EUROPEISKA KOMMISSIONEN

Bryssel den 27.1.2011
KOM(2011) 15 slutlig

GRÖNBOK

om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1. Vad handlar de offentliga upphandlingsreglerna om? ... 6
1.1. Inköpsverksamhet ... 6
1.2. Offentlig upphandling ... 7
1.3. Offentliga upphandlare ... 10
2. Att förbättra de upphandlande myndigheternas verktygslåda ... 13
2.1. Att modernisera förfaranden ... 13
2.2. Särskilda instrument för små upphandlande myndigheter ... 20
2.3. Samarbete mellan offentliga myndigheter (offentlig-offentligt samarbete) ... 22
2.4. Lämpliga verktyg för samlade inköp/gemensam upphandling ... 24
2.5. Hantering av problem som rör fullgörande av kontrakt ... 25
3. En mer tillgänglig Europeisk upphandlingsmarknad ... 28
3.1. Bättre tillträde för små och medelstora företag och nystartade företag ... 28
3.2. Säkrad effektiv konkurrens på lika villkor ... 31
3.3. Upphandling när det inte förekommer någon konkurrens eller vid ensamrätt ... 34
4. Strategisk användning av offentlig upphandling som svar på nya utmaningar ... 35
4.1. ”Hur man ska köpa in” för att Europa 2020-målen ska uppnås ... 36
4.2. ”Vad man ska köpa in” till stöd för Europa 2020-målen ... 42
4.3. Innovation ... 45
4.4. Sociala tjänster ... 48
5. Garantera sunda förfaranden ... 49
5.1. Förebyggande av intressekonflikter ... 50
5.2. Insatser för att motverka favorisering och bestickning ... 51
5.3. Uteslutning av ”oseriösa” anbudsgivare ... 52
5.4. Undvika orättvisa fördelar ... 54
6. Tillträde till EU-marknaden för leverantörer från tredjeländer ... 55

GRÖNBOK

om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad

I Europa 2020-strategi för smart och hållbar tillväxt för alla[1] uppställs en vision för en konkurrenskraftig social marknadsekonomi i Europa under nästa årtionde som vilar på följande tre sammankopplade och ömsesidigt förstärkande prioriteringar: utveckla en ekonomi baserad på kunskap och innovation, främja en koldioxidsnål, resurseffektiv och konkurrenskraftig ekonomi, stimulera en ekonomi med hög sysselsättning och med social och territoriell sammanhållning.

Offentlig upphandling spelar en nyckelroll i Europa 2020-strategin som en av de marknadsbaserade instrument som bör användas för att uppnå dessa mål. I Europa 2020-strategin anges särskilt att offentlig upphandling bör utnyttjas till att

° förbättra de grundläggande villkoren för företagens innovationskapacitet med fullt utnyttjande av ekonomisk-politiska åtgärder som avser ekonomins efterfrågesida[2],

° stödja övergången till en resurssnål ekonomi med låga koldioxidutsläpp, bland annat genom att uppmuntra en mer utbredd användning av miljöanpassad offentlig upphandling, samt

° förbättra företagsklimatet, särskilt för innovativa små och medelstora företag.

Europa 2020-strategin betonar också att den offentliga upphandlingspolitiken måste säkerställa att offentliga medel används på effektivast möjliga sätt och att upphandlingsmarknader måste förbli öppna i hela EU. Inom ramen för de hårda budgetbegränsningarna och ekonomiska svårigheterna i många EU-medlemsstater är det ytterst viktigt att uppnå bästa möjliga upphandlingsresultat med hjälp av effektiva förfaranden. I ljuset av dessa utmaningar finns det större behov än någonsin av en fungerande och effektiv europeisk upphandlingsmarknad som kan leverera resultat för att nå dessa ambitiösa mål.

Många intressenter har uttryckt krav på en översyn av det offentliga upphandlingssystemet i EU för att göra det mer effektivt och verkningsfullt. Kommissionen aviserade därför i inremarknadsakten[3] att den kommer att genomföra breda samråd i syfte att lägga fram lagstiftningsförslag senast i början av 2012, i syfte att förenkla och uppdatera EU-lagstiftningen om offentlig upphandling för att göra kontraktstilldelningen mer flexibel och så

---

1 Se grönbok från kommissionen till Europeiska rådet av den 3 mars 2010 – KOM(2010) 2020 slutlig.

2 Detta behandlas också i kommissionens meddelande ”Innovationsunionen” – SEK(2010) 1161-, ett av flaggskeppsinitiativen i Europa 2020-strategin, som behandlar den strateginska användningen av offentlig upphandling för att främja forskning och innovation. I initiativet uppmanas medlemsstaterna att öronmärka en del av deras upphandlingbudgetar för forskning och innovation och anges att kommissionen kommer att ge vägledning och tillhandahålla stödmekanismer för upphandlande myndigheter.

3 Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén På väg mot en inremarknadsakt – Att skapa en verkligt konkurrenskraftig social marknadsekonomi från den 27 oktober 2010 KOM(2010) 608 slutlig.

att offentliga upphandlingskontrakt ska kunna användas bättre till stöd för politiken på andra områden.

De nu gällande upphandlingsdirektiven, dvs. direktiv 2004/17/EG[4] och 2004/18/EG[5] är det sista steget i en lång utveckling som inleddes 1971 med antagandet av direktiv 71/305/EEG[6]. Dessa direktiv syftar främst till att säkerställa att ekonomiska aktörer i full utsträckning kan dra nytta av de grundläggande friheterna på området för offentlig upphandling genom att garantera öppna, överblickbara och icke-diskriminerande förfaranden. I de gällande direktiven anges också en rad mål som rör integreringen av andra politikområden i denna ram, såsom skydd av miljön och social standard[7] liksom bekämpning av korruption[8].

Med tanke på den offentliga upphandlingens centrala roll när det gäller att klara dagens utmaningar bör de befintliga verktygen och metoderna moderniseras för att göra dem bättre lämpade att hantera den föränderliga politiska, sociala och ekonomiska miljön. Avsikten är att uppnå en rad kompletterande målsättningar:

Det första målet är att öka effektiviteten i de offentliga utgifterna. Detta inbegriper dels eftersträvandet av bästa möjliga upphandlingsresultat (mesta möjliga valuta för pengarna). För att nå detta mål är det helt avgörande att skapa största möjliga konkurrens om offentliga kontrakt på den inre marknaden. Anbudsgivare måste ges tillfälle att konkurrera på lika villkor och snedvridning av konkurrensen måste undvikas. Samtidigt är det ytterst viktigt att öka effektiviteten i själva upphandlingsförfarandena. Strömlinjeformade upphandlingsförfaranden med målinriktade förenklingsåtgärder som uppfyller små upphandlingsmyndigheters specifika behov skulle kunna göra det lättare för offentliga upphandlare att uppnå bästa möjliga upphandlingsresultat med minsta möjliga insats i termer av tid och offentliga medel. Effektivare förfaranden kommer att gynna alla ekonomiska aktörer och göra det lättare för både små och medelstora företag och anbudsgivare i andra medlemsländer att delta. Det gränsöverskridande deltagandet i offentliga upphandlingar i EU är i praktiken fortfarande lågt[9]. En jämförelse med den privata sektorn, där den gränsöverskridande handeln är mycket mer omfattande, visar att det fortfarande finns en betydande ökningspotential. Målet om en mer effektiv offentlig upphandling behandlas främst

---

4 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 (EUT L 134, 30.4.2004, s. 1). Kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009 av den 30 november 2009 om ändring avEuropaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden, EUT L 314, 1.12.2009, s. 64.

5 Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, EUT L 134, 30.4.2004, s. 114. Förordningen senast ändrad genom kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009. Nedanstående text kommer att utgå från bestämmelserna i direktiv 2004/18/EG, Såvida inget annat uttryckligen anges kan detta emellertid förstås även gälla motsvarande bestämmelser i direktiv 2004/17/EG. Uttrycket ”upphandlande myndighet” kan därför avse både organ vars upphandling omfattas av direktiv 2004/18/EG och ”upphandlande enheter” enligt direktiv 2004/17/EG.

6 Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 185, 16.8.1971, s. 5),

7 Se skäl 5 och 46 i direktiv 2004/18/EG och skäl 12 och 55 i direktiv 2004/17/EG.

8 Se skäl 43 i direktiv 2004/18/EG och motsvarande skäl 40 i direktiv 2004/17/EG.

9 Enligt aktuella undersökningar tilldelas endast 1,6 % av offentliga kontrakt till ekonomiska aktörer från andra medlemsstater. Indirekt gränsöverskridande deltagande – via närstående företag eller partners i den upphandlande myndighetens medlemsstat – är mer vanligt förekommande. Även graden av indirekta gränsöverskridande kontraktstilldelningar är likväl tämligen låg (11 %).

genom frågorna i grönbokens del 2 (att förbättra de upphandlande myndigheternas verktygslåda) och del 3 (en mer tillgänglig europeisk upphandlingsmarknad).

En annan kompletterande målsättning är att göra det möjligt för upphandlare att bättre använda offentlig upphandling för att nå gemensamma sociala mål: Dessa inbegriper skyddet av miljön, ett mer effektivt resurs- och energiutnyttjande och insatser för att motverka klimatförändringar, främjande av innovation och social delaktighet, samt säkerställande av bästa möjliga villkor för att tillhandahålla offentliga tjänster av hög kvalitet. Att söka uppnå denna målsättning kan även bidra till att uppå den första målsättningen om mer långsiktigt verkningsfulla offentliga utgifter, exempelvis genom att ställa om fokus från lägsta grundpris till lägsta kostnad över livscykeln[10]. Frågeställningar i samband med denna målsättning diskuteras i del 4 i grönboken (strategisk användning av offentlig upphandling).

En ytterligare utveckling av EU-lagstiftningen på området för offentlig upphandling skulle också kunna övervägas för att hantera viktiga problemområden som hittills inte i tillräcklig utsträckning har beaktats, som exempelvis att förhindra och bekämpa korruption och favorisering (del 5) samt frågan om hur de europeiska företagens tillträde till tredjelandsmarknader kan förbättras (del 6). Vidare kommer översynen av det rättsliga ramverket också ge en möjlighet att undersöka om vissa grundläggande begrepp och koncept bör förfinas för att garantera ökad rättslig förutsebarhet för upphandlande myndigheter och företag (del 1). I detta sammanhang kan översynen öppna vissa möjligheter att öka konvergensen mellan tillämpningen av EU:s upphandlingsregler och regler om statligt stöd.

Grönboken avspeglar en rad idéer om hur de olika målen bättre skulle kunna uppnås. Man måste dock vara medveten om att det kan finnas målkonflikter (exempelvis kan målet att förenkla förfarandena stå i strid med målet att beakta målsättningar inom andra politikområden). Dessa olika mål omsätts ibland i politiska handlingsalternativ som kan peka i olika riktningar, och som kommer att kräva ett motiverat val på ett senare stadium.

Dessutom är utrymmet för möjliga lagstiftningsändringar inte obegränsat. Ändringar i lagstiftningen måste vara förenliga med EU:s internationella åtaganden eftersom de annars kan komma att kräva att lämpliga förhandlingar inleds med alla berörda parter om eventuella kompensationskrav. Dessa åtaganden, som de definieras i ett flerpartsavtal[11] och sju bilaterala avtal[12], kan därför komma att begränsa utrymmet för eventuella lagstiftningsändringar. Detta gäller särskilt tröskelvärdena för tillämpning av EU:s upphandlingsregler, definitionerna av upphandlingsverksamhet och offentliga uppköpare samt vissa procedurfrågor som exempelvis fastställande av tekniska specifikationer i förfrågningsunderlag och tidsfrister.

Koncessioner behandlas inte i detta meddelande. De har varit föremål för tidigare separata samrådsförfaranden och konsekvensbedömning. Kommissionen avser föreslå lagstiftning som syftar till att säkerställa större rättslig förutsebarhet för regionala och lokala myndigheter och ekonomiska aktörer i hela Europa och underlätta utvecklingen av offentlig-privata partnerskap. Elektronisk upphandling behandlades i en särskild grönbok som offentliggjordes den 18 oktober 2010[13].

---

[10] Ett klassiskt exempel är att lönsamma investeringar för att höja effektiviteten i energianvändningen inte genomförs eftersom investeringar och driftsutgifter sköts separat inom olika budgetförfaranden.

[11] WTO-avtalet om offentlig upphandling, se http://ec.europa.eu/internal market/publicprocurement/international.en.htm.

[12] Se bilaterala handelsavtal: http;//ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/.

[13] Grönbok om utvidegad användning av e-upphandling i EU, SEK(2010) 1214 av den 18 oktober 2010.

Samtidigt med den aktuella grönboken företar kommissionen en genomgripande utvärdering av genomslaget för EU:s politik på området offentlig upphandling och hur kostnadseffektiv den varit. Utvärderingen kommer att samla in marknadsbaserade belägg för hur den gällande upphandlingslagstiftningen fungerar för att få empiriska faktaunderlag om de områden som behöver förbättras. Resultaten av denna nya forskning kommer att offentliggöras under sommaren 2011.

Bidrag från berörda parter i denna grönbok kommer tillsammans med resultaten av utvärderingen att ge underlag till övervägandena om den framtida reformen av EU:s offentliga upphandlingsregler, som kommer att ligga till grund för ett förslag till lagstiftningsreform.

1. VAD HANDLAR DE OFFENTLIGA UPPHANDLINGSREGLERNA OM?

När offentliga medel förbrukas måste offentliga uppköpare väga samman andra incitament än de som driver privata företag som står risken att drabbas av förluster och i slutänden att gå i konkurs, och direkt kontrolleras av marknadskrafter.

Av dessa skäl föreskriver offentliga upphandlingsregler specifika kontraktstilldelningsförfaranden för att offentliga inköp ska kunna göras på ett så rationellt, överblickbart och rättvist sätt som möjligt. Skyddsåtgärder har införts för att kompensera för den potentiella bristen på affärsmässig disciplin i offentlig upphandling, liksom för att förhindra kostsam särbehandling till förmån för nationella eller lokala ekonomiska aktörer.

De europeiska offentliga upphandlingsreglerna är därför tillämpliga på alla offentliga kontrakt som kan tänkas vara av intresse för ekonomiska aktörer på den inre marknaden och avser att garantera lika tillträde till och sunda konkurrensvillkor för offentliga kontrakt på den europeiska upphandlingsmarknaden.

1.1. Inköpsverksamhet

Offentliga upphandlingsregler avser i grunden att reglera upphandlande myndigheters inköpsverksamhet. Tillämpningsområdet för EU-direktiven om offentlig upphandling begränsas emellertid inte uttryckligen till inköp som täcker den upphandlande myndighetens specifika behov[14] . Detta har föranlett en diskussion om huruvida direktiven är tillämpliga i situationer där offentliga myndigheter ingår avtal som fastställer rättsligt bindande skyldigheter för ändamål som inte är direkt kopplade till deras egna inköpsbehov.

Detta rör exempelvis fall där bidragsöverenskommelser för beviljande av ett stöd inbegriper en rättsligt bindande skyldighet för bidragsmottagaren att tillhandahålla vissa tjänster. Sådana skyldigheter föreskrivs för det mesta för att säkerställa att offentliga medel används på lämpligt sätt och avser inte uppfylla upphandlingsbehov för den offentliga myndighet som beviljar stödet.

Myndigheter i medlemsstaterna och andra intressenter har beklagat bristen på rättslig förutsebarhet med avseende på tillämpningsområdet för offentliga upphandlingsregler i dessa situationer och har efterfrågat ett förtydligande av ändamålet med dessa regler. I sin aktuella rättspraxis slog domstolen fast att begreppet offentliga kontrakt kräver att de bygg- och

[14] Se domstolens dom av den 18 november 2004 i mål C-126/03 kommissionen mot Tyskland, punkt 18.

anläggningsarbeten, varor eller tjänster som är föremål för kontraktet utförs för den upphandlande myndighetens *direkta ekonomiska intresse*[15].

Fråga:

1. Anser ni att tillämpningsområdet för de offentliga upphandlingsdirektiven bör begränsas till inköpsverksamhet? Bör varje sådan begränsning helt enkelt kodifiera kriteriet om direkt ekonomiskt intresse som utvecklats av domstolen eller bör den fastställa ytterligare/alternativa villkor och begrepp?

1.2. Offentlig upphandling

Den nuvarande klassificeringen av offentliga kontrakt – i bygg- och anläggningskontrakt, varukontrakt och tjänstekontrakt – är delvis resultatet av den historiska utvecklingen. Behovet att klassificera offentliga kontrakt i en av dessa kategorier från allra första början kan innebära svårigheter, exempelvis när det gäller kontrakt för inköp av dataprogramvara som, beroende på omständigheterna, antingen kan betraktas som varu- eller tjänstekontrakt. Direktiv 2004/18/EG innehåller specifika bestämmelser, som har utvecklats ytterligare genom rättspraxis, om blandade kontrakt. I de fall ett kontrakt innehåller inslag som har samband med olika kontraktstyper, anser domstolen att man för att kunna avgöra vilka bestämmelser som ska gälla måste klarlägga huvudändamålet med kontraktet.

Vissa av dessa problem skulle kunna undvikas genom en förenkling av den nuvarande strukturen. Det vore exempelvis tänkbart att föreskriva endast två typer av offentliga kontrakt som i avtalet om offentlig upphandling inom WTO-systemet, där man enbart skiljer mellan varu- och tjänstekontrakt och där bygg- och anläggningsarbeten betraktas som en form av tjänsteleverans (”bygg- och anläggningstjänstekontrakt”). Möjligheten att använda ett enhetligt offentligt kontraktsbegrepp och endast göra åtskillnad med hänvisning till ändamålet när det är absolut nödvändigt (exempelvis vid fastställande av tröskelvärden) skulle även kunna övervägas.

Fråga:

2. Anser ni att den nuvarande strukturen i fråga om materiellt tillämpningsområde är lämplig, med uppdelningen på kontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster? Om inte, vilken alternativ struktur skulle ni föreslå?

Oberoende av en möjlig omstrukturering av kontraktstyperna, kan det vara nödvändigt att se över och förenkla de gällande definitionerna av de olika kontraktstyperna.

Detta gäller särskilt definitionen av ”byggentreprenadkontrakt” i artikel 1.2 b i direktiv 2004/18/EG, som innehåller tre alternativa villkor som är komplicerade och delvis överlappande. Begreppet offentliga byggentreprenadkontrakt inbegriper utförande, eller såväl projektering som utförande, av specifika byggentreprenader av de slag som förtecknats i en bilaga till direktivet, utförande, eller såväl projektering som utförande av sådana byggentreprenader som definieras i artikel 1.2 b i direktivet samt, slutligen, ”utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat”. Det sistnämnda villkoret lades till för att säkerställa att

[15] Domstolens dom av den 25 mars 2010 i mål C-451/08 Helmut Müller GmbH, punkterna 47–54, och av den 15 juli 2010 kommisionen mot Tyskland, punkt 75.

definitionen inbegriper fall där byggentreprenaderna inte utförs av entreprenören själv utan av en tredje part som agerar på entreprenörens vägnar.

Det skulle vara möjligt att förenkla definitionen genom att ersätta den nuvarande strukturen med en mycket enklare och tydligare uppsättning villkor som täcker all slags byggverksamhet, oberoende av deras karaktär och ändamål, inklusive verksamhet som är kopplade till utförande av specifika entreprenadarbeten, som kan tänkas vara utförda av tredje parter.

Fråga:

3. Anser ni att definitionen av ”entreprenadkontrakt” bör ändras och förenklas? Skulle ni i så fall föreslå att hänvisningen till en särskild förteckning som bifogats direktivet stryks? Vad skulle ingå i er föreslagna definition?

A/B-tjänster

En ännu viktigare fråga gäller tillämpningsområdet i fråga om tjänstekontrakt.

I det nuvarande direktivet skiljer man mellan så kallade ”A-tjänster”[16] och ”B-tjänster”[17]. Medan A-tjänsterna omfattas av direktivets fullständiga förfaranden behöver man vid tilldelning av kontrakt för B-tjänster endast följa bestämmelserna om tekniska specifikationer och om överföring av ett meddelande av resultaten av tilldelningsförfarandet[18]. Enligt EU-domstolens rättspraxis är emellertid upphandlande myndigheter som tilldelar kontrakt för ”B-tjänster” skyldiga att följa de grundläggande bestämmelserna i EU:s primärrätt, särskilt principerna för icke-diskriminering, likabehandling och öppenhet, om kontrakten i fråga har visst gränsöverskridande intresse[19]. Detta innebär en skyldighet att säkerställa en tillräcklig annonseringsnivå för att göra det möjligt för intresserade ekonomiska aktörer från andra medlemsstater att besluta huruvida de vill visa sitt intresse för upphandlingen.

Lagstiftarens ursprungliga avsikt var att under en övergångsperiod begränsa direktivets fullständiga tillämpning till vissa särskilda tjänstekontrakt som bedömdes ha större möjligheter att öka handeln över gränserna[20]. Man måste, mot bakgrund av att förteckningen över ”B-tjänster” är av öppen karaktär (se kategori 27: ”övriga tjänster”), vara medveten om att direktivets fullständiga tillämpning på tjänster i själva verket utgör undantaget, medan behandling som ”B-tjänst” utgör regeln.

Det föreligger vissa tvivel om huruvida denna situation fortfarande är lämplig mot bakgrund av den ekonomiska och rättsliga utvecklingen av den inre marknaden. För en del av de tjänster som uttryckligen anges i ”B”-förteckningen, som exempelvis vattentransporttjänster, hotelltjänster, personalrekryterings- och urvalstjänster eller säkerhetstjänster, förefaller det faktiskt vara svårt att anta att de är av mindre gränsöverskridande intresse än tjänsterna i ”A”-förteckningen.

