

# KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08—545 03 810; e-post:kko@dnv.se

Näringsdepartementet

Remissyttrande  
2015-02-09

Dnr: N2014/5126/MRT

## Ang. förslaget om tilldelning av koncessioner för kollektivtrafik

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Välfärden. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid offentlig upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är tidigare stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderoth. Övriga ledamöter är tidigare hovrättsrådet Per Eklund, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i handelsrätt Erik Nerep, juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm samt tidigare konkurrensrådet Per-Arne Sundbom.

Konkurrenskommissionen har sedan den inrättades 1994 utrett och bedömt mer än 700 ärenden avseende frågor om upphandling, innefattande även tilldelning av koncessioner. Konkurrenskommissionen brukar även yttra sig i lagstiftningsfrågor rörande bland annat upphandling, och har tidigare yttrat sig till Regeringskansliet (Socialdepartementet) angående förslaget till lag om upphandling av koncessioner (SOU 2014:69), dnr S2014/6965/RU. Yttrandet biläggs (Bilaga 1).

## KONKURRENSKOMMISSIONENS SYNPUNKTER

### 1. Allmänna överväganden

Konkurrenskommissionen tillstyrker förslaget om att regleringen av koncessioner för kollektivtrafik (nedan Kollektivtrafikkoncessioner) integreras med den övriga lagstiftningen om koncessioner, och att de aktuella bestämmelserna därmed tas in i en gemensam lag om upphandling av koncessioner (LUK). Därigenom integreras möjligheten till överprövning och reglerna om tillsyn och upphandlingsskadeavgift även med vad som i övrigt gäller för koncessioner på ett sätt som är ägnat att medföra en god förutsägbarhet och rättssäkerhet.

Konkurrenskommissionen förordar dock att det svenska genomförandet av bestämmelser om kollektivtrafikkoncessioner knyts till det tydligare regelverket i den direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LUK och inte till de nationella bestämmelserna i 15 kap. samma lag.

I kapitel 8 av promemorian redovisas olika alternativ till reglering av tilldelning av kollektivtrafikkoncessioner. Där föreslås att införa ”[d]en lägsta grad av reglering” som följer av 15 kap. LUK, vilket motiveras av ett önskemål om att inte ytterligare öka komplexiteten och inte heller skapa gränsdragningsproblem ifråga om dylika koncessioner. Vidare framgår att det i samband med en s.k. hearing hos Näringsdepartementet med bl.a. branschföreträdare inte ”framkom [...] några skäl för en särreglering för tilldelning av kollektivtrafikkoncessioner”. I promemorian anges också, utan någon närmare precisering, att det är angeläget ”att undvika en överreglering på området”.

Det av EU beslutade s.k. koncessionsdirektivet (2014/23/EU) bygger på en avvägning mellan hur omfattande regleringen ska vara i förhållande till andra relevanta omständigheter, bland annat den ekonomiska omfattningen av verksamheten. Utanför direktivets direkta tillämpning regleras i 15 kap. LUK tilldelningen av mindre ekonomiskt omfattande koncessioner samt sociala tjänster och vissa andra särskilda tjänster som är så nationellt specifika till sin karaktär att den mer omfattande direktivregleringen inte bedömts nödvändig.

Kollektivtrafikområdet omfattas av en särskild EU-förordning, den s.k. kollektivtrafikförordningen (2007/1370/EG). Koncessionstilldelningar inom detta område kan ha en mycket stor omfattning och omfatta gränsöverskridande trafik. Dessa tilldelningar innefattar därmed ett bestämt gränsöverskridande intresse med betydelse för aktörer i andra medlemsstater. Det är av detta skäl angeläget att koncessionsbestämmelserna knyts till den direktivstyrda reglering som annars gäller för motsvarande koncessioner. Det framstår mot denna bakgrund som motiverat att genomföra bestämmelserna om tilldelning av kollektivtrafikkoncessioner enligt de direktivstyrda bestämmelserna och inte enligt 15 kap. LUK.

