

RÄTTSUTLÅTANDE

Rättsutlåtande avseende huruvida det föreslagna PPM-systemet
är förenligt med lagen om offentlig upphandling

2020-09-12

Docent Andrea Sundstrand
Hagtornsvägen 16
183 60 TÄBY
0734-43 36 22
andrea.sundstrand@juridicum.su.se

1 Bakgrunden till utlåtandet

Fondbolagens förening har gett undertecknad i uppdrag att författa ett utlåtande avseende huruvida det av Utredningen om ett upphandlat fondtorg för premiepensionens betänkande i Ett bättre premiepensionssystem, SOU 2019:44, överensstämmer med bestämmelserna i den svenska upphandlingslagstiftningen.

Utredningens slutsats är att upphandlingen av fonder till det s.k. fondtorget inte omfattas av upphandlingsreglerna. Anledningen är bl.a. utformningen av den aktuella tjänsten och att tjänsten skulle anses vara en s.k. finansiell tjänst som är undantagen från den aktuella lagstiftningen. Utredaren har med anledning av slutsatsen utformat ett eget system för upphandling av fonder. Förslaget debatteras f.n. i Riksdagens pensionsutskott.

Frågan som ställts av Fondbolagen får delas upp i flera delar. För det första måste undersökas huruvida upphandlingen av fonder till det s.k. fondtorget för premiepensionen alls omfattas av upphandlingslagstiftningen. Om så är fallet måste sedan undersökas om det kan finnas något undantag i lagstiftningen som gör att ett eget upphandlingssystem kan utformas för dessa tjänster. Om inget undantag är tillämpligt måste för det tredje undersökas vilken typ av avtal som det i så fall handlar om och hur sådana avtal ska upphandlas.

2 Upphandling av finansiella tjänster i LOU

På upphandlingsområdet har unionslagstiftaren bl.a. antagit ett upphandlingsdirektiv som reglerar upphandlingen av den offentliga sektorn, direktiv 2014/24.¹ Direktivet har genomförts i den svenska lagstiftningen genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Direktiv 2014/24 reglerar endast upphandlingar över de s.k. tröskelvärdena. De har tillkommit för att särskilja upphandlingar med ett bestämt gränsöverskridande intresse, då det endast är de som omfattas av unionslagstiftningen. Regleringen av upphandlingar av mindre värde, s.k. upphandlingar under tröskelvärdena, har utformats av den svenska lagstiftaren och återfinns i kapitel 19 i LOU. Tröskelvärden för tjänster ligger i dag på 1 427 377 kr ex. mervärdesskatt för statliga upphandlande myndigheter och 2 197 545 kr ex. mervärdesskatt för övriga upphandlande myndigheter.² Värdet av ett varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss tid ska som huvudregel uppskattas med ledning av det verkliga totala värdet av en följd av liknande kontrakt som upphandlats under den föregående tolv månadersperioden eller under det föregående räkenskapsåret.³ Det innebär att värdet av liknande kontrakt som upphandlas inom en tolv månaders period ska läggas ihop vid beräkning av tröskelvärdet. Syftet är att det inte ska vara möjligt att kringgå upphandlingslagstiftningen genom att dela upp liknande kontrakt i mindre delar och på så sätt komma under tröskelvärdena och de olika typer av upphandlingsgränser som finns i LOU.⁴

Artikel 2 punkt 9 i direktiv 2014/24 innehåller en definition av ett *offentligt tjänstekontrakt*: ett offentligt kontrakt som avser tillhandahållandet av andra tjänster än de som avses i punkt 6. Punkt 6 innehåller en definition av offentligt byggtreprenadkontrakt. I det tidigare direktivet 2004/18 definierades offentliga tjänstekontrakt som andra offentliga kontrakt än offentliga byggtreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som angavs i bilaga 2. I bilaga 2 angavs CPV-koderna ”66100000-1 till 66430000-3 och från 67110000-1 till 67262000-1” som sådana tjänster som omfattades av begreppet offentligt tjänstekontrakt.⁵

De omfattade tjänster såsom:⁶

Tidigare CPV	CPV efter 17/9 2008	Benämning
67121100-2	66131100-8	Pensionsinvesteringar
67261200-6	66520000-1	Pensionstjänster
67262000-1	66523100-3	Förvaltning av pensionsfond

¹ Se direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

² Skillnaden beror på bestämmelser i det s.k. GPA-avtalet (Government Procurement Agreement).

