|  |  |
| --- | --- |
|  |   |
| **Rådspromemoria** |
|  |  |
| 2012-12-04 |  |
|  |  |

|  |
| --- |
| **Socialdepartementet** |
|  |
|  |
|  |
|  |
|  |
|  |
|  |
|  |

Konkurrenskraftsrådets möte den 10 december 2012

Dagordningspunkt 4

Rubrik: Upphandlingspaketet (första läsningen)

(a) Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (första läsningen)

(b) Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (första läsningen)

(c) Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (första läsningen)

* *allmän inriktning*

Dokument

*Ursprungsförslagen*

KOM(2011)896 slutlig

KOM(2011) 895 slutlig

KOM(2011) 897 slutlig/2

*Kompromissförslagen*

16725/1/12 REV 1 MAP 70 MI 772

16729/12 MAP 73 MI 775

16731/12 MAP 75 MI 777

Tidigare dokument: Fakta-PM 2011/12:FPM90.

Tidigare behandlat vid samråd med EU-nämnden den 17 februari 2012 och den 25 maj 2012.

Bakgrund

Kommissionen presenterade den 20 december 2011 förslag till nya direktiv, som ska ersätta de nuvarande upphandlingsdirektiven som lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster bygger på (direktiv 2004/18/EG och 2004/17/EG). Kommissionen föreslog också ett helt nytt direktiv om tilldelning av koncessioner. Samtliga förslag behandlas i fakta-PM 2011/12:FPM90.

Förslagen har förhandlats under 27 mötesdagar i rådsarbetsgruppen och vid två tillfällen i Coreper I.

Förslaget till direktiv om offentlig upphandling har tidigare behandlats vid konkurrenskraftsrådets möten den 20 februari och 30 maj 2012. Den 20 februari diskuterades dels hur medlemsstaterna såg på en mer flexibel möjlighet att förhandla om anbuden än vad ursprungsförslagen gav, dels kommissionens förslag om att enklare upphandlingsregler ska gälla vid upphandling av sociala och andra specifika tjänster. Vid konkurrenskraftsrådets möte den 30 maj 2012 presenterade det dåvarande danska ordförandeskapet en lägesrapport över arbetet så långt det då nått. Vidare hölls en diskussion om direktivets krav på övergång till obligatorisk e-upphandling inom två år från direktivets genomförande och om reglerna om tillsyn och vägledning.

Det cypriotiska ordförandeskapet har utifrån vad som kommit fram vid förhandlingarna presenterat kompromissförslag avseende alla tre direktivförslagen och föreslagit att dessa ska tas upp vid konkurrenskraftsrådet för ett ställningstagande till en allmän inriktning.

Rättslig grund och beslutsförfarande

I förslagen stödjer sig kommissionen på artiklarna 53.1, 62 och 114 i EUF-fördraget. Det ordinarie beslutsförfarandet tillämpas, vilket innebär att beslut i ministerrådet (konkurrenskraftsrådet) kräver kvalificerad majoritet och att Europaparlamentet är medbeslutande.

## Förslag till svensk ståndpunkt

Sverige ser positivt på upphandlingspaketet och anser att det är viktigt att reglerna kan antas så snart som möjligt, inte minst med beaktande av deras tillväxtfrämjande potential. Sverige stödjer därför ordförandeskapets förslag till en allmän inriktning. När det gäller tiden för att genomföra direktiven är det dock viktigt att en realistisk tid ges för det. Två år bedöms som ett minimum men Sverige är öppet för en något längre tid. Sverige anser vidare att art. 79a och 79b i kompromissförslaget till försörjningsdirektiv, som reglerar anbud som omfattar varor med ursprung i tredje land och förhållandet till tredje land, är problematiska och att de bör utgå. Det är emellertid viktigt att medlemsstaterna nu kan samlas till en kompromiss kring hela upphandlingspaketet. Ordförandeskapet bör ges möjlighet att på grundval av den allmänna inriktningen påbörja förhandlingar med Europaparlamentet i syfte att nå en överenskommelse vid en första läsning.

Europaparlamentets inställning

Behandlingen i Europaparlamentet pågår. Rapportörerna i IMCO-utskottet har presenterat utkast till rapporter. Omröstning i IMCO planeras till den 18 december 2012 när det gäller förslaget till direktiv om offentlig upphandling och till den 24 januari 2013 när det gäller de båda övriga direktivförslagen.

*Förslagen*

Översynen av upphandlingsdirektiven sker mot bakgrund av Europa 2020-strategin för smart och hållbar tillväxt för alla (KOM(2010) 2020). Kommissionen har i den s.k. inremarknadsakten, som antogs i april 2011, pekat ut en modernisering av regelverket för offentlig upphandling som en av tolv nyckelåtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för den inre marknaden (KOM(2011) 0206).

