

YTTRANDE
2019-02-01 Dnr 2018/01476-2

Finansdepartementet

Kommerskollegiums yttrande – SOU 2018:44 Möjligt, tillåtet och tillgängligt

Er referens dnr *Fi2018/02531/OU*

Sammanfattning

Kommerskollegium välkomnar ett enklare och flexiblere regelverk för upphandlande myndigheter och enheter och för leverantörer. Myndigheten vill samtidigt understryka risken för godtycklighet och diskriminering av utländska företag, samt vikten av att WTO:s avtal om offentlig upphandling och EU:s frihandelsavtal beaktas.

Våra slutsatser är följande:

- Att de grundläggande EU-rättsliga principerna inte ska behöva iakttas vid direktupphandling som inte har något gränsöverskridande intresse kan innebära ökad risk för godtycke och diskriminering av utländska leverantörer. Det finns risk för att utländska leverantörer utestängs från den svenska marknaden eftersom förslaget om slopad annonsering gör det svårare att få kännedom om upphandlingar. För att minska riskerna för negativa konsekvenser anser Kommerskollegium, liksom tidigare utredning¹, att det vore önskvärt med en vägledning om vad som avses med ett bestämt gränsöverskridande intresse.
- Avseende analog tillämpning av rättegångsbalkens regler vid fördelning av processkostnadsansvar vill Kommerskollegium uppmärksamma om att processuella regler enligt WTO:s avtal om offentlig upphandling ska vara skriftliga och allmänt tillgängliga. Att juridiska personer från tredjeland som ansöker om överprövning ska ställa säkerhet för de processkostnader som denne genom avgörande i mål kan bli skyldig att betala skulle

¹ Se *proposition 2017/18:158 – Ökade tillståndskrav och särskilda regler för upphandling inom välfärden*, s. 69.

kunna strida mot icke-diskrimineringsprincipen enligt WTO:s avtal om offentlig upphandling. Det skulle också kunna stå i strid med EU:s bilaterala frihandelsavtal med andra länder, som i regel innehåller motsvarande icke-diskrimineringskrav.

1 Kommerskollegiums roll

Kommerskollegium ansvarar för frågor som rör utrikeshandel, EU:s inre marknad och EU:s handelspolitik. Kommerskollegiums uppdrag är att verka för frihandel. Det innebär att vi verkar för fri rörlighet på den inre marknaden och för liberalisering av handeln mellan EU och omvärlden och globalt. Yttrandet inskränker sig till de delar av betänkandet som berör Kommerskollegiums ansvarsområden.

2 Förslagets EU- och WTO-rättsliga aspekter

2.1 Enklare och flexiblare upphandlingsregler (Del 1 i betänkandet)

Avseende förslaget om att de grundläggande EU-rättsliga principerna inte ska behöva iaktas vid direktupphandling som inte har något gränsöverskridande intresse vill Kommerskollegium framhålla följande.

Kommerskollegium har i tidigare remissyttranden² framhållit att det kan vara svårt för en upphandlande myndighet eller enhet att avgöra om det föreligger ett gränsöverskridande intresse eller inte och att alla upphandlingar under tröskelvärdena bör omfattas av de grundläggande EU-rättsliga principerna. Denna bedömning kvarstår även om Kommerskollegium har förståelse för att regleringen behöver vara både effektiv och dessutom lätt att tillämpa för berörda aktörer.

Det bästa sättet att avgöra om ett gränsöverskridande intresse finns är att annonsera en upphandling. Förslaget om slopad annonsering innebär en risk för att utländska leverantörer överhuvudtaget inte får kännedom om en upphandling, och därmed utestängs från den svenska marknaden. Väljer man att slopa kravet på annonsering bör regleringen utformas så att balans uppnås mellan de upphandlande myndigheterna och enheternas

² Kommerskollegiums yttrande ”Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78)” av den 21 februari 2017, med dnr 2016/01974 (se avsnitt 1.4.1) och Kommerskollegiums yttrande ”Remiss av vissa förslag till ändringar i lagen om offentlig upphandling med anledning av Valfärdsutredningens förslag”, av den 29 november 2017, dnr 2017/01641.

önskemål och den risk för godtycke och diskriminering som kan finnas i enskilda fall, det vill säga om handlingsutrymmet för upphandlande myndigheter skulle missbrukas.

Förslaget kan innebära en ökad risk för godtycke och diskriminering av utländska leverantörer. En utestängning av utländska aktörer kan innebära mindre konkurrens, ett sämre utbud av varor och tjänster, och därmed ökade skatteutgifter, samt mindre nytta och kostnadseffektiv användning av skattemedel. Omvänt är det ur ett svenskt perspektiv också värdefullt att svenska företag har goda möjligheter att delta i offentliga upphandlingar utomlands och får tillgång till de affärsmöjligheter som det innebär.

Kommerskollegium noterar att kategorin sociala tjänster och andra särskilda tjänster omfattar många typer av tjänster. Det kan inte uteslutas att det finns ett gränsöverskridande intresse för någon eller några av tjänsterna inom kategorin, så som för hotell- och restaurangtjänster eller bevakningstjänster.