³ Se 5 kap. 11 § LOU. Se även HFD 2017 ref. 74.

⁴ Se 4 kap. 6 § och 19 kap. 8 § LOU.

⁵ Med CPV-koder avses de koder som finns i nomenklaturen Common Procurement Vocabulary (CPV), som EU-kommissionen tagit fram för att använda bl.a. vid annonsering av offentliga upphandlingar. För information om och den fullständiga CPV-koden på svenska, se https://simap.ted.europa.eu/sv_SE/web/simap/cpv.

⁶ CPV har uppdaterats och nya koder gäller sedan den 17 september 2008. Här anges även de nu gällande CPV-numren för olika typer av pensionstjänster.

I den nu gällande CPV-nomenklaturen finns även följande tjänster inom kategorin pensionstjänster:

66500000-5 Försäkrings- och pensionstjänster
66521000-8 Individuella pensionsförsäkringar
66522000-5 Gruppensionsförsäkringar
66523000-2 Förvaltningsrådgivning för pensionsfond
75320000-5 Pensionsförsäkring för statstjänstemän

Vidare specificeras vad som avses med pensionstjänster, där det anges att det är tjänster för pensioner, det finns således inga begränsningar utan alla tjänster för pensioner omfattas av pensionstjänster.⁷

Det ska noteras här att inga ändringar i sak av den aktuella bestämmelsen om definition av tjänster har gjorts i direktiv 2014/2024. Upphandling av pensionsinvesteringar, pensionstjänster och förvaltning av pensionsfonder omfattas således fortfarande av upphandlingsregelverket och ska vid anskaffning konkurransutsättas i enlighet med bestämmelserna i LOU. Det framgår bl.a. av det välkända avgörandet från EU-domstolen, domen kommissionen/Tyskland.⁸ EU-domstolen prövade i domen frågan om kontrakt avseende tjänstepensionsförsäkring för kommunalt anställda kunde tilldelas direkt utan föregående konkurransutsättning till de försäkringsinstitutioner som angavs i ett kollektivavtal mellan arbetsmarknadens parter. Slutsatsen blev att kontrakten omfattades av EU:s upphandlingslagstiftning.

När det gäller *finansiella tjänster* finns vissa särbestämmelser i LOU om hur värdet av dem ska uppskattas. När upphandlingen avser försäkringstjänster ska värdet av upphandlingen uppskattas till den premie som ska betalas och andra ersättningar för tjänsten. När upphandlingen avser banktjänster och andra finansiella tjänster ska värdet av upphandlingen uppskattas till arvoden, provisioner, ränta och andra ersättningar för tjänsten.⁹ Om en tjänst upphandlas utan att det totala belopp som ska betalas för tjänsten anges, ska värdet av upphandlingen vara det som ska betalas för tjänsten under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader. Om löptiden är längre eller om den är obestämd, ska värdet uppskattas till månadsvärdet multiplicerat med 48.¹⁰

Vissa finansiella tjänster är *undantagna från upphandling* enligt direktiv 2014/24 och enligt LOU. Det handlar bl.a. om upphandling som avser finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument.¹¹ Med *andra finansiella instrument* avses överlåtbara värdepapper, penningmarknadsinstrument, andelar i företag för kollektiva investeringar, finansiella derivatinstrument och utsläppsrätter. Med *penningmarknadsinstrument* avses statsskuldväxlar, inlåningsbevis, företagscertifikat och andra instrument som normalt omsätts på penningmarknaden, dock inte betalningsmedel.¹² Vare sig undantaget för

⁷ Se avsnitt S: Övriga attribut för finansiella tjänster i CPV-nomenklaturen, s. 238.