---

16 Tjänster förtecknade i bilaga II i direktiv 2004/18/EG eller bilaga XVII i direktiv 2004/17/EG.

17 Tjänster förtecknade i bilaga II i direktiv 2004/18/EG eller bilaga XVII i direktiv 2004/17/EG.

18 Se artiklarna 20 och 21 i direktiv 2004/18/EG och artiklarna 31 och 32 i direktiv 2004/17/EG.

19 Se domstolens dom av den 13 november 2007 i mål C-507/03 kommissionen mot Irland, punkterna 24-31.

20 Se skäl 19 i direktiv 2004/18/EG.

Vidare utgör uppdelningen på ”A”- respektive ”B”- tjänster en källa till problem och möjliga fel i tillämpningen av bestämmelserna. Liksom i fallet med klassificering av kontrakt finns det problem med gränsfall och blandade kontrakt[21]. Dessutom finns inte en sådan distinktion i flertalet av våra handelspartners system. Det rådande rättsläget gör det därför svårare att erhålla åtaganden om ökat marknadstillträde från handelspartner eftersom EU inte är i stånd att återgälda åtagandena, särskilt när det gäller tjänster som har blivit relevanta för den inre marknaden och gränsöverskridande handel.

Den mest konsekventa lösningen skulle bestå i att avskaffa åtskillnaden mellan de gällande ”B”-tjänsterna respektive ”A”-tjänsterna och tillämpa normalförfarandet på samtliga tjänstekontrakt[22]. Detta skulle kunna ha fördelen av att förenkla de gällande bestämmelserna. Om det aktuella samrådet visar att det normala förfarandet behöver förenklas skulle en sådan förenkling också göra det lättare att avskaffa den gällande särskilda modellen för ”B-tjänster”.

Frågor:

4. Anser ni att man bör se över åtskillnaden mellan ”A - och B- tjänster”?

5. Anser ni att upphandlingsdirektiven bör omfatta alla tjänster, möjligen på grundval av ett mer flexibelt normalförfarande? Om inte, skulle ni vilja ange vilken tjänst eller vilka tjänster som även fortsättningsvis bör följa det förfarande som nu gäller för B-tjänster och ange av skälen till det.

Tröskelvärden

En del berörda parter anser i nuläget att de tröskelvärden som fastställts i direktiven är alltför låga och de begär följaktligen att de höjs med hänvisning till att det gränsöverskridande intresset anses vara alltför begränsat för att motivera de administrativa bördorna av ett förfarande för kontraktstilldelning i fråga om kontrakt på relativt låga belopp som för närvarande omfattas av direktivens tillämpningsområde.En höjning av tröskelvärdena skulle emellertid kunna medföra att fler kontrakt undantas från kravet på ett EU-omfattande offentliggörande av ett kontraktsmeddelande, vilket minskar affärsmöjligheter för företag över hela Europa.

I vilket fall som helst måste det konstateras att alla internationella åtaganden som EU har ingått inkluderar dock tröskelvärden som har fastställts till exakt samma värde som i de gällande direktiven, utom för så kallade B-tjänster (och särskilt sociala tjänster)[23]. Dessa tröskelvärden avgör möjligheter till marknadstillträde och är en av de viktigaste inslagen i alla dessa avtal. Varje eventuell höjning av de tillämpliga tröskelvärdena i EU skulle automatiskt inbegripa en motsvarande ökning i alla avtal som ingåtts av EU (dvs. inte bara i avtal om offentlig upphandling utan även i alla andra internationella överenskommelser). Denna situation skulle kunna utlösa krav på kompensation från våra partner. Dessa krav skulle kunna bli mycket betydande.

Fråga:

---

21 Se artikel 22 i direktiv 2004/18/EG.

22 För sociala tjänste av allmänt intresse, jfr. avsnitt 4.4 nedan.

23 För sociala tjänster av allmänt intresse, jfr. avsnitt 4.4 nedan.

6.	Anser ni att tröskelvärdena för tillämpningen av EU-direktiven bör höjas, oaktat det faktum att detta på internationell nivå skulle medföra de ovan beskrivna konsekvenserna.

Undantag

Avsnittet om ”kontrakt som skall undantas” i direktiv 2004/18/EG[24] är mycket brokigt. Vissa av undantagen grundas på undantag för eller begränsningar av fördragets tillämpningsområde (artikel 14) eller på överväganden som gäller förenligheten med internationella avtalsrättsliga regler (artikel 15) eller med regler på andra rättsområden (artikel 16 c och e), medan andra är resultatet av valda politiska lösningar (artikel 16 a, b, d och f samt artikel 17). Detta gör det svårt att tillämpa ett heltäckande synsätt när man bedömer behovet av att se över dessa bestämmelser. I varje fall måste en översyn av dessa undantag bedömas i ljuset av EU:s internationella åtaganden vilka i nuläget avspeglar de undantag och avvikelser som anges i direktiven. Införandet av eventuella nya undantag skulle mot denna bakgrund säkerligen skapa problem. De internationella åtagandena lämnar emellertid utrymme för att uppdatera eller förtydliga undantagens innehåll och utformning. Avskaffandet av undantag som eventuellt inte längre behövs till följd av den rättsliga, politiska eller ekonomiska utvecklingen skulle även kunna övervägas.

Frågor:	
7.	Anser ni att de gällande bestämmelserna om undantagna kontrakt är lämpliga? Anser ni att avsnittet i fråga bör omarbetas eller att enskilda undantag behöver förtydligas?
8.	Anser ni att vissa undantag bör avskaffas, omprövas eller uppdateras? Om så är fallet, vilka? Vad skulle ni föreslå?

1.3. Offentliga upphandlare

Upphandling som görs av statliga myndigheter

Direktiv 2004/18/EG är tillämpligt på kontrakt som tilldelas av staten (inklusive alla dess underavdelningar), enheter på regional eller lokal nivå och offentligrättsliga organ, samt sammanslutningar av en eller flera av dessa enheter[25].

Medan begreppen ”staten” och ”lokala och regionala myndigheter” är ganska okomplicerade, är begreppet ”offentligrättsliga organ” mer komplicerat. Det är avsett att täcka in juridiskt oberoende organisationer som har nära kopplingar till staten och i allt väsentligt agerar som statliga enheter. I begreppet ingår exempelvis radio- och TV-bolag, universitet, sjukförsäkringskassor och kommunala bolag.

Definitionen som ges i direktiv 2004/18/EG har blivit föremål för en lång rad domar i EU-domstolen. I ljuset av denna rättspraxis kan villkoren sammanfattas på följande sätt:

(1) Ett organ som särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär,

---

24 Artiklarna 12–18 i direktiv 2004/18/EG.

25 När det gäller de enheter som är skyldiga att tillämpa direktiv 2004/17/EG hänvisas till punkt 7 nedan.

(2) Det är en egen juridisk person (privaträttslig eller offentligrättslig).

(3) Det är för sin finansiering, förvaltning eller tillsyn nära avhängigt av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra offentligrättsliga organ (för de exakta villkoren hänvisas till artikel 1.9 andra stycket c).

Den korrekta tillämpningen av dessa komponenter kräver en detaljerad analys från fall till fall, som väger in faktorer som exempelvis graden av konkurrens på marknaden och frågan om huruvida organet bedriver sin verksamhet i vinstsyfte och står för de förluster och risker som är förenade med dess verksamhet.

Fråga:

9. Anser ni att det nuvarande sättet att definiera offentliga upphandlare är lämpligt? Anser ni särskilt att begreppet ”offentligrättsliga organ” bör förtydligas och uppdateras i ljuset av EU-domstolens rättspraxis. Om så är fallet, vilken typ av uppdatering anser ni vara lämplig?

Allmännyttiga företag

Inom ramen för de gällande upphandlingsförfarandena regleras upphandlingar på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster av ett särskilt direktiv, 2004/17/EG. Dessa sektorer har vissa gemensamma särdrag: De är nätverksindustrier, dvs. de inbegriper användningen av fysiska eller ”virtuella” nätverk (dvs. olje- och gasledningar, elnät, postal infrastruktur, järnvägsnät osv.), eller utnyttjar geografiska områden, normalt på grundval av ensamrätt, för att tillhandahålla terminalanläggningar eller för att prospektera för eller eventuellt utvinna mineraler (olja, gas, kol osv.).

Ett ytterligare särdrag för dessa sektorer är att verksamheten i fråga inte enbart utförs av offentliga myndigheter utan också – och i vissa medlemsstater framför allt – av kommersiella företag, vare sig de är offentliga företag eller privata företag som bedriver verksamhet som grundas på särskilda eller exklusiva rättigheter. Ett viktigt skäl för att införa offentliga upphandlingsregler för dessa sektorer var avsaknaden av konkurrens på dessa marknader där de ekonomiska aktörerna bedriver sina verksamheter med stöd av särskilda eller exklusiva rättigheter som de har beviljats av medlemsstaterna när det gäller leveranser till eller upprättande eller drift av nätverk för att tillhandahålla tjänsterna i fråga. Det ansågs nödvändigt att utvidga tillämpningsområdet för upphandlingsreglerna till att även omfatta offentliga och privata ekonomiska aktörer, eftersom nationella myndigheter på en lång rad sätt kan påverka dessa enheters beteende, bland annat genom att bevilja (eller inte bevilja) särskilda eller exklusiva rättigheter eller genom medverkan i enheternas eget kapital och genom företrädare i enheternas styrelser, lednings- eller tillsynsorgan.

Bristen på tillräckligt starkt konkurrenstryck gjorde med andra ord att den disciplin som skapades genom tillämpningen av procedurreglerna i försörjningsdirektivet ansågs vara nödvändig för att säkerställa att upphandling inom ramen för de berörda verksamhetssektorerna skulle kunna genomföras på ett öppet och icke-diskriminerande sätt. Utan ändamålsenliga regler fruktade man att allmännyttiga företags upphandlingsbeslut skulle kunna påverkas av favoritism, lokala preferenser eller andra faktorer.

Sedan dess har liberaliseringen fortskridit både på EU-nivå och nationell nivå inom många av dessa sektorer (till exempel när det gäller el- och gasförsörjning, prospektering och utvinning

av fossila bränslen, posttjänster osv.). Erfarenheten visar emellertid att ”liberalisering”, dvs. en process som syftar till att ge fritt tillträde till den berörda verksamhetssektorn, inte nödvändigtvis eller automatiskt leder till stark konkurrens – ”etablerade ekonomiska aktörer” behåller ofta mycket betydande marknadsandelar och i vissa medlemsstater kan även närvaron av statsägda företag snedvrida konkurrensen.

De nuvarande direktivet innehåller en bestämmelse, artikel 30, som gör det möjligt för kommissionen att undanta vissa upphandlingar från direktivets tillämpningsområde om graden av konkurrens (på marknader som är direkt konkurrensutsatta) är sådan att konkurrenstrycket kommer att garantera nödvändig öppenhet och icke-diskriminering i upphandling inom sådan verksamhet. Hittills har kommissionen antagit 16 sådana beslut rörande nio olika medlemsstater, och en ansökan har återtagits. De hittills berörda sektorerna har varit elektricitetssektorn (produktion och försäljning), gassektorn (försäljning), olje- och (natur-)gassektorerna liksom olika delar av postsektorn (inom särskilda logistiksektorer, paket och finansiella tjänster).

En sista punkt att beakta är att allt fler privaträttsliga enheter vinner rätten att bedriva verksamhet efter att ha underställts öppna och genomblickbara förfaranden och därför inte har särskilda eller exklusiva rättigheter i den mening som avses i direktivet.

Det är också värt att notera att försörjningsdirektivets hela tillämpningsområde har förankrats internationellt, antingen i världshandelsorganisationens avtal om offentlig upphandling (GPA) eller i bilaterala avtal. Möjliga begränsningar av tillämpningsområdet skulle kunna resultera i en förändring av de internationella åtaganden som ingåtts av EU, vilket skulle kunna leda till kompensationskrav.

Frågor:

10. Anser ni att det fortfarande behövs upphandlingsregler på EU-nivå för dessa sektorer? Motivera era svar.

10.1. Om ja: Bör vissa sektorer som nu omfattas undantas eller, omvänt, bör bestämmelserna även omfatta andra sektorer? Vänligen förklara vilka sektorer som bör omfattas och motivera era svar.

11. Direktivets tillämpningsområde definieras för närvarande utifrån den verksamhet som de berörda enheterna utför, deras rättsliga ställning (offentliga eller privata) och om de är privata, förekomsten av särskilda eller exklusiva rättigheter. Anser ni att dessa kriterier är relevanta eller bör andra kriterier användas? Motivera ert svar.

12. Kan privata företags vinstsökande eller kommersiella grundsyn antas utgöra tillräckliga drivkrafter för att garantera att de genomför en objektiv och rättvis upphandling (också när de driver sin verksamhet på grundval av särskilda eller exklusiva rättigheter)?

13. Utgör de gällande bestämmelserna i direktivets artikel 30 ett effektivt sätt att anpassa direktivets tillämpningsområde till förändrade reglerings- och upphandlingsmönster på de relevanta (nationella och sektoriella) marknaderna?

2. ATT FÖRBÄTTRA DE UPPHANDLANDE MYNDIGHETERNAS VERKTYGSLÅDA

Upphandlande myndigheter klagar ibland på att den i EU-bestämmelserna föreskrivna regleringen inte är fullt ut anpassad till deras inköpsbehov. De anser att det i synnerhet behövs smidigare och mer flexibla förfaranden. De hävdar vidare att tillämpningen av hela regelverket i vissa fall inte är genomförbar (särskilt i fråga om upphandlingar som görs av mycket små upphandlande myndigheter), och att andra upphandlingssituationer (vissa samarbetsformer mellan offentliga myndigheter) helt bör undantas från tillämpningen av dessa regler. Det finns också offentliga inköpsområden där den i EU-bestämmelserna föreskrivna regleringen kan tänkas vara otillräcklig (gemensam upphandling, särskilda problem som uppstår efter det att kontraktet har tilldelats).

Dessa problem kommer att diskuteras i det följande avsnittet. Det framgår tydligt av återkopplingen från de ekonomiska aktörerna att EU-reglerna måste innehålla vissa grundläggande skyldigheter för att garantera likvärdiga upphandlingsvillkor i Europa, medan et antal mer detaljerade regler i de nuvarande direktiven skulle kunna ses över. Det måste dock noteras att försök att dra ned på EU-regelverket kommer att möta vissa hinder. En rad procedurkrav härrör direkt från WTO-avtalet om offentlig upphandling och de bilaterala avtal som EU har slutit, som exempelvis tidsfristerna för olika förfaranden, villkoren för att använda ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling eller offentliggörandet av ett kontraktstilldelningsmeddelande. Det skulle inte var möjligt att frångå eller ändra dessa krav utan att omförhandla EU:s internationella skyldigheter. Det är också värt att bära i minne att EU-reglerna kompletteras av en omfattande samling regler på nationell och regional nivå. Regler som upphävs på EU-nivå skulle kunna ersättas på andra nivåer, vilket skulle kunna riskera att skapa en mer diversifierad nationell lagstiftning och möjligen leda till ytterligare regler och krav i nationell lagstiftning, s.k. guldplätering[26]. All eventuell översyn av procedurreglerna kommer även behöva stämmas av mot målet att säkerställa största möjliga samstämmighet mellan den offentliga upphandlingslagstiftningen och andra delar av EU-rätten, som exempelvis kontroll av statligt stöd.

Frågor:

14. Anser ni att den nuvarande detaljnivån i EU:s upphandlingsregler är lämplig? Om inte, är de alltför detaljerade eller inte tillräckigt detaljerade?

2.1. Att modernisera förfaranden

Ett viktigt tema i den allmänna debatten är om direktivens förfaranden fortfarande är helt lämpliga i förhållande till de upphandlande myndigheternas och de ekonomiska aktörernas behov, eller om de bör ändras – och i så fall på vilket sätt – särskilt med tanke på att göra dem mindre komplicerade och tungrodda samtidigt som sund konkurrens om offentliga kontrakt och optimala upphandlingsresultat garanteras.

Allmänna förfaranden

[26] Begreppet ”Gold-plating” (guldplätering/förgyllning) beskriver att man i nationell lagsitftning inför ytterligare regler och krav i de standarder som föreskrivs av de relevanta EU-bestämmelserna.

I de nuvarande direktiven föreskrivs en rad verktyg och förfaranden. I både direktiv 2004/17/EG och direktiv 2004/18/EG ges upphandlare valfrihet mellan det öppna[27] och det selektiva[28] förfarandet. Situationen är något annorlunda när det gäller det förhandlade förfarandet med föregående meddelande[29] om upphandling. Försörjningsdirektivet medger ökad flexibilitet[30], vilket gör att försörjningsföretag fritt kan välja att tilldela kontrakt genom förhandlade förfaranden, förutsatt att de har offentliggjort en anbudsinfordran. Inom ramen för direktiv 2004/18/EG, å andra sidan, får förhandlade förfaranden med föregående meddelande om upphandling endast användas under de mycket specifika omständigheter som anges i artikel 30. I båda direktiven begränsas användningen av förhandlade förfaranden utan föregående meddelande om upphandling till exceptionella situationer, över vilka det ges en uttömmande förteckning[31] och som tolkas restriktivt.

På tjänsteområdet kan upphandlare också använda sig av formgivningstävlingar[32]. Ett antal specifika valmöjligheter i fråga om förfaranden och verktyg infördes i direktiven 2004, som exempelvis konkurrenspräglad dialog[33], dynamiska inköpssystem[34] och elektroniska auktioner[35]. I den ökade flexibilitet i valet av förfaranden som introducerades 2004 ingår möjligheten till centraliserad upphandling genom att handla upp från eller genom en inköpscentral[36] eller genom att tilldela ramavtal[37]. Kommissionen ansåg vidare, till följd av

---

27 Inom det öppna förfarandet offentliggör upphandlande myndigheter och enheter ett meddelande om upphandling, på grundval av vilket samtliga intresserade parter kan inkomma med sina anbud. Bland de anbudssökande som uppfyller kriterierna för kvalitativt urval, väljer de upphandlande myndigheterna det anbud som båst uppfyller tilldelningskriterierna i meddelandet om upphandling (lägsta pris eller ekonomiskt mest fördelaktiga anbud). Detta förfarande står för närmare tre fjärdedelar av alla förfaranden inom direktivens tillämpningsområde.

28 I det selektiva förfarandet kan samtliga ekonomiska aktörer svara på meddelandet om upphandling genom att anmäla sitt intresse att delta, men endast vissa anbudssökande, utvalda på grundval av de kriterier som anges i meddelandet om upphandling, inbjuds att lämna anbud.

29 I det förhandlade förfarandet samråder upphandlande myndigheter och enheter med utvalda ekonomiska aktörer och förhandlar med en eller flera av dem om villkoren i det kontrakt som ska ingås Sådan förhandling om anbudsvillkoren är inte möjlig i det öppna eller selektiva förfarandet.

30 Den ökade flexibibilitet som försörjningsdirektivet medger beror på att det inte enbart är tillämpligt på offentliga myndigheter, utan också på kommersiella bolag, vare sig de är offentliga företag eller privata bolag som bedriver sin verksamhet på grunval av särskilda eller exklusiva rättigheter. Dess förfaranden syftar därför till att efterlikna kommersiella förfaranden, om än sådana som tillförsäkrar en miniminivå av öppenhet och likabehandling

31 Artikel 31 i direktiv 2004/18/EG och artikel 40.3 i direktiv 2004/17/EG.

32 Formgivningstävlingar är förfaranden som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten eller enheten att förvärva en plan eller utformning som valts ut av en jury efter att ha konkurrensutsatts, till exempel en tävling för att få idéer beträffande utformningen av ett allaktivitetshus i ett kvarter som ingår i en plan för stadsförnyelse. Formgivningstävlingar kan också användas inom andra områden, exempelvis för att inskaffa planer på en möjlig framtida struktur för kommunikationsnät mellan förvaltningar på olika nivåer.

33 Inom ramen för detta förfarande för särskilt komplexa kontrakt kan de detaljerade kontraktsvillkoren fastställas genom en dialog mellan den upphandlande myndigheten och de anbudssökande. Artikel 29 i direktiv 2004/18/EG (förekommer endast i direktiv 2004/18/EG). Enligt aktuell statistik användes emellertid konkurrenspräglad dialog för mindre än 0,4 % av förfarandena.

34 Artikel 33 i direktiv 2004/18/EG.

35 Artikel 54 i direktiv 2004/18/EG.

36 Artikel 11 i direktiv 2004/18/EG.

37 I detta hänseende introducerades ny flexibilitet endast i direktiv 2004/18/EG (se artikel 32), eftersom de befintliga (och annorlunda) bestämmelserna i försörjningsdirektivet (artikel 14) ansågs vara fullt tillräckliga för de särskilda sammanhang som karakteriserar upphandling inom försörjningssektorerna.

den finansiella krisen, att användningen av ett påskyndat förfarande[38] var berättigad för genomförandet av stora offentliga investeringsprojekt under 2009 och 2010.

Det ökade antalet valmöjligheter i fråga om förfaranden behöver nu undersökas för att säkerställa huruvida förfarandena inom ramen för det aktuella direktivet fortfarande utgör den bästa möjliga verktygslådan för att garantera en effektiv upphandling, bland annat mot bakgrund av offentlig-privata partnerskaps ökande betydelse. Det bör göras en grundlig genomlysning av såväl utformningen av de olika typerna av förfaranden i sig som de olika krav som ställs i direktivet för olika steg i förfarandet[39] för att kunna bedöma hur effektivt de med minsta möjliga administrativa bördor garanterar optimala upphandlingsresultat[40].

Frågor:

15. Anser ni att de förfaranden som föreskrivs i de nuvarande direktiven ger de upphandlande myndigheterna möjlighet att uppnå bästa möjliga upphandlingsresultat. Om inte: Hur bör förfarandena förbättras för att lätta administrativa bördor/minska transaktionskostnader och förfarandenas tidsutdräkt, men samtidigt garantera att upphandlande myndigheter får mesta möjliga valuta för pengarna.

16. Kan ni tänka er andra typer av förfaranden, som inte anges i de nuvarande direktiven men som, enligt er uppfattning, skulle kunna göra upphandlingsförfarandena mer kostnadseffektiva.

17. Bedömer ni att de förfaranden och redskap som föreskrivs i direktivet för att hantera särskilda behov och för att underlätta privata aktörers deltagande i offentliga investeringar genom offentlig-privata partnerskap (t.ex. dynamiska inköpssystem, konkurrenspräglad dialog, elektroniska auktioner, formgivningstävlingar) bör bibehållas i sin nuvarande form, ändras (och i så fall på vilket sätt) eller avskaffas?

