
UPPHANDLINGSKRÖNIKA

Kristian Pedersen*

1. INLEDNING

Efter det att EG-direktiven om offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna¹ antagits och numera även, om än kraftigt försenat, införlivats i svensk rätt har fokus i viss mån förflyttats till de upphandlingar som inte omfattas av direktivens tillämpningsområde. EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen de senaste åren haft anledning att uttala sig om vilka skyldigheter, beträffande sådana kontrakt, som följer av EG-rätten² och Europeiska kommissionen har i ett tolkningsmeddelande, baserat på nämnda rättspraxis, klargjort sin inställning i denna fråga.³

I Sverige har dock frågan om vilka bestämmelser som skall, eller bör, gälla för upphandling av kontrakt som inte omfattas av upphandlingsdirektiven under lång tid inte varit något egentligt diskussionsämne bl.a. eftersom den svenska lagstiftaren i högre utsträckning än sina motsvarigheter i de flesta övriga medlemsstater valt att med hög detaljeringsgrad, reglera upphandling av flertalet av dessa kontrakt, nämligen dem som avser kontrakt under de s.k. tröskelvärdena. Denna ordning tycks för övrigt vara djupt förankrad i ”Upphandlings-Sverige” eftersom det inte ens uppstod någon mer omfattande debatt om bestämmelsernas vara eller icke vara i samband med att Upphandlingsutredningen fullgjorde den del av sitt uppdrag som syftade till förenkling av regelverket för upphandlingar utanför det direktivstyrda området.⁴

* Jur. kand., biträdande jurist vid Advokatfirman Delphi i Stockholm.

¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster respektive 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 (försörjningsdirektivet).

² Förenade målen C-147/06 och C-148/06, SECAP SpA mot Comune di Torino, äep.

³ Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C 179/02).

⁴ Se Upphandlingsutredningens slutbetänkande Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28).

Däremot har frågan om upphandlingar utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområde på senare tid väckts till liv genom alliansregeringens ambitioner att öka valfriheten för vård- och omsorgstagare genom förbättrade möjligheter att välja mellan olika utförare. Den s.k. Frittvalutredningen presenterade i februari 2008 sitt betänkande med ett förslag till lag om valfrihetssystem⁵ och i augusti 2008 överlämnade regeringen remiss rörande förslaget till lagrådet.

Jag kommer i denna upphandlingskrönika att, mot bakgrund av de krav EG-rätten ställer på upphandlingar av kontrakt som inte omfattas av upphandlingsdirektiven, belysa de upphandlingsrättsliga aspekterna av regeringens lagförslag.

2. KORT OM UPPHANDLING AV KONTRAKT UTANFÖR DIREKTIVENS TILLÄMPNINGSSOMRÅDE

Upphandlingsdirektiven är inte totalharmoniserande ens inom sina respektive tillämpningsområden utan medlemsstaterna har vissa möjligheter att, inom de ramar som ges av direktiven, anta egna nationella förfarandebestämmelser. Därtill kommer att det finns en rad kontraktstyper som helt eller delvis faller utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. Det gäller t.ex. kontrakt vars värde understiger de s.k. tröskelvärdena, kontrakt som avser B-tjänster⁶ oavsett värde, och kontrakt för s.k. tjänste- och byggkoncessioner.⁷

Att en kontraktstyp helt eller delvis faller utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområde innebär dock inte att medlemsstaterna är fria att anta vilka regler som helst för hur dessa kontrakt skall upphandlas, eller att de helt kan låta bli att reglera upphandling av sådana kontrakt. Tvärtom framgår av EG-domstolens rättspraxis att EG-rätten medför vissa skyldigheter för upphandlande myndigheter och enheter även beträffande upphandling av kontrakt som undantagits från direktivens tillämpningsområde, i vart fall då det aktuella kontraktet med EG-domstolens terminologi ”är av ett bestämt gränsöverskridande intresse” eller med Europeiska kommissionens terminologi ”i tillräcklig utsträckning sammanhänger med den inre marknadens funktion”. Dessa kontrakt omfattas således, trots att de inte omfattas av upphandlingsdirektivens tillämpningsområde, av EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor, rätten till fri etablering, fritt tillhandahållande av tjänster samt principerna om icke-diskri-

⁵ LOV att välja – lag om valfrihetssystem (SOU 2008:15).

⁶ B-tjänster är sådana tjänster som av tradition ansetts mindre väl lämpade för gränsöverskridande handel. B-tjänsterna är förtecknade i bilaga 3 till respektive upphandlingslag. Bland B-tjänsterna återfinns t.ex. hälso- och sjukvårdstjänster.