⁸ Se EU-domstolens dom av den 15 juli 2010, kommissionen/Tyskland, C-271/08, EU:C:2010:426.

⁹ Se 5 kap. 12 § LOU.

¹⁰ Se 5 kap. 13 § LOU.

¹¹ Se artikel 10 p. e direktiv 2014/24 och 3 kap. 24 § 1 st. 1 p. LOU.

¹² Se 1 kap. 4 § 7 p. lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

finansiella tjänster i direktiv 2014/24 eller i LOU innehåller någon referens till CPV-koder.¹³

I förarbetena till LOU anges avseende finansiella tjänster:¹⁴

"Vad som omfattas av begreppet bestäms av CPV-nomenklaturen enligt 4 kap. 19 §, närmare bestämt huvudgrupp 6000000-0 finans- och försäkringstjänster med tillhörande grupper och undergrupper."

Vare sig i direktiv 2014/24 eller i LOU definieras exakt vilka tjänster det handlar om. Det kan alltså handla om alla typer av finansiella tjänster, så länge de anskaffas i samband med att en upphandlande myndighet *utfärdar, försäljer, förvärvar eller överlåter värdepapper eller andra finansiella instrument*.¹⁵ Exakt vad det innebär är inte fastlagt, vare sig i upphandlingslagstiftningen eller i vägledande praxis från Sverige eller från EU. Min uppfattning efter en språklig tolkning är att det ska handla om finansiella tjänster i samband med att en upphandlande myndighet *själv* utfärdar, försäljer, förvärvar eller överlåter värdepapper eller andra finansiella instrument. Det är således den upphandlande myndigheten som *själv* ska ha behov av finansiella tjänster som bistånd när den väljer att utfärda, försälja, förvärva eller överlåta olika typer av finansiella instrument. Såsom utredningen Ett bättre premiepensionssystem, SOU 2019:44, konstaterar avser undantaget vidare endast köp av finansiella tjänster under ovan angivna omständigheter, inte själva förvärvet av värdepapper eller andra finansiella instrument.¹⁶

4 Upphandling av fonder till det s.k. fondtorget och bestämmelserna i LOU

I betänkandet Ett bättre premiepensionssystem, SOU 2019:44, menar utredaren att upphandling av fonder till det s.k. fondtorget inte omfattas av det svenska upphandlingsrättsliga regelverket. Jag ska här gå igenom de steg som utredaren tar och granska huruvida utredningens slutsatser är i överensstämmelse med bestämmelserna i LOU.

4.1 Omfattas upphandling till sociala trygghetssystem av LOU?

Utredningen anger att upphandlingen av fonder inte faller utanför EU:s befogenhet endast på grunden att upphandlingen sker inom ramen för ett socialt trygghetssystem.

Slutsatsen förefaller självklar, särskilt med tanke på att olika typer av pensionstjänster omfattas av upphandlingsreglerna. Som utredningen konstaterar på s. 299 omfattar upphandlingen av fonder till fondtorget snarare av *förvaltningen av premiepensionsmedlen* än fastställande av villkoren för förmånerna. Det handlar således om anskaffandet av en ekonomisk tjänst av allmänt intresse. Enligt min uppfattning handlar det dessutom om upphandling av någon typ av pensionstjänst.

¹³ Undantaget för finansiella tjänster i det tidigare direktivet för upphandling inom den klassiska sektorn, direktiv 2004/18, var i princip identiskt, se artikel 16.d i direktiv 2004/18 om upphandling i den klassiska sektorn.

¹⁴ Se proposition 2015/16:195, del 2, s. 971.

¹⁵ Se artikel 10 p. e direktiv 2014/24 och 3 kap. 24 § 1 st. 1 p. LOU.

¹⁶ Se SOU 2019:44 s. 307 f.

