



Nya direktiv på upphandlingsområdet

Socialdepartementet

2012-01-20

Dokumentbeteckning

KOM(2011) 895

Europeiska kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

KOM(2011) 896

Europeiska kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling

KOM(2011) 897

Europeiska kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner

Sammanfattning

Kommissionen presenterade den 20 december 2011 förslag till nya direktiv om offentlig upphandling som ska ersätta det s.k. klassiska och försörjningsdirektivet och ett förslag till direktiv om koncessioner. Nu föreslås att tjänstekoncessioner ska omfattas av direktivreglering. Hittills har bara byggkoncessioner reglerats i direktiv. Reformen av lagstiftningen om offentlig upphandling är en av tolv prioriterade åtgärder i inre marknadsakten som antogs i april 2011.

Regeringen ser i huvudsak positivt på förslagen till revidering av direktiven som i många delar ligger i linje med Sveriges svar på den grönbok som legat till grund för översynen. Regeringen ser även positivt på att förslaget till direktiv om koncessioner innehåller en flexiblere reglering än de övriga direktiven.

1.1 Ärendets bakgrund

Översynen av upphandlingsdirektiven, dvs. direktiv 2004/17/EG¹ (det s.k. försörjningsdirektivet) och 2004/18/EG² (det s.k. klassiska direktivet), sker mot bakgrund av Europa 2020-strategin för smart och hållbar tillväxt för alla³, enligt vilken offentlig upphandling spelar en nyckelroll för att uppfylla angivna mål. I Europa 2020-strategin anges särskilt att offentlig upphandling ska användas till att förbättra de grundläggande villkoren för företagens innovationskapacitet, stödja övergången till en resurssnål ekonomi med låga koldioxidutsläpp samt förbättra företagsklimatet, särskilt för innovativa små- och medelstora företag. Europa 2020-strategin betonar också att politiken för offentlig upphandling måste säkerställa att offentliga medel används på effektivast möjliga sätt och att upphandlingsmarknader i EU måste förbli öppna.

Kommissionen behandlade i grönboken om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling⁴ möjligheterna att förenkla och modernisera den offentliga upphandlingen inom EU genom ändringar i upphandlingsdirektiven. Grönbokens avsikt var att uppnå en rad målsättningar, så som att öka effektiviteten i de offentliga utgifterna och öka möjligheterna att använda offentlig upphandling till stöd för politiken på andra områden. I grönboken övervägdes också bl.a. en utveckling av regelverket för att förhindra och bekämpa korruption.

Förslagen i grönboken presenterades för riksdagen i en faktrapomemoria av den 3 mars 2011.⁵

Kommissionen har därefter i den s.k. inre marknadsakten⁶ 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.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

³ Grönbok från kommissionen till Europeiska rådet av den 3 mars 2010, KOM(2010) 2020 slutlig.

⁴ Grönbok från kommissionen av den 27 januari 2011 om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad (KOM(2011) 15 slutlig).

⁵ Fakta-PM 2010/11:78 Grönbok om modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling.

⁶ Kommissionens meddelande den 13 april 2011 om inre marknadsakten (KOM(2011) 0206).

Kommissionen presenterade sina förslag om nya upphandlingsdirektiv den 20 december 2011. Det aviserade förslaget om tillträde till EU-marknaden för leverantörer från tredje länder, som bl.a. behandlades i grönboken ingår inte i det nu aktuella paketet.

1.2 Förslagets innehåll

Förslagen till direktiv som avses ersätta direktiven 2004/18/EG och 2004/17/EG har två kompletterande mål:

- Att öka effektiviteten i offentliga utgifter för att säkra bästa möjliga upphandlingsresultat när det gäller att få valuta för pengarna. Detta innebär framför allt att förenkla de nuvarande reglerna för offentlig upphandling och göra dem mer flexibla. Rationaliserade och mer effektiva förfaranden är till fördel för alla ekonomiska aktörer och gör det lättare för små och medelstora företag och anbudsgivare från andra länder att delta.

