen eller utförandet av de varor och tjänster som upphandlats. Det saknas med andra ord indirekt det krav på koppling till kontraktsföremålet som hittills varit en fundamental princip inom offentlig upphandling.

Sammantaget vill Svenskt Näringsliv därför att Regeringen i den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet förtydligar under vilka omständigheter kontrakt ska kunna reserveras.

Upplysningar på begäran av leverantör (10 kap. 14 §)

Artikel 40.1 andra stycket LUK-direktivet föreskriver att på begäran av berörd part ska den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten snarast möjligt, och i alla händelser senast 15 dagar från mottagandet av en skriftlig begäran, underrätta alla anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud om egenskaperna hos och de relativa fördelarna med det utvalda anbudet. Direktivtexten återfinns i föreslaget till 10 kap. 14 § LUK.

Föreslagen ordning kan emellertid komma att innebära att företag som inte erhåller begärd information innan avtalsspärren löper ut kan komma att söka överprövning av taktiska skäl för att inte gå miste om sin talerätt. Svenskt Näringsliv föreslår att en upphandlande myndighet/enhet ska vara skyldig att återkomma med begärd information innan avtalsspärren löper ut och att detta ska framgå av lagen.

Uteslutning av leverantörer (11 kap. 3, 4 och 6 §§)

Enligt förslaget ska en leverantör enligt 11 kap. 6 § 3 stycket LUK inte uteslutas enligt 3 § samma kapitel, när denne har fullgjort sina åligganden avseende skatter och socialförsäkringsavgifter inklusive eventuell ränta eller sanktionsavgift eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande. Det är i sammanhanget viktigt att det tydligt klargörs att en leverantör som enligt detta lagrum anses ha fullgjort sina förpliktelser avseende skatter och socialförsäkringsavgifter inte samtidigt ska kunna uteslutas enligt 11 kap. 4 § 1 första stycket 3 punkten LUK med motivet att leverantören (för samma förseelse) gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas.

Upphandling enligt 15 kap. LUK

Enligt artikel 8.1 LUK-direktivet ska direktivet tillämpas på koncessioner vars värde uppgår till minst 5 186 000 EUR, dvs. cirka 50 miljoner svenska kronor. Upphandlingar som inte uppgår till detta belopp faller utanför LUK-direktivets tillämpningsområde. Utredaren gör den bedömningen att för upphandlingar av koncessioner, vars värden understiger tröskelvärdet och för upphandlingar som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster bör i princip samma uppsättning regler gälla och reglerna för det icke-direktivstyrda området ska enligt förslaget placeras i 15 kapitlet i lagen om upphandling av koncessioner.

Av 15 kap. 2 § framgår att upphandlingar under tröskelvärdet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska genomföras i enlighet med principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Vidare gäller bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning, skadestånd i 16 kap. och om upphandlingsskadeavgift i 17 kap. även de upphandlingar av koncessioner som faller in under 15 kap.

Rent allmänt är det ur ett konkurrensperspektiv nödvändigt med annonsering om en verksamhet ska konkurrensutsättas. Eftersom tröskelvärdet vid upphandlingar av koncessioner är satt till ett så högt belopp är det troligt att många upphandlingar av koncessioner kommer att underskrida denna beloppsgräns och därmed kommer dessa upphandlingar att regleras i enlighet med bestämmelserna i 15 kap. LUK. Till det kommer att sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska upphandlas enligt reglerna i samma kapitel. Det är med andra ord sannolikt att flertalet upphandlingar av koncessioner kommer att falla in under 15 kap. LUK.

I artikel 31.3 LUK-direktivet föreskrivs att upphandlande myndigheter och upphandlande enheter som önskar tilldela koncessioner för sociala tjänster och andra särskilda tjänster (enligt bilaga IV) ska tillkännage sin avsikt genom ett offentliggörande av ett förhandsmeddelande. I utredarens förslag till hur denna artikel ska implementeras i svensk rätt (15 kap. 6 §) har emellertid ordet "offentliggörande" bytts ut mot "informera". Enligt vår uppfattning är det helt olika innebörd i de två begreppen och vi förslår därför att ordet "informera" tas bort och ersätts av det korrekta verbet "offentliggöra", dels för att följa LUK-direktivets formulering men också för att i möjligaste mån se till att det uppstår en konkurrenssituation även i de fall upphandlingarna sker enligt reglerna i 15 kap. LUK.

Upphandlingsskadeavgiftens storlek (17 kap. 4 §)

Enligt betänkandet ska de befintliga rättsmedelsdirektiven göras tillämpliga även på upphandlingar av koncessioner. Av 17 kap. 4 § LUK framgår att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och som högst till 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga 10 procent av koncessionens värde.

Av 5 kap. 2 § LUK framgår att värdet av en koncession ska vara en uppskattning av den sammanlagda omsättning som uppkommer för koncessionshavaren under kontraktets varaktighet. Eftersom en koncession kan komma att uppgå till ett betydande belopp inställer sig frågan om den högsta möjliga upphandlingsskadeavgiften om 10 miljoner kronor kommer att uppfattas som ett belopp högt nog för att avhålla en upphandlande myndighet/enhet från att sluta ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering. Eftersom en upphandlingsskadeavgift om 10 miljoner kronor antagligen inte kommer att ha den hindrande effekt som ursprungligen är tänkt bör maxbelopp (enligt 17 kap. 4 § LUK) enligt Svenskt Näringslivs mening istället ersättas med en procentuell avgift som ska beräknas på det sammanlagda värdet av koncessionen i fråga.



Göran Norén



Birgitta Laurent