Reformen av upphandlingsdirektiven har två kompletterande mål, dels att öka effektiviteten i offentliga utgifter för att säkra bästa möjliga upphandlingsresultat när det gäller att få valuta för pengarna, dels att ge upphandlare bättre möjligheter att använda offentlig upphandling till stöd för gemensamma samhälleliga mål, såsom skydd av miljön och främjande av innovation och social integration. Kommissionens förslag är inriktade på *fem huvudområden*; förenkling av och ökad flexibilitet i upphandlingsreglerna, strategisk användning för att möta nya utmaningar, tillgång till marknaden för små, medelstora och nystartade företag, sunda förfaranden och tillsyn (vägledning och styrning).

### Förenklingar och ökad flexibilitet

Förenkling är ett av huvudsyftena med förslagen. En viktig förenkling är att tillåta förhandlingar om anbuden i större utsträckning. Många medlemsstater ansåg att kommissionens förslag inte tillät förhandlingar i tillräckligt stor utsträckning. Ett kompromissförslag har förhandlats fram som innebär att förhandlingar i upphandlingar ska få ske i princip för att anskaffa allt *utom* varor, tjänster och byggentreprenader som kan anses utgöra standardprodukter, dvs. som inte kräver anpassning för myndigheten. Även e-upphandling är en viktig förenklingsåtgärd. Förslagen i denna del innebär en obligatorisk övergång till elektronisk kommunikation vid upphandlingar. Detta är något som kan antas gynna både de som upphandlar och leverantörerna, inte minst små och medelstora företag. Sverige stödde vid konkurrenskraftsrådet i maj 2012 att övergången skulle ske inom en tidsfrist om 24 månader från direktivets genomförande. Förhandlingarna har dock lett till en kompromiss i denna del, som innebär en övergång inom 30 månader från genomförandet.

### Strategisk användning

En målsättning med kommissionens förslag är att möjliggöra för upphandlande myndigheter och enheter att använda sin köpkraft för att upphandla varor och tjänster som främjar innovation, skyddet av miljön och kampen mot klimatförändringar och samtidigt förbättrar sysselsättning, hälsa och sociala villkor. Kommissionens förslag i dessa delar har i huvudsak stått sig väl i förhandlingarna. I kompromissförslagen har vidare tydliggöranden gjorts när det gäller möjligheterna att ställa krav i enlighet med kollektivavtal, som innebär att sådana krav kan ställas som tilldelningskriterier och fullgörelsevillkor under förutsättning att de är förenliga med EU-rätten i övrigt.

### Små, medelstora och nystartade företag

När det gäller att skapa bättre tillgång till marknaden för små, medelstora och nystartade företag innehåller förslagen bl.a. regler om uppdelning av kontrakt i delar. Upphandlande myndigheter ska överväga om kontrakt över vissa värden ska delas upp och ange det huvudsakliga skälet när så inte sker. För att underlätta för framför allt små och medelstora företag innehöll kommissionens förslag en reglering om ett s.k. europeiskt upphandlingspass, som skulle ha till syfte att bevisa att grund för uteslutning från upphandlingen inte förelåg. Passets användbarhet ifrågasattes och det ansågs leda till ökad administrativ börda utan att tjäna någon direkt nytta. Denna kritik har lett till att reglerna om EU-passet har strukits i kompromissförslagen. I stället föreslås en satsning på ökade möjligheter att elektroniskt få information om leverantörernas kapacitet, bl.a. genom ett pilotprojekt för att eventuellt utvidga tillämpningen av datasystemet Internal Market Information system.

### Sunda förfaranden

För att motverka osunda affärsbeteenden som favorisering och korruption finns bestämmelser om jäv, om uteslutning på grund av bl.a. obetalda skatter och sociala avgifter samt om leverantörer som deltagit vid marknadsanalyser. Bestämmelserna har i huvudsak inte ändrats under förhandlingarna.

### Styrning (tillsyn, vägledning och statistik)

Att det finns fungerande och välavvägda regler om tillsyn och vägledning är viktigt både för de som upphandlar och för företagen men även för den inre marknadens funktion. Kommissionens förslag till regler om tillsyn och vägledning var dock väldigt långtgående och detaljerade, bl.a. när det gällde hur verksamheten skulle organiseras i medlemsstaterna. Riksdagen avgav ett motiverat yttrande i saken i likhet med flera andra medlemsstaters parlament. Det starka motstånd som kommissionens förslag mötte har under förhandlingarnas gång lett till att reglerna skrivits om och begränsats. Reglerna är nu i huvudsak inriktade på vilka uppgifter medlemsstaterna ska uppfylla på området och inte vilka strukturer som måste finnas. Kompromissförslaget har också lett till att kommissionen getts en större roll när det gäller att samla in statistisk information på området.