⁷ Därutöver är en lång rad mer specifika kontraktstyper undantagna från direktivens tillämpningsområde. Det gäller t.ex. förvärv av eller nyttjanderätt till fastighet, skiljemanna- och förlikningsuppdrag, anställningsavtal och vissa typer av kontrakt avseende forsknings- och utvecklingstjänster.

minering, likabehandling, öppenhet (transparens), proportionalitet, ömsesidigt erkännande och effektivt rättsligt skydd.

3. UPPHANDLING AV TJÄNSTEKONCESSIONER

Som nämnts ovan faller s.k. tjänstekoncessioner utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområde och den svenska lagstiftaren har också hittills valt att i den svenska upphandlingslagstiftningen inte införa några nationella bestämmelser för upphandling av tjänstekoncessioner, utöver den definition som hämtats från upphandlingsdirektiven.⁸

En tjänstekoncession är ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av en rätt att utnyttja tjänsterna. För att det skall vara fråga om en tjänstekoncession måste således kontraktet i grunden vara av samma typ som ett traditionellt upphandlingskontrakt avseende tjänster, d.v.s. en eller flera leverantörer skall mot ersättning åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens/enhetens räkning. Dessutom krävs, för att kontraktet skall vara en tjänstekoncession, att ersättningen för tjänsternas utförande, till skillnad från vad som gäller vid offentliga tjänstekontrakt, utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning. En tjänstekoncession kännetecknas således av att det rör sig om ett trepartsförhållande där den upphandlande myndigheten/enheten definierar föremålet för kontraktet och kontraktsvillkoren, tredje man (användare) efterfrågar tjänster och leverantören tillhandahåller tjänster till tredje man.

En tjänstekoncession innebär därmed att leverantören tar på sig en del (eller hela) den ekonomiska risken för projektet, eftersom leverantören inte får ersättning för de utförda tjänsterna om han inte lyckas locka tredje man att utnyttja tjänsterna. Just övergången av den ekonomiska risken till leverantören är det som är avgörande för om ett kontrakt är en tjänstekoncession. Europeiska kommissionen har uttryckt detta enligt följande i sitt tolkningsmeddelande om koncessioner.

”Nyttjanderättskriteriet är avgörande när det gäller att fastställa om ett avtal är en tjänstekoncession eller inte. Enligt detta kriterium rör det sig om en koncession, om tjänsteleverantören tar riskerna i samband med den tillhandahållna tjänsten (etablering och nyttjande) och tar ut ersättning av användaren, t.ex. via avgifter i vilken form det än vara må. Sättet på vilket tjänsteleverantören får ersättning är, liksom för byggkoncessioner, en faktor som gör det möjligt att fastställa vem som tar på sig risken i samband med

⁸ För en mer detaljerad redogörelse för upphandling av koncessioner se Pedersen, *Upphandlingsgrunder*, Jure Förlag AB 2008, avsnitt 26.2.

nyttjandet. Tjänstekoncessioner kännetecknas, liksom byggkoncessioner, av att ansvaret för nyttjandet överförs på koncessionshavaren.”⁹

Eftersom det, vare sig på gemensam europeisk eller nationell svensk nivå, finns några förfarandebestämmelser för upphandling av tjänstekoncessioner omfattas sådan upphandling endast av de i föregående avsnitt nämnda primärrättsliga regler och principer som EG-domstolen härlett ur primärrätten. Medlemsstaterna har därmed möjlighet att låta upphandling av tjänstekoncessioner ske under betydligt friare former än upphandling av traditionella upphandlingskontrakt för varor, tjänster och byggtreprenader.

Detta innebär i lite mer konkreta ordalag bl.a. att tilldelningen av dessa kontrakt endast måste kringgärdas av sådan offentlighet att marknaden öppnas för konkurrens, att det måste gå att kontrollera att förfarandena är opartiska samt att medlemsstaterna måste tillhandahålla en möjlighet till prövning av om de skyldigheter som följer av EG-rätten har åsidosatts.

4. FÖRSLAGET TILL LOV – LAG OM VALFRIHETSSYSTEM

4.1 Den föreslagna lagens tillämpningsområde

Av 1 kap. i regeringens lagförslag framgår att LOV innebär att upphandlande myndigheter vid upphandling av vissa typer av B-tjänster, närmare bestämt hälso-, sjukvårds- och socialtjänster,¹⁰ som ett alternativ till att upphandla tjänsterna på traditionellt sätt skall ges möjlighet att upprätta s.k. valfrietssystem.