- Att ge upphandlare bättre möjligheter att använda offentlig upphandling till stöd för gemensamma samhällsliga mål, såsom skyddet av miljön, högre resurs- och energieffektivitet, kampen mot klimatförändringar, främjande av innovation, sysselsättning och social integration samt säkerställande av bästa tänkbara villkor för tillhandahållande av sociala tjänster av hög kvalitet.

Förslagen innehåller fem huvudområden; förenkling av och ökad flexibilitet för upphandlingsreglerna, strategisk användning för att möta nya utmaningar, bättre tillgång till marknaden för små-, medelstora och nystartade företag, sunda förfaranden och förvaltning (tillsyn och vägledning). Nyheterna som förslagen innebär är i stort sett desamma för både den s.k. klassiska sektorn och försörjningssektorerna.

1.2.1 Förenklade och mer flexibla upphandlingsregler

Kommissionen föreslår att tillämpningsområdet förtydligas, bl.a. genom att delar av Europeiska domstolens rättspraxis som avgränsar tillämpningsområdet främst den s.k. in house-praxisen om offentligt–offentligt samarbete förs in i direktiven samt genom att uppdelningen mellan A- och B-tjänster avskaffas. Kommissionen föreslår även vissa ändringar av de upphandlande myndigheternas verktygslåda för att underlätta e-upphandling. För myndigheter under central nivå, som regionala och lokala myndigheter, föreslår kommissionen förenklade regler. E-upphandling föreslås också främjas genom att annonser och upphandlingsdokument ska göras tillgängliga elektroniskt. Under denna punkt föreslår kommissionen också en

⁷ Svar på Europeiska kommissionens grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, KOM(2011) 15 slutlig (dnr S2011/1259/RU).

rad moderniseringar av upphandlingsförfarandet som bl.a. att åtskillnaden mellan kvalificering och utvärdering, dvs. granskning av anbudsgivarna respektive av anbudet, har tonats ned för att möjliggöra prövning av anbudet före prövning av anbudsgivarna. Det föreslås bli möjligt att utesluta leverantörer på grundval av egen erfarenhet från utförandet av tidigare kontrakt. Det föreslås också bli möjligt att justera kontrakt under löpande kontraktsperiod.

1.2.2 Strategisk användning för att möta nya utmaningar

Kommissionens förslag syftar till att möjliggöra för upphandlande myndigheter och enheter att använda sin köpkraft för att upphandla varor och tjänster som främjar innovation, respekt för miljön och bekämpa klimatförändringarna och samtidigt förbättra sysselsättning, hälsa och sociala villkor. Utvärderingskriterierna ändras så att utvärderingskriteriet lägsta pris ändras till lägsta kostnad, dvs. den upphandlande myndigheten eller enheten har möjlighet att köpa det som visats innebära den lägsta kostnaden. Förslagen möjliggör därigenom tilldelning baserad på livscykelkostnader för produkterna. Livscykeln rymmer alla stadier under en produkts, en tjänst eller byggentreprenads livstid från råvaru- och resursanskaffning till bortskaffande, röjning och avslutande. I kostnaden får även externa kostnader för miljön beaktas om de kan beräknas och verifieras. Alla faktorer som är direkt kopplade till produktionsprocessen får ingå i de tekniska specifikationerna och i tilldelningskriterierna. Detta utesluter enligt kommissionens förslag krav som inte är relaterade till produktionsprocessen som allmänna krav på att entreprenören ska visa socialt ansvar i hela sin verksamhet. Upphandlande myndigheter får däremot kräva att leverantören uppfyller vissa nationella eller multinationella miljö-, sociala- eller andra krav som ekologisk märkning eller som utvisar att produkten inte tillverkats genom t.ex. barnarbete. Det föreslås att upphandlande myndigheter ska ha möjlighet att utesluta leverantörer som bryter mot EU-rättsliga krav på det sociala området och inom arbets- och miljörätten samt en skyldighet att utesluta om anbudet är onormalt lågt på grund av överträdelser av unionens lagstiftning inom de nämnda områdena. Kommissionen har efter en utvärdering funnit att sociala tjänster och utbildningstjänster och tjänster inom hälso- och sjukvården är av ett särskilt slag, att utförandet av dem varierar starkt mellan medlemsstaterna och att de har begränsat gränsöverskridande intresse. Medlemsstaterna bör ha stor frihet att organisera valet av utförare. Förslagen innehåller därför särskilda och enklare regler samt ett högre tröskelvärde för sociala och andra personliga tjänster. Ett nytt upphandlingsförfarande (innovationspartnerskap) introduceras i syfte att främja innovativ upphandling.

