

Europeiska kommissionen, generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, enhet C3

1049 Bryssel
Belgien

Göteborg den 18 april 2011

Europeiska kommissionens grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, KOM (2011) 15 slutlig

Advokatfirman Lindahl får härmed lämna följande synpunkter till kommissionen.

Del 1.1 Inköpsverksamhet och 4 Strategisk användning av offentlig upphandling som svar på nya utmaningar

Fråga 1 och 62-90

En grundläggande förutsättning för en effektiv offentlig upphandling är att syftet med reglerna för upphandlingens genomförande är begränsat och bestämt.

Offentlig upphandling handlar om den offentliga sektorns inköpsprocess och det är syftet med den processen som ska begränsas och bestämmas. Med tydliga syften är det möjligt att genom lagregler och utfyllande rättspraxis utmejsla ett regelverk för den offentliga inköpsprocessen som är förutsebart för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer.

Upphandlingsdirektiven syftar till att säkerställa fri rörlighet av varor och tjänster inom EU och att leverantörer behandlas lika. Advokatfirman Lindahl utgår från att dessa syften ska gälla även framdeles eftersom de utgör grundvalen för EU-samarbetet. Det är självklart att offentlig upphandling dessutom måste syfta till att öka effektiviteten i de offentliga utgifterna och följaktligen ska kunna genomföras effektivt och medföra mesta möjliga valuta för pengarna för den offentliga sektorn. Lika självklart är att syftet med upphandlingsreglerna måste vara förenligt med syftena bakom andra EU-regler t.ex. om förbudet mot statligt stöd och övrig konkurrensrättslig lagstiftning, se vidare under del 2.3.

Det är följaktligen viktigt att upphandlingsreglerna utformas som procedurregler som ska syfta till att säkerställa en effektiv offentlig upphandling enligt de mål som nyss beskrivits om effektiv hantering av offentliga medel och likabehandling av leverantörer inom EU.

Problem uppstår om nämnda syften med den offentliga inköpsprocessen kompletteras med andra för inköpsprocessen mer otydliga samhälleliga mål eller syften. Det finns visserligen relativt stora möjligheter att beakta miljöhänsyn vid offentlig upphandling, eftersom sådana hänsyn kan kopplas till kontraktsföremålet. När det gäller andra hänsyn, t.ex. olika former av sociala hänsyn, är emellertid denna koppling mera oklar. Det finns därför en uppenbar risk att beaktandet av olika former av sociala hänsyn vid offentlig upphandling - oavsett hur vällovliga dessa hänsyn kan vara - strider mot de nyss nämnda grundläggande syftena med offentlig upphandling t.ex. kravet på likabehandling av leverantörer inom EU.

Det är enligt Advokatfirman Lindahl inte möjligt att tillgodose en mängd olika samhälleliga hänsyn inom ramen för en offentlig inköpsprocess utan att inköpsreglerna riskerar att bli svåröverskådliga, svårtillämpbara och tappa i legitimitet.

I Sverige har införts en ny regel om att upphandlande myndigheter, utöver vad som redan finns reglerat om sociala krav vid offentlig upphandling, "bör" ta sociala hänsyn vid sina upphandlingar. Den regeln är ett tydligt exempel på en regel med oklart tillämpningsområde. Genom den regeln har den svenska lagstiftaren vältrat över det samhälleliga ansvaret för socialt ansvarstagande till de upphandlande myndigheter som ska göra ett visst inköp. Det är ett tungt ansvar att bära för en upphandlande myndighet att göra en sådan exakt gränsdragning mellan olika konkurrerande hänsyn. En felbedömning innebär en risk för att upphandlingen anses skönsmässig och måste göras om och att även andra sanktioner kommer att riktas mot den upphandlande myndigheten. Genom att i grönboken öppna för möjligheten att ta en mängd olika hänsynstaganden vid offentlig upphandling öppnar kommissionen för ett mer komplext och svåröverskådligt regelverk än det nuvarande.