4.2 Handlar upphandlingen av fonder om en eller två upphandlingar?

Utredningen menar att upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg inte bör betraktas som flera upphandlingar utan som en upphandling.¹⁷ Ur ett upphandlingsperspektiv kan staten inte ingå avtal med sig själv, då staten är en juridisk person.¹⁸ Den enda upphandling som sker i enlighet med förslaget är valet av fondförvaltare vars fonder ska finnas på fondtorget.

4.3 Utgör de aktuella avtalen kontrakt i den mening som avses i direktiv 2014/24/EU?

Utredningen anger att det avtal som ska ingås mellan den föreslagna nya myndigheten och en fondförvaltare utgör inte ett kontrakt i den mening som avses i LOU-direktivet. Grunden för påståendet är att utredningen menar att fonder varken är en vara, tjänst eller byggtreprenad och att anskaffningen därför inte omfattas av direktiv 2014/24 eller av LOU. Upphandlingen av fonder till premiepensionens fondtorg faller därför utanför tillämpningsområdet för nämnda direktiv.¹⁹

Det förefaller bekymmersamt att utredningen på ett så svepande och sannolikt felaktigt sätt kvalificerar typen av avtal som ska ingås mellan den föreslagna myndigheten och fondförvaltarna. Enligt min uppfattning handlar det dessutom inte om upphandling av finansiella instrument. I utredningen anges att det är fonder som ska upphandlas, inte fondförvaltare. Ändå anges i utredningen att det är med fondförvaltarna som avtalen om fonder som ska finnas på Fondtorget ska ingås.²⁰ Jag menar att de avtal som ingås handlar om att tillhandahålla en pensionstjänst. Den tjänsten omfattas av det upphandlingsrättsliga regelverket och ska som huvudregel konkurrensutsättas i enlighet med LOU.

Det är endast de tjänster som uttryckligen är undantagna från det upphandlingsrättsliga regelverket som inte omfattas. Att en tjänst inte har ett specifikt CPV-nummer, kanske för att den är helt ny, innebär således inte att den faller utanför LOU. Avtal med fondförvaltare att de ska ställa de fonder de förvaltar till förfogande på fondtorget för val av pensionssparare innebär således att de tillhandahåller en tjänst som de erhåller ekonomisk ersättning för. Med analog tillämpning av EU-domstolens avgörande i domen kommissionen/Tyskland kan konstateras att det i upphandlingsdirektiven inte görs någon distinktion mellan offentliga upphandlingar som en upphandlande myndighet genomför för att tillgodose allmänintresset och upphandlingar som inte har något samband med det.²¹ I EU-domstolens dom kommissionen/Tyskland konstaterade domstolen dessutom att "Den omständigheten att de slutliga mottagarna av pensionen är arbetstagare som har deltagit i löneväxlingen föranleder inte att ett sådant kontrakt inte ska anses ha ekonomiska villkor".²²

¹⁷ Se SOU 2019:44 s. 303.

¹⁸ Se Konkurrensverkets ställningstagande 2018:1 Omfattas en statlig myndighets anskaffningar från en annan statlig myndighet av upphandlingsskyldighet?

¹⁹ Se SOU 2019:44 s. 305 ff.

²⁰ Se SOU 2019:44 s. 259.

²¹ Se EU-domstolens dom av den 15 juli 2010, kommissionen/Tyskland, C-271/08, EU:C:2010:426.

²² Se EU-domstolens dom av den 15 juli 2010, kommissionen/Tyskland, C-271/08, EU:C:2010:426, punkt 80.

Jag menar således att avtalet med fondförvaltarna utgörs av kontrakt som omfattas av det upphandlingsrättsliga regelverket vilka som huvudregel ska konkurrensutsättas i enlighet med bestämmelserna i LOU.²³

4.4 Är undantaget för finansiella tjänster i LOU-direktivet tillämpligt?