Kommissionen konstaterar att små, medelstora och nystartade företag (SME) har stor potential för att skapa arbetstillfällen, tillväxt och innovation. Att underlätta deras tillgång till upphandlingsmarknaderna kan hjälpa dem att frigöra denna potential samtidigt som upphandlande myndigheter får tillgång till fler leverantörer. Kommissionen föreslår därför bl.a. att självdeklarationer ska kunna användas som bevis vid kvalificeringen, att ett s.k. europeiskt upphandlingspass ska kunna användas som bevis på leverantörens kapacitet och att upphandlande myndigheter ska tvingas överväga om kontrakten kan delas upp. Vidare föreslås att en medlemsstat kan föreskriva att underleverantörer ska kunna kräva direktbetalning från den upphandlande myndigheten. Ett tak föreslås för hur stor omsättning som den upphandlande myndigheten kan kräva att leverantören har i förhållande till kontraktsvärdet.

1.2.4 Sunda förfaranden

Kommissionen pekar ut upphandling som ett riskområde för osunda affärsmetoder som intressekonflikter, favorisering och korruption. Förslagen innehåller därför ett antal skyddsåtgärder mot dessa risker i form av jävsbestämmelser och bestämmelser om oseriöst beteende. Leverantörer föreslås ska uteslutas om de försöker att påverka beslutsprocessen på ett otillbörligt sätt eller träffar överenskommelser med andra deltagare för att manipulera resultatet av förfarandet. Detta gäller även leverantörer som inte har skött betalning av skatter och sociala avgifter. Möjligheterna till att göra marknadsundersökningar före upphandlingar föreslås regleras för att säkerställa att de leverantörer som deltar i analyserna inte ges fördelar.

1.2.5 Tillsyn m.m.

Enligt kommissionens förslag ska varje medlemsstat utse dels ett nationellt tillsynsorgan, dels kunskapscentra som ska tillhandahålla professionellt stöd vid upphandlingar. Tillsynsorganet ska ha ett antal specifika uppgifter och ska årligen till kommissionen sammanställa det aktuella läget på upphandlingsområdet i medlemsstaten. Organet ska även på begäran av kommissionen utföra vissa uppgifter som att granska pågående enskilda ärenden. Alla slutna varu- och tjänsteavtal som uppgår till minst 1 000 000 euro och alla byggentreprenader som uppgår till minst 10 000 000 euro ska lämnas in till tillsynsorganet som därigenom kan granska dem och på begäran lämna ut dem till enskilda. Stödstrukturer ska finnas till förfogande för att ge juridisk och ekonomisk rådgivning, vägledning och stöd till företag, upphandlande myndigheter och enheter samt hjälp med att förbereda och utföra upphandlingar. Förslagen innehåller också regler om utbyte av information mellan medlemsstater via informationssystemet för den inre marknaden (IMI).