Advokatfirman Lindahl föreslår därför att syftet med upphandlingsreglerna begränsas till det som är relevant för inköpsprocessen och dessutom tydligt bestäms i regelverket.

Som ett led i effektiviseringen av regelverket bör EU:s lagstiftare se över följderna av att en ogiltighetssanktion har införts. I Sverige har den sanktionen medfört att kontrakt kan ogiltigförklaras med civilrättslig verkan av förvaltningsdomstol. Parter i svensk domstolsprocessen rörande ogiltigförklaring är endast den upphandlande myndigheten och den leverantör som begär ogiltigförklaring av ett visst kontrakt. Den leverantör som har ingått det ifrågasatta kontraktet med den upphandlande myndigheten är inte part i den processen och anses enligt nuvarande svensk rättspraxis inte ha någon form av talerätt eller överklaganderätt¹. Det kan ifrågasättas om det är ändamålsenligt att upphandlings-

¹ I svensk domstolspraxis har rätten för en leverantör att begära överprövning i vissa fall beskrivits ytterligare. Det har således förekommit att svenska förvaltningsdomstolar har bedömt att ett avgörande mellan en leverantör och den upphandlande myndigheten i ett mål om överprövning av en upphandling utgör hinder för den leverantör som myndigheten tilldelat avtalet att få en självständig prövning av fel i en upphandling, enligt principer om res judicata eller lis pendens. Det har i svensk rättspraxis i vissa fall fått till följd att en leverantör som tilldelats avtalet (leverantör 1) har uteslutits ur upphandlingen eller fått sitt anbud förkastat till följd av en dom i ett överprövningsmål, mellan en annan leverantör (leverantör 2) och den upphandlande myndigheten, utan att leverantör 1 har tillerkänts rätt att delta i processen eller att överklaga domen i detta mål. Leverantör 1 har i den situationen i vissa fall nekats en rätt att få överprövat riktigheten av att utesluta denne ur upphandlingen eller att förkasta dennes anbud genom en överprövning av det senare tilldelningsbeslut som den upphandlande myndighetens fattar. Detta har skett genom att domstolen antingen har avvisat leverantör 1:s ansökan om överprövning beträffande samma upphandling eller, vid prövning i sak, har utgått från att ingen ändring får göras i förhållande till den bedömning som gjorts i en dom meddelad mellan leverantör 2 och den

kontrakt ska kunna ogiltigförklaras med civilrättslig verkan på detta sätt och medföra stora ekonomiska risker för den leverantör som ingår avtal med offentlig sektor om en felbedömning har skett vad gäller möjligheten att direktupphandla avtalet eller - om ett upphandlingsförfarande har genomförts - den upphandlande myndighetens korrekta genomförande av upphandlingen enligt upphandlingsreglerna. På sikt riskerar ogiltighetssanktionen att negativt påverka den offentliga sektorns möjligheter att ingå kommersiella avtal.

Inom ramen för det upphandlingsrättsliga regelverket finns det behov att säkerställa att den part som har tilldelats ett kontrakt har rätt att delta som part i en process rörande ogiltigförklaring av avtalet eller annan form av överprövning av beslut under en upphandling i syfte att garantera den leverantörens rätt till en rättvis rättegång enligt EU:s allmänna rättssäkerhetsprinciper ².

Del 1.2 Offentlig upphandling och del 1.3 Offentliga upphandlare

Fråga 2-13

En förutsättning för en effektiv offentlig upphandling är att regelverket är enkelt och förutsebart för tillämparna, dvs. för offentliga inköpare och för leverantörer av varor och tjänster till offentlig sektor.