18. Grundat på er erfarenhet av användningen av det påskyndade förfarandet under 2009 och 2010, skulle ni förorda en mer utbredd användning av denna möjlighet att under vissa omständigheter förkorta tidsfristerna? Anser ni att detta vore möjligt utan att äventyra anbudens kvalitet?

Mer förhandling

Berörda parter framför ofta att det behövs mer flexibla upphandlingsförfaranden och att i synnerhet upphandlande myndigheter bör tillåtas att förhandla om kontraktsvillkoren med potentiella anbudsgivare.

---

38 Detta förfarande föreskrivs i artikel 38.8 i direktiv 2004/18/EG i brådskande fall där det är ogörligt att följa normala tidsfrister. Se pressmeddelande IP/08/2040 av den 19 december 2008.

39 Exempelvis regler som rör offentliggörande av upphandlingsmeddelanden, innehåll i anbudsdokument, tidsfrister för förfarandet, underlag för urvalskriterier, dokumentation och kommunikation med anbudsgivare.

40 Naturligtvis har den senaste informations- och kommunikationstekniken en stor potential att bidra till att förbättra förfarandena för alla parter och medverka till att minska byråkratin, framför allt när det gäller att samla in och inkomma med skriftliga bevis. Denna aspekt av moderniseringsdiskussionen tas emellertid inte upp i denna grönbok, eftersom den har varit föremål för ett tidigare samråd, grönboken om utvidgad användning av eletronisk upphandling i EU, SEK(2010) 1214, 18.10.2010.

Användningen av förhandlingar tillåts i WTO:s avtal om offentlig upphandling, förutsatt att det anges i meddelandet om upphandling. En sådan möjlighet skulle således kunna införas i EU:s allmänna upphandlingslagstiftning, under förutsättning att principerna om icke-diskriminering och rättvisa förfaranden efterlevs. Detta skulle faktiskt kunna ge upphandlande myndigheter större flexibilitet för att nå upphandlingsresultat som verkligen uppfyller deras behov.

Detta alternativ behöver diskuteras mer ingående med alla berörda parter, upphandlande myndigheter och ekonomiska aktörer. De tänkbara fördelarna med större flexibilitet och potentiell förenkling måste vägas mot de ökade riskerna för favorisering och, mer allmänt, alltför subjektiva beslut till följd av det större utrymme för egen fri bedömning som de upphandlande myndigheterna åtnjuter i det förhandlade förfarandet. En sådan subjektivitet skulle i sin tur göra det svårare att visa att det inte fanns inslag av statligt stöd i det resulterande kontraktet. Att de upphandlande myndigheterna ges mer fritt spelrum kommer vidare ge goda resultat endast om myndigheterna i fråga besitter det nödvändiga tekniska kunnandet, kunskapen om marknaden och förmågan att förhandla fram en gynnsam överenskommelse med leverantörerna.

Slutligen måste man noggrant bedöma för vilken typ av kontrakt eller kontraktsstorlek som förhandlade förfaranden skulle vara meningsfulla. Berörda parter hävdar ofta att förhandling skulle kunna vara särskilt lämpligt för tilldelningen av mindre kontrakt. Å andra sidan skulle det också kunna vara lämpligt – eller snarare – vara nyttigt för anbudsgivning gällande storskaliga projekt, särskilt genom offentlig-privata partnerskap. Med tanke på komplexiteten i sådana kontrakt kan det tänkas finnas ett ännu större behov av särskilt flexibla förfaranden och stora förhandlingsmarginaler, samt än mer teknisk expertis från den upphandlande myndighetens sida för att driva förhandlingarna.

Frågor:

19. Skulle ni förorda ett ökat förhandlingsinslag i förfaranden för offentlig upphandling och/eller en mer generell användning av det förhandlade förfarandet med föregående meddelande om upphandling?

20. I det sistnämnda fallet, anser ni att denna möjlighet bör medges för alla typer av kontrakt/alla typer av upphandlande myndigheter, eller bara tillåtas på vissa villkor?

21. Delar ni uppfattningen att en generaliserad användning av det förhandlade förfarandet skulle kunna medföra vissa risker för missbruk och/eller diskriminering? Utöver de skyddsåtgärder som redan föreskrivs i direktiven för det förhandlade förfarandet, skulle ytterligare skyddsåtgärder för öppenhet och överblickbarhet och icke-diskriminering vara nödvändiga för att uppväga den högre graden av fri bedömning? Vad skulle i så fall sådana ytterligare skyddsåtgärder kunna bestå av?

Handelsvaror och handelstjänster

I WTO-avtalet om offentlig upphandling föreskrivs vissa särskilda regler för ”varor eller tjänster av ett slag som i allmänhet säljs eller erbjuds på den kommersiella marknaden till, och som vanligen köps av, icke-statliga köpare för icke-statliga ändamål”. Handelsvaror och handelstjänster anses vara tillgängliga på marknaden i en standardiserad form och följaktligen förenklas upphandlingen av sådana varor och tjänster av det faktum att pris, kvalitet och villkor är allmänt etablerade på marknaderna. Det skulle kunna finnas argument för att införa

förenklade förfaranden för inköp av sådana varor och tjänster (exempelvis strömlinjeformade förfaranden med kortare tidsfrister).

Fråga:

22. Anser ni att det skulle vara lämpligt att föreskriva enklare förfaranden för inköpen av handelsvaror och -tjänster? Om så är fallet, vilka former av förenkling skulle ni föreslå.

Urval och tilldelning.

Enligt de gällande direktiven måste valet av vinnande anbudsgivare ske i två etapper. Under urvalsetappen bedömer den upphandlande myndigheten de ekonomiska aktörernas förmåga och lämplighet. Detta görs på grundval av uteslutningskriterier och kriterier rörande ekonomisk och finansiell ställning, yrkesmässigt och tekniskt kunnande och förmåga. Inom tilldelningsetappen granskar den upphandlande myndigheten anbuden och väljer det bästa anbudet. Detta görs på grundval av objektiva kriterier som sammanhänger med de föreslagna produkternas och tjänsternas kvalitet.

Enligt domstolens rättspraxis[41] är upphandlande myndigheter skyldiga att strikt skilja mellan urvalskriterier och tilldelningskriterier. Kontraktstilldelningsbeslut måste helt och hållet grundas på kriterier som gäller de varor och tjänster som erbjuds. Överväganden som är kopplade till anbudsgivarens förmåga att utföra kontraktet, som exempelvis hans erfarenhet, personalresurser och utrustning, är inte tillåtna.

I WTO-avtalet om offentlig upphandling skiljer man också mellan urvals- och kontraktstilldelningsbeslutet. Denna distinktion är emellertid mindre strikt än i ovan citerade rättspraxis eftersom WTO-avtalet om offentlig upphandling inte uttryckligen förbjuder att man i tilldelningsetappen beaktar kriterier som inte sammanhänger med de varor och tjänster som erbjuds, och således medger att anbudsgivarrelaterade kriterier beaktas.

Upphandlande myndigheter beklagar sig ibland över de administrativa bördor som det medför att först behöva kontrollera urvalskriterierna för samtliga anbudssökande och anbudsgivare innan man granskar tilldelningskriterierna. De hävdar att det, i vissa fall, skulle snabba upp förfarandet om det vore tillåtet att först granska tilldelningskriterierna, eftersom urvalskriterierna i så fall endast behövde granskas med avseende på den vinnande anbudsgivaren.

Det skulle i det hänseendet kunna finnas skäl att ompröva hur granskningen av urvals- och tilldelningskriterier organiseras och i vilket ordning det sker inom ramen för förfarandet. En fingervisning om detta står att finna i senare tids rättspraxis från EU-domstolen där det anges att ”även om det enligt gemenskapsdirektiven teoretiskt sett inte är uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt, står det dock klart att det är fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser”[42]. Detta antyder att det avgörande inte så mycket är ordningsföljden i stegen av förfarandet, utan den principiella åtskillnaden mellan urvalskriterier och tilldelningskriterier.

---

41 Se domarna av den 20 september 1988 i mål 31/87 Beentjes, pukterna 15-19, den 24 januari 2008 i mål C-532/06 Lianakis, punkt 30, och den 12 november 2009 i mål C-199/07 kommissionen mot Grekland, punkterna 51-55.

42 Se domarna Lianakis, punkt 26, och kommissionen mot Grekland, punkt 51.

Det lämpliga i en sådan möjlighet skulle dock behöva analyseras noggrant. Man kan bara föreställa sig en faktisk lättnad av administrativa bördor under vissa särskilda omständigheter. Att granska urvalskriterierna efter tilldelningskriterierna skulle bara vara meningsfullt om tilldelningskriterierna kan bedömas snabbt och enkelt för alla anbud. Detta skulle kunna vara fallet särskilt för kontrakt som gäller inköp av standardvaror till lägsta pris. Modellen skulle vidare vara svår att tillämpa i ett selektivt eller förhandlat förfarande där de anbudssökande som inbjuds att lämna anbud eller förhandla i normalfallet väljs ut på grundval av de kvalitativa urvalskriterierna, liksom även när kvalificeringssystem används.

Vissa berörda parter lägger fram långtgående förslag som skulle kunna innebära att den principiella åtskillnaden mellan urvals- och tilldelningskriterier ifrågasätts. De hävdar att möjligheten att beakta anbudsgivarrelaterade kriterier, exempelvis erfarenhet och kvalifikationer, som tilldelningskriterier skulle kunna förbättra upphandlingsresultaten.

Man bör dock vara medveten om att införandet av en sådan möjlighet skulle medföra stora förändringar i de förfaranden som fastställs i upphandlingsdirektiven. Åtskillnaden mellan urvals- och tilldelningskriterier garanterar rättvisa och objektivitet när anbud ska jämföras. Att tillåta att anbudsgivarrelaterade kriterier som erfarenhet och kvalifikationer medtas i kontraktstilldelningskriterierna skulle kunna undergräva jämförbarheten mellan de faktorer som ska beaktas och i slutändan strida mot principen om likabehandling. Att förlita sig på anbudsgivarrelaterade kriterier skulle således potentiellt också leda till snedvridning av konkurrensen. Förslag i den riktningen bör därför övervägas endast, om än alls, i begränsade fall, t.ex. för särskilda slag av kontrakt där den tillgängliga personalens kvalifikationer och meritförteckningar är särskilt relevanta.

Alla eventuella ändringar som påverkar principen om åtskillnad mellan urval och tilldelning måste under alla förhållanden övervägas med allra största försiktighet. Det kan komma att bli nödvändigt att införa ytterligare skyddsåtgärder för att garantera rättvisa och objektivitet i förfarandena.

Frågor:

23. Skulle ni förorda en mer flexibel syn på hur granskningen av urvals- och tilldelningskriterier organiseras och i vilket ordning det sker inom ramen för förfarandet? Om så är fallet, bedömer ni att det bör vara möjligt att undersöka tilldelningskriterierna före urvalskriterierna?

24. Anser ni att det undantagsvis skulle kunna vara motiverat att tillåta upphandlande myndigheter att beakta kriterier som rör den anbudssökande själv i tilldelningsetappen? Om ni anser det, i vilka fall, och vilka ytterligare skyddsåtgärder skulle enligt er uppfattning krävas för att garantera rättvisa och objektiva tilldelningsbeslut i ett sådant system?

Att beakta tidigare resultat

Berörda parter antyder också att de nuvarande direktiven inte skulle innehålla lämpliga instrument för att beakta tidigare erfarenheter som den upphandlande myndigheten kan ha haft av anbudsgivarens prestationer. Det är riktigt att beaktande av sådana erfarenheter skulle kunna ge nyttiga fingervisningar om anbudsgivarens kvalitet och det framtida arbetet. Denna möjlighet skulle dock kunna medföra uppenbara risker för diskriminering mellan anbudsgivare. Det skulle därför vara nödvändigt att införa lämpliga skyddsåtgärder för att

säkerställa lika behandling av anbudsgivare, öppenhet och överblickbarhet samt ett rättvist förfarande.

Fråga:

25. Anser ni att direktivet uttryckligen bör göra det möjligt att beakta tidigare erfarenhet av en eller flera anbudsgivare? Om ni anser det, vilka skyddsåtgärder skulle då krävas för att förhindra diskriminering?

Särskilda verktyg för allmännyttiga företag

Verktygen i försörjningsdirektivets förfaranden skiljer sig på en rad punkter väsentligt från dem i direktiv 2004/18/EG. En aspekt är att de kännetecknas av större flexibilitet i förfarandena för upphandlande myndigheter. Utöver den ovan nämnda valfriheten att använda ett förhandlat förfarande med föregående meddelande om upphandling förfogar försörjningsföretagen också över två särskilda verktyg för att organisera upphandlingen, nämligen följande: kvalificeringssystem[43] och förhandsmeddelande om upphandling[44].

Enligt villkoren i det nuvarande försörjningsdirektivet kan meddelanden om förekomsten av kvalificeringssystem användas som ett sätt att infordra anbud i fråga om upphandlingar alla slag av bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster som kommer att upphandlas under kvalificeringssystemets löptid, oberoende av antalet enskilda upphandlingsförfaranden som kommer att användas för det ändamålet. I de fall ett meddelande om förekomsten av kvalificeringssystem är det valda sättet att infordra anbud så kan det specifika kontraktet i fråga endast tilldelas genom selektiva eller förhandlade förfaranden i vilka anbudslämnare väljs ut bland dem – och endast bland dem – som redan är kvalificerade i enlighet med de regler som styr det berörda systemet. Kvalificeringssystem kan vara användbara verktyg i samband med upphandling av tekniskt krävande bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster[45] som inbegriper ett så utdraget förfarande för ekonomiska aktörer att kvalificera sig[46] att det är till fördel för alla berörda parter att använda samma kvalificeringsförfarande för ett antal enskilda upphandlingsförfaranden, snarare än att behöva upprepa kvalificeringsförfarandet för varje enskilt upphandlingsförfarande.

Förhandsmeddelande om upphandling kan användas som ett sätt att infordra anbud som gäller upphandlingar av bygg- och anläggningsarbeten, varor eller tjänster av ett visst slag som ska upphandlas under en tolvmånadersperiod, oberoende av antalet enskilda upphandlingsförfaranden som kommer att användas för detta ändamål. När ett förhandsmeddelande om upphandling väljs som det valda sättet att infordra anbud så får specifika kontraktet i fråga inte tilldelas genom öppna förfaranden, utan endast genom selektiva eller förhandlade förfaranden i vilka deltagarna väljs ut bland dem – och endast bland dem – som har anmält sitt intresse att svara på förhandsmeddelandet om upphandling. Förhandsmeddelande om upphandling används ofta som ett sätt att infordra anbud som gäller återkommande inköp av motsvarande likformiga varor, tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten och de kan därför underlätta försörjningsföretagens löpande verksamhet.

Fråga:

---

43 Se särskilt artikel 53.
44 Jfr. Artikel 42.3.
45 T.ex. rullande järnvägsmaterial, högtrycksgasledningar osv.
46 I vissa fall mer än sex månader.

26.	Anser ni att det behövs särskilda regler för upphandling i försörjningsföretag? Avspeglar de olika regler som gäller för försörjningsföretag och offentliga företag i tillräcklig grad särdragen i upphandling inom försörjningssektorerna?

2.2. Särskilda instrument för små upphandlande myndigheter

I synnerhet små upphandlande myndigheter klagar ofta på att tillämpningen av det fullständiga systemet av förfaranderegler och skyddsåtgärder när de ska tilldela sina relativt små kontrakt kräver en oproportionerligt stor tidsåtgång och arbetsinsats. När det gäller små kontrakt under direktivets tröskelvärden klagar de även på rättslig oförutsebarhet om huruvida det är nödvändigt att iaktta de skyldigheter som följer av primärlagstiftningen. Båda invändningarna skulle kunna hanteras på följande sätt:

Ett förenklat förfaranderamverk för lokala och regionala upphandlande myndigheter för tilldelningen av kontrakt som överstiger direktivens tröskelvärden

Det skulle kunna finnas skäl att utforma ett förenklat förfaranderamverk för lokala och regionala upphandlande myndigheter för att i full utsträckning kunna utnyttja den flexibilitet som myndigheter och försörjningsföretag på lägre nivå än den statliga nivån beviljas i WTO-avtalet om offentlig upphandling utan att ifrågasätta kravet på öppenhet. I det nuvarande direktivet gäller dessa mer flexibla förfaranden endast för försörjningsföretag, men inte för lokala eller regionala upphandlande myndigheter. Ett sådant differentierat system skulle kunna ge lokala myndigheter ökad frihet i sin upphandlingsverksamhet och minska administrativa bördor just på de områden där de skulle kunna vara oproportionerliga. Å andra sidan skulle införandet av olika nivåer av procedurkrav kunna öka komplexiteten i det totala rättsliga ramverket och skulle kunna vara svårt att införliva och tillämpa i praktiken, särskilt när det är fråga om tillämpningen av reglerna om statligt stöd[47].

Ett inslag i ett sådant mindre tungrott förfaranderamverk skulle kunna bestå i mindre strikta krav på offentliggörande: Enligt WTO-avtalet om offentlig upphandling kan en upphandlande myndighet på lägre nivå än den statliga tilldela ett kontrakt utan föregående enskilt meddelande om upphandling så länge den har tillkännagivit sin avsikt och har offentliggjort specifik information i ett förhandsmeddelande om upphandling eller ett meddelande om förekomsten av ett kvalificeringssystem[48]. Denna möjlighet skulle kunna minska de administrativa bördorna betydligt för upphandlande myndigheter. En möjlig avigsida skulle kunna vara försämrad tillgång till kontrakt för ekonomiska aktörer, vilket resulterar i minskad konkurrens om de enskilda kontrakten.

En annan möjlighet skulle kunna bestå i att tillåta en generaliserad tillämpning av det förhandlade förfarandet med föregående meddelande om upphandling. Denna möjlighet att tillåta förhandlingar generellt har redan diskuterats ovan (avsnitt 2.1). Det lämpliga i denna möjlighet specifikt för lokala och regionala upphandlande myndigheter bör noggrant analyseras. Det kan vara ett bra sätt att anpassa kontraktet att beakta sådana myndigheters specifika problem och behov. Å andra sidan är det inte säkert att små upphandlande myndigheter alltid har den köparstyrka och tekniska expertis som krävs för att föra förhandlingar på lika villkor med anbudsgivarna.

---

[47] Regler om statligt stöd är inriktade på den kompensation som beviljats snarare än på den upphandlande myndighetens storlek. En eventuell förändring i riktning mot ett mindre tungrott förfaranderamverk får inte påverka tillämpningen av reglerna om statligt stöd.

[48] För en närmare förklaring av dessa instrument hänvisas till avsnitt 2.1.

Frågor:

27. Anser ni att den fullständiga upphandlingsordningen är lämplig eller olämplig för mindre upphandlande myndigheters behov? Motivera ert svar.

28. Om ni anser det, skulle ni förorda en förenklad upphandlingsordning för lokala och regionala myndigheters tilldelning av relativt små kontrakt? Vad bör enligt er uppfattning kännetecknа en sådan förenklad ordning?

Ökad rättslig förutsebarhet för tilldelning av kontrakt som överstiger direktivens tröskelvärden

För många av de mindre lokala och regionala upphandlande myndigheternas upphandlingar understiger kontraktsbeloppen direktivens tröskelvärden. Enligt EU-domstolens rättspraxis måste emellertid tilldelningen av sådana kontrakt följa de grundläggande principerna i EU-lagstiftningen, som exempelvis icke-diskriminering samt insyn (transparens), om de har ett gränsöverskridande intresse. Kommissionen har meddelat sin uppfattning om de krav som domstolens rättspraxis ställer i sitt *tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling*[49].

Många upphandlande myndigheter hävdar emellertid att förtydligandet i detta meddelande inte alltid räcker i praktiken, särskilt när det gäller att avgöra huruvida det föreligger ett gränsöverskridande intresse. Osäkerheten om huruvida normerna i de grundläggande principerna måste iakttas i särskilda fall skulle kunna innebära svårigheter för särskilt de mindre upphandlande myndigheterna. Denna frågeställnings betydelse framgår också tydligt av de åtgärder som medlemsstaterna har vidtagit i detta sammanhang inom ramen för den finansiella krisen.

Även om kontrakt under tröskelvärdena troligtvis inte kommer att omfattas av ett framtida lagstiftningsförslag skulle ytterligare ledning kunna ses som en hjälp för upphandlande myndigheter när de i specifika fall ska bedöma om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Fråga:

29. Anser ni att EU-domstolens rättspraxis som den förklaras i kommissionens tolkningsmeddelande ger tillräcklig rättslig förutsebarhet när det gäller tilldelning av kontrakt under direktivens tröskelvärden? Anser ni i stället att det kan behövas ytterligare vägledning eller något annat EU-initiativ, exempelvis om indikationer på ett möjligt gränsöverskridande intresse? På vilka punkter skulle ni bedöma detta vara relevant eller nödvändigt?

[49] Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling av den 1 augusti 2006, (EUT 2006 C 179.2006, s. 02). Jfr. även beslutet i tribunalen av den 20 maj 2010 i mål T-258/06, Tyskland mot kommissionen.

2.3. Samarbete mellan offentliga myndigheter (offentlig-offentligt samarbete)

En annan fråga som har varit föremål för kontroverser de senaste decennierna gäller huruvida, och i vilken utsträckning, upphandlingsregler bör gälla kontrakt som ingåtts mellan offentliga myndigheter.

Principen om sund och öppen konkurrens förhindrar att kontrakt som ingås mellan offentliga myndigheter *automatiskt* undantas från att omfattas av tillämpningsområdet för EU:s upphandlingsdirektiv. Det stämmer dock att tillämpningen av dessa regler inte lämpar sig för vissa former av samarbete mellan offentliga myndigheter, och därför betraktar inte domstolen dem som offentlig upphandling.

En skiljelinje måste i själva verket dras mellan å ena sidan arrangemang mellan upphandlande myndigheter för att utföra deras offentliga uppdrag som ingår i deras rätt att själva organisera sitt arbete och å andra sidan upphandlingsverksamhet som bör dra nytta av öppen konkurrens mellan ekonomiska aktörer. Domstolen har gjort åtskillnad mellan särskilt två scenarier för samarbete mellan offentliga myndigheter som inte täcks av EU:s upphandlingsdirektiv.

