



EUROPEISKA KOMMISSIONEN

GENERALSEKRETARIAT

25. 01. 2019

Bryssel, den
SG-Greffe(2019) D/

1409

SVERIGES STÄNDIGA
REPRESENTATION VID
EUROPEISKA UNIONEN
Square de Meeûs, 30
1000 BRUXELLES
BELGIQUE

REPR. BRYSSEL
2019 -01- 25
<i>UM2017/03570/BAWA</i>
Dnr.
Kat: <i>4.1.5</i>

Formell underrättelse – Överträdelse nummer 2018/2279

Generalsekretariatet ber er att vidarebefordra den bifogade skrivelsen till utrikesministern.

Generalsekreteraren genom

P.O.

Robert ANDRECS

Bilaga: C(2019) 445 final

SE



EUROPEISKA KOMMISSIONEN

Bryssel den 24.1.2019

2018/2279

C(2019) 445 final

Fru Minister,

kommissionen vill fästa den svenska regeringens uppmärksamhet på att det förefaller som om vissa bestämmelser inte har införlivats på ett korrekt sätt i samband med Sveriges införlivande av direktiv 2014/23/EU¹, direktiv 2014/24/EU² och direktiv 2014/25/EU³.

Sverige har anmält till kommissionen att direktiven har införlivats genom antagandet av följande rättsakter:

- Lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, SFS 2016:1147, som trädde i kraft den 1 januari 2017 och införlivar direktiv 2014/23/EU.
- Lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, SFS 2017:349, som trädde i kraft den 1 juni 2017 och införlivar direktiv 2014/23/EU.
- Upphandlingsförordningen (2016:1162), som utfärdades den 1 december 2016.
- Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, SFS 2016:1145, som trädde i kraft den 1 januari 2017 och införlivar direktiv 2014/24/EU.
- Lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, SFS 2017:347, som trädde i kraft den 1 juni 2017 och införlivar direktiv 2014/24/EU.
- Lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, som trädde i kraft den 1 januari 2017 och införlivar direktiv 2014/25/EU.
- Lag om ändring i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, som trädde i kraft den 1 juni 2017 och införlivar direktiv 2014/25/EU.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, 28.3.2014, s. 1).

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (EUT L 94, 28.3.2014, s. 65).

³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och upphävande av direktiv 2004/17/EG (EUT L 94, 28.3.2014, s. 243).

Utrikesminister Margot WALLSTRÖM
Utrikesdepartementet
Arvfurstens palats
Gustav Adolfs torg 1
SE - 103 23 Stockholm

Dessutom har kommissionen tagit hänsyn till de genomförandebestämmelser som de svenska myndigheterna anmälde den 6 december 2018, bland annat förordning om ändring i förordningen (2007:1117), SFS 2016:1169, förordning om ändring i förordningen (2015:527), SFS 2016:1225, och lag om ändring i lagen (2016:1145), SFS 2018:1159.

Kommissionen har för närvarande identifierat följande fall där de nationella rättsakter som införlivar direktiven 2014/23/EU, 2014/24/EU och 2014/25/EU är oförenliga med bestämmelserna i nedanstående direktiv:

Direktiv 2014/23/EU

Artikel 7.2 a och b och bilaga III

Artikel 7.2 a och b i direktiv 2014/23/EU och bilaga III till samma direktiv har inte införlivats. I artikel 7.2 a och b samt i bilaga III preciseras följande text i artikel 7.2: ”genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och där beviljandet av dessa rättigheter har grundats på objektiva kriterier”. Leden a och b är därför viktiga för att klargöra vilken typ av förfaranden som ska anses uppfylla kraven på ”offentliggjorts på lämpligt sätt” och ”objektiva kriterier”. Därför är det viktigt att dessa klargöranden finns i den svenska lagstiftningen eftersom det annars är oklart vad undantaget enligt artikel 7.2 omfattar.

Artikel 33.4

I artikel 33.4 i direktiv 2014/23/EU anges följande: ”Koncessionsmeddelanden och meddelanden om koncessionstilldelning får inte offentliggöras på nationell nivå innan de har offentliggjorts av Europeiska unionens publikationsbyrå, såvida inte offentliggörandet på unionsnivå inte sker 48 timmar efter det att Europeiska unionens publikationsbyrå bekräftar att den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten tagit emot det meddelande som avses i punkt 2. Koncessionsmeddelanden och meddelanden om koncessionstilldelning som offentliggörs på nationell nivå får inte innehålla några andra upplysningar än de som finns i meddelandena till Europeiska unionens publikationsbyrå, men ska innehålla en uppgift om vilken dag meddelandet skickats till Europeiska unionens publikationsbyrå.”. I de motsvarande bestämmelserna i svensk lagstiftning, 3 § och 4 § i SFS 2016:1162 anges dock följande: ”3 § Med upphandlarprofil avses en sammanställning av uppgifter som är tillgängliga på internet och som innehåller information om den upphandlande myndigheten eller enheten och dess upphandlingar. 4 § En upphandlande myndighet eller enhet får, i stället för vad som anges i 2 §, publicera en förhandsannons enligt 10 kap. 3 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, 10 kap. 3 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller 8 kap. 2 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet på myndighetens eller enhetens upphandlarprofil. I sådant fall ska myndigheten eller enheten skicka ett meddelande elektroniskt till Europeiska unionens publikationsbyrå om detta. Förhandsannonsen får inte publiceras på upphandlarprofilen innan meddelandet har skickats till publikationsbyrån.”. Därigenom är det möjligt att på nationell nivå göra offentliggörandet omedelbart efter att meddelandet har skickats, i stället för att avvakta Publikationsbyråns offentliggörande eller vänta i 48 timmar efter att det har bekräftats att meddelandet har tagits emot. Införlivandet uppfyller följaktligen inte kraven i direktivet.