Såväl det EU-rättsliga regelverket som de nationella regelverken tenderar emellertid att bli ett alltmer överskådligt lappverk av regler. Som exempel kan nämnas att upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet kommer att regleras i en särskild svensk lag som genomför ett EU-direktiv, tilldelning av avtal om allmän trafik regleras i EU:s kollektivtrafikförordning och regler om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster kommer att regleras i en särskild svensk lag som genomför ett EU-direktiv. I Sverige kompliceras bilden av att det finns en särskild lag om valfrihetssystem vid hälsovård- och socialtjänster och en annan särskild lag om valfrihetssystem vid arbetsmarknadspolitisk verksamhet. Till detta kommer de EU-rättsliga principer och kommande regler som ska gälla vid anskaffning av tjänstekoncessioner. De många specialregleringarna riskerar att försvåra för såväl inköpare och leverantörer att förstå och tillämpa reglerna.

Vidare bör upphandlingsförfarandet kunna utformas på samma sätt för anskaffningar av tjänster oberoende av om de kan klassificeras som A- eller B-tjänster, se vidare under del 2.

En effektiv offentlig upphandling förutsätter att regelverken för offentlig upphandling förenklas så att behovet av specialreglering minskar. Därigenom kan regelverket bli mer förutsebart för tillämparna.

Det finns behov av att klargöra begreppet offentligrättsliga organ t.ex. vad gäller undantaget för organ som tillgodoser behov som har industriell eller kommersiell karaktär. Det finns även behov av att klargöra undantagsreglernas, t.ex. in house-regelns, tillämplighet vid dessa offentligrättsliga organs anskaffningar, se del 2.3.

upphandlande myndigheten. Frågan om rätten för en leverantör att få prövat sin sak i överprövningsmål är för närvarande föremål för den svenska Högsta förvaltningsdomstolens prövning.

² För svenskt vidkommande, se not 1.

Del 2 Att förbättra de upphandlande myndigheternas verktygslåda

Fråga 14-22

En förutsättning för en effektiv offentlig upphandling är att upphandlingsförfarandet är effektivt och kan resultera i en affärsmässigt bra affär för offentlig sektor.

Den offentliga sektorn ska, som en följd av upphandlingsförfarandet, kunna ingå ett avtal med en leverantör på kommersiellt väl avvägda villkor. Ingåendet av ett marknadsanpassat avtal förutsätter som regel, oavsett om det är offentlig sektor som är part i avtalet eller inte, att parterna kan förhandla om avtalsinnehållet. Vid direktivstyrd upphandling inom den klassiska sektorn får upphandlande myndigheter emellertid som regel inte förhandla med anbudsgivarna. I vissa situationer har upphandlande myndigheten behövt förkasta anbud där anbudsgivaren försökt förhandla fram avtalsvillkor som är mer leverantörsanpassade och möjligen också mer marknadsanpassade än de som utannonserats i upphandlingen. I svensk domstolspraxis betraktas ett anbud med alternativa avtalsvillkor som ett s.k. "orent" anbud som strider mot avtalsvillkoren i förfrågningsunderlaget. Alltför beställarvänliga avtalsvillkor i förfrågningsunderlaget riskerar att medföra högre priser. En sådan ordning motverkar möjligheterna för offentlig sektor att göra affärsmässigt goda affärer.

En ändamålsenlig inköpsprocess förutsätter därför enligt Advokatfirman Lindahl att upphandlande myndigheter får förhandla med anbudsgivarna. Förhandling bör få ske oavsett om inköpen sker inom den klassiska sektorn eller inom försörjningssektorn, oavsett om inköpen avser kontraktsvärden över eller under EU:s tröskelvärden och oavsett om det rör inköp av A-tjänster eller B-tjänster.

Det är Advokatfirman Lindahls uppfattning att ett förhandlat förfarande bör vara huvudregel vid offentlig upphandling oavsett för vilken sektor inköpet sker. Självfallet ska genomförandet av ett förhandlat förfarande ske med tillämpning av de fem grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling av leverantörer, förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, proportionalitet, transparens och ömsesidigt erkännande.