Internt: Kontrakt som tilldelas en offentligägd enhet betraktas inte som offentlig upphandling om denna enhet kontrolleras av de upphandlande myndigheterna på ett sätt som motsvarar hur de kontrollerar sina egna avdelningar, och om de bedriver en väsentlig del av sin verksamhet med de upphandlande myndigheterna[50]. Flera upphandlande myndigheter kan använda en enda gemensamt kontrollerad intern enhet (vertikalt/institutionaliserat samarbete). Denna domstolens rättspraxis lämnar dock en rad frågor obesvarade, som exempelvis vad som exakt menas med ”motsvarande kontroll”, tilldelningen av kontrakt från den kontrollerade enheten till moderorganisation/-organisationer eller till den systerorganisation (dvs. en enhet som kontrolleras av samma moderorganisation).

”Horisontellt samarbete”: I en mer aktuell dom[51] konstaterade domstolen att utnyttjande av gemensamt kontrollerade interna enheter inte var det enda sättet att bedriva samarbete mellan offentliga myndigheter, och att sådant samarbete kan fortsatt bedrivas på en rent kontraktsmässig nivå (horisontellt/icke institutionaliserat samarbete). Denna typ av upplägg omfattas inte av EU:s upphandlingsregler om det är fråga om ett gemensamt utförande av ett allmännyttigt uppdrag av enbart offentliga enheter, med användning av egna resurser och i ett gemensamt syfte samt inbegripande ömsesidiga rättigheter och skyldigheter som går utöver ”utförande av ett arbete mot vederlag” för att uppnå mål av allmänt intresse.

Bortsett från dessa båda former av samarbete är det nödvändigt att nämna ett ytterligare fall som inte rör ”samarbete” i strikt mening mellan flera upphandlande myndigheter, utan snarare överföring av befogenheter för ett allmännyttigt uppdrag från en myndighet till en annan. En sådan överföring av befogenheter ligger utanför tillämpningsområdet för EU:s upphandlingsdirektiv om ansvaret för arbetsuppgiften som sådan överförs i sin helhet (till skillnad från att bara lägga ut det faktiska utförandet av uppdraget på en annan myndighet).

EU-domstolens framväxande rättspraxis har givit upphov till en tämligen komplicerade bild av möjliga undantag för samarbete mellan offentliga myndigheter, och erfarenheten har visat att upphandlande myndigheter inte alltid är på det klara med huruvida och under vilka omständigheter deras förbindelser faller inom tillämpningsområdet för EU:s lagstiftning på

---

50 Se t. ex. mål C-107/98, Teckal, C-324/07, Coditel och C-573/07, Sea.

51 Mål C-480/06, kommissionen mot Tyskland.

området för offentlig upphandling. För att möta detta behov av klargörande i det korta perspektivet kommer kommissionen i ett arbetsdokument från kommissionens avdelningar, som kommer att offentliggöras under 2011, att ge vägledning om tolkningen av rättspraxis.

Huvudfrågan gäller emellertid om och hur denna problemställning bör hanteras av lagregler som särskilt skulle kunna ange en tydlig definition av de former av samarbete som ligger utanför tillämpningsområdet för EU:s upphandlingsdirektiv.

Det skulle kunna vara nyttigt att utforska huruvida det finns anledning att införa ett begrepp med vissa gemensamma kriterier för att undanta samarbetsformer mellan offentliga myndigheter. Ett sådant begrepp bör utformas så att man tydligt skiljer mellan moderna sätt att organisera (gemensamt) upphandlande myndigheters utförande av allmännyttiga uppdrag, som enbart å ena sidan styrs av överväganden med hänvisning till allmänintresset (dvs. inte täcks av offentliga upphandlingsregler), och å andra sidan rent (affärsmässig) försäljning och inköp av varor och tjänster på marknaden (som täcks av reglerna). En noggrann analys måste göras av hur denna distinktion kan göras i praktiken, som även tar hänsyn till domstolens avgöranden i aktuella domslut. De nedan angivna aspekterna verkar vara särskilt viktiga i detta sammanhang.

För det första framgår det tydligt av domstolens rättspraxis[52] att varje samarbete mellan offentliga myndigheter som undantas från tillämpningsområdet för EU:s offentliga upphandlingsregler måste förbli rent offentligt. Medverkan av privat kapital i en av de samarbetande enheterna kommer därför förhindra att samarbetet i sig undantas från reglerna om offentlig upphandling.

Andra inslag som förefaller viktiga är kriteriet om ”begränsad marknadsmässig inriktning” för enheten i fråga, som utvecklats av domstolen på senare tid[53]. Om de berörda enheterna har marknadsmässig inriktning är de aktiva på marknaden i direkt konkurrens med privata aktörer och eftersträvar samma eller motsvarande kommersiella mål och använder samma styrmedel. Samarbete som undantas från upphandlingsreglerna och syftar till att uppfylla ett allmännyttigt uppdrag bör i princip inte inbegripa sådana enheter. Interna leverantörer med en marknadsmässig inriktning skulle även kunna ge upphov till konkurrensproblem och problem som sammanhänger med statligt stöd.

Slutligen är det nödvändigt att se till typen av koppling mellan samarbetande enheter. I institutionaliserat samarbete är det närvaron av en (gemensam) intern kontroll som kan komma att leda till att även ett avtal som i normala fall skulle omfattas av upphandlingsreglerna undantas från deras tillämpningsområde. I avsaknad av sådan kontroll, och för att skilja icke institutionaliserat samarbete från ett vanligt offentligt kontrakt förefaller det vara väsentligt att ett icke institutionaliserat samarbete bör inbegripa rättigheter och skyldigheter som går utöver ”utförande av ett arbete mot vederlag” och att det huvudsakliga syftet med samarbetet inte är av kommersiellt slag.

Frågor:

---

52 Mål C-26/03, Stadt Halle.

53 Mål C-573/07, SEA, punkt 73. Kraven i dom C-480/06 att samarbetet uteslutande ska styras av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse och att principen om likabehandling av intresserade personer ska respekteras pekar i samma riktning.

30.	Mot bakgrund av det ovanstående, anser ni att det skulle vara meningsfullt att införa lagbestämmelser på EU-nivå rörande tillämpningsområdet och kriterierna för samarbete mellan offentliga myndigheter (offentlig-offentligt samarbete)?
31.	Skulle ni instämma i att ett koncept med vissa gemensamma kriterier för samarbetsformer mellan offentliga myndigheter som är undantagna från upphandlingsreglerna bör utvecklas? Vilka anser ni bör vara de viktigaste komponenterna i ett sådant koncept?
32.	Skulle ni i stället föredra särskilda regler för olika samarbetsformer, som följer av EU-domstolens rättspraxis (t.ex. internt och horisontellt samarbete)? Förklara i så fall varför och vilka reglerna bör vara.
33.	Bör EU-regler även omfatta överföring av befogenheter? Förklara varför.

2.4. Lämpliga verktyg för samlade inköp/gemensam upphandling

En av de frågeställningar där berörda parter ofta klagar på vad de upplever som bristande instrument på EU-nivå gäller frågan om samlade inköp/samordning av offentlig upphandling mellan upphandlande myndigheter.

De som förordar en sådana samlade inköp understryker de betydande positiva effekterna för leverantörer och upphandlande myndigheter, bland annat följande: Skalfördelar, lägre produktionskostnader till förmån för företagen och de europeiska skattebetalarna, ökad köparmakt för de offentliga myndigheternas del och en möjlighet för dem att lägga samman yrkeskompetens och sakkunskaper samt dela kostnader och risker i samband med upphandlingen. Möjligheten att dela på kostnader och risker i synnerhet skulle också underlätta strategisk upphandling av nya, innovativa produkter och tjänster och på så sätt främja utvecklingen av nya produkter och marknader[54].

I synnerhet skulle gränsöverskridande samarbete mellan upphandlande myndigheter från olika medlemsstater kunna bidra till att göra upphandlingsmarknaderna mer integrerade, uppmuntra sammansmältningen av europeiska marknader över nationsgränserna och på så sätt skapa en bärkraftig, internationellt konkurrenskraftig europeisk industriell bas.

De nuvarande direktiven erbjuder redan en rad verktyg för samlade inköp, bland annat genom inköpscentraler[55]. Det finns andra instrument som inte är specifikt utformade för samlade inköp, men som kan använda för detta ändamål, exempelvis möjligheten att ingå ramavtal som ett flertal upphandlande myndigheter är parter i. Upphandlande myndigheter kan naturligtvis även samordna sin upphandlingsverksamhet genom att helt enkelt dela med sig av sina erfarenheter eller samordna vissa etapper i upphandlingsförfarandet.

Det finns emellertid behov av att diskutera de återkommande kraven på mer specifika instrument på EU-nivå för att samordna inköp, särskilt gränsöverskridande gemensam upphandling. I sådana instrument och mekanismer skulle det vara nödvändigt att göra en avvägning mellan att tillåta en ökad samordning av inköp inom strategiska sektorer och att

---

54 Detta är skälet till att man i flaggskeppsinitiativet ”inovationsunionen” (SEK(2010) 1161), som syftar till en nystart för den europeiska innovations- och forskningspolitiken inom ramen för Europa 2020-strategin, även efterlyser ett EU-initivativ om gemensam upphandling.

55 Jfr. artikel 1.10 i direktiv 2004/18/EG.

inte begränsa konkurrensen på upphandlingsmarknaderna (särskilt till nackdel för små och medelstora företag), dvs. genom att dela upp kontrakt i mindre delkontrakt.

När det gäller gränsöverskridande gemensam offentlig upphandling kan det finnas ytterligare rättsliga frågeställningar att hantera, däribland följande: Att kartlägga vilken nationell lagstiftning som är tillämplig på det offentliga upphandlingsförfarandet och upphandlingskontraktet, de upphandlande myndigheternas förmåga att tillämpa annan nationell lagstiftning än deras egen, beslut om vilket organ som är behörigt och vilka regler som är tillämpliga för överprövning av upphandlingsbeslut, och så vidare.

Frågor:

34. Ställer ni er allmänt sett positiv till en starkare inköpssamordning/mer gemensam upphandling? Vilka är enligt er uppfattning för- respektive nackdelarna?

35. Finns det enligt er uppfattning hinder för en effektiv samordning av inköp/gemensam upphandling? Anser ni att de instrument som anges i dessa direktiv för samordning av inköp (inköpscentraler, ramavtal) fungerar väl och är tillräckliga? Om inte, hur bör dessa instrument förändras? Vilka andra instrument eller bestämmelser skulle enligt er uppfattning krävas?

36. Anser ni att en stark samordning av inköp/gemensam upphandling skulle kunna innebära risker för att konkurrensen begränsas och att små och medelstora företags tillträde till offentliga kontrakt hindras. Om så är fallet, hur kan man minska eventuella risker?

37. Anser ni att gemensam offentlig upphandling skulle passa vissa specifika produktområden bättre än andra? Om så är fallet, vänligen ange vissa av dessa områden och motivera varför ni anser att dessa områden är särskilt lämpliga.

38. Ser ni särskilda problem med gränsöverskridande gemensam upphandling (t.ex. när det gäller tillämplig lagstiftning och prövningsförfaranden)? Anser ni närmare bestämt att den nationella lagstiftningen i ert land skulle medge att en upphandlande myndighet skulle bli föremål för ett prövningsförfarande i en annan medlemsstat?

2.5. Hantering av problem som rör fullgörande av kontrakt

I de nuvarande direktiven regleras inte kontraktets fullgörande på annat sätt än genom att kräva förhandsöppenhet om klausuler som gäller fullgörande av kontrakt (uppgift i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget). En del problem som uppstår under etappen för kontraktets fullgörande kan emellertid få allvarliga konsekvenser när det gäller icke diskriminering mellan anbudsgivare och i fråga om sundheten i den offentliga upphandlingen generellt. Frågan uppstår om huruvida EU-reglerna bör föreskriva specifika regleringsinstrument som skulle kunna göra det möjligt för de upphandlande myndigheterna att hantera dessa problem mer effektivt.

Väsentliga förändringar

En särskilt komplicerad fråga är problemet med efterföljande händelser som har påverkar själva kontraktet eller dess fullgörande.

Enligt domstolens rättspraxis kräver ändringar av offentliga kontraktsbestämmelser under kontraktets löptid ett nytt förfarande för kontraktstilldelning om bestämmelserna i sak skiljer sig från dem i det ursprungliga kontraktet[56].

Domstolen har redan givit en viss fingervisning om när ändringar bör betraktas som väsentliga. Detta är bland annat fallet när de inför villkor som, om de betydligt utvidgar kontraktets omfattning eller om de ändrar den ekonomiska jämvikten i kontraktet skulle ha tillåtit deltagande av eller val av andra anbudsgivare[57]. Upphandlande myndigheter har emellertid angivit att rättspraxis vad gäller vissa ändringar inte förefaller vara tillräckligt tydlig i fråga om att fastställa huruvida det krävs ett nytt upphandlingsförfarande.

Det aktuella samrådet söker klargöra huruvida det krävs ett rättsligt förtydligande på EU-nivå för att fastställa villkoren för att en kontraktsändring ska föranleda ett nytt upphandlingsförfarande. Ett sådant förtydligande skulle också kunna ta itu med de eventuella följderna av sådana ändringar (t.ex. föreskriva ett förenklat upphandlingsförfarande för att lämna anbud på det förändrade kontraktet)[58].

Frågor:

39. Bör upphandlingsdirektiven reglera frågan om väsentliga förändringar i ett kontrakt under dess löptid. Om så är fallet, vilka förtydliganden skulle ni föreslå?

40. Om det på grund av en ändring av en eller flera väsentliga villkor blir nödvändigt att anordna ett nytt anbudsförfarande skulle det vara motiverat att tillämpa ett mer flexibelt förfarande? Vilket förfarande skulle det kunna vara?

Förändringar som rör den kontraktsslutande parten och hävande av kontrakt

Komplicerade frågor uppstår även till följd av förändringar som rör den utvalda leverantören själv. Enligt domstolens rättspraxis utgör utbyte av den leverantör som av den upphandlande myndigheten ursprungligen hade tilldelats kontraktet mot en ny leverantör en väsentlig förändring, och kräver därför en ny kontraktstilldelning, såvida inte det utbytet hade förutsetts i villkoren i det ursprungliga kontraktet, exempelvis genom införande av en bestämmelse om anlitande av underleverantörer. Detta gäller dock inte om ett kontrakt överförs till en annan leverantör inom samma koncern som en del av en intern omorganisation[59]. Å andra sidan kan ett byte av underleverantör i undantagsfall betraktas som en väsentlig förändring av kontraktet, även om möjligheten att ändra har förutsetts i kontraktsvillkoren[60].

Erfarenheter från berörda parter ger vidare vid handen att inte bara utbytet av leverantör mot en annan juridisk person, utan även ändringar i dess rättsliga ställning, kan ha en betydande effekt på kontraktsjämvikt eller ett sunt kontraktsutförande (t.ex. oförutsedda händelser som

---

56 Se domsluten av den 5 oktober 2000 i mål C-337/98 kommissionen mot Frankrike, punkterna 44 och 46, av den 19 juni 2008 i mål C-454/06 pressetext Nachrichtenagentur, punkterna 34–37 och av den13 april 2010 I mål C-91/08, Wall AG, punkt 37.

57 Se dom i mål pressetext Nachrichtenagentur, punkterna 35–37.

58 En lösning för vissa specifika ändringar anges redan i artikel 31.4 i direktiv 2004/18/EG som tillåter att ett förhandlat förfarande utan föregående meddelande om upphandling på vissa villkor används för kompletterande byggentreprenader eller tjänster.

59 Dom pressetext Nachrichtenagentur , punkt 40.

60 Se dom WallEG, punkt 39.

påverkar förmågan att utföra kontraktet, som exempelvis konkurs, medarbetare med specialkompetens som lämnar bolaget osv.).

Det bör här också föras en diskussion för att utröna om det krävs instrument på EU-nivå för att hjälpa upphandlande myndigheter att hantera dessa situationer på ett lämpligt sätt, t.ex. huruvida upphandlande myndigheter ska ges rätt att avsluta kontraktet i händelse av stora förändringar som rör leverantören, och/eller ett nytt förenklat förfarande för att ersätta den tidigare leverantören i sådana fall[61].

En sådan uttrycklig möjlighet för upphandlande myndigheter att avsluta kontrakt skulle kunna behövas även i de fall där EU-domstolen förklarar att ett specifikt kontrakt har tilldelats i strid med EU:s regler för offentlig upphandling. Även om en medlemsstat är skyldig att häva kontrakt som tilldelats i strid med EU-regler[62] saknas i vissa nationella lagstiftningar föreskrifter om rätten att häva sådana kontrakt, vilket gör det svårt – för att inte säga i praktiken omöjligt – för upphandlande myndigheter att vidta lämpliga åtgärder för att efterleva domstolens domar i fall av överträdelser.

Frågor:

41. Anser ni att skulle ligga ett mervärde i att införa EU-regler om förändringar inom ramen för genomförandet av kontraktet? Om så är fallet, vad skulle mervärdet av regler på EU-nivå bestå i? Bör EU-reglerna särskilt föreskriva om en uttrycklig skyldighet eller rättighet för de upphandlande myndigheterna att i vissa fall kunna byta leverantör/häva kontraktet? Om ja, under vilka omständigheter? Bör EU också fastställa specifika förfaranden för hur de nya leverantörerna måste/får väljas ut?

42. Håller ni med om att det i EU:s upphandlingsdirektiv bör krävas att medlemsstaterna i sina nationella lagstiftningar föreskriver om rätten att häva kontrakt som har tilldelats i strid med upphandlingslagstiftningen.

Generellt sett är nationella regelverk om genomförande av kontrakt i många medlemsstater ganska detaljerade och kan innebär stora administrativa bördor (t.ex. verkställighetsgarantier, leveransvillkor, förseningar, prisjusteringsklausuler osv.). Antalet nationella regler på detta område skulle möjligen minskas genom införande av gemensamma normer för vissa aspekter på EU-nivå.

Fråga:

43. Anser ni att vissa aspekter av kontraktsgenomförandet – och i så fall vilka aspekter– bör regleras på EU-nivå? Beskriv närmare.

Utläggande på entreprenad

Den befintliga lagstiftningen innehåller bara mycket begränsade regler om underentreprenader. I artikel 25 i direktiv 2004/18/EG föreskrivs att upphandlande

---

61 Ett sådant förfarande skulle också kunna erbjuda dellösningar som exempelvis möjligheten att ge uppdraget till den anbudsgivare som lämnade det näst bästa anbudet i det ursprungliga anbudsförfarandet eller att på nytt öppna anbudsförfarandet med deltagande av endast anbudsgivarrna i det ursprungliga förfarandet, under förutsättning att det tidigare förfarandet inte ligger alltför långt tillbaka i tiden..

62 Se Mål C-503/04,- kommissionen mot Tyskland.

myndigheter får begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på underleverantörer. Enligt domstolens rättspraxis har emellertid en anbudsgivare i princip rätt att ta hjälp av underleverantörer för utförandet av kontraktet, även om detta innebär att en stor del av kontraktet eller hela kontraktet utförs av underleverantörer. Utnyttjande av underleverantörer för väsentliga delar av kontraktet kan endast begränsas eller förbjudas om den upphandlande myndigheten inte hade möjlighet att kontrollera underleverantörernas tekniska kapacitet och ekonomiska ställning.

Vissa berörda parter efterfrågar striktare begränsningar för underentreprenader för att ge upphandlande myndigheter möjlighet att utöva större inflytande över kontraktsutförandet. De förespråkar exempelvis möjligheten att undanta underentreprenader helt eller åtminstone från väsentliga delar av kontraktet, eller att begränsa utnyttjandet av underleverantörer till en viss procentandel av kontraktet eller ge den upphandlande myndigheten en generell rätt att förkasta föreslagna underleverantörer.

Fråga:

44. Anser ni att upphandlande myndigheter bör ha större möjligheter att utöva inflytande över utvalda anbudsgivares användning av underentreprenader? Om så är fallet, vilka instrument skulle ni föreslå?

3. EN MER TILLGÄNGLIG EUROPEISK UPPHANDLINGSMARKNAD

Ett av de främsta syftena med EU:s lagstiftning om offentlig upphandling är att de ekonomiska aktörerna ska få möjlighet att konkurrera effektivt om offentliga kontrakt i andra medlemsstater. Sedan de första direktiven om offentlig upphandling infördes på 1970-talet har avsevärda framsteg uppnåtts. Det finns dock fortfarande utrymme för förbättringar så att en europeisk upphandlingsmarknad skapas som verkligen är tillgänglig för alla europeiska företag. Särskilt små och medelstora företag behöver kunna få bättre tillträde till marknaderna, och upphandlingsmarknaderna behöver bli mer konkurrensutsatta.

Fråga:

45. Anser ni att de ekonomiska aktörerna med de nuvarande direktiven fullt ut kan dra nytta av den upphandling som sker på den inre marknaden? Om inte, vilka bestämmelser anser ni inte är så väl anpassade till deras behov och varför?

3.1. Bättre tillträde för små och medelstora företag och nystartade företag

Syftet med direktiven om offentlig upphandling är att öppna marknaden för offentlig upphandling för alla ekonomiska aktörer, oavsett storlek. Frågan om de små och medelstora företagens tillträde till dessa marknader måste dock uppmärksammas särskilt[63].

De små och medelstora företagen utgör grunden i EU:s ekonomi och de har en enorm potential att skapa sysselsättning, tillväxt och innovation. Om de på att enkelt sätt har tillträde till upphandlingsmarknaderna kan detta hjälpa dem att frigöra denna tillväxt- och

[63] Se även den uppmaning som Europaparlamentets riktat till kommissionen om att underlätta för små och medelstora företag att få tillträde till upphandlingsmarknaderna i betänkandet om nya utvecklingstendenser inom offentlig upphandling (2009/2175(INI)).

innovationspotential, samtidigt som det får positiva effekter på den europeiska ekonomin. Om många små och medelstora företag deltar vid offentlig upphandling kan de upphandlande myndigheterna dessutom avsevärt bredda sin potentiella leverantörsbas, vilket påverkar konkurrensen om offentliga kontrakt positivt och utgör en motvikt till dominerande marknadsaktörer.