Förslaget till direktiv för koncessioner syftar till att skapa rättslig klarhet på området som hittills delvis reglerats genom fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) och att skapa bättre tillgång till marknaden för koncessioner. Förslaget till koncessionsdirektiv är inte lika omfattande som förslagen till de två andra direktiven. Regleringen avses också att vara mer flexibel och ligga närmare de grundläggande principerna i EUF-fördraget. Förslaget ger bl.a. större frihet att utforma kvalificerings- och utvärderingskriterierna och slår inte fast några förfaranden eller absoluta tilldelningskriterier. Direktivets regler ska tillämpas vid koncessioner som uppgår till minst 5 000 000 euro. För tjänstekoncessioner inträder dock en skyldighet att annonsera kontrakt vid 2 500 000 euro. I likhet med förslagen till de övriga direktiven innehåller detta förslag regler som klargör när offentligt–offentligt samarbete utesluter tillämpningen av direktivets regler samt särskilda och enklare regler för sociala och andra personliga tjänster. I förslaget har förtydligats att en koncession innebär att leverantören tagit över en betydande del av den ekonomiska risken i avtalet. Rättsmedlen föreslås kunna göras tillämpliga på koncessioner.

1.3 Gällande svenska regler och förslagens effekt på dessa

De upphandlingsdirektiv som kommissionens förslag avses 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). Utöver dessa berörs även lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFs) och lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV), som gäller vid införande av s.k. valfrihetssystem inom hälso- och sjukvården och socialtjänsten. Valfrihetssystemet har av regeringen bedömts vara en tjänstekoncession, som hittills inte regleras i upphandlingsdirektiven. Preliminärt bedöms förslagen ha tagit hänsyn till den typ av lagstiftning som LOV utgör. Kommissionens förslag till nya direktiv är dock omfattande och genomgripande. Effekterna kan därför ännu inte fullständigt bedömas. Om förslagen leder till nya direktiv, kommer detta dock med stor sannolikhet att medföra ändringar av gällande bestämmelser. Sannolikt kommer en helt ny lag eller helt nya lagar att behövas.

1.4 Budgetära konsekvenser / Konsekvensanalys

Det går i dagsläget inte att bedöma de budgetära konsekvenserna av förslagen. Eftersom de viktigaste syftena med förslagen är förenkling och effektivisering, bör förslagen på sikt innebära besparingar både för det offentliga och för näringslivet. Framtagandet av en framtida lagstiftning till följd av förslagen och upphandlingsstödjande åtgärder, för att möjliggöra förslagens genomförande i praktiken kommer också att behöva finansieras.

2.1 Preliminär svensk stånpunkt

Regeringen välkomnar kommissionens förslag och ser positivt på att kommissionen lämnat förslag till enklare regler särskilt för sådana sociala tjänster som har en stark koppling till brukarna. Detta är särskilt viktigt från svensk sida då de möjligheter för enskilda att påverka de sociala tjänster som de använder visats framgångsrikt för såväl enskilda som för små- och medelstora företag. Sverige bör därför värna lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) och liknande lagar.

Att kommissionen i sina förslag utvecklar möjligheterna och friheterna att beakta strategiska hänsyn som miljö- och sociala och livscykelkostnader är positivt liksom att upphandla innovativt och genom e-upphandling. Det är positivt att en särskild satsning på små och medelstora företag görs.

Förenkling är ett av huvudsyftena med förslagen. En av de allra viktigaste förenklingarna som kan göras, både för de som upphandlar och för företagen, är att tillåta förhandlingar med föregående annonsering som ett huvudförfarande. Det skulle öka möjligheterna till att göra rätt köp, minska byråkratin samt öka konkurrens och innovation.

När det gäller förslagen om tillsyn och vägledning rör det bl.a. förhållandet mellan Sverige och EU. Tillsyn och vägledning är viktigt. Förslagen om tillsyn, utbildning, vägledning och stöd för de som upphandlar och för företagen måste bedömas med hänsyn bl.a. till att organiseringen av myndigheterna är ett svenskt ansvar och till vad som behövs för främjandet av den inre marknaden.

Det vore värdefullt för tillämpningen om bestämmelserna i möjlig och lämplig utsträckning kan överensstämma mellan sektorerna.