Fråga 23-24

Uppdelningen mellan kvalificeringsfas och tilldelningsfas (urvals- och tilldelningskriterier) är lämplig och Advokatfirman Lindahl bedömer inte det som angeläget särskilt att de två faserna ändrar ordning. Vid selektivt eller förhandlat förfarande är det inte heller möjligt med en ändrad ordning utan att införa ett enfassystem för de förfarandena, dvs. ett system som liknar det vid det öppna förfarandet där besluten tas i ett sammanhang.

Det finns skäl att överväga om ett enfassystem bör vara tillåtet vid alla former av upphandlingsförfaranden. Detta i syfte att korta ned handläggningstiden för ett upphandlingsförfarande. Ett selektivt eller förhandlat förfarande innebär i dag långa handläggningstider till följd av uppdelningen i två skilda faser. Om ett sådant enfassystem tillämpas är det Advokatfirman Lindahls bedömning att det bör finnas utrymme för den upphandlande myndigheten att – med hänsyn till kontraktsföremålet och upphandlingens art – föreskriva en ordning som innebär att tilldelningskriterierna

prövas före urvalskriterierna. Det kan t.ex. vara lämpligt vid upphandlingar där ett mycket stort antal anbudsgivare deltar och det finns anledning att begränsa prövningen i urvalsfasen till de anbudsgivare som kommer att ha möjlighet att tilldelas kontrakt. Det kan medföra kortare handläggningstider och mindre dokumenthantering vad gäller t.ex. införskaffandet av bevisning om anbudsgivarnas ekonomiska och tekniska kapacitet.

Såvitt vi känner till förekommer det redan i dag att svenska upphandlande myndigheter vid enfasförfaranden - som t.ex. öppet förfarande eller vid det förenklade förfarande som kan användas vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området i Sverige - byter ordning och av effektivitetsskäl fattar ett preliminärt tilldelningsbeslut i syfte att avgränsa vilka anbudsgivare som ska väljas ut för kontroll av ekonomisk och teknisk förmåga och lämplighet.

Advokatfirman Lindahl anser att det är viktigt att det klargörs att kvalitet kan utvärderas i tilldelningsfasen (som tilldelningskriterium) i enlighet med vad som framgår av EU-direktiven. Genom EU-domstolens rättspraxis (Lianakis, C-532/06, m.fl. rättsfall) har det blivit oklart i vad mån kvalitet kan utvärderas i tilldelningsfasen vid upphandling av tjänster trots att kvalitet enligt EU-direktiven får utgöra ett tilldelningskriterium. För många upphandlande myndigheter innebär denna oklarhet att de väljer att anskaffa och tilldela tjänster endast utifrån lägsta pris trots att tjänsternas kvalitet har stor betydelse för resultatet och därför borde ingå som ett anbudsutvärderingskriterium och trots att bedömningen av kvalitet inte kan ske heltäckande inom ramen för bedömningen av leverantörernas tekniska kapacitet och förmåga (dvs. som ett urvalskriterium).

Det behöver därför klargöras att kvaliteten av en tjänst får utgöra ett tilldelningskriterium och att värderingen av det kriteriet får ske genom t.ex. kontakter med referenser.

Någon sammanblandning av de olika faserna bör emellertid inte ske. Det behöver därför närmare klargöras vilken prövning och t.ex. referenstagning, som får ske i urvalsfasen vad gäller leverantörernas tekniska kapacitet och förmåga och vilken prövning och t.ex. referenstagning som får ske vid anbudsutvärdering vad gäller tilldelningskriteriet kvalitet av tjänstens utförande.

När det gäller urvalsfasen finns det anledning att klargöra hur urvalet får ske och vilka krav som måste ställas på förfrågningsunderlaget för att en leverantör ska kunna uteslutas exempelvis på grund av bristande ekonomisk eller teknisk förmåga att utföra kontraktet.

Del 2.3 Samarbete mellan offentliga myndigheter

Fråga 30-33

Det är oklart i vilken omfattning det s.k. in house-undantaget som utvecklats genom EU-domstolens rättspraxis i Teckal (C-107/98) m.fl. mål, är tillämpligt vid anskaffningar inom en koncern.