För att små och medelstora företag i största möjliga utsträckning ska kunna delta vid offentlig upphandling oavsett hur stor upphandlingen är, offentliggjorde kommissionen 2008 en europeisk kod för bästa praxis för att underlätta små och medelstora företags tillträde till offentliga kontrakt[64]. Koden belyser och utvecklar praxis inom ramen för EU:s regler som underlättar små och medelstora företags deltagande vid upphandling och säkerställer lika möjligheter för dessa anbudsgivare.

Mellan 58 % och 61 % av alla företag som tilldelades offentliga kontrakt *över EU:s tröskelvärden* var små och medelstora företag under perioden 2006–2008 enligt en aktuell studie som Europeiska kommissionen beställt[65]. Mellan 31 % och 38 % av det uppskattade totala kontraktsvärdet vid offentlig upphandling gick till små och medelstora företag, medan deras samlade andel av ekonomin är 52 %, beräknat utifrån deras sammanlagda omsättning.

Det är därför värt att undersöka om det är nödvändigt att planera för lagstiftning på EU-nivå för att säkerställa att upphandlande myndigheter fullt ut utnyttjar de små och medelstora företagens ekonomiska och innovativa potential vid sin upphandling.

Mindre administration i urvalsfasen

Återkoppling från små och medelstora ekonomiska aktörer visar att de största hindren för dessa företags deltagande i offentlig upphandling står att finna i urvalsfasen. Dels handlar det om de styrkande underlag som ska lämnas. Det stora antalet intyg som ofta krävs i urvalsfasen utgör en administrativ börda som små och medelstora företag kan ha svårt att hantera, särskilt i gränsöverskridande sammanhang när intygen dessutom måste översättas. Dels sätts själva urvalskriterierna så högt (t.ex. kraven på omsättning eller antalet begärda referenskontrakt) att det är så gott som omöjligt för små och medelstora företag att uppfylla dem.

Beträffande den första frågan (styrkande av att urvalskriterierna uppfylls) kan en lösning som ofta förespråkas vara att låta företagen som ett första steg bara lämna in en sammanfattning av dessa uppgifter för själva urvalsfasen och/eller lämna in en egen försäkran om att urvalskriterierna är uppfyllda. Det blir då bara den eller de anbudsgivare som går vidare till tilldelningsfasen som ombeds att lämna in faktiskt styrkande handlingar (intyg). För att förhindra bedrägeri skulle den upphandlande myndigheten dock ha möjlighet att begära in dessa handlingar när som helst under, eller till och med efter, upphandlingsförfarandet. Detta skulle minska den administrativa bördan, särskilt för små och medelstora företag, utan att äventyra garantierna för att man verkligen fattar välgrundade beslut.

Beträffande den andra frågan (alltför stränga urvalskriterier) kan man överväga att i EU-reglerna införa ett tak för vissa krav när det gäller det kvalitativa urvalet, särskilt avseende den finansiella ställningen. Med detta skulle man kunna undvika att upphandlande myndigheter ställer upp alltför stränga urvalskriterier (t.ex. för omsättning) som leder till att

---

64 Arbetsdokument från kommissionens avdelningar, SEK(2008) 2193.

65 Utvärdering av små och medelstora företags tillträde till upphandlingsmarknader i EU (uppdatering 2009), gjord i september 2010. Beställd av Generaldirektoratet för näringsliv. Konsult: GHK.

små och medelstora företag inte kan delta. En sådan åtgärd skulle bygga vidare på den skyldighet som redan finns att tillämpa proportionella urvalskriterier. Å andra sidan skulle detta inskränka de upphandlande myndigheternas frihet att själva fastställa de krav som de anser är nödvändiga för att kontraktet ska genomföras korrekt.

Andra förslag

Det har även framförts förslag från berörda parter om positiv särbehandling av små och medelstora företag, t.ex. att man på förhand reserverar särskilda kvoter för små och medelstora företag. EU anser inte, till skillnad från vissa av våra handelspartner som har infört sådana åtgärder, att marknader bör reserveras för särskilda företag. Sådana åtgärder skulle även strida mot principen om att anbudsgivare ska behandlas lika, vilket är en grundprincip i EU:s regelverk om offentlig upphandling som är förankrad av domstolen som en grundläggande frihet enligt fördraget.

Interna administrativa åtgärder som uppmuntrar de upphandlande myndigheterna att göra sitt yttersta för att underlätta för de små och medelstora företagen att få tillgång till deras offentliga kontrakt kan dock vara en framkomlig väg. En idé kan t.ex. vara att ställa upp mål för dessa företags andel av den totala upphandlingen. Ett sådant system skulle inte innebära att *särskilda kontrakt reserveras* för små och medelstora företag, utan det skulle bara vara ett incitament för upphandlande myndigheter att på bästa möjliga sätt utnyttja de instrument som finns för en småföretagarvänlig upphandling.

Ett annat alternativ kan vara att upphandlande myndigheter får möjlighet att ställa krav på att den anbudsgivare som får kontraktet lägger ut en viss andel av kontraktet på tredje part. En sådan skyldighet finns redan i direktiv 2004/18/EG för koncessioner avseende byggentreprenader (artikel 60) och i direktiv 2009/81/EG om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (artikel 21).

Frågor:

46. Anser ni att EU:s regler och politik om offentlig upphandling redan är tillräckligt småföretagarvänlig? Eller anser ni att vissa regler i direktivet bör ses över eller att ytterligare åtgärder bör vidtas för att främja små och medelstora företags deltagande vid offentlig upphandling? Motivera er ståndpunkt.

47 Anser ni att vissa av de åtgärder som anges i koden för bästa praxis bör vara obligatoriska för upphandlande myndigheter, t.ex. att kontraktet ska delas upp i flera delar (med vissa förbehåll)?

48. Anser ni att de regler som rör valet av anbudsgivare leder till orimlig administration för små och medelstora företag? Hur kan dessa regler i så fall ändras utan att garantierna för insyn och öppenhet, icke-diskriminering och ett högkvalitativt genomförande av kontrakt äventyras?

49. Förordar ni en lösning som innebär att det bara är anbudsgivare som är kvar i slutomgången eller den anbudsgivare som tilldelas kontraktet som måste lämna in styrkande handlingar?

50. Anser ni att en försäkran från anbudsgivaren själv är ett lämpligt sätt att minska administrationen i samband med att man ska styrka att urvalskriterierna är uppfyllda eller är en sådan försäkran inte tillräckligt tillförlitlig för att kunna ersätta intyg? På

vilka punkter kan en egen försäkran vara ändamålsenlig (särskilt uppgifter som rör själva företaget) och på vilka är den inte det?

51. Anser ni att alltför strikta krav på omsättning för att visa att företaget har den finansiella kapaciteten utgör ett problem för små och medelstora företag? Bör EU:s lagstiftning föreskriva en maxkvot för att säkerställa att urvalskriterier är proportionella (t.ex. att den totala omsättning som krävs inte får överskrida en viss multipel av kontraktsvärdet)? Föreslår ni andra instrument för att se till att urvalskriterierna står i proportion till kontraktsvärdet och kontraktsföremålet?

52. Vilka fördelar och nackdelar innebär det om medlemsstaterna kan tillåta eller ställa krav på att de upphandlande myndigheterna ska ålägga den anbudsgivare som tilldelas kontraktet att lägga ut en viss andel av huvudkontraktet på tredje part?

3.2. Säkrad effektiv konkurrens på lika villkor

Offentliga upphandlare handlar ofta på marknader med konkurrensbegränsande strukturer[66]. På dessa marknader kan syftet med upphandlingsreglerna – dvs. en öppen och effektiv konkurrens – bli svårt att uppnå bara genom att tillämpa de förfaranderegler som föreskrivs i de nuvarande direktiven. Om upphandlingsbeslut fattas utan hänsyn till marknadsstrukturerna riskerar konkurrensbegränsande strukturer att befästas eller till och med förvärras, även om reglerna i direktiven följs. Detta gäller särskilt om det rör sig om höga kontraktsvärden och sektorer där myndigheter är de huvudsakliga kunderna och den privata efterfrågan inte är tillräckligt stor för att skapa en motvikt till effekterna av myndigheternas inköp på marknaden.

En smart upphandling som syftar till att maximera konkurrensen på dessa marknader kräver först och främst att inköparna har god kännedom om den aktuella marknadsstrukturen. Vidare måste de anpassa sina upphandlingsstrategier (utformning av kontrakt och val av förfaranden) i enlighet med detta. De upphandlande myndigheterna bör t.ex. undvika upphandlingskontrakt som bara kan genomföras av en eller mycket få marknadsaktörer, eftersom detta befäster oligopol och gör det nästan omöjligt för nya aktörer att komma in på marknaden. I värsta fall slutar det med att den upphandlande myndigheten bara har en enda dominant leverantör att tillgå som kan bestämma både kontraktsvillkor och priser.

Hur kontrakten ska utformas beror alltså på vilken struktur som råder på marknaden. Om mindre konkurrenter på marknaden kan leverera de aktuella varorna eller tjänsterna i mindre skala kan ett effektivt sätt att maximera konkurrensen vara att minska kontraktens volym eller varaktighet. En effektiv konkurrens kan också åstadkommas om kontrakten delas upp i mindre delar, eventuellt kompletterat med att man bestämmer högsta antal delar som kan gå till en och samma anbudsgivare. Om det inte finns tillräckligt många konkurrenter bland de mindre företagen kan ett annat sätt att säkerställa en effektiv konkurrens vara att samla flera inköp till ett enda kontrakt, så att det eventuellt blir attraktivt för aktörer från andra medlemsstater.

---

66 Marknaden för avfallshantering domineras i många medlemsstater av en eller två stora aktörer. Byggsektorn är, åtminstone när det gäller stora infrastrukturprojekt, oligopolistisk med en benägenhet till kartellbildning. Andra exempel är IT-försörjning, elmarknaden i vissa medlemsstater, vilket illustreras av besluten enligt artikel 30 om elmarknaden i Tjeckien, Spanien och Italien, samt marknaden för vissa posttjänster i ett antal medlemsstater, vilket illustreras av besluten enligt artikel 30 om postsektorn i Sverige, Finland och Österrike.

Det finns ett antal andra instrument som ofta förs fram för en säkrad effektiv konkurrens på upphandlingsmarknaderna och som kan införas på EU-nivå som alternativ för medlemsstaterna eller upphandlande myndigheter. Som nämns ovan ökar oftast antalet giltiga anbud om man lättar på urvalskriterierna[67]. Ofördelaktiga kontrakt som är framtvingade av dominerande leverantörer kan undvikas om man på förhand fastställer ett maxpris för kontraktet eller förbehåller sig rätten att avbryta förfarandet om det bara är en anbudsgivares anbud som godkänns i urvalsfasen.

Generellt bör om möjligt också åtgärder övervägas som syftar till att underlätta deltagandet av anbudsgivare från andra medlemsstater. Som redan nämnts finns det fortfarande en stor outnyttjad potential att öka den inomeuropeiska handeln inom offentlig upphandling för att skapa en verklig europeisk upphandlingsmarknad. Affärsmöjligheterna för europeiska företag skulle då komma att mångfaldigas och den potentiella leverantörsbasen skulle samtidigt öka för upphandlande myndigheter. Det gränsöverskridande deltagandet kan underlättas av ett bättre ömsesidigt erkännande av intyg (eller till och med införande av ett gemensamt europeiskt förkvalificeringssystem). Några berörda parter föreslår till och med att man för vissa större kontrakt kan ta fram anbudsspecifikationerna på ytterligare ett språk eller acceptera anbud på främmande språk. För vissa steg i förfarandet kan man också överväga att använda automatisk översättning, åtminstone för preliminär information.

Alla åtgärder som syftar till att öka konkurrensen på upphandlingsmarknaderna förutsätter att de upphandlande myndigheterna har god kännedom om de marknader där de ska göra sina inköp (t.ex. genom undersökningar om hur marknaden ser ut innan upphandlingen genomförs). För att genomföra dessa (eller andra) garantier i praktiken krävs det ytterligare ansträngningar från de upphandlande myndigheternas sida, vilket sannolikt bara är motiverat för stora kontrakt som kan komma att påverka marknadsstrukturen avsevärt.

Frågor:

53. Anser ni att offentlig upphandling i hög grad kan påverka marknadsstrukturer och att upphandlare om möjligt bör försöka anpassa sina upphandlingsstrategier för att motverka konkurrensbegränsande strukturer?

54. Anser ni att EU:s politik och regler om offentlig upphandling bör omfatta (frivilliga) instrument för att uppmuntra sådana konkurrensfrämjande upphandlingsstrategier? Vilka instrument skulle ni i så fall vilja föreslå?

55. Anser ni att det behövs mer specifika instrument eller initiativ för att uppmuntra anbudsgivare från andra medlemsstater att delta i offentlig upphandling? Om ja, vilka?

56. Anser ni att det ömsesidiga erkännandet av intyg behöver förbättras? Ställer ni er bakom ett införande av ett förkvalificeringssystem för hela EU?

57. Hur skulle ni föreslå att man löser frågan om språkbarriärer? Anser ni att upphandlande myndighet ska vara skyldiga att ta fram anbudsspecifikationerna för större kontrakt på ytterligare ett språk eller acceptera anbud på främmande språk?

[67] Lägre krav på omsättning underlättar deltagandet för mindre företag och lägre krav på tidigare erfarenhet gör det enklare för nya företag att komma in på marknaden osv.

58.	Vilka instrument kan införas genom reglerna om offentlig upphandling för att förhindra framväxten av dominerande leverantörer? Hur kan upphandlande myndigheter skyddas bättre mot dominerande leverantörer?

Förebyggande av konkurrensbegränsande metoder

En angränsande fråga är problemet med konkurrensbegränsande metoder på upphandlingsmarknaderna. Upphandlingsmarknaderna tycks vara särskilt benägna till samverkan mellan deltagarna (uppgjorda anbud, inbördes uppdelning av marknaden)[68], bl.a. därför att den offentliga efterfrågan är stabil och förutsägbar. Vissa analytiker menar också att insynen i processen i själva verket är befrämjande för kartellbildning.

Antalet överträdelser av konkurrenslagstiftningen vid offentliga upphandlingsförfaranden är långt ifrån marginell[69], men denna fråga tas inte upp specifikt i de gällande EU-reglerna om offentlig upphandling. Hittills har uppfattningen varit att problemet kan hanteras effektivt med hjälp av de nuvarande reglerna, t.ex. genom att ge riktlinjer till upphandlare om hur man förhindrar och upptäcker samverkan.

Det bör dock diskuteras om detta verkligen räcker för att samverkan på upphandlingsmarknaderna ska kunna motverkas effektivt eller om det krävs särskild lagstiftning, t.ex. striktare avstängning vid uppgjorda anbud, möjlighet att inte lämna ut vissa uppgifter eller krav på att förhandlat förfarande ska användas i sektorer där det finns stor risk för kartellbildning, användning av intyg om att man tagit fram anbudet utan samverkan med konkurrenter, krav på att upphandlare samråder med konkurrensmyndigheterna när man ser misstänkta mönster i anbuden osv.

Erfarenheten visar också att det är bra om vissa instrument som riskerar att missbrukas i samverkanssyfte görs säkrare för att motverka missbruk. Att lägga ut vissa delar av kontraktet på underentreprenad är exempelvis ett sätt som den anbudsgivare som får kontraktet ofta använder sig av för att belöna kartellmedlemmar som håller sig till kartellavtalet. Ett sätt att komma åt detta kan vara att under vissa förutsättningar förbjuda användande av underleverantörer som själva deltagit i upphandlingen[70].

Det står klart att fler åtgärder mot konkurrensbegränsande metoder kan bidra till att upprätthålla en sund konkurrens på upphandlingsmarknaderna. Denna fördel måste emellertid vägas noggrant mot den extra administration som dessa regler medför för upphandlare och företag.

Fråga:	
59.	Anser ni att ett starkare skydd mot konkurrensbegränsande metoder i samband med upphandlingar bör införas i EU:s upphandlingsregler? Vilka nya instrument eller bestämmelser skulle ni i så fall vilja föreslå?

---

68 Se även OECD:s omfattande arbete, t.ex. riktlinjerna för att motverka uppgjord anbudsgivning vid offentlig upphandling: http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_40381615_42230813_1_1_1_1,00.html

69 Några ”ryktbara” karteller på marknaderna för offentlig upphandling är t.ex. ”Lunchkupong-målet” i Italien och det franska målet ”Lycées de l'Ile-de-France”.

70 Det är dock bara under relativt strikta omständigheter som anbudsgivares deltagande kan begränsas på grund av att det föreligger risk för samverkan: se domstolens dom av den 19 maj 2009 i mål C-538/07, Assitur (om tillfälliga företagskonstellationer).

3.3. Upphandling när det inte förekommer någon konkurrens eller vid ensamrätt

I praktiken är upphandlande myndigheter ofta nödsakade att köpa in sina produkter av en viss ekonomisk aktör därför att det företaget har ensamrätt på produktionen av dessa varor eller tillhandahållandet av tjänsterna. I dessa fall föreligger det ingen normal konkurrens om kontraktet. Direktiven om offentlig upphandling medger därför att det förhandlade förfarandet används utan offentliggörande av meddelande om upphandling om ”kontraktet, av tekniska eller konstnärliga skäl eller med hänsyn till skydd av ensamrätt, endast kan tilldelas en bestämd ekonomisk aktör”[71].

Om ensamrätt föreligger skulle ju en upphandling bara vara en ren formalitet utan något som helst praktiskt värde. Tillträdet till det offentliga kontraktet stängdes emellertid redan genom att ensamrätten tilldelades, vilket alltså uteslöt alla möjligheter till konkurrens innan någon upphandling ens inletts.

Frågan om hur själva ensamrätten har tilldelats, och i synnerhet om det har rått en sund konkurrens vid tilldelningen (med dess effekter på det senare beslutet om upphandling), tas inte upp i de nuvarande upphandlingsdirektiven när det gäller kontrakt till privata aktörer.

Detta tas bara upp i samband med samarbete mellan myndigheter där det föreskrivs att tjänstekontrakt mellan upphandlande myndigheter inte omfattas av direktivet om de tilldelas på grundval av en ensamrätt – men bara på villkor att denna ensamrätt är förenlig med fördragets principer[72].

Denna bestämmelse kommer förmodligen inte längre att behövas när en helhetslösning har fastställts för frågor som rör samarbete mellan myndigheter. Det bör dock övervägas om den grundläggande tanken med denna artikel bör tillämpas generellt, med hänsyn till en sund konkurrens på upphandlingsmarknaderna. Principen skulle vara att kontrakt bara kan tilldelas utan konkurrens på grundval av en ensamrätt, om denna ensamrätt i sig har varit föremål för ett konkurrensutsatt förfarande.

Frågor:

60. Anser ni att tilldelningen av en ensamrätt kan äventyra den sunda konkurrensen på upphandlingsmarknaderna?

61. Vilka instrument skulle ni i så fall vilja föreslå för att minska denna risk eller säkerställa en sund konkurrens? Anser ni att EU:s upphandlingsregler bör tillåta att kontrakt tilldelas utan upphandling på grundval av en ensamrätt, på villkor att denna ensamrätt i sig har tilldelats inom ramen för ett öppet och konkurrensutsatt förfarande?

---

71 Se artikel 31.1 b i direktiv 2004/18/EG.

72 Artikel 18 i direktiv 2004/18/EG.

4. STRATEGISK ANVÄNDNING AV OFFENTLIG UPPHANDLING SOM SVAR PÅ NYA UTMANINGAR

Myndigheterna kan i betydande grad bidra till de strategiska målen för Europa 2020[73] genom att man utnyttjar sina inköp så att varor och tjänster produceras med ett högre ”samhällsvärde” genom att de främjar innovation, är miljöanpassade och motverkar klimatförändringarna, minskar energiförbrukningen, ökar sysselsättningen och förbättrar folkhälsan[74] och sociala förhållanden samt främjar jämställdhet och missgynnade gruppers delaktighet[75]. Stor efterfrågan från myndigheterna på ”grönare”, mer innovativa varor och tjänster med låga koldioxidutsläpp och mer socialt ansvarstagande kan också forma utvecklingen när det gäller produktion och förbrukning för kommande år. Att man tar sig an de utmaningar som samhället ställs inför bör givetvis inte minska effektiviteten inom offentlig upphandling. Politiska överväganden vid offentlig upphandling bör göras på ett sådant sätt att man inte skapar orimlig extra administration för de upphandlande myndigheterna eller snedvrider konkurrensen på upphandlingsmarknaderna.

Det finns två sätt att utnyttja upphandling för att uppnå de politiska målen för Europa 2020:

° De upphandlande myndigheterna kan ges möjlighet att beakta dessa mål inom ramen för reglerna om offentlig upphandling (”hur man ska köpa in”).

° De upphandlande myndigheterna kan åläggas obligatoriska krav eller ges incitament för att styra besluten om vilka varor och tjänster som bör upphandlas (”vad man ska köpa in”).

Direktiven om offentlig upphandling lägger fast en gemensam ram för offentliga inköp genom att de föreskriver regler för ”hur man ska köpa in”, medan de upphandlande myndigheterna själva får välja ”vad man ska köpa in”, fastställa vilka egenskaper byggentreprenader, varor eller tjänster ska ha för att på bästa sätt tillgodose deras behov och fastställa vilka villkor som bäst passar deras politiska mål (så länge dessa är öppna och icke-diskriminerande).

EU:s upphandlingslagstiftning ger också utrymme för incitament till upphandling i linje med Europa 2020-målen, eller införande av skyldigheter för de upphandlande myndigheterna i fråga om ”vad man ska köpa in”, antingen på EU-nivå eller på nationell nivå, för att se till att den offentliga upphandlingen är förenlig med de övergripande politiska målen.