### Övrigt

I kommissionens förslag föreskrivs ett särskilt system med enklare regler för upphandling av sociala och andra specifika tjänster, såsom t.ex. utbildningstjänster. Dessa tjänster är sådana att de typiskt sett på grund av sin natur anses ha en begränsad gränsöverskridande dimension. Genom detta förslag ändras den nuvarande ordningen där tjänster delas upp i s.k. A- och B-tjänster. A-tjänsterna omfattas av hela regleringen i det nuvarande direktivet, medan B-tjänsterna i huvudsak faller utanför direktivet. Förslaget innebär att vissa av de nuvarande B-tjänsterna kommer att behandlas som A-tjänster och att de sociala och andra specifika tjänsterna utgör en rest av B-tjänsterna. Flera medlemsstater har varit emot att uppdelningen i A- och B-tjänster tas bort och har ansett att flera av de tjänster som enligt nu gällande regler utgör B-tjänster borde omfattas av det särskilda systemet med enklare regler. Under förhandlingarnas gång har därför detta system utökats för ytterligare ett antal tjänster. Som exempel kan nämnas hotell- och restaurangtjänster samt vissa rättsliga tjänster och förvaltningstjänster. I kommissionens ursprungsförslag var tröskelvärdet för när en myndighet blir upphandlingsskyldig för sådana tjänster 500 000 euro, men en kompromiss har lett till att detta belopp i det klassiska direktivet har satts till 750 000 euro.

Direktivförslagen innehöll regler om uteslutande av anbud och leverantörer från tredje land som inte uppfyller krav enligt EU-rättsliga regler på miljöområdet och det sociala området. Dessa bestämmelser har i kompromissförslagen avseende det klassiska direktivet och koncessionsdirektivet strukits. Naturligtvis innehåller dock direktiven i andra delar möjlighet att ställa krav i upphandlingar även på tredjeländer, t.ex. när det gäller miljö- eller sociala aspekter. Skälet till att de aktuella bestämmelserna ströks är att de mötte motstånd från flera medlemsstater med hänvisning till ett annat pågående lagstiftningsarbete inom EU som rör upphandling med tredje land. Sverige och ett antal andra medlemsstater har varit motståndare till detta lagstiftningsinitiativ på grund av bl.a. att förslaget går emot EU:s grundläggande värdering om att värna frihandel. När det gäller försörjningsdirektivet finns det i det nu gällande direktivet regler med avseende på upphandling med tredje land. Dessa regler hade i kommissionens förslag ersatts med regler motsvarande de som föreslogs i det klassiska direktivet och koncessionsdirektivet. När dessa bestämmelser ströks under förhandlingarna begärde ett antal medlemsstater att nu gällande regler skulle föras in i kompromissförslaget. Flera medlemsstater, bl.a. Sverige, motsatte sig detta. I kompromissförslaget har dock de aktuella bestämmelserna återinförts. Det har samtidigt klargjorts att det rör sig om en interimslösning i avvaktan på att lagstiftningen rörande upphandling med tredje land har förhandlats klart. När detta togs upp vid Coreper I meddelade flera medlemsstater, däribland Sverige, att de avsåg att ta upp frågan på konkurrenskraftsrådet.

Direktiven innehåller även bestämmelser om s.k. offentligt–-offentligt samarbete, som i huvudsak innebär en kodifiering av rättspraxis på området. I kommissionens ursprungsförslag angavs som en förutsättning för att sådant samarbete skulle falla utanför direktivets tillämpningsområde bl.a. att den kontrollerade enheten utför minst 90 procent av sin verksamhet för den upphandlande myndighetens räkning. Enligt kompromissförslaget är förutsättningen för undantag bl.a. att ”mer än 80 procent” av enhetens verksamhet ska avse utförandet av uppgifter som anförtrotts av den upphandlande myndigheten.

### Koncessioner

Förslaget till direktiv om tilldelning av koncessioner är, som framgått, ett helt nytt direktiv. Byggkoncessioner reglerades tidigare i ett fåtal artiklar i det klassiska direktivet, medan tjänstekoncessioner undantogs från direktivets tillämpningsområde. Många medlemsstater ansåg att direktivförslaget inte hade den enkla och flexibla ansats som varit avsikten och att reglerna följaktligen var för detaljerade och omfattande. Förhandlingarna har därför lett till ett kompromissförslag med enklare och mer flexibla regler. En prioritet för svensk del i förhandlingarna har varit att värna våra valfrihetssystem enligt bl.a. lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV). I kompromissförslaget har en skrivning tagits in som anger att valfrihetssystem inte ska betraktas som koncessioner. Även i kompromissförslaget gällande det klassiska direktivet har det tagits in en skrivning om kundvalssystem och liknande.