Utredningen menar att om avtalet mellan den nya myndigheten och fondförvaltarna utgör ett kontrakt som omfattas av det upphandlingsrättsliga regelverket, omfattas upphandlingen av undantaget för finansiella tjänster. Anledningen är att anskaffningen avser tjänsten tillhandhållandet av fonderna på fondtorget, vilken då skulle vara en tjänst i samband med köp av fonder. Upphandlingen skulle då omfattas av undantaget i 3 kap. 24 § 1 st. 1 p. LOU, se ovan.²⁴

Såsom konstaterats ovan är det endast finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument som är undantagna från upphandlingsdirektiven.²⁵ Min uppfattning är som sagt att det ska handla om finansiella tjänster i samband med att en upphandlande myndighet *själv* utfärdar, försäljer, förvärvar eller överlåter värdepapper eller andra finansiella instrument. Det är således den upphandlande myndigheten som *själv* ska ha behov av finansiella tjänster som bistånd när den väljer att utfärda, försälja, förvärva eller överlåta olika typer av finansiella instrument.

Vid tolkningen av huruvida ett visst kontrakt omfattas av upphandlingslagstiftningen är det avgörande att se vad det aktuella kontraktet faktiskt innebär. Här handlar det inte om att myndigheten ska utfärda, sälja, förvärva eller överlåta värdepapper eller andra finansiella instrument. Det är istället av vikt att se på avtalet mellan myndigheten och fondförvaltarna och se vad det avtalet faktiskt innebär. *Avtalet innebär att fondförvaltarna åtar sig att ställa sina fonder till förfogande för premiepensionstagarna så att de kan välja att investera sina premiepensionspengar i dessa fonder.* Det faktum att pengarna ännu inte har eller kan utbetalas till premiepensionstagarna *har ingen betydelse.* Avtalets innebörd är att fondförvaltarna ska förvalta en premiepensionsfond, en tjänst som omfattas av det upphandlingsrättsliga regelverket. I det här fallet handlar det således om ett köp av en pensionstjänst. Tjänsten innebär att fondförvaltarna tillhandahåller pensionstjänster enligt vissa angivna villkor, vilka de erhåller ekonomisk ersättning för.

Något undantag för finansiella tjänster är därmed inte tillämpligt på de aktuella avtalen.

5 Är utredningens förslag lagligt?

Utredningen föreslår att det tas fram ett särskilt regelverk för upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg. Regelverket bör enligt utredningen vara flexibelt och särskilt anpassat till att upphandlingarna avser fonder som ska erbjudas på fondtorget.

²³ Se även Upphandlingsmyndighetens yttrande av den 14 februari 2020 (dnr UHM-2019-0263) och Konkurrensverkets yttrande av den 13 februari 2020 (dnr 717/2019), där båda myndigheterna kommer till liknande slutsatser.

²⁴ Se SOU 2019:44 s. 309 ff.

²⁵ Se artikel 10 p. e direktiv 2014/24 och 3 kap. 24 § 1 st. 1 p. LOU.

Utredningen har utgått ifrån den s.k. Förenklingsutredningens förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler för upphandlingar under EU:s tröskelvärden.

Eftersom jag anser att utredningens slutsatser är felaktiga avseende de aktuella kontrakten och att de inte omfattas av upphandlingslagstiftningen, menar jag följaktligen även att det upphandlingsförfarande av fonder som utredningen utformat strider mot bestämmelserna i LOU.

6 Vilken typ av avtal utgör avtalen med fondförvaltarna och hur kan sådana avtal upphandlas?

Som konstaterats ovan anser jag att avtalen med fondförvaltarna om att tillhandahålla fonder på fondtorget innebär någon form av upphandlingspliktig pensionstjänst. Frågan är då hur den ska och kan tillhandahållas för att förfarandet ska vara förenligt med upphandlingslagstiftningen.

Koncessioner

Såsom tjänsterna är utformade skulle de kunna utgöra koncessioner. Den upphandlande myndigheten köper pensionstjänster som ska användas av de enskilda pensionsspararna och den ekonomiska risken för att tillhandahålla fonderna ligger hos de olika fondförvaltarna som inte får betalt av den upphandlande myndigheten.

