

Regeringskansliet
Socialdepartementet
s.remissvar@regeringskansliet.se

Ett bättre premiepensionssystem

SOU 2019:44

Upphandlingsmyndigheten får härmed yttra sig över rubricerat betänkande av Utredningen om ett upphandlat fondtorg för premiepension ("utredningen").

Upphandlingsmyndigheten yttrar sig utifrån uppdraget att utveckla och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter samt att stödja de leverantörer som deltar i sådan upphandling. Myndighetens uppdrag är att verka för rättssäkra, effektiva och hållbara upphandlingar till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling. Myndigheten ska också ge vägledning i statsstödsfrågor till kommuner och regioner. Mot denna bakgrund kommenteras inte samtliga kapitel och förslag i betänkandet.

I remissvaret kommenteras de förslag som utredningen lämnat i den ordning och under de rubriker som anges i betänkandet. Avslutningsvis kommenteras särskilt de statsstödsrättsliga aspekter som förslagen föranleder.

Sammanfattning

Upphandlingsmyndigheten delar inte utredningens bedömning att de aktuella avtalen inte utgör ett kontrakt i den mening som avses i direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet). Vidare anser Upphandlingsmyndigheten att frågan huruvida undantaget för finansiella tjänster i LOU-direktivet är tillämpligt inte är tillräckligt utredd.

Det är enligt Upphandlingsmyndigheten nödvändigt att dessa frågor utreds ytterligare, eftersom det föreslagna nya regelverket för upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg förutsätter att sådan upphandling inte omfattas av tillämpningsområdet för LOU-direktivet eller något annat av EU:s upphandlingsdirektiv.

Om denna kompletterande utredning visar att LOU-direktivet inte är tillämpligt har Upphandlingsmyndigheten även lämnat synpunkter på det föreslagna nya regelverket för upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg.

Det är i den delen Upphandlingsmyndighetens utgångspunkt att alla regler på upphandlingsområdet bör utformas så enhetligt och konsekvent som möjligt. Att frångå en sådan ordning bör ha starkt vägande skäl. Att redan nu låta Förenklingsutredningens förslag tjäna som förebild, trots att förslagen ännu inte lett till några lagstiftningsåtgärder, är inte i linje med en sådan ambition.

Upphandlingsmyndigheten avstyrker förslaget om att den nya myndigheten ska ta ut en avgift från de fondförvaltare som ger in anbudsansökningar respektive anbud. I övrigt hänvisar Upphandlingsmyndigheten till sitt tidigare remissvar till Förenklingsutredningen.

Vad gäller de statsstödsrättsliga aspekterna föreslår Upphandlingsmyndigheten att regeringen överväger om finansieringen kan utformas så att kriterierna i EU-domstolens dom i målet Altmark är uppfyllda. Om regeringen anser att rättslaget i frågan är osäkert bör förslaget anmälas till EU-kommissionens konkurrensdirektorat.

8 Finns tillämpliga regelverk för upphandling?

8.2 EU:s befogenhet på socialförsäkringsområdet

Enligt utredningen kan upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg inte anses falla utanför EU:s befogenhet enbart på den grunden att upphandlingen sker inom ramen för ett socialt trygghetssystem. Upphandlingsmyndigheten delar denna uppfattning och instämmer i att det istället behöver slås fast huruvida upphandling av fonder till premiepensionstorget omfattas av något av EU:s upphandlingsdirektiv.

8.3 Upphandlingsdirektiven

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens uppfattning att ett eventuellt nytt regelverk för upphandling av fonder till fondtorget förutsätter att sådan upphandling inte omfattas av tillämpningsområdet för något av EU:s upphandlingsdirektiv.

8.4 LOU-direktivet

8.4.1 Ingås ett kontrakt enligt LOU-direktivet?

Upphandlingsmyndigheten delar inte utredningens bedömning att finansiella instrument i form av fonder till premiepensionstorget inte utgör varor eller tjänster i den mening som avses i LOU-direktivet och att de nu aktuella avtalen inte skulle röra sig om ett kontrakt i den mening som avses i nämnda direktiv. Enligt Upphandlingsmyndigheten har utredningen inte framfört några övertygande skäl till stöd för denna slutsats.