2.2 Medlemsstaternas stånpunkter

Medlemsstaternas officiella stånpunkter är ännu inte kända.

2.3 Institutionernas stånpunkter

Några yttranden från institutionerna har ännu inte kommit.

Inför det svenska svaret på kommissionens grönbok genomfördes ett omfattande remissförfarande. Förslagen som kommissionen har lämnat ligger huvudsakligen i linje med det som där aviserades. Något nytt remissförfarande har därför inte bedömts nödvändigt av förslagen till reviderade direktiv. Däremot har koncessionsdirektivet inte föregåtts av något liknande förfarande. Remissynpunkter över förslaget om koncessionsdirektiv behöver därför hämtas in.

3 Förslagets förutsättningar

3.1 Rättslig grund och beslutsförfarande

I förslagen stöder 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.

3.2 Subsidiaritets- och proportionalitetsprincipen

Enligt subsidiaritetsprincipen som den kommer till uttryck i artikel 5 i fördraget om Europeiska unionen ska unionen på de områden där den inte har exklusiv befogenhet vidta en åtgärd endast om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på unionsnivå.

EU har inte exklusiv befogenhet att besluta om åtgärder på upphandlingsområdet. Åtgärderna som föreslås kan därför bli föremål för en subsidiaritetsprövning. Kommissionen anser att målen med förslagen inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och att förslagen därför är förenliga med subsidiaritetsprincipen.

Den offentliga upphandlingen har enligt regeringen till syfte att tillvarata konkurrensen på marknaden så att skattemedlen används på bästa sätt till nytta för medborgarna, den offentliga sektorn och näringslivet. Regeringen instämmer därför på ett generellt plan i kommissionens bedömning att åtgärder på upphandlingsområdet även måste vidtas på unionsnivå och att förslagen som sådana är förenliga med subsidiaritetsprincipen. Enskilda åtgärder i kommissionens förslag eller utformningen av dessa kan dock ifrågasättas med hänsyn till denna princip och kan behöva analyseras vidare. Detta gäller särskilt reglerna om nationella tillsynsorgan och kunskapscentra för stöd och vägledning. Tillsyn och vägledning är viktigt. I ett subsidiaritets-hänseende är regeringen dock något tveksam till dessa förslag som de är utformade.

4.1 Fortsatt behandling av ärendet

Förhandlingsarbetet i rådsarbetsgruppen för offentlig upphandling inleddes den 17 januari 2012 med en presentation av förslagen från kommissionen. Arbetet fortsätter sedan vid ett antal tillfällen under det danska ordförandeskapet våren 2012. Rådet avser att behandla delar av förslagen den 20 februari och den 30 maj 2012. Av kommissionens förslag framgår att direktiven föreslås vara genomförda senast den 30 juni 2014. Det och andra indikationer tyder på att det finns en ambition att slutföra förhandlingsarbetet för alla direktivförslagen på betydligt kortare tid än vad som hittills varit fallet på upphandlingsområdet; dvs. under 2012.

4.2 Fackuttryck/termer

In house är ett begrepp som används för att benämna sammanhanget när kontrakt tilldelas inom den upphandlande myndighetens eller enhetens sfär och därför inte behöver konkurrensutsättas genom upphandlingslagstiftningen. Förutsättningarna för det är att den juridiska enheten kontrolleras av den upphandlande myndigheten på ett sätt som motsvarar kontrollen över den egna förvaltningen och att den bedriver en väsentlig del av sin verksamhet med den upphandlande myndigheten, se 2 kap. 10 a § LOU och den s.k. OFUKI-utredningens betänkande Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43). Betänkandet har remissbehandlats. Frågan om en permanent möjlighet att göra undantag för in house-kontrakt bereds för närvarande i Regeringskansliet.

Koncession är kort uttryckt ett kontrakt där ersättningen helt eller delvis utgörs av en rätt för leverantören att utnyttja föremålet för upphandlingen (t.ex. en anläggning eller en tjänst) eller att ta betalt för nyttjandet.