

2015-01-12

Dnr SU FV-1.1.3-3046-14

Regeringskansliet
(Socialdepartementet)
103 33 Stockholm

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

Allmänna synpunkter

EU:s regelverk om offentlig upphandling är baserat på artiklarna om de fria rörligheterna i EUF-fördraget. Förfarandebestämmelserna återfinns dels i direktiv 2009/81 om säkerhets- och försvarsupphandlingar (genomfört i svensk rätt genom lagen 2011:1029 om säkerhets- och försvarsupphandlingar), dels i de i februari 2014 antagna upphandlingsdirektiven 2004/23 om koncessioner, 2014/24 om den klassiska sektorn och 2014/25 om upphandling inom försörjningssektorerna. Direktiv 2014/24 och 2014/25 föreslås genomföras i svensk rätt per den 1 april 2016 enligt förslagen i Ds 2014:25 respektive SOU 2014:51 (se Stockholms universitets remissyttrande av den 25 september 2014, dnr SU FV-1.1.3-2141-14). Den nu aktuella remissen avser således endast det kvarvarande direktivet om koncessioner, vilket även det föreslås genomföras i svensk rätt per den 1 april 2016.

Det tidigare direktivet för den klassiska sektorn, direktiv 2004/18, innehöll endast ett mindre antal bestämmelser om bygg- och tjänstekoncessioner. Motsvarande bestämmelser saknades helt inom försörjningssektorerna. De kontrakt som tilldelas som koncessioner utgör emellertid betydande värden och Juridiska fakultetsnämnden anser därför att det är välkommet att det nu införs en rättslig reglering av koncessioner i svensk rätt. Koncessioner i olika former börjar i allt större utsträckning användas av det offentliga. Som exempel kan nämnas Arlandabanan, spårvägen i Stockholm från NK ut till Djurgården, driften av kommunala parkeringsplatser och av kommunala småbåtshamnar. Att sådana kontrakt inte har en rättslig reglering har lett till en betydande osäkerhet, till nackdel både för företag och för det allmänna.

Juridiska fakultetsnämnden anser att den föreslagna lagstiftningsmodellen, där koncessioner regleras i en särskild lag, är den ur lagteknisk synpunkt mest fördelaktiga lösningen. Koncessioner förekommer såväl inom den klassiska sektorn som inom försörjningssektorerna och vid säkerhets- och försvarsupphandlingar. Att istället för att upprepa samma bestämmelser i tre olika regelverk endast återge bestämmelserna i en rättslig reglering leder till minskad risk för tolkningsproblem och till en mer lättillgänglig

reglering, till nytta för dem som har att tillämpa och tolka bestämmelserna om koncessioner avseende tjänster och byggtreprenader.

Specifika kommentarer

1. Utredaren har valt att benämna förfarandet för att tilldela en koncession som "upphandling av koncession". Syftet anges vara att benämningarna i lagen om koncessioner ska överensstämma med benämningarna i de föreslagna lagarna för den klassiska sektorn och för försörjningssektorerna. Ändå anges i det föreslagna 6 kap. 1 § att "En upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att organisera förfarandet för val av koncessionshavare under förutsättning att principerna i 3 kap. 1 § och bestämmelserna i övrigt i denna lag följs.". Varför utredaren här föreslår att tilldelning av koncession ska ersättas med val av koncessionshavare framgår inte. En alternativ lydelse av paragrafen skulle istället kunna vara "En upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att organisera förfarandet för *upphandling av koncession* under förutsättning att principerna i 3 kap. 1 § och bestämmelserna i övrigt i denna lag följs."
2. Utredaren har valt att i uppräknningen av definitioner utesluta definitionerna avseende begreppen *anbudsgivare*, *skriftlig* och *innovation* i direktiv 2014/23. Det finns ingen logisk förklaring till varför just dessa tre definitioner, som av EU-lagstiftaren har ansetts böra anges i direktivet, inte ska återges i den svenska lagen om upphandling av koncessioner. Fakultetsnämnden förslår därför att de i direktiv 2014/23 angivna definitionerna i sin helhet ska återges i den föreslagna lagen.
3. Det anges att visa advokattjänster inte omfattas av krav på upphandling om de utförs som tjänstekoncessioner. Det bör här påpekas att tjänstekoncession enligt artikel 5 1b i direktiv 2014/23 definieras som skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter anförtror tillhandahållande och förvaltning av tjänster som inte avser utförande av byggtreprenad enligt led a till en eller flera ekonomiska aktörer, *där ersättningen för tjänsterna endast utgörs av rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning*. En sådan ersättningsform är emellertid sannolikt inte förenligt med Svenska Advokatsamfundets bestämmelser, varför det troligtvis aldrig blir aktuellt att en advokattjänst kan upphandlas som en tjänstekoncession. Eftersom utredaren i motsvarande situationer föreslagit att några bestämmelser inte ska införas om den beskrivna situationen inte kan vara aktuell för svenska förhållanden, kan det vara lämpligt att inte heller i lagen om upphandling av koncessioner införa några bestämmelser om undantag avseende advokattjänster.
4. Begreppet *koncessionsdokument* anges motsvara begreppet *förfrågningsunderlag* i förslaget till lagar för den klassiska sektorn och för försörjningssektorerna. I förevarande förslag används emellertid begreppet flera gånger i plural, vilket blir förvirrande. Ett förslag är att istället benämna handlingen som *koncessionsunderlaget*, där ett flertal olika handlingar kan ingå.
5. "Upphandlande myndighet" är ett begrepp för de organisationer som omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling. Även organisationer som inte utgör myndigheter omfattas emellertid av begreppet, t.ex. statliga och kommunala bolag. Det är därför olämpligt att som på ett antal ställen i den föreslagna lagtexten endast ange "myndigheter och enheter", istället för "upphandlande myndigheter och enheter". Sådana förkortningar kan leda till att upphandlande enheter som inte är myndigheter inte anser sig