Utredningen har vid denna bedömning framhållit att finansiella instrument inte har någon CPV-kod, vilket skulle tala för att de inte kan anses utgöra varor eller tjänster. Upphandlingsmyndigheten konstaterar dock, precis som utredningen noterat, att CPV-koder inte har någon rättslig verkan.

Vidare noterar Upphandlingsmyndigheten att det finns ett antal CPV-koder som avser diverse varor och tjänster, och som den aktuella typen av finansiella instrument möjligen hade kunnat kodas som. Därutöver kan konstateras att det finns ett stort antal varor och tjänster vars benämning enligt CPV-nomenklaturen skulle kunna ifrågasättas, utan att det skulle aktualisera frågan om huruvida det rör sig om ett kontrakt. Upphandlingsmyndigheten anser med andra ord att någon avgörande vikt inte kan fästas vid CPV-koder för att avgöra frågor om upphandlingsskyldighet.

Upphandlingsmyndigheten är inte heller övertygad om vad utredningen anfört om att det skulle ligga i sakens natur att det inte går att upphandla ett specifikt finansiellt instrument som aktier i ett visst bolag. Som utredningen noterat har dock kammarrätten i Stockholm konstaterat att förvärv av onoterade aktier faller inom tillämpningsområdet för LOU. Utredningen har i dessa delar inte närmare utvecklat grunderna för sin bedömning. I sammanhanget noterar Upphandlingsmyndigheten att det av beaktandesats 26 till LOU-direktivet framgår att finansiella instrument i nämnda direktiv har samma innebörd som i övrig lagstiftning om den inre marknaden.

Avslutningsvis konstaterar Upphandlingsmyndigheten att kontraktsbegreppet är komplicerat. Dess innebörd har varit föremål för ett antal utredningar och berörts i såväl praxis som doktrin. Exempelvis uppmärksammades kontraktsbegreppet nyligen i SOU 2019:56 *Idéburen välfärd*.¹ I betänkandet uppställs bland annat sex kumulativa kriterier som ska vara uppfyllda för att det ska vara fråga om ett offentligt kontrakt. Enligt utredningen ska det röra sig om (1) ett avtal mellan två eller flera parter, (2) som ska innebära att en överenskommelse har träffats mellan berörda parter, (3) som ska röra en upphandlande myndighets anskaffning av en vara, tjänst eller byggtreprenad, (4) som ska innebära att den upphandlande myndigheten gör ett val av leverantör, (5) som ska innehålla ekonomiska villkor vilket innebär att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot vederlag och att det som anskaffas är av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten, samt (6) som ska innehålla rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär.

Enligt Upphandlingsmyndigheten är bedömningen av huruvida det avtal som ingås mellan den nya myndigheten och en fondförvaltare utgör ett kontrakt i den mening som avses i LOU-direktivet av central betydelse för att kunna ta ställning till utredningens övriga förslag. Det är därför angeläget att frågan utreds djupare.

8.4.2 Undantaget för finansiella tjänster

Om det avtal som ingås mellan den nya myndigheten och en fondförvaltare skulle anses utgöra ett kontrakt i den mening som avses i LOU-direktivet, anser utredningen att upphandlingen bör omfattas av det undantag för finansiella tjänster som gäller enligt nämnda direktiv.

¹ SOU 2019:56 *Idéburen välfärd*, s.259 ff.

Upphandlingsmyndigheten finner som utgångspunkt denna bedömning välmotiverad och instämmer i att bedömningen av vilka tjänster som omfattas i första hand får ske genom en språklig tolkning. Inte desto mindre har frågan huruvida detta undantag är tillämpligt i det nu aktuella fallet inte blivit tillräckligt belyst. I likhet med utredningen anser Upphandlingsmyndigheten därför att det är angeläget att denna fråga blir belyst ytterligare i den fortsatta beredningen av betänkandet.

8.5 Lagen om offentlig upphandling

Som anförts ovan efterlyser Upphandlingsmyndigheten en närmare utredning vad gäller bedömningen att LOU-direktivet inte skulle vara tillämpligt i det aktuella fallet.