Något principiellt hinder mot att låta kollektivtrafikkoncessioner styras av koncessionsdirektivets reglering föreligger inte och i promemorian presenteras heller inte några argument för varför det skulle innebära en "överreglering" att tillämpa direktivbestämmelserna fullt ut. Den föreslagna begränsningen av upphandlingsskyldigheten till 15 kap. LUK innebär därför en omotiverad särreglering av kollektivtrafikkoncessioner i förhållande till motsvarande tilldelningar inom andra områden.

Konkurrenskommissionen anser inte att det finns någon anledning till att detta område skulle särregleras och finner därför att det alternativ som minst riskerar att skapa gränsdragningsproblem och därmed följande komplexitet är att låta kollektivtrafikkoncessionerna fullt ut omfattas av samma regelverk som övriga koncessioner.

## 2. Lagtextförslaget

I promemorians förslag används termen "tilldelning" för i princip samma förfarande som annars i svensk lagstiftning anges som "upphandling". Av förslaget till lag om upphandling av koncessioner (SOU 2014:69), s. 101 ff., framgår att utredaren noterat den likhet som föreligger mellan upphandlingar av tjänstekontrakt och tilldelning av tjänstekoncessioner. Även om det finns vissa skillnader mellan koncessioner och sådana kontrakt som omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2014/24/EU) och om upphandling inom försörjningssektorerna (2014/25/EU) är det enligt utredaren likväl frågan om att något erhålles eller åstadkoms, d.v.s. anskaffas. Då även förfarandet för tilldelning av tjänstekoncessioner går ut på att myndigheten eller enheten skaffar något som den efterfrågar kan således, enligt utredaren, en sådan tilldelning sägas utgöra en anskaffning genom upphandling.

Därför, och eftersom den svenska lagstiftningen bör ha en benämning som motsvarar övriga upphandlingslagar, har utredaren kommit fram till att i LUK genomgående använda termen "upphandling" för sådana förfaranden som i koncessionsdirektivet annars angivits som "tilldelning". Konkurrenskommissionen instämmer i LUK-utredarens uppfattning att lagen bör ges en jämförd med den övriga svenska upphandlingslagstiftningen konform utformning och systematik.

Vidare används inom upphandlingsrätten begreppet ”*upphandling*” till att omfatta i princip hela förfarandet, från upprättande av förfrågningsunderlaget och infordran av anbud till dess att avtal lagakraftvunnet har slutits eller upphandlingen eljest har avbrutits. Begreppet ”*tilldelning*” förbehålls däremot enbart en upphandlings avslutande fas med anbudsvärdering och beslut om att utse viss leverantör för kontraktsskrivning (tilldelning av kontrakt). Vid detta förhållande framstår det som klart olämpligt att i en och samma lagtext använda såväl ”*tilldelning*” som ”*upphandling*” för att beskriva i princip samma sak.

Konkurrenskommissionen förordar därför att vid det svenska genomförandet av bestämmelser för tilldelning av koncessioner för kollektivtrafik används begreppet ”*upphandling*” i enlighet med LUK-förslagets och den svenska lagstiftningens övriga systematik.

Enligt förslaget till 15 kap. 1 § LUK ska detta kapitel tillämpas även på kollektivtrafikkoncessioner. Från tillämpningen ska – såvitt får förstås – dock undantas 15 kap. 7 § LUK. Detta har i förslaget kommit att uttryckas genom att det i 15 kap. § 1 första stycket LUK införs en ny punkt 3 med följande lydelse ”Detta kapitel gäller i fråga om. [...] 3. tilldelning av koncessioner enligt 2 kap. 2 a §. [nytt stycke] Vid tilldelning enligt första stycket 3 ska 7 § dock inte tillämpas.”

Denna utformning är illa genomförd och riskerar att skapa osäkerhet i såväl fråga om den risk för begreppssammanblandning som tidigare redovisats som om vad undantaget faktiskt gäller. Konkurrenskommissionen förordar därför att bestämmelsen istället utformas enligt följande ”Detta kapitel gäller i fråga om. [...] 3. *upphandling* av koncessioner enligt 2 kap. 2 a §. Vid *sådan upphandling* ska 7 § dock inte tillämpas.” Som redovisats ovan anser dock kommissionen att en tillämpning enligt 15 kap. LUK överhuvudtaget inte ska komma ifråga för kollektivtrafikkoncessioner.