Den svenska lagstiftaren har vid genomförandet av EU-domstolens Teckal-praxis i en tillfällig svensk lag ³ tolkat in house-undantaget så att det endast är tillämpligt för vissa upphandlande myndigheter, och inte t.ex. vid anskaffningar som offentligrättsliga organ

³ Lagstiftningsarbete pågår vad gäller behovet av en permanent svensk regel om undantag för in house-anskaffningar.

(i svensk lag benämnda offentligt styrda organ) gör från t.ex. sina aktiebolag. Det svenska tillfälliga in house-undantaget gäller endast för anskaffningar inom den klassiska sektorn och inte vid anskaffningar inom försörjningssektorn eller vid tjänstekoncessioner. Advokatfirman Lindahl bedömer att den snäva svenska tolkningen av in house-undantaget inte överensstämmer med företagsbegreppet enligt EU:s konkurrensrättsliga regler och att det därför inte heller överensstämmer med vad som anses utgöra en intern transaktion enligt EU:s konkurrensrättsliga regler. Den snäva tolkning som den svenska lagstiftaren har gjort framstår inte heller som ändamålsenligt med hänsyn till hur motsvarande in house-undantag, i form av anskaffningar mellan anknutna bolag eller mellan samriskföretag och dess ägare, är utformande vid anskaffningar inom försörjningssektorn.

Vad gäller in house-undantaget finns det ett behov av klargörande av verksamhetskriteriet och begreppet verksamhet av "marginell karaktär". I Sverige har lagstiftaren valt att i nyss nämnda tillfälliga lagstiftning rörande in house-undantag bestämma verksamhetskriteriet negativt, dvs. som ett krav på att den juridiska personen endast får utföra annan verksamhet än sådan som bedrivs tillsammans med den upphandlande myndigheten om denna verksamhet är av marginell karaktär, i stället för att utforma kriteriet på ett traditionellt, positivt sätt enligt EU-domstolens definition, dvs. som ett krav på att den juridiska personen ska utföra huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar eller är medlem i den.

Vidare finns det behov av tydliggörande i vilken utsträckning undantagen mellan anknutna bolag och mellan samriskföretag och dess ägare är tillämpliga. Det finns t.ex. behov av klargöranden om undantaget för anskaffning från anknutna bolag är tillämpligt om det anknutna bolagets leveranser till flera ägare uppgår till minst 80 % av bolagets omsättning på sätt som föreskrivs i undantagsregeln, eller om undantaget måste vara uppfyllt i förhållande till den ägare som leveranserna avser i det enskilda fallet.

Det finns behov av klargörande av vad ett samriskföretag är och om ett samriskföretag kan utgöras av avtalad samverkan eller om det är begränsat till juridiska personer. Det finns även behov av klargörande om ägarna av samriskföretaget kan utgöras av upphandlande myndigheter som helt eller delvis är verksamma inom den klassiska sektorn.

Del 2.5 Hantering av problem som rör fullgörandet av kontrakt.

Fråga 39-44

Det kan finnas anledning att se över en reglering av möjligheten att ändra kontrakt under dess löptid utan att ändringen bedöms som en väsentlig förändring och därmed en otillåten direktupphandling.

Det är särskilt angeläget med ett klargörande vad gäller överlåtelse av avtal. Efter EU-domstolens dom i Presstext (C-454/06) är det ovisst i vilka situationer en upphandlande myndighet är skyldig att genomföra en ny upphandling till följd av överlåtelse av avtal från befintlig leverantör till ny leverantör eller till följd av förändringar i ägarstruktur m.m. hos befintlig leverantör.

Det finns även anledning att överväga införandet av regler för nytt, förenklat anbudsförfarande, vid väsentliga ändringar av ett kontrakt och t.ex. använda reglerna om förhandlat förfarande utan annonsering som förebild.

Göteborg som ovan

Advokatfirman Lindahl

Helena Rosén Andersson
Advokat

Anders Nilsson
Advokat