

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning/OU
Susanne Ellegård

Vår referens/dnr:
SN Dnr 175/2017

10333 Stockholm

Er referens/dnr:
Fi 2017/03767/OU

2017-11-15

Remissvar

Vissa förslag till ändringar i lagen om offentlig upphandling med anledning av Valfärdsutredningens förslag

Allmänna synpunkter

Svenskt Näringsliv ifrågasätter syftet med att införa ytterligare bestämmelser i LOU. Vare sig Utredningen "Palett för ett förstärkt civilsamhälle" (SOU 2016:13) eller Valfärdsutredningen (SOU 2016:78) har kunnat ange något praktiskt tillämpningsområde för att införa särskilda bestämmelser för inköp av välfärdstjänster under tröskelvärdet på 6,9 miljoner kr per år för varor och tjänster av samma slag.

EU-rätten och förslaget

EU-domstolen har upprepat att ett av huvudsyftena med bestämmelserna om offentlig upphandling är att skydda leverantörerna mot de upphandlande myndigheternas godtycke.

EU-domstolen har också utvecklat ett antal grundläggande principer som ska tillämpas vid tilldelning av kontrakt som är direkt grundade på EU-fördragets bestämmelser och principer. Principerna om lika behandling och icke-diskriminering på grund av nationalitet förutsätter en skyldighet till öppenhet som enligt EU-domstolens rättspraxis;

"syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska",

(C-231/03, Coname, dom av den 21.7.2005, punkterna 16-19, samt C-458/03 Parking Brixen, dom av den 13.10.2005, punkt 49).

EU-domstolen fastslog i Telaustria-domen att skyldigheten till öppenhet betyder att varje potentiell anbudsgivare ska garanteras att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att marknaden öppnas för konkurrens och att det går att kontrollera att förfarandena är opartiska. Garantin för ett rättvist och opartiskt förfarande är den naturliga följden av skyldigheten att se till att offentliggörandet görs under öppenhet, (C-324/98, REG I-10745, punkt 62).

Av detta följer också att kontraktet måste tilldelas i enlighet med bestämmelserna och principerna i EU-fördraget, så att man åstadkommer rättvisa konkurrensvillkor för alla ekonomiska aktörer som är intresserade av kontraktet.

Detta sker genom bl.a. följande;

- Icke-diskriminerande beskrivning av föremålet för upphandlingen.
- Deltagande på lika villkor för ekonomiska aktörer från alla medlemsstater.
- Öppet och objektiva tillvägagångssätt.

Med den senare avses att alla deltagare måste kunna få kännedom i förväg om de regler som gäller för förfarandet och kunna vara säkra på att dessa tillämpas på samma sätt på alla deltagare.

I direktivet 2014/2014/EU artikel 74 - 76 framhålls att medlemsstaterna har ett visst utrymme för handlingsfrihet vid upphandling av välfärdstjänster men att principerna om likabehandling och öppenhet måste följas.

Det är därför med förvåning som Svenskt Näringsliv konstaterar att regeringen föreslår att bestämmelser införs i LOU som uppenbart strider mot de två grundläggande principerna. Förslaget anger, förvisso, att myndigheten ska annonsera kontraktet, men därefter tycks myndigheten fritt få välja vilken leverantör som man avser teckna kontrakt med. Detta innebär att intresserade leverantörer inte på förhand kan få kännedom om de regler som gäller för tilldelningen eller att alla leverantörer behandlas lika. Detta öppnar också upp för myndigheternas godtycke. Risker för korruption är uppenbar. Enligt vårt förmenande strider detta mot EU-rätten. Förslaget uppfyller således inte de rättssäkerhetskrav som regeringen anser bör gälla vid upphandling av välfärdstjänster eftersom tilldelningen av kontrakt inte uppfyller principerna om öppenhet och likabehandling.

Svenskt Näringsliv delar emellertid regeringens bedömning att de inte är lämpligt att varje myndighet självständigt ska bestämma huruvida de föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse. En sådan komplex bedömning är mycket svår att göra och riskerar leda till att myndigheten begår överträdelser mot upphandlingslagarna.

Svenskt Näringsliv vill påtala att förslaget brister i hänvisning till CPV-koder. Det är, som nu är fallet, otillräckligt att i bilaga 2 A endast översiktligt hänvisa till vissa CPV-koder som omfattas av det nya föreslagna kapitlet 19 a. Om regeringen, trots remisskritik, väljer att gå vidare med förslaget om ett nytt kapitel i LOU borde det åtminstone framgå tydligt och klart vilka tjänster som omfattas av de föreslagna bestämmelserna.

Sammanfattningsvis avstyrker Svenskt Näringsliv förslaget om ett nytt kap. 19 a i lagen om offentlig upphandling eftersom förslaget strider mot de grundläggande principerna.

Göran Norén

Ellen Hausel Heldahl