Om LOU-direktivet skulle visa sig vara tillämpligt måste de nationella regler som styr upphandling av fonder till premiepensionstorget överensstämja med vad som följer av direktivet. Det skulle kunna säkerställas genom att tillämpa LOU. Upphandlingsmyndigheten vill härvid påminna om att en felaktig bedömning av LOU-direktivets tillämplighet skulle kunna medföra att Sverige inte uppfyller sina skyldigheter gentemot EU.

Om LOU-direktivet däremot inte är tillämpligt anser Upphandlingsmyndigheten att även frågan om tillämpligheten av de icke-direktivstyrda delarna av LOU bör utredas vidare. Detta då utredningen inte i tillräcklig mån har redogjort för varför dessa delar inte skulle vara tillämpliga.

9 Utgångspunkter för ny reglering

9.1. Upphandling eller valfrihetssystem?

Som utredningen konstaterat medför kommittédirektiven att premiepensionens fondtorg inte bör utformas som ett valfrihetssystem utan bör bygga på upphandling av fonder. Upphandlingsmyndigheten anser dock att denna begränsning i utredningens uppdrag kan ha medfört att de eventuella fördelarna med att istället utforma det nya premiepensionssystemet utifrån ett valfrihetssystem inte blivit belysta i önskvärd utsträckning. I sammanhanget vill Upphandlingsmyndigheten även framhålla att valfrihetssystem utformade på visst sätt kan vara undantagna från LOU-direktivets tillämpningsområde (se EU-domstolens domar i målen C-410/14 Falk Pharma och C-9/17 Tirkkonen, se även Konkurrensverkets ställningstagande 2019:2 angående valfrihetssystem).

9.2 Kan och bör något av de befintliga regelverken för upphandling tillämpas? samt

9.3 Ett flexibelt och särskilt anpassat regelverk

Upphandlingsmyndighetens synpunkter nedan utgår från förutsättningen att det, efter den fördjupade analys som efterfrågats, visat sig att LOU-direktivet inte är tillämpligt vid upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg.

Enligt utredningen bör i sådana fall inte de icke direktivstyrda reglerna i LOU tillämpas vid upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg. Istället bör det enligt utredningen tas fram ett särskilt regelverk för sådan upphandling. Även om direktivet inte skulle visa sig tillämpligt finns det enligt Upphandlingsmyndigheten

skäl att överväga fördelarna av enhetliga och konsekventa regler på upphandlingsområdet. Att frånga en sådan ordning och istället införa olika regler för olika typer av upphandlingar bör enligt Upphandlingsmyndigheten ha starkt vägande skäl.

9.4 EU:s grundläggande principer för upphandling

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att fondavtal som regel utgör ett kontrakt av bestämt gränsöverskridande intresse, och att de grundläggande principerna för upphandling därmed blir tillämpliga vid upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg.

10 De övergripande principerna för upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg

10.1 Hur ska de övergripande principerna regleras?

Upphandlingsmyndigheten anser att utredningens bedömning av hur de övergripande principerna om valfrihet, hållbarhet och kontrollerbarhet ska regleras i huvudsak är välvägd. Med tanke på att principerna är nya och dess innebörd, i vart fall under en övergångsperiod, kommer att vara något oklara, finner Upphandlingsmyndigheten det lämpligt att de nya principerna kommer till uttryck i konkreta bestämmelser istället för i en övergripande mer abstrakt portalparagraf.

10.3 Principen om hållbarhet

Utredningens har föreslagit att ett fondavtal ska innehålla minimikrav på att fondförvaltaren ska iaktta vad som följer av internationella överenskommelser som Sverige har ingått och som rör frågor om hållbarhet. Som utredningen noterat finns en rad sådana överenskommelser. I praktiken medför ett sådant minimikrav omfattande kunskapskrav. Detta kan dels kan vara utmanande att kravställa, dels vara utmanande för marknaden att uppfylla och visa att de uppfyller. Om kravet enbart formuleras som ett allmänt hållet krav om att följa internationella överenskommelser riskerar kravet att bli tandlöst och svårt att följa upp, utan genomslag.

10.4 Principen om kontrollerbarhet

Upphandlingsmyndigheten välkomnar utredningens uppmärksammande av vikten av avtalsuppföljning. Det är av central betydelse då det gäller all typ av upphandling. Upphandlingsmyndigheten tillstyrker därför utredningens förslag om att den nya myndigheten löpande ska granska att fondförvaltare och fonder uppfyller villkoren i fondavtalen. Detta förutsätter dock att de krav som ställs dels är proportionerliga, dels är möjliga och rimliga att följa upp för den upphandlande myndigheten.