Med valfrietssystem avses ett förfarande där den enskilde (patienten, brukaren, medborgaren etc.) ges rätt att välja utförare (läkare, sjuksköterska, fotvårdsspecialist etc.) bland de leverantörer som myndigheten godkänt i enlighet med bestämmelserna i den föreslagna lagen.

Ett valfrietssystem, såsom begreppet definierats av Frittvalutredningen, har det gemensamt med traditionell upphandling att det uppkommer ”[...] ett uppdragsförhållande mellan kommunen och den externa leverantören. Grunden för detta ställningstagande är att kommunen är huvudman för verksamheten, kommunen står för merparten av kostnaderna, genom avtal med de externa leverantörerna tillgodoses ett kommunalt behov, det finns ett betydande mått av kommunal styrning av den externa verksamheten, kommunen har ansvaret

⁹ Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (2000/C 121/02).

¹⁰ B-tjänster kategori 25 enligt bilaga 3 till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

för att följa upp och kontrollera verksamheten samt att den externa leverantören får ersättning av kommunen för utförd prestation.”¹¹

Däremot skiljer sig valfrihetssystem från traditionell upphandling genom att den upphandlande myndigheten vid användning av valfrihetssystem, till skillnad från traditionell upphandling då endast en eller ett fåtal leverantörer (de som bäst uppfyller utvärderingskriterierna) kan erhålla kontrakt, är skyldig att teckna kontrakt med samtliga de leverantörer som uppfyller de krav som gäller för det aktuella valfrihetssystemet. Vilken av de i systemet upptagna leverantörerna som får tillhandahålla tjänster i det enskilda fallet är sedan upp till den enskilde att besluta.

Till skillnad från Frittvalutredningen gör regeringen i lagrådsremissen bedömningen att de kontrakt som tilldelas inom ramen för ett valfrihetssystem är tjänstekoncessioner. Detta eftersom en tjänsteverantör inom ramen för ett valfrihetssystem, enligt regeringens bedömning, står den ekonomiska risken såtillvida att leverantörens inkomster är beroende av att han eller hon lyckas få exempelvis äldre till sitt äldreboende eller patienter till sin praktik. Den avgörande skillnaden mellan den bedömning som utredaren gjort i betänkandet och regeringens bedömning rör huruvida det mått av riskövergång från den upphandlande myndigheten till leverantören som krävs för att det skall vara fråga om en tjänstekoncession är uppfyllt enbart genom att det föreligger en ”efterfrågerisk”, d.v.s. att det är tredje man som väljer utförare och leverantören således löper risken att inte bli vald av tredje man men den upphandlande myndigheten som betalar ersättning till leverantören, eller om det därutöver även krävs att ”betalningsrisken” övergår till leverantören, d.v.s. att betalningen skall erläggas av tredje man utan några garantier från den upphandlande myndigheten. Medan utredaren förefaller anse att det krävs övergång av både efterfrågerisk och betalningsrisk för att det skall vara fråga om en tjänstekoncession, anser regeringen att det räcker med övergång av efterfrågerisken. För egen del anser jag dock i likhet med Arrowsmith att rättsläget, i brist på klagande rättspraxis från EG-domstolen, får anses oklart på denna punkt.¹²

Som en konsekvens av regeringens bedömning att kontrakt inom ramen för valfrihetssystem är tjänstekoncessioner och inte traditionella upphandlingskontrakt avseende B-tjänster ges större frihet vid utformningen av den föreslagna lagen än vad som annars blivit fallet. Det gäller t.ex. upphandlingsdirektivens bestämmelser om utformning av tekniska specifikationer, efterannonsering av upphandling, obligatorisk utslutning av leverantörer som begått viss typ av brottslighet, interimistiska åtgärder och skadestånd, vilka alla skulle ha varit till-

¹¹ SOU 2008:15, s. 123. Huruvida denna slutsats är generellt tillämplig på alla typer av valfrihetssystem kan diskuteras. Se t.ex. Advokatfirman Delphis remissyttrande över betänkandet <http://www.delphi.se/?id=3155>.

¹² Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 326.

lämpliga, och således nödvändiga att införa i den föreslagna lagen om det ansetts vara fråga om traditionella upphandlingskontrakt avseende B-tjänster.