En rad politiska initiativ har redan tagits under de senaste åren, både på EU-nivå och nationellt, för att uppmuntra användningen av offentlig upphandling till stöd för de ovannämnda politiska målen. Nämnas kan bl.a. det pågående arbetet med att främja

---

73 Se meddelandet från kommissionen av den 3 mars 2010 (KOM(2010) 2020.

74 Se rådets slutsatser av den 13 september 2010 om lärdomar som kan dras av A/H1N1-pandemin.

75 Denna tanke ligger i linje med artikel 9 i EUF-fördraget som anger att unionen ska beakta främjandet av hög sysselsättning, garantier för ett fullgott socialt skydd och kampen mot social utestängning.

miljöanpassad offentlig upphandling[76], socialt ansvarsfull offentlig upphandling[77] och innovation[78].

I synnerhet har miljöanpassad offentlig upphandling praktiserats i medlemsstaterna i mer än ett decennium. De flesta medlemsstater har antagit nationella handlingsplaner för miljöanpassad offentlig upphandling, med frivilliga eller bindande mål och särskilda åtgärder för att främja och genomföra miljöanpassad offentlig upphandling. EU har tagit fram kriterier för miljöanpassad offentlig upphandling för 18 produkt- och tjänstegrupper[79], och fler grupper kommer att läggas till efter hand.

I följande avsnitt diskuteras om och hur EU:s upphandlingsregler behöver förändras för att de olika åtgärder som vidtas eller kan vidtas på EU-nivå och nationellt ska vara samstämmiga och ändamålsenliga.

4.1. ”Hur man ska köpa in” för att Europa 2020-målen ska uppnås

Överväganden som rör miljöskydd, social delaktighet eller främjad innovation kan vara relevanta i olika faser av upphandlingsförfarandet, beroende på vilken typ av överväganden det rör sig om. Man kan inte ta hänsyn till alla aspekter av dessa politiska mål i alla faser. I följande avsnitt diskuteras hur vart och ett av de politiska målen kan beaktas i de olika faserna av ett upphandlingsförfarande.

Beskrivningen av kontraktsföremålet och de tekniska specifikationerna

Enligt EU:s gällande upphandlingsregler måste de upphandlande myndigheterna se till att kontraktsföremålet beskrivs tydligt och icke-diskriminerande. De måste också fastställa tekniska specifikationer som inte får gynna vissa företag.

Kraven på process- och produktionsmetoder måste avse framställningen av produkten och bidra till dess egenskaper, även om dessa inte behöver vara direkt synliga. Enligt de nuvarande reglerna får man inte ställa krav på process- och produktionsmetoder som inte avser framställningen av produkten och inte återspeglas i produktens egenskaper.

---

76 Se kommissionens meddelande *Offentlig upphandling för en bättre miljö*, KOM(2008) 400, där mål ställs upp för användningen av en miljöanpassad offentlig upphandling i medlemsstaterna och en process inleddes för utarbetandet av gemensamma frivilliga EU-kriterier för detta. Se även *Handbook on Environmental Public Procurement (Buying Green),* http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm.

77 Se handledningen *Buying social – A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement* – SEK(2010) 1258.

78 I anslutning till åtagande nr 17 i meddelandet *Innovationsunionen* följer Europeiska kommissionen för närvarande en undersökning (som startade i november 2010 och ska avslutas i november 2011) som ska leda till en ny stödmekanism för upphandling av innovation. Ordningen ska ge vägledning och upprätta en (finansiell) stödmekanism som ska hjälpa upphandlande myndigheter att genomföra dessa upphandlingar på ett icke-diskriminerande och öppet sätt, samla sin efterfrågan, utarbeta gemensamma specifikationer och främja små och medelstora företags deltagande. Beträffande förkommersiell upphandling se kommissionens meddelande *Förkommersiell upphandling: Att driva på innovation för att få offentliga tjänster av hög kvalitet i Europa*, KOM(2007) 799.

79 Se kommissionens meddelande *Offentlig upphandling för en bättre miljö*, KOM(2008) 400, där mål ställs upp för användningen av en miljöanpassad offentlig upphandling i medlemsstaterna och en process inleddes för utarbetandet av gemensamma frivilliga EU-kriterier för detta. Se även *Handbook on Environmental Public Procurement (Buying Green),* http://ec.europa.eu/environment/gpp/guideline_en.htm.

Myndigheter och berörda parter framhåller ibland att vissa produkter måste eller bör upphandlas lokalt med hänsyn till miljön eller av hälsoskäl. Det bör här understrykas att sådana krav inte är förenliga med EU-lagstiftningen om de leder till omotiverad direkt eller indirekt diskriminering av leverantörer. De kan bara motiveras i undantagsfall där legitima och objektiva behov som inte rör rent ekonomiska hänsynstaganden bara kan tillgodoses av produkter från en viss region.

Frågor:

62. Anser ni att reglerna om tekniska specifikationer ger tillräckligt utrymme för att andra politiska mål ska kunna beaktas?

63. Anser ni att upphandlande myndigheter bättre kan tillgodose sina politiska behov om man kan fastställa tekniska specifikationer i form av prestanda eller funktionskrav i stället för som strikt detaljerade tekniska krav? Anser ni i så fall att krav på prestanda eller funktion bör vara obligatoriska på vissa villkor?

64. Anser ni att upphandlande myndigheter i tillräcklig utsträckning utnyttjar de möjligheter som ges enligt artikel 23 i direktiv 2004/18/EG när det gäller kriterier avseende tillgänglighet[80] för funktionshindrade eller formgivning med tanke på samtliga användares behov? Om inte, vad behöver göras?

65. Anser ni att det finns vissa förfaranden i direktiven[81] (t.ex. den konkurrenspräglade dialogen, projekttävling) som passar särskilt bra för att ta hänsyn till politik som rör miljö, sociala förhållanden, tillgänglighet och innovation?

66. Hur föreslår ni att förfarandena i direktiven bör förändras så att de ovannämnda politiska målen kan beaktas fullt ut, samtidigt som principerna om icke-diskriminering och öppenhet respekteras för att säkerställa konkurrens på lika villkor för de europeiska företagen? Kan innovativ IT användas för att hjälpa upphandlare att uppnå Europa 2020-målen?

67. Finns det enligt er uppfattning fall där det av legitima och objektiva skäl som inte grundar sig på rent ekonomiska överväganden är motiverat att man begränsar upphandlingen till lokala eller regionala leverantörer?

68. Anser ni att man på ett bättre sätt kan ta politiska hänsyn till exempelvis miljö, sociala förhållanden, innovation osv. om det förhandlade förfarandet med föregående meddelande om upphandling får användas som det normala förfarandet? Eller skulle risken för diskriminering och begränsad konkurrens vara för hög?

Krav på de mest relevanta urvalskriterierna

När den anbudssökandes förmåga att genomföra uppdraget bedöms kan de upphandlande myndigheterna ta hänsyn till särskild erfarenhet och kompetens som rör sociala eller miljömässiga aspekter som är relevanta för kontraktsföremålet.

---

80 Tillgänglighet i detta sammanhang betyder tillgänglighet för personer med funktionsnedsättning (funktionshinder).

81 I avsnitt 2.1 beskrivs förfarandena.

Fråga:

69. Kan ni ge några exempel på teknisk kompetens eller andra urvalskriterier som gör att mål som miljöskydd, social delaktighet, bättre tillträde för funktionshindrade och ökad innovation i högre grad kan uppnås?

Användning av de mest ändamålsenliga tilldelningskriterierna

För att säkerställa en effektiv konkurrens mellan de ekonomiska aktörerna och undvika att de upphandlande myndigheterna fattar godtyckliga beslut krävs det enligt EU:s upphandlingsregler att tilldelningskriterierna är kopplade till kontraktsföremålet, att de inte ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet samt att de uttryckligen anges i upphandlingsdokumenten.

De upphandlande myndigheterna får själva välja hur man ska väga de olika kriterierna mot varandra för att komma fram till vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. På så sätt kan de bestämma vilken betydelse de vid utvärderingen vill ge miljömässiga eller sociala kriterier i förhållande till andra kriterier, inklusive priset.

För standardvaror och -tjänster kan man i många fall redan i de tekniska specifikationerna eller villkoren för fullgörande av ett kontrakt ställa upp höga miljörelaterade eller sociala krav samtidigt som man tilldelar kontraktet på grundval av kriteriet om lägsta pris. De upphandlande myndigheterna kan på så sätt få varor och tjänster som uppfyller höga krav till bästa pris.

Använder man kriterier som rör miljö, energieffektivitet, tillgänglighet eller innovation i tilldelningsfasen i stället för bara i de tekniska specifikationerna eller som villkor för fullgörandet av kontraktet kan det ha den fördelen att företagen känner sig manade att lämna anbud utöver den nivå som fastställs i de tekniska specifikationerna, vilket främjar införandet av innovativa produkter på marknaden. Det kan också vara fördelaktigt att tillämpa sådana kriterier i tilldelningsfasen om man är osäker på vilka varor och tjänster som finns på marknaden.

Frågor:

70. Kriteriet om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet förefaller mest ändamålsenligt för att förverkliga andra politiska mål. I syfte att på bästa sätt beakta sådana politiska mål, skulle det enligt er uppfattning vara fördelaktigt att ändra de nuvarande reglerna (för vissa typer av kontrakt/vissa sektorer/under vissa omständigheter) för att

70.1.1. kriteriet om enbart lägsta pris;

70.1.2. begränsa användningen av priskriteriet eller den vikt som upphandlande myndigheter kan lägga vid priset;

70.1.3. införa en tredje möjlighet av tilldelningskriterier utöver lägsta pris och det ekonomiskt med fördelaktiga anbudet? Vilket alternativt kriterium förslår ni i så fall som skulle göra det möjligt att både förverkliga andra politiska mål mer effektivt och garantera en sund konkurrens på lika villkor mellan de europeiska företagen?

71.	Anser ni att den poäng som tilldelas t.ex. miljörelaterade, sociala eller innovativa kriterier bör begränsas till ett fastställt maximum så att de kriterierna inte blir viktigare än kriterierna om prestanda eller kostnad?
72.	Anser ni att man känner till och utnyttjar möjligheten att inkludera miljörelaterade eller sociala kriterier i tilldelningsfasen? Anser ni att detta bör uttryckas tydligare i direktivet?
73.	Anser ni att det bör vara obligatoriskt att ta hänsyn till livscykelkostnader när man bestämmer vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, särskilt när det gäller stora projekt? Anser ni i så fall att kommissionen måste eller bör ta fram en metod för livscykelkostnader?

Införande av lämpliga klausuler för fullgörandet av kontrakt

Enligt EU:s nuvarande upphandlingsregler måste klausulerna för fullgörandet av kontraktet vara kopplade till de uppgifter som krävs för produktionen och tillhandahållandet av de varor eller tjänster som köps in. Sådana villkor för fullgörandet av kontraktet får omfatta andra politiska hänsyn som exempelvis sociala och miljörelaterade frågor[82]. Som exempel på miljöhänsyn kan nämnas krav på utsläppskompensering för vissa inköp med stort koldioxidavtryck. Några medlemsstater har som rutin att vid upphandling av taxi- eller andra transporttjänster kräva att de fordon som används för dessa tjänster tillhör de högsta effektivitetsklasserna. Klausuler för fullgörandet av kontraktet kan också användas för att stimulera innovation när kontraktet genomförs, t.ex. genom att ställa upp incitament för en vidareutveckling av varorna eller tjänsterna under kontraktstiden.

De upphandlande myndigheterna kan i detta skede införa särskilda skyldigheter för uppdragstagaren om olika miljörelaterade eller sociala mål som inte kan avspeglas i de tidigare skedena av upphandlingen.

Frågor:

74.	Klausuler för fullgörandet av kontraktet är det skede i förfarandet då det fungerar bäst att införa sociala hänsyn rörande anställnings- och arbetsvillkor för arbetstagare som deltar vid genomförandet av kontraktet. Håller ni med om detta? Om inte, ange vad som i stället kan vara den bästa lösningen.
75.	Vilken typ av klausuler för fullgörandet av kontraktet anser ni skulle vara särskilt ändamålsenliga för att ta hänsyn till sociala förhållanden, miljö och energieffektivitet?
76.	Bör vissa allmänna klausuler för fullgörandet av kontraktet specificeras redan på EU-nivå, särskilt vad gäller klausuler om anställnings- och arbetsvillkor för arbetstagare som deltar vid genomförandet av kontraktet?

Kontroll av kraven

De upphandlande myndigheterna kan specificera miljörelaterade eller sociala krav när man utformar de tekniska specifikationerna eller urvals-/tilldelningskriterierna eller inför klausuler

[82] Se artikel 26 i direktiv 2004/18/EG.

för fullgörandet av kontraktet. I dessa fall tar man normalt fram en lista över uppgifter (intyg/dokumentation och/eller särskilda åtaganden) som de anbudssökande eller anbudsgivarna ska lämna in för att visa att de kan uppfylla de krav som ställts upp rörande miljö eller sociala förhållanden. Enligt de nuvarande reglerna kan särskilda certifieringssystem (t.ex. certifieringssystem för skogsbruket, intyg rörande socialsystemet osv.) godtas som bevis, men likvärdiga medel måste också godtas. Ett allmänt problem som uppstår vid offentlig upphandling är hur dessa krav ska kontrolleras i leveranskedjan. Frågan om kontroll är särskilt relevant när en del av leveranskedjan finns i ett tredjeland.

När de upphandlande myndigheterna undersöker anbudsansökningar och anbud kontrollerar de om de anbudssökandes eller anbudsgivarnas uppgifter och dokumentation uppfyller kraven. Om de efterfrågade uppgifterna saknas eller om den information som lämnas är otillfredsställande utesluts den anbudssökande eller anbudsgivaren från förfarandet.

Frågor:

77. Anser ni att den nuvarande EU-ramen för offentlig upphandling bör innehålla särskilda lösningar för hanteringen av frågan om kontroll av kraven genom hela leverantörskedjan? Vilken lösning föreslår ni i så fall?

78. Hur kan upphandlande myndigheter på bästa sätt få hjälp med att kontrollera kraven? Skulle ”standardiserade” system och underlag för bedömning av överensstämmelse samt märkning underlätta deras arbete? Om man går till väga på detta sätt, vad kan göras för att minska administrationen?

Koppling till kontraktsföremålet/fullgörandet av kontraktet

Kopplingen till kontraktsföremålet är som sagts ovan ett grundvillkor som enligt EU:s upphandlingslagstiftning måste beaktas när hänsyn till annan politik tas vid upphandling. Detta gäller under alla skeden av upphandlingen och för olika aspekter (tekniska specifikationer, urvalskriterier, tilldelningskriterier). Vid klausuler för fullgörandet av kontraktet krävs det att det ska finnas en koppling till genomförandet av de uppgifter som är nödvändiga för produktionen av de varor eller tillhandahållandet av de tjänster som upphandlas.

Om man lättar på detta krav kan myndigheterna eventuellt få möjlighet att intensifiera sitt arbete med att uppnå Europa 2020-målen genom offentlig upphandling. De skulle bl.a. kunna påverka företagens beteende oavsett vilken vara eller tjänst som köps in, t.ex. för att uppmuntra till ett större ansvarstagande för miljön eller till att större vikt läggs vid företagens sociala ansvar. Det kan vara ett kraftfullt instrument till stöd för Europa 2020-målen.

Denna möjlighet måste dock noggrant vägas mot andra politiska hänsynstaganden. Kopplingen till kontraktsföremålet säkerställer att själva inköpet förblir det centrala i den process där skattebetalarnas pengar används. Det är en viktig garanti för att de upphandlande myndigheterna ska få bästa möjliga valuta för de offentliga medlen. Detta mål framhålls som sagt även i Europa 2020-strategin, där det betonas att politiken för offentlig upphandling måste garantera att offentliga medel utnyttjas så effektivt som möjligt. Samtidigt säkerställer denna garanti för inköp till bästa pris en viss grad av samstämmighet mellan EU:s politik för offentlig upphandling och reglerna för statligt stöd, eftersom det säkerställs att ekonomiska aktörer inte får någon otillbörlig fördel genom tilldelningen av offentliga kontrakt. Lättar man på principen om att det måste finnas en koppling till kontraktsföremålet kan det därför leda till

att EU:s upphandlingsregler tillämpas på ett annat sätt än reglerna för statligt stöd, vilket i förlängningen kan motverka målet om en större samstämmighet mellan reglerna för statligt stöd och upphandlingsreglerna.

Kopplingen till kontraktsföremålet kan också bidra till att man undviker en situation där vissa ekonomiska aktörer från ett visst land eventuellt gynnas på bekostnad av aktörerna från andra medlemsstater. Detta gäller särskilt för vissa typer av hänsynstaganden (t.ex. vissa sociala krav) därför att de i högre grad kan vara förankrade i nationella, regionala eller till och med lokala förhållanden, men det gäller även för andra politiska hänsynstaganden som exempelvis miljöfrågor. Vid leverans av varor kan t.ex. ett krav på att anbudsgivarens kontorsbyggnader bara ska värmas upp med solkraft gynna företag från medlemsstater med meteorologiska förhållanden som är särskilt gynnsamma för solenergi.

Syftet med kopplingen mellan politiska hänsynstaganden och kontraktsföremålet är också att garantera säkerhet och förutsägbarhet för företagen. Om det inte skulle finnas en sådan koppling (och harmoniserade krav på EU-nivå) skulle de ekonomiska aktörerna kunna anmodas att uppfylla olika krav (t.ex. beträffande procentandel kvinnor, antal arbetslösa som sysselsätts, barnomsorg som ska stå till de anställdas förfogande, miljöåtgärder eller avfallshanteringsåtgärder, miljömärkning osv.) för varje enskild upphandling eller för varje enskild upphandlande myndighet.

Det kan vara särskilt svårt för små och medelstora företag att uppfylla de upphandlande myndigheternas krav, eftersom de ofta inte har de ekonomiska och personella resurser som är nödvändiga för att kunna uppfylla en rad olika samhälleliga krav i det enskilda fallet.

Slutligen kan krav som inte har att göra med den vara eller tjänst som köps in strida mot Europa 2020-målet om främjad innovation, eftersom konkurrensen mellan företagen inte längre skulle ske på grundval av utveckling av den bästa (eventuellt innovativa) varan eller tjänsten utan på grundval av företagens policy.

Frågor:

79. Vissa berörda parter föreslår att man lättar på eller till och med tar bort villkoret att den upphandlande myndighetens krav måste vara kopplade till kontraktsföremålet (vilket skulle göra det möjligt att kräva att anbudsgivare har en anställningspolitik för jämställdhet mellan kvinnor och män eller anställer en viss andel av särskilda kategorier av personer, t.ex. arbetssökande, personer med funktionshinder osv.). Anser ni att detta förslag är bra? Vilka fördelar eller nackdelar innebär det att lätta på eller ta bort villkoret om kopplingen till kontraktsföremålet?

80. Om man lättar på villkoret om kopplingen till kontraktsföremålet, vilka åtgärder, om några, bör vidtas för att minska risken för diskriminering och en avsevärt begränsad konkurrens?

81. Anser ni att det kan vara svårt för små och medelstora företag att uppfylla de olika kraven? Hur bör detta problem i så fall hanteras?

82. Om ni anser att man bör lätta på eller ta bort villkoret om kopplingen till kontraktsföremålet, i vilken fas av upphandlingsförfarandet bör detta ske?

82.1. Anser ni att det när de tekniska specifikationerna fastställs finns utrymme för att lätta på kravet att specifikationer avseende process- och produktionsmetoder måste vara

kopplade till produktens egenskaper, så att element kan ingå som inte avspeglas i produktens egenskaper (så att man t.ex. när man köper in kaffe kan kräva att leverantören ska betala producenten ett extra belopp som ska investeras i verksamhet som syftar till att främja den lokala socioekonomiska utvecklingen)?

82.2. Anser ni att EU:s upphandlingslagstiftning bör tillåta att de upphandlande myndigheterna tillämpar urvalskriterier som grundar sig på egenskaper hos företagen som inte är kopplade till kontraktsföremålet (så att man t.ex. kan kräva att anbudsgivaren ska ha en anställningspolitik för jämställdhet mellan kvinnor och män eller en generell policy att det ska anställas en viss andel av särskilda kategorier av personer, t.ex. arbetssökande, personer med funktionshinder osv.)?

82.3. Anser ni att man bör lätta på eller ta bort villkoret om att det ska finnas en koppling till kontraktsföremålet i tilldelningsfasen så att andra politiska hänsyn kan tas (så att man t.ex. kan ge extra poäng till anbudsgivare som anställer arbetssökande eller personer med funktionshinder)?

82.3.1. Andra tilldelningskriterier än kriterierna om lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och som inte är kopplade till kontraktsföremålet kan leda till att EU:s upphandlingsregler tillämpas annorlunda än reglerna för statligt stöd genom att kontrakt som tilldelas på andra kriterier än ekonomiska kan medföra att statligt stöd betalas ut, vilket eventuellt kan bli problematiskt med tanke på EU:s regler för statligt stöd. Delar ni denna oro? Hur bör detta problem i så fall åtgärdas?

82.4. Anser ni att EU:s upphandlingslagstiftning bör tillåta att upphandlande myndigheter inför klausuler om fullgörandet av kontraktet som inte är strikt kopplade till leveransen av de aktuella varorna och tjänsterna (så att man t.ex. kan kräva att uppdragstagaren ska stå för barnomsorg för sina anställdas räkning eller kräva att ett visst belopp av ersättningen ska anslås till sociala projekt)?

4.2. ”Vad man ska köpa in” till stöd för Europa 2020-målen

Ett annat sätt att uppnå politiska mål genom offentlig upphandling kan vara att det föreskrivs för de upphandlande myndigheterna ”vad man ska köpa in”. Man kan exempelvis föreskriva obligatoriska krav eller kriterier som styr vilka egenskaper varorna eller tjänsterna ska ha (t.ex. högsta nivåer för energi- och resursanvändning, miljöskadliga ämnen, lägsta nivåer för återvinning), eller ställa upp vissa mål (att t.ex. 60 % av den offentliga upphandlingen måste vara miljövänlig)[83].

I sektorsspecifik lagstiftning har det på EU-nivå under senare tid

- införts skyldigheter för upphandlande myndigheter att i offentliga kontrakt kräva en viss nivå av energieffektivitet[84],
- införts skyldigheter för upphandlande myndigheter att ta hänsyn till energiförbrukning eller annan miljöpåverkan vid sina beslut om upphandling[85],

[83] På området miljöanpassad offentlig upphandling har flera medlemsstater, t.ex. Nederländerna, Finland, Slovenien, Österrike och Belgien, ställt upp ambitiösa mål på nationell nivå.