11 Ett regelverk för upphandling av fondtorg

11.1 Förenklingsutredningens förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler bör tjäna som förebild

Enligt utredningen bör de förslag som lämnades av utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler ("Förenklingsutredningen") i juni 2018 i betänkandet *Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål* (SOU 2018:44) tjäna som förebild vid

utformningen av förfarandereglerna för upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg. Upphandlingsmyndigheten har i sitt remissvar angående detta betänkande redogjort för myndighetens synpunkter vad gäller Förenklingsutredningens förslag.² Upphandlingsmyndigheten hänvisar till dessa synpunkter.

Som utredningen noterat är det i nuläget osäkert huruvida Förenklingsutredningens förslag kommer att leda till lagstiftningsåtgärder och i så fall när. Upphandlingsmyndigheten delar inte utredningens bedömning att det inte är nödvändigt att invänta beredningen av dessa förslag.

De synpunkter som Upphandlingsmyndigheten framför nedan gäller utifrån förutsättningen att det, efter den ytterligare analys som efterfrågats, bedöms finnas rättligt utrymme och i övrigt anses lämpligt att införa särskilda regler för upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg. I de delar där Upphandlingsmyndigheten inte uttalar sig särskilt nedan hänvisas till vad Upphandlingsmyndigheten anfört i sitt remissvar till Förenklingsutredningen.

11.2 Definitioner

Vad beträffar utredningens förslag om definitioner av vissa upphandlingsrättsliga begrepp hänvisar Upphandlingsmyndigheten till sitt ovan nämnda remissvar. I tillägg befarar Upphandlingsmyndigheten dock att det finns risk för begreppsförvirring om utredningens förslag på definitionen av direktupphandling införs utan att Förenklingsutredningens motsvarande förslag införs.

11.3 Krav på de fonder som ska upphandlas

Utredningen föreslår vidare att den nya myndigheten ska upphandla fonder som är lämpliga för premiepensionssystemet. Enligt förslaget ska de också vara kostnadseffektiva, hållbara, kontrollerbara och av hög kvalitet. Myndigheten ska säkerställa detta genom att ställa obligatoriska krav.

Alla krav som ställs i samband med upphandling ska vara tydliga och förutsebara. Det är enligt Upphandlingsmyndigheten därför positivt att utredningen ger exempel på vad dessa krav mer konkret kan ta sikte på. På ett mer övergripande plan kan också påminnas om vikten av att avsätta tillräckligt med tid och resurser inför en upphandling. Planering, kartläggning, analys och tidig dialog är viktigt för att säkerställa att de krav som ställs motsvarar behovet och är ändamålsenliga i övrigt.

11.4 De grundläggande principerna för upphandling

Upphandlingsmyndigheten är positiv till utredningens förslag att det av lag ska framgå att en upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg ska genomföras i enlighet med de grundläggande principerna för upphandling. Principerna är så grundläggande att de bör framgå uttryckligen.

² Upphandlingsmyndighetens remissvar; Möjligt, tillåtet och tillgängligt SOU 2019:44, överlämnad 2019-01-30, dnr. Nr. UHM 2018-0305.

11.7 Annonsering

Upphandlingsmyndigheten är också positiv till utredningens förslag om att den nya myndigheten genom en annons ska informera om sin avsikt att genomföra en upphandling. Vilken information som ska framgå av en sådan annons samt var den ska annonseras bör dock framgå av lag. Härvid bör noteras att det i samband med införandet av den nya lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik samt de följdändringar som följer av denna, kommer att införas krav på att annonsera i en *registrerad* annonsdatabas. Detta bör speglas i denna reglering också.

11.10 Tidsfrister

Förslaget om att tiden för att komma in med anbudsansökningar respektive anbud ska vara skälig är enligt Upphandlingsmyndigheten lämpligt. Som i LOU bör det dock framgå en minimifrist.