### 3. Tidsbegränsning

Enligt art. 18 koncessionsdirektivet ska koncessionsavtal vara tidsbegränsade. För direktivstyrda koncessionsavtal som varar längre än fem år får den maximala varaktigheten inte överstiga den tid som rimligen kan förväntas åtgå för att koncessionshavaren ska kunna få tillbaka sina löpande genomförda investeringar m.m. samt sådana investeringar som krävs för att uppnå särskilda mål enligt avtalen. Även om det av direktivet inte följer någon motsvarande begränsning för koncessioner som omfattas av den nationella reglering som nu föreslås införd i 15 kap. LUK förordar Konkurrenskommissionen att det i lagen införs sådana bestämmelser. Detta framstår som särskilt angeläget eftersom det i fråga om avtal om allmän trafik enligt art. 4.3 och 4.4 kollektivtrafikförordningen (2007/1370/EG) följer tydliga krav på begränsning av tidslängden.

### 4. Direktupphandling

Såsom framgår av lagtextförslaget till 2 kap. 2 a § LUK finns det i kollektivtrafiklagen (2010:1065) bestämmelser om förbud mot viss direkttilldelning. Om en upphandlande myndighet eller enhet önskar tillämpa särskilda direktupphandlingsregler bör den, i enlighet med vad LUK-utredaren angivit, istället vara hänvisad till att utforma kontraktet så att det faller inom tillämpningsområdet för någon av de andra upphandlingslagarna. Konkurrenskommissionen tillstyrker promemorians bedömning att de svenska bestämmelserna om upphandling av koncessioner inte bör innehålla några särskilda regler om direkttilldelning.

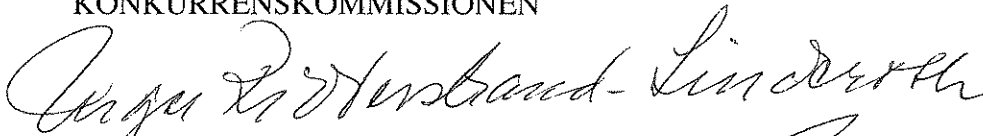
Konkurrenskommissionen finner heller inte, till skillnad från promemorian, att det finns anledning att tilldelning sker direkt till interna företag och avstyrker således förslaget till undantag i detta avseende.

Promemorian återkommer upprepade gånger till de relativa fördelar som ett konkurrensutsatt förfarande medför bl.a. för prisbildning och effektivitet. Angående kollektivtrafikförordningens artikel 5.4 anges bl.a. att ”[m]ot bakgrund av att ett konkurrensutsatt förfarande generellt får anses bidra till ökad effektivitet och lägre priser kan det emellertid alltjämt finnas skäl för att konkurrensutsätta tilldelningen även av avtal av mindre värde eller omfattning”. Angående artikel 5.6 samma förordning anförs vidare att ”[m]ot bakgrund av att ett konkurrensutsatt förfarande generellt får anses bidra till ökad effektivitet och lägre priser kan det emellertid alltjämt finnas skäl för att konkurrensutsätta tilldelningen av avtal om allmän trafik som rör järnvägstransporter.”

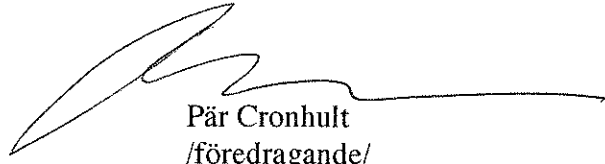
Med beaktande av promemorians egna konstateranden i fråga om de relativa fördelar som konkurrensutsättning medför menar Konkurrenskommissionen att den aktuella regleringen inte heller bör tillåta direkttilldelning av kollektivtrafikkontrakt till interna företag.

Stockholm, dag som ovan

KONKURRENSKOMMISSIONEN



Inger Ridderstrand Linderoth  
/ordförande/



Pär Cronhult  
/föredragande/

Bilaga 1) Kopia av Konkurrenskommissionens yttrande angående förslaget till lag om upphandling av koncessioner (SOU 2014:69) KKO - R 14-03.