Om de aktuella avtalen skulle innebära att de utgör koncessioner, skulle det innebära en begränsning av avtalens längd. Enligt 5 kap. 11 § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) får koncessioner med längre löptid än fem år inte ha en längre maximal löptid än vad som kan förväntas rimligen gå åt för att koncessionshavaren ska kunna kompenseras för gjorda investeringar för tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet. Det skulle kunna utgöra en nackdel för den aktuella typen av avtal, eftersom pensionsinvesteringar kan ha en längre investeringshorisont.

Valfrihetssystem

Valfrihetssystem är som huvudregel undantagna från LOU-direktivets tillämpningsområde.²⁶ Förutsättningen är att den upphandlande myndigheten inte utgör något val. Betydelsen av att inget val genomförs konstateras av Konkurrensverket i ett ställningstagande från år 2019:

"För att upphandlingsregelverket inte ska bli tillämpligt i ett valfrihetssystem är det enligt Konkurrensverket av avgörande betydelse att den upphandlande myndigheten inte gör något urval bland de anslutna leverantörerna. Urvalets betydelse framgår av

²⁶ Se 4 p. 2 st. ingressen till direktiv 2014/23 om koncessioner; På liknande bör situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis valfrihet för kunden och system med servicecheckar, inte ses som upphandling, utan enbart som auktorisationssystem (exempelvis licenser för läkemedel eller hälsovårdstjänster). Se även EU-domstolens dom av den 2 juni 2016, Falk Pharma, C-410/14, EU:C:2016:399 och dom av den 1 mars 2018, Tirkkonen, C-9/17, EU:C:2018:142.

direktiv 2014/24/EU och avgöranden från EU-domstolen som säger att den upphandlande myndighetens urval av ett anbud är ett grundläggande kriterium för offentlig upphandling. Utgångspunkten i EU-domstolens avgöranden är ett av upphandlingslagstiftningens syften, att undanröja risken för att nationella anbudsgivare ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt. Denna risk är nära förknippad med den exklusivitet som följer av att kontraktet tilldelas en leverantör efter att den upphandlande myndigheten gjort ett urval bland anbudsgivarna. Urvalet har därför en avgörande betydelse för om det uppkommer en upphandlingssituation eller inte."²⁷

I dagens premiepensionssystem tillåts alla pensionsförvaltare som uppfyller vissa kriterier delta med sina fonder utan att den upphandlande myndigheten gör något särskilt urval. Det är endast i de fall som t.ex. fonder som de s.k. icke-väljarnas pensionspengar placeras i anskaffas som ett upphandlingsförfarande måste genomföras. Anskaffningen av övriga fondförvaltare/fonder kan således ske utan något upphandlingsförfarande. Det hindrar inte att strikta begränsningar ställs upp som krav i systemet för att sälla bort oseriösa aktörer, så länge de kraven är förenliga med EU:s primärrätt, i första hand bestämmelserna om fri rörlighet och de grundläggande rättsprinciperna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet och proportionalitet.

Fördelen med att utforma ett valfrihetssystem för premiepensionstjänster är att förfarandet inte regleras i detalj av unionsrätten och att det inte finns någon viss längsta tid för systemets löptid. Möjligheten att utforma ett premiepensionssystem som passar just den svenska modellen är därmed goda. Det är således inte nödvändigt att systemet utformas i enlighet med lagen (2008:962) om valfrihet (LOV), eftersom LOV är en lag som inte bygger på eller omfattas av unionslagstiftningen. Det är således möjligt att utforma ett eget system för valfrihet för just premiepensionerna.

För att ändå visa hur ett sådant system kan vara uppbyggt görs nedan en kort översikt över upprättandet av ett LOV-system enligt nuvarande lagstiftning.