[84] Förordning (EG) nr 106/2008, EUT L 39, 13.2.2008, s. 1 (förordningen om energieffektivitetsmärkning av kontorsprodukter).

- ställts krav på att den offentliga sektorn ska fungera som en förebild på området energieffektivitet genom att anta ett minsta antal åtgärder för energieffektivitet vid upphandling[86] och genom att främja miljöanpassade offentliga byggnader (t.ex. byggnader med låg eller ingen förbrukning av primärenergi[87]),

- ställts krav på att upphandlande myndigheter ska sträva efter att enbart upphandla produkter som tillhör den högsta energieffektivitetsklassen[88].

I det färska meddelandet *Energi 2020 – En strategi för hållbar och trygg energiförsörjning på en konkurrensutsatt marknad*[89] framhöll kommissionen att energikriterierna (för effektivitet, förnybar energi och smarta nät) bör användas vid alla offentliga uppköp av arbeten, tjänster och produkter.

För produkter skulle också en sådan metod för omvandling till ett monetärt värde som utvecklats för direktivet om rena fordon[90] kunna få en bredare användning. En skyldighet att inkludera driftskostnaden för hela livscykeln i beslutet om inköp av produkter och tjänster (i enlighet med vad som redan krävs för fordon) kan leda till lägre totala kostnader. Detta förutsätter emellertid att man hittar en generell metod som kan tillämpas på alla produktgrupper.

Generellt sett har införandet av obligatoriska krav i EU:s upphandlingsregler genom lagstiftning på grundval av delegerade akter förordats som ytterligare ett sätt att främja innovation eller andra politiska mål inom Europa 2020-strategin[91].

I fråga om social delaktighet anges i *EU:s handikappstrategi 2010–2020*[92] att kommissionen kommer att undersöka om det är lämpligt att anta regler för att säkerställa tillgängliga produkter och tjänster och bland annat se till att offentlig upphandling i högre grad används i detta syfte.

Sådana krav kan vara ett mycket effektivt instrument för att uppnå Europa 2020-målen genom att man främjar varor och tjänster med ett högt samhälleligt värde på marknaden. Centraliseras beslut om strategier för upphandlingen undviker man dessutom splittrade strategier och ökar förutsägbarheten, vilket är till fördel för de ekonomiska aktörerna. Exempelvis kan skilda tillvägagångssätt för miljövänlig offentlig upphandling i olika medlemsstater leda till problem för leverantörer, särskilt små och medelstora företag, som måste anpassa sig till skilda regelverk i olika länder, vilket gör det svårare att utveckla och sälja miljövänliga produkter och tjänster.

---

85 Direktiv 2009/33/EG om främjande av rena och energieffektiva vägtransportfordon.

86 Direktiv 2006/32/EG om effektiv slutanvändning av energi och om energitjänster.

87 Direktiv 2009/28/EG om främjande av användningen av energi från förnybara energikällor (EUT L 140, 5.6.2009, s. 16) och direktiv 2010/31/EU om byggnaders energiprestanda (EUT L 153, 18.6.2010, s. 13).

88 Direktiv 2010/30/EU om märkning och standardiserad produktinformation som anger energirelaterade produkters användning av energi och andra resurser, EUT L 153, 18.6.2010, s. 6.

89 KOM(2010) 639.

90 För att stödja genomförandet av skyldigheten enligt detta direktiv att ta hänsyn till livcykelkostnader, har kommissionen inrättat en särskild portal för rena fordon där all information presenteras som behövs för att sätta ett monetärt värde på livscykelkostnaden enligt direktivet: http://www.cleanvehicle.eu/; http://ec.europa.eu/transport/urban/vehicles/directive/directive_en.htm.

91 Mario Montis rapport till Europeiska kommissionens ordförande av den 9 maj 2010 om en ny strategi för den inre marknaden, punkt 3.4, s. 78.

92 KOM(2010) 636.

Å andra sidan har det påpekats att det finns vissa problem med att införa krav om vad man ska köpa in.

En viktig aspekt är att sådana krav riskerar att leda till diskriminering eller begränsad konkurrens på upphandlingsmarknaderna och i förlängningen eventuellt till färre anbudsgivare och högre priser, vilket i sin tur kan vara problematiskt när ekonomin är ansträngd och budgetarna stramas åt i många medlemsstater. För att minska risken för detta måste de krav och kriterier som införs vara objektiva och icke-diskriminerande och de bör bara användas när marknaden är tillräckligt utvecklad i hela EU för att garantera en effektiv konkurrens. Man bör också ta hänsyn till att vissa högre ställda miljökrav ändå på medellång eller lång sikt kan leda till ekonomiska besparingar (t.ex. krav på energieffektivitet).

Vissa typer av skyldigheter kan påverka konkurrensen på upphandlingsmarknaderna i högre grad än andra.

– Tekniska specifikationer i form av krav på prestanda har sannolikt mindre begränsande effekter på konkurrensen än detaljerade specifikationer av varornas tekniska egenskaper.

– Bindande föreskrifter om varornas tekniska egenskaper kan kraftigt minska både urvalet och konkurrensen på upphandlingsmarknaderna eller till och med leda till att båda försvinner helt och hållet, medan obligatoriska bestämmelser om vilka olika tilldelningskriterier som ska beaktas (t.ex. energieffektivitet, livscykelkostnader, tillgänglighet) förmodligen i mindre utsträckning begränsar effekterna på konkurrensen på upphandlingsmarknaderna.

En annan effekt av att införa krav om ”vad man ska köpa in” för upphandlande myndigheter är att deras handlingsutrymme i upphandlingsförfarandet minskar. Detta kan påverka deras möjligheter att upphandla varor och tjänster som är exakt anpassade till de enskilda myndigheternas särskilda behov. Denna risk kan begränsas genom att kraven sätts på en lämplig nivå.

Det brukar också anföras att centralt föreskrivna krav om vad man ska köpa in skapar extra administration för de upphandlande myndigheterna och ekonomiska aktörerna, t.ex. en ökad arbetsbörda för att kontrollera att företagen uppfyller kraven. Mer och adekvat utbildning kan liksom särskilda verktyg[93] hjälpa de upphandlande myndigheterna att hantera denna arbetsbörda på ett effektivt sätt. Dessutom skulle standardiserade krav på EU-nivå, t.ex. att köpa från de högsta prestandaklasserna av märkta produkter, innebära att upphandlande myndigheter inte behöver ha särskild teknisk kunskap när de utarbetar specifikationer, vilket i vissa fall skulle göra det lättare att ta hänsyn till sådana kriterier på lokal, regional och nationell nivå.

En mindre långtgående lösning är att tillhandahålla incitament för upphandling av vissa typer av varor eller tjänster, i stället för att föreskriva detta. Det kan röra sig om finansiella fördelar för myndigheterna att upphandla miljövänliga, socialt inkluderande eller innovativa varor och tjänster, mekanismer för utbyte av bästa praxis mellan upphandlande myndigheter eller andra stödmekanismer för upphandlande myndigheter som vill eftersträva Europa 2020-målen med hjälp av sin upphandling.

Frågor:

[93] Exempelvis den ovannämnda portalen för rena fordon.

83. Anser ni att krav på EU-nivå om ”vad man ska köpa in” är ett bra sätt att uppnå andra politiska mål? Vilka är de största fördelarna och nackdelarna med ett sådant tillvägagångssätt? För vilka varu- eller tjänsteområden eller för vilka politikområden anser ni att det vore ändamålsenligt med krav om ”vad man ska köpa in”? Motivera er ståndpunkt. Ge exempel på praxis för upphandling i medlemsstaten som skulle kunna tillämpas på EU-nivå.

84. Anser ni att fler krav på EU-nivå om ”vad man ska köpa in” bör ingå i den politikinriktade lagstiftningen (om miljö, energi, sociala förhållanden, tillgänglighet osv.) eller i stället införas i den generella EU-lagstiftningen om offentlig upphandling?

85. Anser ni att krav om ”vad man ska köpa in” bör införas på nationell nivå? Anser ni att sådana nationella krav kan leda till en fragmentering av den inre marknaden? Hur ska man i så fall på bästa sätt minska den risken?

86. Anser ni att krav om vad man ska köpa in bör utformas som krav på de upphandlande myndigheterna i fråga om mängden (t.ex. av miljöanpassad offentlig upphandling), vilka egenskaper varorna, tjänsterna eller byggentreprenaderna som de köper in ska ha eller vilka särskilda kriterier som ska beaktas inom ramen för upphandlingen?

86.1. Vilket handlingsutrymme bör de upphandlande myndigheterna ha när de fattar sina beslut om upphandling?

86.2. Bör det i de obligatoriska kraven bara fastställas en miniminivå så att de enskilda myndigheterna kan ställa upp mer ambitiösa krav?

87. Hur anser ni att man på bästa sätt beaktar den tekniska utvecklingen så att den mest avancerade tekniken kommer till användning (t.ex. genom att en enhet får i uppdrag att följa vilken teknik som har nått den mest avancerade nivån eller att de upphandlande myndigheterna måste ha den mest avancerade tekniken som ett tilldelningskriterium eller på andra sätt)?

88. Införandet av obligatoriska kriterier eller obligatoriska mål om vad man ska köpa in får inte eliminera konkurrensen på upphandlingsmarknaderna. Hur kan målet att inte eliminera konkurrensen beaktas när dessa kriterier eller mål ställs upp?

89. Anser ni att administrationen skulle öka, särskilt för småföretagen, om det införs krav om ”vad man ska köpa in”? Hur kan denna risk i så fall minskas? Vilken typ av genomförandeåtgärder och/eller vägledning bör komplettera sådana krav?

90. Om ni inte anser att det bör införas krav om ”vad man ska köpa in” finns det då enligt er uppfattning andra instrument (t.ex. rekommendationer eller andra incitament) som är ändamålsenliga?

4.3. Innovation

Europa har en stor outnyttjad potential att stimulera innovation genom offentlig upphandling och samtidigt uppmuntra gränsöverskridande konkurrens, främja en koldioxidsnål ekonomi och se till att offentliga myndigheter får så mycket som möjligt för pengarna. Offentlig

upphandling av innovativa produkter och tjänster är avgörande för att förbättra de offentliga tjänsternas kvalitet och effektivitet i en tid med budgetbegränsningar.

Med EU:s nuvarande upphandlingsdirektiv har de upphandlande myndigheterna möjlighet att använda sig av innovationsinriktad upphandling som kan uppmuntra näringslivet att hitta nya innovativa lösningar.

Inom ramen för projekttävlingar[94] kan upphandlande myndigheter ställa krav på ritningar eller projektbeskrivningar på områden som arkitektur, formgivningsteknik och databehandling. Vid ett sådant förfarande ombeds deltagarna att föreslå projekt utanför strikta kravspecifikationer och de kan därmed föreslå innovativa idéer som kan användas vid en framtida upphandling.

Vid särskilt komplexa kontrakt där de upphandlande myndigheterna anser att kontraktet inte kommer att kunna tilldelas genom ett öppet eller ett selektivt förfarande kan enligt direktivet ett annat förfarande användas, nämligen den konkurrenspräglade dialogen[95]. Med detta förfarande kan de upphandlande myndigheterna föra en dialog med anbudssökande för att fastställa hur den upphandlande myndighetens behov ska tillgodoses på bästa sätt. Deltagarna ombeds att föreslå idéer och lösningar som diskuteras med de upphandlande myndigheterna.

Syftet med EU:s upphandlingsregler är att skydda innovativa lösningar, även om de inte omfattas av immateriella rättigheter. Den upphandlande myndigheten får inte röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information som någon deltagare har lämnat utan dennes samtycke[96].

Att plocka russinen ur kakan, dvs. välja ut det bästa av immateriella rättigheter eller innovativa lösningar, har framhållits som ett bekymmer, särskilt i samband med den konkurrenspräglade dialogen: om en deltagare röjer en lösnings unika egenskaper kan dessa komma till övriga anbudssökandes kännedom. Enligt de nuvarande reglerna måste sådana uppgifter hållas konfidentiella, men den upphandlande myndigheten måste ändå väga skyldigheten att skydda konfidentiella uppgifter mot nödvändigheten att lämna ut vissa uppgifter för att fastställa vilka lösningar som bäst passar myndighetens behov. De upphandlande myndigheterna kan vara frestade att sätta press på anbudsgivarna att samtycka till att uppgifter lämnas ut. Den bästa lösningen (den som den upphandlande myndigheten valt) kommer ju oundvikligen att presenteras för alla deltagare, som sedan uppmanas att lämna in sina anbud på grundval av denna lösning, och detta kan avskräcka deltagarna från att föreslå mycket innovativa lösningar, eftersom de inte säkra på om de kommer att ”belönas” för att de tänker ut denna lösning genom att de sedan faktiskt får kontraktet.

När en upphandling utformas kan de upphandlande myndigheterna också välja att tillåta att anbudsgivarna lämnar in olika varianter. I dessa fall kan varor eller tjänster erbjudas som inte motsvarar dem som den upphandlande myndigheten har fastställt, men som uppfyller de tekniska minimikrav som anges i upphandlingsdokumenten. Möjligheten att lämna in anbud som skiljer sig från de tekniska specifikationer som den upphandlande myndigheten

---

94 Se artiklarna 66–74 i direktiv 2004/18/EG.

95 Se artikel 29 i direktiv 2004/18/EG och skäl 31 i direktiv 2004/18/EG. Den konkurrenspräglade dialogen finns inte i direktiv 2004/17/EG. Det finns dock ingenting som hindrar en upphandlande myndighet som har valt ett förhandlat förfarande med föregående meddelande om upphandling att i specifikationerna föreskriva att förfarandet kommer att bli så som anges i direktiv 2004/18/EG för den konkurrenspräglade dialogen.

96 Artikel 29.3 i direktiv 2004/18/EG. Denna regel kompletterar bestämmelsen om konfidentialitet i artikel 6 i samma direktiv.

ursprungligen angav uppmuntrar de ekonomiska aktörerna att föreslå mer innovativa varor eller tjänster. Detta kan stimulera till forskning inom ny teknik och låta användarna dra nytta av den tekniska utvecklingen.

En annan viktig möjlighet att främja innovation är att upphandlande myndigheter kan ställa krav på att varor eller tjänster tas fram som ännu inte finns på marknaden. Enligt det nuvarande regelverket kan detta göras genom s.k. förkommersiell upphandling[97], som innebär att man upphandlar forsknings- och utvecklingstjänster för att få fram nya lösningar[98] i syfte att eventuellt köpa in den slutliga varan eller tjänsten via en normal upphandling i ett senare skede. De upphandlande myndigheterna kan på så sätt gemensamt med leverantörerna dela riskerna och fördelarna med att utforma, ta fram prototypen till och testa en begränsad mängd nya varor och tjänster, utan att det rör sig om statligt stöd.

Förkommersiell upphandling kan hjälpa de upphandlande myndigheterna att radikalt förbättra de offentliga tjänsternas kvalitet och effektivitet genom att pionjärmarknader och nya banbrytande lösningar utvecklas för utmaningar inom den offentliga sektorn som det ännu inte finns några varor och tjänster för på marknaden.

Trots dessa olika möjligheter att främja innovation genom offentlig upphandling, hävdar berörda parter att offentlig upphandling i Europa i alltför liten utsträckning är inriktad på innovation. Detta kan bero på flera olika faktorer, t.ex. felaktiga incitament som gynnar lågrisklösningar, brist på kunskap och kapacitet för framgångsrik upphandling av ny teknik och innovationer, offentlig upphandling är frikopplad från politiska mål och saknar strategisk ansats. Därför, och som ett svar på ett identifierat behov av vägledning, behövs en diskussion om hur tillämpningen av upphandlingsreglerna och eventuella ytterligare åtgärder kan hjälpa upphandlande myndigheter att främja innovation. Särskild uppmärksamhet bör ägnas åt att mäta prestanda, eftersom detta har stor betydelse för att utvärdera vilken effekt offentlig upphandling har på innovation, prestandaökning och uppnåendet av det egentliga innovationsmålet.

Frågor:

91. Tror ni att det finns behov av att ytterligare främja och stimulera innovation genom offentlig upphandling? Vilka incitament/åtgärder skulle stödja och skynda på införandet av innovationer inom offentliga organ?

92. Anser ni att immateriella rättigheter och innovativa lösningar skyddas tillräckligt med den konkurrenspräglade dialogen så att anbudsgivarna kan tjäna på sina innovativa idéer?

93. Anser ni att andra förfaranden bättre tillgodoser kravet på att satsa på innovation genom att skydda de ursprungliga lösningarna? Vilken typ av förfaranden skulle i så fall vara bäst lämpade?

---

97 För mer vägledning se kommissionens meddelande och det därmed sammanhängande arbetsdokumentet från kommissionens avdelningar *Förkommersiell upphandling: Att driva på innovation för att få offentliga tjänster av hög kvalitet i Europa*, KOM(2007) 799 och SEK(2007) 1668. Mer aktuell information om förkommersiell upphandling finns på http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home_en.html

98 Upphandling som inte omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv i enlighet med artikel 16 f i direktiv 2004/18/EG.

94.	Anser ni att förkommersiell upphandling, där myndigheter upphandlar FoU-tjänster för utveckling av produkter som ännu inte finns på marknaden, fungerar bra för att stimulera innovation? Behövs det ytterligare utbyte av bästa praxis eller benchmarking av praxis för upphandling av FoU mellan medlemsstaterna för att underlätta en mer omfattande användning av förkommersiell upphandling? Finns det eventuellt andra sätt, som inte uttryckligen anges i det nuvarande regelverket, för de upphandlande myndigheterna att stimulera utveckling av varor eller tjänster som ännu inte finns på marknaden? Finns det några särskilda sätt för upphandlande myndigheter att uppmuntra små och medelstora företag och nystartade företag att delta i förkommersiell upphandling?
95.	Behövs det andra åtgärder för att främja små och medelstora företags innovationskapacitet? Vilken typ av åtgärder skulle ni i så fall vilja föreslå?
96.	Vilken typ av prestandamått skulle ni föreslå för att mäta framsteg och effekter av offentlig upphandling inriktad på innovation? Vilka data skulle behövas för dessa prestandamått och hur kan de samlas in utan att skapa merarbete för upphandlande myndigheter och/eller ekonomiska aktörer?

4.4. Sociala tjänster

Sociala tjänster finns förtecknade i bilaga II B till direktiv 2004/18/EG. Som förklaras ovan omfattas därför kontrakt avseende sociala tjänster till ett värde som överstiger tröskelvärdet för tillämpningen av upphandlingsdirektiven bara av några få särskilda regler i direktivet (de som rör tekniska specifikationer och offentliggörande av resultaten av upphandlingen) och av grundprinciperna i EU-lagstiftningen som icke-diskriminering och öppenhet[99]. Kontrakt under tröskelvärdet omfattas alltså bara av EU-lagstiftningens grundprinciper – som icke-diskriminering och öppenhet – om de är av gränsöverskridande intresse.

När man lägger ut sociala tjänster på entreprenad via ett tjänstekontrakt har myndigheterna redan ett avsevärt handlingsutrymme i fråga om vilka förfaranden som ska följas. Myndigheterna kan dessutom införa krav när det gäller i synnerhet tjänstens kvalitet, omfattning och kontinuitet samt krav avseende användarens deltagande vid tillhandahållandet av och utvärderingen av tjänsten eller som säkerställer att tjänsteleverantörerna ser till att de känner till det lokala sammanhanget när man utför tjänsten[100].

Vissa berörda parter anser dock att de nuvarande reglerna behöver anpassas för att bättre beakta de särdrag som sociala tjänster har. Man efterfrågar i synnerhet högre tröskelvärden för dessa tjänster. Det bör observeras att en höjning av gällande tröskelvärden för sociala tjänster inte skulle leda till någon begränsning när det gäller omfattning och eventuella ersättningskrav inom ramen för GPA och andra internationella avtal, eftersom B-tjänster inte omfattas av dessa instrument.

---

99 Sociala tjänster ingår i de tjänster som förtecknas i bilaga II B till direktiv 2004/18/EG och det är därmed bara ett fåtal regler i direktivet som gäller för dessa (för skillnaden mellan tjänster som förtecknas i bilaga II A och tjänster som förtecknas i bilaga II B se artiklarna 20 och 21 i direktivet).

100 Vägledning till hur upphandlingsreglerna ska tillämpas på sociala tjänster och i synnerhet förtydliganden om myndigheternas handlingsutrymme finns i arbetsdokumentet från kommissionens avdelningar *Frequently Asked Questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest* – SEK(2007) 1514, 20.11.2007 – uppdaterat 2010 (*Guide on the application of the EU rules on State aid, public procurement and internal market to services of general economic interest and, in particular, to social services of general interest* – SEK(2010 1545).

Frågor:

97. Anser ni att sociala tjänsters särskilda egenskaper bör beaktas i högre grad i EU:s upphandlingslagstiftning? Hur bör detta i så fall ske?

97.1. Anser ni att vissa aspekter när det gäller upphandling av sociala tjänster i högre utsträckning bör regleras på EU-nivå för att ytterligare förbättra kvaliteten på dessa tjänster och i så fall vilka aspekter?

97.1.1. Bör direktiven förbjuda kriteriet om lägsta pris för tilldelning av kontrakt / begränsa användningen av priskriteriet / begränsa den viktning som upphandlande myndigheter kan lägga vid priset / införa en tredje möjlighet till tilldelningskriterier utöver lägsta pris och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet?

97.1.2. Bör direktiven tillåta möjligheten att reservera kontrakt som omfattar sociala tjänster för organisationer som drivs utan vinstsyfte/bör det finnas andra privilegier för sådana organisationer i samband med tilldelningen av kontrakt avseende sociala tjänster?

97.1.3. Om man lättar på tilldelningskriterierna eller reserverar kontrakt för vissa typer av organisationer skulle det kunna försvåra för upphandlingsförfarandena att säkerställa att sådana tjänster köps in ”till lägsta kostnad för samhället” och därmed skulle det finnas risk för att kontrakten innebär statligt stöd. Delar ni denna oro?