omfattas av de aktuella bestämmelserna, se 10 kap. 16§, 11 kap. 6 §, 14 kap. 4 och 5 §§, 15 kap. 8 § och 17 kap. 1 § i lagförslaget. Juridiska fakultetsnämnden förslår därför att begreppet "upphandlande myndigheter och enheter" används konsekvent i hela lagstiftningen.

6. I 15 kap. 9 § i lagförslaget anges att "Vid upphandling enligt detta kapitel ska den upphandlande myndigheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om sådana beslut som avses i 10 kap. 12 och 13 §§ och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap.". De beslut som avses är vilken anbudsgivare som vann kontraktet och varför. Det finns emellertid ingen logisk anledning till att upphandlande enheter inom försörjningssektorerna inte ska lämna motsvarande uppgifter. Kanske har orden "eller enheten" fallit bort. Paragrafens rätta lydelse bör vara "Vid upphandling enligt detta kapitel ska den upphandlande myndigheten eller enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om sådana beslut som avses i 10 kap. 12 och 13 §§ och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap.".
7. Utredaren förslår, i likhet med lagförslagen i SOU 2014:52 för den klassiska sektorn och för försörjningssektorerna, att bestämmelserna om jäv i direktiv 2014:23 inte ska införas i svensk upphandlingsrättslig lagstiftning. Fakultetsnämnden vill dock påpeka att det handlar om tvingande unionsrättslig lagstiftning till skydd för leverantörer, och det anges i direktivets artikel 35 att "Medlemsstaterna ska kräva att upphandlande myndigheter och upphandlande enheter vidtar lämpliga åtgärder för att bekämpa bedrägeri, särbehandling och korruption samt effektivt förebygga, identifiera och undvika intressekonflikter som uppstår under genomförandet av koncessionstilldelningsförfarandena i syfte att undvika snedvridning av konkurrensen och säkerställa öppenhet i tilldelningsförfarandet samt lika behandling av alla anbudssökande och anbudsgivare.". I artikelns andra stycke anges vilka situationer begreppet intressekonflikt minst ska omfatta. Utredarens grund för att inte föreslå att dessa bestämmelser ska införas i den nya lagen är att motsvarande bestämmelser återfinns i förvaltningslagen. Ett flertal av de organisationer som omfattas av bestämmelserna i direktivet om koncessioner omfattas emellertid inte av bestämmelserna i förvaltningslagen. Att inte införa motsvarande bestämmelser i koncessionslagen skulle således kunna innebära att Sverige inte uppfyller sina skyldigheter som medlemsstat i EU. Fakultetsnämnden förslår därför att lagförslaget kompletteras med bestämmelser om intressekonflikter/jäv vid upphandling av koncessioner.
8. Utredaren föreslår att inga bestämmelser om direktupphandlingar av koncessioner ska införas. Anledningen anges vara att kontrakt om koncessioner regelmässigt uppgår till större belopp. Det kan dock finnas tjänstekoncessioner som inte uppgår till den direktupphandlingsgräns som idag gäller inom den klassiska sektorn, ca 500 000 kr och inom försörjningssektorerna, ca 1 000 000 kr. Exempelvis kan nämnas driften av en kiosk i ett kommunhus eller av en mindre parkeringsplats. Eftersom det saknas såväl närmare undersökning av koncessionsmarknaden som analys av behovet av bestämmelser om direktupphandling på området, föreslår fakultetsnämnden att systematiken i den förslagna lagstiftningen ska följa förslagen till övriga föreslagna lagar på upphandlingsområdet och kompletteras med bestämmelser om direktupphandlingar av koncessioner.
9. I förslaget till 4 kap. 6 § andra stycket anges att "Juridiska personer får uppmanas att i anbudet eller anbudsförutsättningarna uppgive namn och yrkeskvalifikationer på de personer som ska utföra tjänsterna." I artikel 26 1 andra stycket i direktiv 2014/23 anges

emellertid att "Juridiska personer får *åläggas* att ...". Paragrafen bör ändras så att den överensstämmer med aktuell direktivtext.

10. I förslaget till bestämmelse i 15 kap. 6 § i lagen om upphandling av koncessioner anges att en upphandlande myndighet som avser att tilldela en koncession i enlighet med bestämmelserna i 15 kap. ska "informera" om det genom ett förhandsmeddelande. Av artikel 31.3 i direktiv 2014/23 framgår emellertid 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 informera och offentliggöra inte är synonyma, föreslår Fakultetsnämnden att den aktuella paragrafen ändras så att den motsvarar bestämmelsen i direktivet.