För att minska riskerna för negativa konsekvenser anser Kommerskollegium, liksom tidigare utredning³, att Upphandlingsmyndigheten bör få i uppdrag att ta fram en vägledning för upphandlande myndigheter och enheter av vilken det bör framgå i vilka fall en upphandling kan ha ett bestämt gränsöverskridande intresse. En sådan vägledning skulle förmodligen minska risken för godtycke och diskriminering.

2.2 Rätten får förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts skäliga kostnader i målet (avsnitt 21.4.1 i betänkandet)

Sverige är som medlem i EU bunden av WTO:s avtal om offentlig upphandling. Enligt artikel XVIII(1) i WTO:s avtal om offentlig upphandling ska alla processuella regler om överklagande vara skriftliga och allmänt tillgängliga. Vad gäller regleringen av processkostnadsansvaret anser dock utredningen att vägledning kring fördelning i dessa eller liknande situationer kan erhållas genom att rättegångsbalkens bestämmelser tillämpas analogt.

Kommerskollegium vill i detta sammanhang uppmärksamma om att processuella regler enligt WTO:s avtal om offentlig upphandling ska vara skriftliga och allmänt tillgängliga.

³ Se prop. 2017/18:158, s. 69.

2.3 Skyldighet att ställa säkerhet för utländska leverantörer (avsnitt 21.7 i betänkandet)

Utredningen föreslår att rätten ska kunna förordna om att utländsk medborgare eller juridiska personer från tredjeland som ansöker om överprövning ska ställa säkerhet för processkostnader.

Detta skulle kunna omfattas av WTO:s avtal om offentlig upphandling.

Enligt icke-diskrimineringsprincipen i artikel IV i WTO:s avtal om offentlig upphandling får inget land behandla varor och tjänster eller leverantörer från någon annan part mindre gynnsamt än inhemska varor, tjänster och leverantörer, eller varor, tjänster och leverantörer från någon annan part.

Utredningens förslag skulle kunna stå i strid med icke-diskrimineringsprincipen, eftersom motsvarande skyldighet inte gäller för inhemska företag. Att behöva ställa en säkerhet kan utgöra ett hinder eftersom det kräver att företaget kan uppstå en godtagbar säkerhet (i regel i form av likvida medel) och undvara egendomen under den tidsperiod som en rättegång kan pågå. Hindrets praktiska betydelse kan variera beroende på tid och omfattning.

Det finns möjlighet att undanta åtgärder från avtalets tillämpningsområde, om åtgärden är nödvändig för att skydda allmän moral, ordning eller säkerhet.⁴ Det framgår dock inte av betänkandet om så avses. Kommerskollegium efterlyser ett resonemang om detta.

Även EU:s bilaterala frihandelsavtal med andra länder innehåller i regel motsvarande icke-diskrimineringskrav avseende offentlig upphandling.⁵

2.4 Världshandelsorganisationens upphandlingsöverenskommelse (WTO-avtalet) (avsnitt 6.7.2 i betänkandet)

I avsnitt 6.7.2 anges att WTO-avtalet inte har någon direkt betydelse för utredningens arbete eftersom de skyldigheter som följer av avtalet också kommer till uttryck i upphandlingsdirektiven. Det anges vidare att omvänt följer inga skyldigheter för Sverige vad gäller andra upphandlingar än de som omfattas av direktiven.

⁴ Artikel III(2) i WTO:s avtal om offentlig upphandling.

⁵ Se t.ex. *Övergripande avtal om ekonomi och handel (CETA) mellan Kanada, å ena sidan, och Europeiska unionen, och dess medlemsstater, å andra sidan*, OJ L 11, 14 januari 2017, och *Frihandelsavtal mellan Europeiska unionen och dess medlemsstater, å ena sidan, och Republiken Korea, å andra sidan*, EUT L 127, 14 maj 2011.

Med hänsyn till vad som anförts ovan (avsnitt 2.2 och avsnitt 2.3) anser Kommerskollegium att texten kan uppfattas som missvisande. I skäl 17 och artikel 25 i Direktiv nr 2014/24/EU⁶ respektive skäl 27 och artikel 43 i Direktiv nr 2014/25/EU⁷ anges vilka skyldigheter upphandlande myndigheter och enheter har när det gäller behandling av aktörer från tredjeland, men inte vilka skyldigheter medlemsstater eller domstolar har. Vissa delar av WTO:s avtal om offentlig upphandling är därför av betydelse för utredningens förslag.

Ärendet har avgjorts av generaldirektören Anna Stellingner i närvaro av enhetscheferna Pernilla Trägårdh och Agnès Courades Allebeck, chefsjuristen Jonas Jeppson, utredarna Anna Egardt och Sara Sandelius, samt utredaren Emilie Eriksson, föredragande. I den slutliga handläggningen av ärendet har även ämnesrådet Ralph Eliasson deltagit.

Anna Stellingner

Emilie Eriksson

⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, OJ L 94, 28.3.2014, s. 65–242.

⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, OJ L 94, 28.3.2014, s. 243–374.