97.2. Anser ni att andra aspekter av upphandling av sociala tjänster bör vara mindre reglerade (t.ex. genom högre tröskelvärden eller de minimis-regler för sådana tjänster)? Vilka är i så fall skälen för att sociala tjänster bör särbehandlas?

5. GARANTERA SUNDA FÖRFARANDEN

De ekonomiska riskerna och den nära samverkan mellan den offentliga och privata sektorn gör offentlig upphandling till ett riskområde för illojala affärsmetoder som intressekonflikter, favorisering och bestickning. Därför anges i Stockholmsprogrammet[101] offentlig upphandling som ett område som bör ägnas särskild uppmärksamhet i kampen mot bestickning.

Effektiva mekanismer för att förhindra illojala affärsmetoder vid offentlig upphandling behövs inte bara för att säkerställa en sund konkurrens på lika villkor och garantera en effektiv användning av skattebetalarnas pengar, utan kan också i högsta grad bidra i kampen mot ekonomisk brottslighet.

Kraven i direktiven om att förfarandet ska vara öppet för att garantera att alla anbudsgivare behandlas lika minimerar redan riskerna för illojala affärsmetoder. I de nuvarande direktiven finns det dock inga speciella regler för att förhindra intressekonflikter och införa påföljder i dessa fall och det finns få regler för att straffbelägga favorisering och bestickning vid offentlig upphandling. Dessa frågor tas upp mer specifikt i nationell lagstiftning, men nivån på det skydd som ges i den nationella lagstiftningen varierar stort mellan medlemsstaterna.

[101] Rådets dokument 17024/09, antaget av Europeiska rådet den 10–11 december 2009.

Om skyddet mot illojala affärsmetoder stärks på EU-nivå kan detta förbättra den allmänna skyddsnivån i EU mot sådana metoder, öka den övergripande rättvisan i förfarandena och leda till att upphandling blir mindre sårbar för bedrägeri och bestickning. Sådana ytterligare garantier kan ofta komma att innebär extra administration för upphandlare och företag, och mervärdet i kampen mot illojala affärsmetoder måste noga vägas i förhållande till eventuell negativ inverkan på det övergripande målet att förenkla förfarandena.

5.1. Förebyggande av intressekonflikter

En intressekonflikt föreligger om personer som är med om att fatta beslut om kontraktstilldelning har motstridande yrkesmässiga eller personliga förpliktelser eller personliga eller finansiella intressen som kan göra det svårt för dem att genomföra sitt uppdrag på ett rättvist och oberoende sätt, eller om en person befinner sig i en position där han eller hon kan påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess för att främja sina egna intressen. En sådan intressekonflikt leder inte nödvändigtvis till korruption, men kan leda till bedrägligt beteende. Det är därför nödvändigt att identifiera och lösa intressekonflikter för att förebygga bedrägeri. Det måste understrykas att en intressekonflikt objektivt sett och i sig utgör en allvarlig brist oavsett de berörda parternas avsikter och om de har varit i god eller ond tro[102].

Det bör diskuteras om det krävs grundregler på EU-nivå, exempelvis en gemensam definition av situationer med intressekonflikt som är oacceptabla och ett visst skydd för att förebygga eller komma till rätta med sådana situationer[103]. Detta skydd kan bl.a. innebära krav på att lämna försäkran om att det inte råder någon intressekonflikt samt en viss grad av öppenhet och ansvarsskyldighet vad gäller de upphandlande tjänstemännen med hänsyn till deras personliga situation, vilket givetvis måste vara fullt förenligt med dataskyddsreglerna. Exempelvis kan man i EU-regler föreskriva att namnen på ledamöterna i utvärderingskommittén måste lämnas ut till ett kontrollorgan eller införa ett krav på att de upphandlande myndigheterna ska kontrollera att det inte finns några intressekonflikter när de sätter samman utvärderingskommittén.

Frågor:

98. Anser ni att det bör införas en EU-definition av intressekonflikt vid offentlig upphandling? Vilka aktiviteter/situationer där det föreligger en potentiell risk bör omfattas (personliga relationer, affärsintressen som aktieinnehav, oförenlighet med extern verksamhet osv.)?

99. Anser ni att det finns ett behov av skydd på EU-nivå för att effektivt förebygga, identifiera och komma till rätta med situationer där intressekonflikt råder? Vilken typ av åtgärder anser ni i så fall vore ändamålsenliga?

---

102 Se dom av den 15 juni 1999 i mål T-277/97, Ismeri Europa Srl mot Europeiska revisionsrätten, punkt 123, om EU-institutioners upphandlingsregler.

103 Se t.ex. EU-institutionernas upphandlingsregler: artikel 52 i rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 med budgetförordning för Europeiska gemenskapernas allmänna budget, och relevant rättspraxis, särskilt domstolens dom av den 9 juli 2002 i mål T-21/01, Georgios Zavvos mot Europeiska kommissionen, och dom av den 17 mars 2005 i mål T-160/03, AFCon Management Consultants, Patrick Mc Mullin och Seamus O'Grady mot Europeiska kommissionen.

5.2. Insatser för att motverka favorisering och bestickning

Upphandlingsmarknaderna, och särskilt stora byggentreprenadprojekt, anses ofta vara ett lukrativt mål för potentiella mutor. Det bör också understrykas att processens integritet inte bara äventyras vid bestickning, vilket är ganska uppenbart, utan även mer generellt vid alla typer av favorisering, även om detta inte nödvändigtvis omfattar ett bedrägligt beteende, t.ex. om en lokal anbudsgivare favoriseras. De vanligaste formerna av bestickning som kan ses vid offentlig upphandling är ”pengar under bordet” (dvs. pengar som belöning till den tjänsteman som har styrt upphandlingen i en viss riktning), manipulation av upphandlingsdokumenten för att gynna en viss anbudsgivare samt att man använder sig av bulvanföretag eller mellanhänder för att dölja tjänstemannens illegala verksamhet.

Många medlemsstaters upphandlingsregler innehåller mekanismer som är särskilt utformade för att förebygga och motverka bestickning och favorisering. Precis som i frågan om intressekonflikter måste det analyseras om ett särskilt skydd behöver införas i EU:s upphandlingslagstiftning, förutsatt att detta inte skapar en orimlig administration. Man måste dock vara medveten inte bara om att bestickning är en mycket känslig fråga för medlemsstaterna, utan även om att problemen på detta område samt de potentiella lösningarna beror på de – mycket varierande – administrativa kulturer och företagskulturer som råder nationellt. Följaktligen kan det vara svårt att hitta en standardlösning på EU-nivå som passar alla.

Det framförs ofta att man bör åtgärda bestickning vid offentlig upphandling genom att öka insynen i framför allt de beslut som upphandlarna fattar under förfarandets gång. De anbudssökande och möjligen även allmänheten skulle därigenom kunna granska tjänstemännens beslut och därmed fungera som ett effektivt instrument mot bestickning. En sådan ökad insyn kan t.ex. införas för skedet när anbuden öppnas eller det obligatoriska offentliggörandet av protokollen som dokumenterar upphandlingen. Den extra administration som en sådan åtgärd medför skulle vara ganska begränsad, eftersom de upphandlande myndigheterna redan är skyldiga att upprätta dessa protokoll[104]. På samma sätt kan offentliggörande av ingångna kontrakt (med redigering av kommersiellt känsliga uppgifter) bidra till en bättre demokratisk granskning av beslut om upphandling.

En möjlighet kan också vara att ta fram särskilda verktyg, t.ex. för bedrägerianmälan via frisamtal eller Internet, för att uppmuntra de deltagande eller andra personer att lämna information om eventuella förseelser eller oegentligheter. Meddelandet om upphandling, den upphandlande myndighetens webbplats och andra former av offentliggörande kan innehålla hänvisningar till ett sådant system som den upphandlande myndigheten eller en tillsynsmyndighet använder sig av för att få in information från anonyma eller andra källor.

Metoder som t.ex. befintliga verktygslådor som främjar god, öppen förvaltning av hela upphandlingsprocessen bör uppmuntras. I detta sammanhang kan förteckningar över indikatorer på röd flagg för upphandlande myndigheter vara ändamålsenliga, trots de begränsningar som finns med detta[105]. Klara regler om rapporteringskrav och skydd för uppgiftslämnare kan bidra till en effektivare rapportering. Användningen av externa observatörer (t.ex. regeringsexperter, icke-statliga organisationer osv.) kan vara ett komplement till de interna kontrollverktygen för bedömning av uppdragstagares prestationer samt förbättra upptäckt och rapportering av misstänkta fall.

---

104 Artikel 43 i direktiv 2004/18/EG.

105 *World Bank Policy Research Paper* nr 5243, 29 mars 2010.

Man kan också överväga om man ska använda sig av befintliga utvärderingsmekanismer för att övervaka efterlevnaden av relevanta internationella instrument med bestämmelser om bestickning vid offentlig upphandling[106].

Slutligen kan det sägas att om upphandlande myndigheters handlingsfrihet begränsas för vissa aspekter (t.ex. upphandlande myndigheters möjligheter att annullera förfaranden) kan detta göra det svårare att genomföra beslut i praktiken som inte är motiverade på objektiva grunder, vilket i sin tur kan förebygga favorisering. Dessa åtgärder får emellertid inte begränsa det nödvändiga handlingsutrymme som upphandlande myndigheter behöver för att köpa varor och tjänster som är anpassade till deras specifika behov.

Frågor:

100. Delar ni uppfattningen att det finns risk för bestickning och favorisering på upphandlingsmarknaderna? Anser ni att det krävs agerande från EU på detta område eller bör detta vara medlemsstaternas sak att åtgärda?

101. Vilka är de största riskerna för integriteten i var och en av upphandlingsförfarandets olika faser (fastställandet av kontraktsföremålet, utarbetandet av anbudet, urvalsfasen, tilldelningsfasen, genomförandet av kontraktet)?

102. Vilka av dessa risker anser ni bör åtgärdas genom införande av mer specifika/ytterligare regler i EU:s upphandlingsdirektiv och hur (vilka regler/vilket skydd)?

103. Vilka ytterligare instrument kan skapas inom ramen för direktiven för att motverka organiserad brottslighet vid offentlig upphandling? Anser ni att t.ex. en förhandskontroll bör införas för underentreprenad?

5.3. Uteslutning av ”oseriösa” anbudsgivare

Uteslutning av anbudsgivare som är skyldiga till bestickning och, mer generellt, fel i yrkesutövningen är ett kraftfullt sätt att straffa – och även i viss mån förebygga – illojala affärsmetoder. I artikel 45 i direktiv 2004/18/EG föreskrivs redan en skyldighet att utesluta anbudsgivare som är dömda för vissa angivna brott (särskilt bestickning) samt möjligheten att utesluta anbudsgivare för en rad andra illojala affärsmetoder (bl.a. ”allvarligt fel i yrkesutövningen”).

En rad frågor rörande räckvidd, tolkning, införlivande och den praktiska tillämpningen av denna bestämmelse kvarstår fortfarande, och medlemsstaterna och de upphandlande myndigheterna har efterfrågat ytterligare förtydliganden.

Det bör särskilt undersökas om grunderna för uteslutning i artikel 45 är adekvata, tillräckligt tydliga (framför allt uteslutning på grund av ”fel i yrkesutövningen”) och omfattande, eller om ytterligare grunder för uteslutning bör införas. Det verkar också som om de upphandlande myndigheterna har praktiska problem med att få fram alla uppgifter av betydelse om de anbudssökandes och anbudsgivarnas personliga ställning om de är etablerade i andra

[106] Framför allt OECD:s konvention om bekämpande av bestickning av utländska offentliga tjänstemän i internationella affärsförbindelser och FN:s konvention mot korruption.

medlemsstater samt om huruvida de har rätt att delta enligt den nationella lagstiftningen i etableringslandet.

Vidare behöver det förmodligen förtydligas vilket spelrum som finns för införandet av nationella bestämmelser om grunder för uteslutning. Om medlemsstaterna får möjlighet att införa fler grunder för uteslutning i sin nationella lagstiftning kan de kanske effektivare åtgärda vissa problem med illojala affärsmetoder som bottnar i nationella förhållanden. Om det finns särskilda nationella grunder för uteslutning innebär detta å andra sidan alltid en risk för att utländska anbudsgivare diskrimineras vilket kan äventyra principen om konkurrens på lika villkor inom EU.

En viktig fråga som inte tas upp i EU:s nuvarande upphandlingsdirektiv är självsanerande åtgärder som vidtas av den ekonomiska aktören för att rätta till en negativ situation som påverkar hans eller hennes rätt att delta i upphandlingen. Huruvida dessa åtgärder är verksamma beror på i vad mån de godtas av medlemsstaterna. Med hjälp av självsanerande åtgärder bör det vara möjligt att hitta en medelväg mellan tillämpningen av grunderna för uteslutning och principerna om proportionalitet och likabehandling. En prövning av självsanerande åtgärder kan hjälpa upphandlande myndigheter att göra en objektiv och mer heltäckande bedömning av den anbudssökandes eller anbudsgivarens personliga ställning så att man kan avgöra om vederbörande ska uteslutas från upphandlingen.

Artikel 45 tillåter medlemsstaterna att beakta självsanerande åtgärder om dessa visar att problemen med den anbudssökandes eller anbudsgivarens yrkesmässiga integritet, betalningsförmåga och tillförlitlighet är undanröjda. Det finns emellertid inga enhetliga regler om självsanering, även om de åtgärder som den ekonomiska aktören vidtar för att inte uteslutas ändå beaktas av de upphandlande myndigheterna i vissa medlemsstater.

Vidare uppstår frågan om EU uttryckligen bör införa påföljder för försök att äventyra insynen och opartiskheten i upphandlingsförfarandet (t.ex. anbudssökande eller anbudsgivare som försöker få tillgång till konfidentiella uppgifter eller på ett otillbörligt sätt påverka den upphandlande myndighetens verksamhet, exempelvis urvalsfasen eller tilldelningsfasen). Dessa påföljder kan t.ex. bestå i att ansökan eller anbudet inte godtas om detta beslut är välgrundat.

Vissa allvarliga former av illegalt handlande, t.ex. bestickning eller intressekonflikter som med avsikt inte har deklarerats, bör också bestraffas hårdare, t.ex. genom straffrättsliga påföljder. Medlemsstaterna är redan nu skyldiga att föreskriva straffrättsliga påföljder för bestickning av tjänstemän. Lämpligheten i att ange miniminormer för påföljder måste bedömas mot bakgrund av brottets omfattning och nödvändighets-, subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna[107].

Frågor:

104. Anser ni att artikel 45 i direktiv 2004/18/EG om uteslutning av anbudsgivare är ett användbart instrument för att straffbelägga illojala affärsmetoder? Vilka förbättringar av denna mekanism och/eller andra mekanismer föreslår ni?

[107] Se mål C-440/05, Europeiska kommissionen mot Europeiska unionens råd, punkt 66, om EU:s funktionella befogenheter i fråga om straffrättslig lagstiftning.

105. Hur kan de upphandlande myndigheternas samarbete stärkas för att få in uppgifterna om de anbudssökandes och anbudsgivarnas personliga ställning?

106. Anser ni att frågan om självsanerande åtgärder bör tas upp uttryckligen i artikel 45 eller bör den bara regleras på nationell nivå?

107. Är ett motiverat beslut om att inte godta ett anbud eller en ansökan adekvata påföljder för att förbättra respekten för principen om likabehandling?

108. Anser ni, mot bakgrund av Lissabonfördraget, att miniminormer för straffrättsliga påföljder bör anges på EU-nivå för särskilda fall, exempelvis bestickning eller ej deklarerade intressekonflikter?

5.4. Undvika orättvisa fördelar

Slutligen kan det uppstå situationer där det visserligen inte förekommer några intressekonflikter eller illojala affärsmetoder, men där rättvisan vid förfarandet kan äventyras genom att vissa anbudsgivare befinner sig i en fördelaktig situation. Om den anbudssökande eller anbudsgivaren exempelvis har deltagit i förberedande verksamhet som är kopplad till utvecklingen av en tjänst som ska upphandlas (som forskning och/eller formgivning) kan detta innebära stora fördelar för den anbudsgivaren i form av insidesinformation och därmed leda till att respekten för principen om likabehandling kan ifrågasättas[108].

Frågan här är i vilken utsträckning fördelar kan kompenseras utan att anbudsgivaren diskrimineras. Att bara utesluta anbudsgivare som har deltagit i förberedelserna av projektet skulle sannolikt vara en oproportionerlig reaktion, och det är kanske inte ens genomförbart i praktiken, särskilt om det finns få kvalificerade konkurrenter på marknaden. En meningsfull kompensation kan t.ex. vara en skyldighet för denna anbudsgivare att till alla konkurrerande anbudsgivare lämna ut all insidesinformation som han eller hon har fått vid sitt tidigare arbete med projektet.

En fråga som är ännu mer komplicerad är problemet med etablerade anbudsgivares naturliga fördelar, som det är ännu svårare att klart fastställa och kompensera för. Även här kan det fylla sitt syfte att kräva att viss insidesinformation lämnas ut för att minska risken för diskriminering, på villkor att kommersiellt känsliga uppgifter skyddas på lämpligt sätt.

Frågor:

109. Bör det finnas särskilda regler på EU-nivå för att åtgärda problemet med att vissa anbudsgivare kan ha fördelar därför att de tidigare har deltagit i utformningen av det projekt som upphandlingen gäller? Vilka skyddsåtgärder föreslår ni?

110. Anser ni att problemet med etablerade anbudsgivares eventuella fördelar måste tas upp på EU-nivå och i så fall hur?

[108] Se de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom.

6. TILLTRÄDE TILL EU-MARKNADEN FÖR LEVERANTÖRER FRÅN TREDJELÄNDER

EU:s internationella åtaganden på upphandlingsområdet avspeglas genom flera bestämmelser i direktiven.

I skäl 7 i direktiv 2004/18/EG och skäl 14 i direktiv 2004/17/EG hänvisas det uttryckligen till rådets beslut 94/800/EG, varigenom WTO:s avtal om offentlig upphandling godkänns. Där anges att ”*den ordning som fastställs i avtalet [ska] tillämpas för anbudsgivare och varor från tredje land som har undertecknat avtalet*”. Villkoren rörande avtalet om offentlig upphandling avspeglas i artikel 5 i direktiv 2004/18/EG och artikel 12 i direktiv 2004/17/EG. Ekonomiska aktörer från länder som undertecknat WTO: s avtal om offentlig upphandling bör därför behandlas på samma sätt som europeiska ekonomiska aktörer på de villkor som fastställs i avtalet, särskilt EU:s tillägg 1 som omfattar alla EU:s åtaganden enligt avtalet.

Vidare införs, inom de områden som inte omfattas av EU:s internationella åtaganden, i artikel 58 i direktiv 2004/17/EG ett företräde för gemenskapen vid varuupphandling, och artikel 59 i samma direktiv gör det möjligt att begränsa tillträdet till EU:s marknad vid upphandling av försörjningstjänster.

Många berörda parter har på senare tid påpekat att EU:s upphandlingsmarknad är öppnare än våra internationella partners upphandlingsmarknader. Företagen i EU konkurrerar därmed inte alltid med utländska företag på lika villkor. Detta har även negativa konsekvenser för EU:s förhandlingsposition vid internationella förhandlingar om ökat tillträde till marknaderna. Det är därför nödvändigt att reflektera över EU:s politik för offentlig upphandling i förhållande till tredjeländer, över användningen av ovannämnda bestämmelser och över eventuella förbättringar.

Detta knyter an till de pågående diskussionerna om hur EU:s inflytande vid internationella förhandlingar kan stärkas för att säkerställa ett mer balanserat och ömsesidigt tillträde till EU:s och andra länders upphandlingsmarknader. Kommissionen genomför för närvarande en konsekvensbedömning där man undersöker de olika policyalternativen, med utgångspunkt i EU:s internationella åtaganden såsom avtalet om offentlig upphandling, även i förhållande till tredjeländer med vilka EU ännu inte har sådana avtal.

Frågor:

111. Vilka är era erfarenheter av och/eller synpunkter på mekanismerna i artiklarna 58 och 59 i direktiv 2004/17/EG?

111.1 Bör dessa bestämmelser förbättras ytterligare? Om så är fallet, hur? Bör räckvidden för dessa bestämmelser utvidgas utöver området för upphandling av försörjningstjänster?

112. Vilka andra mekanismer föreslår ni för att få bättre symmetri i tillträdet till upphandlingsmarknader?

***

I denna grönbok behandlas frågor som kommissionen anser är viktiga för en framtida reform av EU:s politik för offentlig upphandling. Det kan finnas andra viktiga frågor som inte tas upp grönboken. Det skulle även vara intressant att höra av berörda parter vilka av de ämnen som behandlas i grönboken som man anser är viktigast och vilka frågor som kan vara mindre

relevanta vid en framtida reform. Alla berörda parter uppmanas därför att svara på nedanstående frågor.

Frågor:

113. Finns det andra frågor som ni anser bör tas upp vid en framtida reform av EU:s direktiv om offentlig upphandling? Vilka frågor är det, vilka problem anser ni bör åtgärdas och vilka möjliga lösningar finns på dessa problem?

114. Ange i rangordning hur viktiga de olika frågor är som tas upp i denna grönbok samt andra frågor som ni anser är viktiga. Om ni skulle behöva välja tre frågor som måste åtgärdas först och främst, vilka skulle ni välja? Motivera er ståndpunkt.

***

Kommissionen uppmanar alla intresserade parter att lämna sina synpunkter före den 18 april 2011, helst per e-post och i Word-format till MARKT-CONSULT-PP-REFORM@ec.europa.eu.

Synpunkterna behöver inte täcka alla de frågor som tas upp i denna grönbok. De kan begränsas till de frågor som är särskilt intressanta för er. Ange tydligt vilka aspekter era synpunkter avser.

Era svar och personuppgifter kommer att läggas ut på Internet, såvida ni inte motsätter er detta för att det skulle skada era legitima intressen. I så fall kan bidraget publiceras i anonymiserad form. I annat fall kommer synpunkterna inte att publiceras och deras innehåll kommer i princip inte att beaktas.