4.2 Bestämmelser av större vikt

Definitionerna i 2 kap. i den föreslagna lagen har i stora delar motsvarigheter i upphandlingslagarna. Ett begrepp som dock är en nyhet i förslaget till LOV är ”löpande annonsering”. Med löpande annonsering avses en annons som gäller tills vidare och där det inte anges något sista datum för att komma in med ansökan. Av 3 kap. i den föreslagna lagen framgår att den upphandlande myndighet som avser att upprätta ett valfrihetssystem skall annonsera i den nationella databas som upprättats för ändamålet¹³ samt att myndigheten löpande skall begära in ansökningar från de leverantörer som önskar delta i systemet genom annons i den nationella databasen. Till skillnad från vid traditionell upphandling skall således annonsering av ett valfrihetssystem ske, och leverantörer kunna ansöka om tillträde till systemet, under hela systemets löptid.

Av 5 kap. framgår att rätten att ansöka om deltagande i ett valfrihetssystem tillkommer fysiska eller juridiska personer var för sig eller tillsammans med andra leverantörer. Efter påpekande av några av remissinstanserna föreslår regeringen också en bestämmelse som innebär att en leverantör vid behov får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet för att uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget.

I det föreslagna 7 kap. regleras uteslutning av sökande leverantörer. Som nämnts ovan är bestämmelserna om obligatorisk uteslutning av leverantörer som begått viss typ av brottslighet inte nödvändiga att införa för tjänstekoncessioner, eftersom dessa inte omfattas av upphandlingsdirektivens bestämmelser. Regeringen har därför valt att göra uteslutning på grund av brott till en möjlighet istället för en skyldighet för de upphandlande myndigheterna.

Av 8 kap. framgår en av de mest betydelsefulla skillnaderna mellan traditionell upphandling och valfrihetssystem, d.v.s. som nämnts ovan att den upphandlande myndigheten vid användning av valfrihetssystem skall godkänna och ingå kontrakt med *samtliga* sökande som uppfyller de krav som angetts i annonsen eller förfrågningsunderlaget och som inte har uteslutits enligt bestämmelserna i 7 kap.

Bestämmelser om rättsmedel återfinns i 10 kap. i lagförslaget. Av bestämmelserna i 1–2 §§ framgår bl.a. att en leverantör får, på grund av att en upphandlande myndighet brutit mot någon bestämmelse i lagen, ansöka om rättelse hos allmän förvaltningsdomstol samt att rätten, om myndighetens brott mot LOV medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall besluta om

¹³ Regeringen har i juni 2008 gett Kammarkollegiet i uppdrag att upprätta och ansvara för driften av en nationell databas för annonsering av valfrihetssystem.

att den upphandlande myndigheten skall vidta rättelse. Någon möjlighet att förordna att ansökningsförfarandet skall göras om, motsvarande den som återfinns i upphandlingslagarna, föreslås inte införas i LOV. Detta eftersom förfarandet i LOV inte avslutas förrän hela systemet avvecklas och det därför, enligt regeringen, inte skulle vara praktiskt möjligt att införa bestämmelser som innebär att rätten får besluta om att den upphandlande myndigheten skall göra om valfrihetssystemet.

Vidare kan konstateras att en leverantör som godkänts och tilldelats kontrakt i ett valfrihetssystem inte kommer att ges möjlighet att ansöka om rättelse av beslut varigenom andra leverantörer ges tillträde till systemet. Detta eftersom rättelsereglerna, enligt regeringen, skulle bli svårhanterliga om en utvidgning av bestämmelserna skulle ske så att godkända leverantörer skulle ges möjlighet att ansöka om rättelse enligt bestämmelserna i LOV. Regeringen anför i lagrådsremissen i denna fråga att det i och för sig kan ”[...] uppstå situationer som kan uppfattas som negativa för en leverantör som redan ingår i ett valfrihetssystem. Att t.ex. nya leverantörer kommer in i systemet skulle kunna tolkas som ett negativt beslut för den enskilde leverantören eftersom konkurrenssituationen mellan leverantörerna hårdnar, men det är vad som gäller och leverantörerna är medvetna om det när de ansöker om att få delta i ett valfrihetssystem.”¹⁴

En ansökan om rättelse skall göras inom tre veckor från det att den upphandlande myndigheten underrättat den sökande leverantören om det beslut som fattats med anledning av ansökan och skälen för beslutet.

Bestämmelser om interimistiskt beslut, av det slag som återfinns i upphandlingslagarna, föreslås inte införas i LOV. Detta är enligt min mening logiskt. Ett interimistiskt beslut saknar nämligen relevans vid tilldelning av kontrakt i ett valfrihetssystem, eftersom det inte finns anledning att förhindra att kontrakt tilldelas en leverantör då detta inte medför skada för någon annan leverantör eftersom även denne leverantör kan tilldelas kontrakt i valfrihetssystemet och det således inte föreligger någon konkurrenssituation vid tilldelningen av kontraktet. Dessutom saknar interimistiskt beslut praktisk betydelse eftersom det vid tilldelning av kontrakt i ett valfrihetssystem inte finns något agerande från myndighetens sida som kan förhindras eller avbrytas genom ett interimistiskt beslut. Ett beslut om att neka en leverantör tillträde till ett valfrihetssystem kan inte verkställas eller på annat sätt leda till några åtgärder från myndighetens sida och kan därför, av naturliga skäl, inte heller bli föremål för ett interimistiskt beslut.