Enligt kommissionens ursprungsförslag skulle direktiven vara genomförda i medlemsstaterna senast den 30 juni 2014. I de kompromisslösningar som förhandlats fram har tiden för genomförande satts till 24 månader från direktivets antagande. Flera medlemsstater begärde dock en längre tid för genomförandet. När direktiven kommer att antas är ännu inte klart.

*Gällande svenska regler och förslagets effekter på dessa*

De upphandlingsdirektiv som de nya direktiven avser att ersätta har genomförts genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Härutöver gäller också bl.a. upphandlingsförordningen (2011:1040). Vidare finns också lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS) och LOV, som gäller vid införande av s.k. valfrihetssystem inom bl.a. hälso- och sjukvårdens område samt inom Arbetsförmedlingens arbetsmarknadspolitiska verksamhet.

Koncessionsdirektivet är ett helt nytt direktiv, som kommer att behöva genomföras i svensk rätt. Valfrihetssystem har enligt regeringen ansetts innefatta tjänstekoncessioner. Eftersom kompromissförslaget anger att valfrihetssystem inte ska betraktas som tjänstekoncessioner bedöms LOV inte påverkas av det nya direktivet.

Det kan i sammanhanget nämnas att regeringen i september 2012 beslutade att tillsätta en särskild utredare för att föreslå hur vissa av bestämmelserna i klassiska direktivet och försörjningsdirektivet, såsom de antas, bör genomföras i svensk rätt (dir. 2012:96). Utredaren ska även föreslå hur bestämmelserna i koncessionsdirektivet bör genomföras när det antagits. Utredaren ska slutligen bl.a. analysera och utarbeta författningsförslag avseende upphandlingar och koncessioner som inte omfattas av direktiven, dvs. sådana som i dag endast omfattas av 15 kap. LOU.

Mot bakgrund av upphandlingsreglernas breda tillämpning och påverkan på många samhällssektorer, kan regler på andra områden komma att beröras.

## Ekonomiska och andra konsekvenser

### Konsekvenser för det allmänna

Initialt kommer förslagen att kräva relativt omfattande lagstiftningsåtgärder huvudsakligen inom upphandlingsområdet. Det kommer också att innebära omställning bland de upphandlande myndigheterna och enheterna i form av utbildning och ändrade rutiner. Övergången till e-upphandling kommer att innebära att många myndigheter och enheter behöver göra it-investeringar. E-upphandling bedöms dock kostnadsbesparande rent administrativt när systemen är i gång.

De viktigaste syftena med förslagen är förenkling och effektivisering. Därför bör nya regler på sikt innebära besparingar. Hur stora är dock svårt att beräkna. Med tanke på att man uppskattar att samhället upphandlar för drygt 500 miljarder kr årligen, kan naturligtvis besparingar redan vid en procent komma att uppgå till stora belopp.

### Konsekvenser för näringslivet

En av de största faktiska konsekvenserna av förslagen för företagen är övergången till e-upphandling. Det kommer initialt att leda till efterfrågan på it-tjänster. Därefter bedöms reformen med e-upphandling minska den administrativa bördan för företag i allmänhet att delta i upphandlingar. Samtidigt innehåller de föreslagna reglerna, förutom e-upphandling, ökade möjligheter till förhandlingar och minskade krav på leverantörerna att tillhandahålla intyg och andra certifikat för att visa sin tillförlitlighet. Sammantaget bör kostnaderna för näringslivet inte öka. Den lättnad för företagen som avses med förslagen bör i första hand komma de små, medelstora och nystartade företagen till del.

### Konsekvenser för den kommunala självstyrelsen

Utöver de konsekvenser som redovisats för det allmänna, innehåller förslagen regler som möjliggör för den offentliga sektorn, främst den kommunala, att samarbeta för att lösa samhälleliga uppgifter utan att behöva tillämpa upphandlingsreglerna. Det bedöms stärka den kommunala självstyrelsen.

### Konsekvenser för miljön och socialt ansvarstagande

En av de viktigaste delarna av förslagen är att utrymmet att ställa miljö- och sociala krav i större utsträckning klargörs. Bland annat ändras i upphandlingsdirektiven utvärderingskriterierna så att lägsta pris ändras till lägsta kostnad, vilket möjliggör tilldelning baserad på livscykelkostnader för produkterna och det tydliggörs att de kriterier som används i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna och villkoren för genomförande kan röra alla delar av livscykeln och även innefatta faktorer som inte finns med i den slutliga produkten. Arbetstagares hälsa och tillgänglighet för allmänheten är också hänsyn som lyfts fram i förslagen. I koncessionsdirektivet ges ett ännu större utrymme för medlemsstaterna att utforma regler som beaktar politiska hänsyn. Sammantaget bedöms konsekvenserna vara positiva, särskilt för de nämnda politikområdena.