Förfarandet i LOV

Ett valfrihetssystem enligt LOV inrättas genom ett beslut med efterföljande annonsering. Den upphandlande myndighet ska löpande annonsera systemet på den nationella webbplatsen.²⁸ Ansökningar om att få delta i valfrihetssystemet ska kunna komma in löpande, någon sista dag för att lämna in en ansökan finns inte.

Tjänsterna som omfattas av valfrihetssystemet ska beskrivas i ett förfrågningsunderlag. Det ska även innehålla vilka krav som ställs på leverantören, administrativa bestämmelser, kommersiella villkor, särskilda kontraktsvillkor samt rättelser, förtydliganden och kompletteringar. Möjliga leverantörskrav omfattar kunskaps- och erfarenhetsbakgrund, ekonomisk stabilitet, kvalitet, IT-system, uppföljning av verksamheten m.m.

²⁷ Se Konkurrensverkets ställningstagande 2019:2 Betydelsen av den upphandlande myndighetens urval – Vem får välja i ett valfrihetssystem?

²⁸ Se www.valfrihetswebben.se.

I ett valfrihetssystem får alla leverantörer ansöka om att delta. Krav på att leverantören ska ha en viss juridisk form får bara ställas om det krävs för att kontraktet ska kunna utföras på ett godtagbart sätt. Den upphandlande myndigheten får utesluta en leverantör om exempelvis den är i konkurs eller har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Den upphandlande myndigheten ska i varje enskilt fall avgöra när till exempel ett fel i yrkesutövningen är så allvarligt att en leverantör ska uteslutas.

Alla leverantörer som uppfyller kraven och villkoren i upphandlingsdokumenten ska godkännas som leverantörer i valfrihetssystemet. Den upphandlande myndigheten ska så snart som möjligt teckna kontrakt med en leverantör som godkänts. Det är inte möjligt att begränsa antalet leverantörer som ska godkännas.

Den upphandlande myndigheten är skyldig att informera brukare av tjänster i ett valfrihetssystem om vilka leverantörer de kan välja mellan. I den upphandlande myndighetens informationsansvar ingår en skyldighet att informera brukarna om hur de kan byta leverantör, till exempel uppsägningstider och var brukaren ska vända sig för att göra ett omval. För den brukare som inte vill eller kan välja leverantör ska den upphandlande myndigheten tillhandahålla ett kvalitativt fullgott ickevalsalternativ. Ett sådant alternativ utgör ett val av den upphandlande myndigheten och omfattas av upphandlingslagstiftningen, men kan upphandlas särskilt.

Fördelen med ett LOV-system jämfört med att upphandla enligt LOU är således en betydligt större möjlighet att utforma systemet på ett sätt som passar den svenska situationen. Eftersom systemet skulle omfattas av rättigheten fri rörlighet för finansiella tjänster inom EU skulle systemet fortfarande omfattas av EU:s primärrätt, dvs. EUF-fördragets bestämmelser och de grundläggande rättsprinciperna. Det innebär att systemet måste utformas så att det behandlar alla leverantörer lika, inte diskriminerar någon p.g.a. nationalitet, endast uppställer krav och kriterier som är proportionella och dessutom är öppen med dessa krav och kriterier så att alla intresserade leverantörer kan få del av dem.

7 Sammanfattande slutsatser

Som framgått ovan anser jag att Utredningen om ett upphandlat fondtorg för premiepensionens betänkande i Ett bättre premiepensionssystem, SOU 2019:44 inte överensstämmer med bestämmelserna i den svenska upphandlingslagstiftningen. Det innebär att det system som utredningen föreslår är olagligt. Risken med att införa systemet är att Sverige bryter mot sina förpliktelser enligt sitt medlemskap i EU och att Sverige som stat kommer att fällas för fördragsbrott av EU-domstolen.

Alternativ till det föreslagna systemet är att istället införa någon typ av LOV-system. LOV-system omfattas inte av upphandlingslagstiftningen och kan således, med vissa begränsningar i unionsrätten, utformas så att det passar det svenska systemet.

Täby som ovan

Andrea Sundstrand