Efter påpekanden från några av remissinstanserna har regeringen valt att, till skillnad från Frittvalutredningen, föreslå bestämmelser om skadestånd i LOV. Av 8 kap. 5 § i lagförslaget framgår således att en upphandlande myndighet som inte följt bestämmelserna i LOV skall ersätta sökanden för därigenom uppkommen skada samt att en sådan skadeståndstalan skall väckas inom ett år från det

¹⁴ Lagrådsremissen, s. 103.

att den upphandlande myndigheten beslutat att inte godkänna sökanden. Regeringen gör dock bedömningen att skadestandsprocesserna torde bli få, att utsikterna att få skadestånd är små och att det kommer att bli svårt att beräkna det positiva kontraktsintresset, eftersom det inte finns volymgarantier i ett valfrihetssystem och det därför kommer att bli svårt för leverantören att visa hur stor omsättning han eller hon skulle kunna ha haft om den upphandlande myndigheten tecknat kontrakt med leverantören.

Trots att det kan bli svårt att föra bevisning om skadans storlek bör nog betydelsen av möjligheten att erhålla skadestånd inte underskattas, eftersom den ur leverantörernas synvinkel mest besvärande överträdelsen av LOV med all sannolikhet kommer att utgöras av beslut genom vilka en leverantör som är berättigad att tilldelas kontrakt nekats tillträde till ett valfrihetssystem på felaktiga grunder. Detta eftersom ett sådant beslut, till dess att domstol förordnat om rättelse, innebär att leverantören lider skada genom att gå miste om möjligheten att tillhandahålla tjänster till de användare som omfattas av valfrihetssystemet och erhålla ersättning för dessa tjänster.

5. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Frittvalutredningens lagförslag utgick, som nämnts ovan, från förutsättningen att de kontrakt som tilldelas inom valfrihetssystem är vanliga upphandlingskontrakt avseende köp av B-tjänster. Med den utgångspunkten ter det sig också logiskt att reglera upphandling av valfrihetssystem i en särskild lag, eftersom valfrihetssystem annars skulle omfattas av upphandlingslagarnas bestämmelser, vilka inte tar hänsyn till valfrihetssystemens särdrag och därför, enkelt uttryckt, inte medger upphandling av valfrihetssystem.

Regeringens bedömning att de kontrakt som tilldelas inom ett valfrihetssystem är tjänstekoncessioner innebär dock, om den är korrekt, att behovet av en särskild lag om upphandling av valfrihetssystem minskar. Detta eftersom upphandling av tjänstekoncessioner, däribland valfrihetssystem, inte omfattas av upphandlingslagarna och således inte försvåras av bestämmelserna i dessa lagar. Det bör också observeras att den föreslagna lagen, om den införs, kommer att innebära att vissa typer av tjänstekoncessioner (kontrakt som tilldelas inom valfrihetssystem) kommer att omfattas av andra regler än tjänstekoncessioner i allmänhet. Delvis kan detta förvisso motiveras med att den ökande användningen av olika typer av valfrihetssystem bör lagregleras för att åstadkomma enhetlighet och förutsebarhet, men samtidigt väcker regeringens överväganden frågan om en eventuell reglering av övriga tjänstekoncessioner.¹⁵ Förslaget till LOV kan

¹⁵ En fråga som för övrigt bereds av Europeiska kommissionen i avsikt att presentera ett förslag till direktiv om upphandling av koncessioner.

nämligen uppfattas som att regeringen tagit ställning till vilken ”nivå” på förfarande som regeringen generellt sett anser lämplig för upphandling av tjänstekoncessioner, även andra sådana än kontrakt inom valfrihetssystem. Även om jag menar att det i och för sig finns goda skäl att lagreglera användningen av valfrihetssystem anser jag därför att det finns en risk eller (beroende på utgångspunkt) möjlighet att det förfarande som införs för de tjänstekoncessioner som omfattas av LOV uppfattas som vägledande även för andra typer av tjänstekoncessioner och/eller kommer att leda till berättigade frågor om varför vissa tjänstekoncessioner, inte minst med avseende på möjligheterna till domstolsprövning, skall behandlas annorlunda än andra.