11.15 Direktupphandling

Enligt utredningens förslag får direktupphandling användas om ett fondavtal har sagts upp i förtid eller hävts och uppsägningen eller hävningen leder till att urvalet av fonder på premiepensionens fondtorg inte längre ger en reell valfrihet. Förslaget har likheter med Förenklingsutredningens förslag om så kallade täckningsköp, det vill säga direktupphandling i samband med överprövning. Upphandlingsmyndigheten anser att båda förslagen kan minska de negativa konsekvenserna av sådana situationer och är därmed positiv till förslaget.

11.16 Fondavtalet

Utredningen föreslår bland annat att löptiden för ett fondavtal inte får överstiga tolv år samt att detta ska framgå av lag. Upphandlingsmyndigheten instämmer i att en sådan ordning förvisso skulle skapa förutsebarhet och tydlighet. En sådan ordning riskerar dock att leda till att upphandlande myndigheter regelmässigt bestämmer löptiden till tolv år utan att göra en ordentlig bedömning av vad som vore proportionerligt i det enskilda fallet. Upphandlingsmyndigheten finner därför att det vore lämpligare med en ordning som innebär att ett fondavtal ska ha en bestämd löptid som ska vara proportionerlig i förhållande till den kategori av fonder som upphandlas.

11.22 Det föreslagna regelverkets förenlighet med annan reglering

Vad beträffar utredningens bedömning avseende det föreslagna regelverkets förenlighet med annan reglering har Upphandlingsmyndigheten vissa synpunkter vad avser de statsstödsrättsliga aspekterna. Dessa redogörs för nedan i ett särskilt avsnitt.

13 En myndighet för premiepensionens fondförvaltning

13.8.2 Fondförvaltarna ska finansiera hanteringen av fonder på fondtorget

Upphandlingsmyndigheten avstyrker utredningens förslag att den nya myndigheten ska ta ut en avgift från de fondförvaltare som ger in anbudsansökningar respektive anbud i en upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg, för att täcka myndighetens kostnader för att granska och pröva dessa.

Precis som utredningen noterat är det ovanligt, om ens förekommande, att ta ut en avgift för att få delta i en upphandling. Att införa en avgift skulle begränsa rätten att delta i en offentlig upphandling och sannolikt medföra minskad konkurrens på området. Att värna om en god och väl fungerande konkurrens är ett av de grundläggande syftena med upphandlingsreglerna. Att införa regler som sannolikt kommer ha motsatt effekt framstår därför som icke ändamålsenligt.

Särskilt om vissa statsstödsrättsliga aspekter

I avsnitt 11.22 och 12.3.2 behandlas EU:s statsstödsregler. Upphandlingsmyndigheten anser att bedömningarna som utgångspunkt är välmotiverade. Bedömningarna bör enligt Upphandlingsmyndigheten dock kompletteras med resonemang utifrån kriterierna i EU-domstolens dom i målet Altmark.³ Detta för att öka den rättsliga säkerheten kring att det verkligen inte kan bli fråga om något statsstöd.

Med i stort sett samma resonemang som utredningen för skulle det kunna påstås att förfarandet ska användas för att finansiera en marknadskompletterande tjänst som ska vara en del av det sociala trygghetssystemet i Sverige. Det bör inte innebära någon förändring i sak. Ett förfarande som uppfyller de EU-rättsliga principerna som gäller på den inre marknaden kan ändå utformas så att finansieringen inte utgör statligt stöd. Finansieringen kan dock behöva betecknas som en marknadskompletterande tjänst och definieras som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse för att det inte ska vara fråga om ett statsstöd.

Upphandlingsmyndigheten föreslår mot denna bakgrund att regeringen överväger om finansieringen kan utformas så att kriterierna i EU-domstolens dom i målet Altmark är uppfyllda. Om regeringen anser att rättsläget i frågan är osäkert bör förslaget, enligt Upphandlingsmyndigheten, anmälas till EU-kommissionens konkurrensdirektorat. Genom ett sådant förfarande kan EU-kommissionen genom beslut bekräfta att finansieringen enligt det föreslagna regelverket inte utgör statligt stöd.

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Jurist Linnea Eriksson har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också chefsjurist Anders Asplund och statsstödsexperten Magnus Lindbäck deltagit.

Inger Ek

Linnea Eriksson

³ EU-domstolens dom av den 24 juli 2003 i mål C-280/00, Altmark Trans och Regierungspräsidium Magdeburg.