Artikel 35

Artikel 35 i direktiv 2014/23/EU om intressekonflikter, som är en viktig garanti för öppenhet och integritet i förfarandet, har inte införlivats.

Artikel 38.10

Enligt artikel 38.10 i direktiv 2014/23/EU ska medlemsstaterna ”i enlighet med lagar och andra författningar samt med hänsyn till unionsrätten fastställa villkoren för tillämpning av denna artikel. De ska särskilt fastställa den längsta tillåtna uteslutningsperioden om den ekonomiska aktören inte vidtar några åtgärder enligt punkt 9 för att visa sin tillförlitlighet. Om denna period inte har fastställts i den lagakraftvunna domen får den inte överskrida fem år från den dag då domen meddelades i de fall som avses i punkt 4 och tre år från dagen för relevant händelse i de fall som avses i punkt 7.” Skyldigheten att precisera den längsta tillåtna uteslutningsperioden, enligt artikel 38.10 andra och tredje meningen i direktivet, är en viktig subsidiär begränsning av tillämpligheten av skälen för uteslutning, men den har inte införlivats.

Direktiv 2014/24/EU

Artikel 10 i

Enligt artikel 10 i i direktiv 2014/24/EU ska direktivet inte tillämpas på kollektivtrafik på järnväg eller tunnelbana, medan den motsvarande bestämmelsen i lagen om offentlig upphandling (SFS 2016:1145) anger följande i 3 kap. 28 §: ”Denna lag gäller inte för kontrakt som avser kollektivtrafik på järnväg, med tunnelbana eller på vatten.”. Den svenska bestämmelsen utesluter också kollektivtrafik på vatten, vilket utökar tillämpningsområdet för undantag, och därigenom minskas direktivets tillämpningsområde.

Artikel 21.2

Artikel 21.2 i direktiv 2014/24/EU som anger att en ”upphandlande myndighet får ställa krav på ekonomiska aktörer för att skydda den konfidentiella karaktären hos de uppgifter som myndigheten lämnar ut under upphandlingsförfarandet” och som syftar till att reglera en viktig aspekt av upphandlingsförfarandet, har inte införlivats.

Artikel 22.1 femte stycket

I artikel 22.1 femte stycket i direktiv 2014/24/EU anges följande: ”Det är de upphandlande myndigheterna som i enlighet med andra stycket i denna punkt ska kräva andra än elektroniska medel för kommunikation för inlämning som i den enskilda rapport som avses i artikel 84 ska ange skälen till detta krav. I tillämpliga fall ska de upphandlande myndigheterna i den enskilda rapporten visa varför man har ansett det vara nödvändigt att använda andra än elektroniska medel för kommunikation vid tillämpning av fjärde stycket i denna punkt.”. Denna viktiga garanti för öppenhet har inte införlivats.

Artikel 24

Artikel 24 i direktiv 2014/24/EU om intressekonflikter, som är en viktig garanti för öppenhet och integritet i förfarandet, har inte införlivats.

Artikel 29.5 andra stycket

I artikel 29.5 andra stycket i direktiv 2014/24/EU anges följande: ”I enlighet med artikel 21 får de upphandlande myndigheterna inte röja för de övriga deltagarna konfidentiell information som någon anbudssökande eller anbudsgivare som deltar i förhandlingarna har lämnat utan dennes samtycke. Ett sådant samtycke får inte ha formen av ett allmänt

avstående från rättigheter utan ska lämnas specifikt för kommunikation av viss information.”. Denna viktiga garanti för likabehandling och icke-diskriminering har inte införlivats.

Artikel 30.3 andra och tredje styckena

I artikel 30.3 andra och tredje styckena i direktiv 2014/24/EU anges följande: ”De upphandlande myndigheterna ska under dialogen garantera likabehandling av samtliga deltagare. De får inte särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa deltagare i förhållande till andra. I enlighet med artikel 21 får de upphandlande myndigheterna inte röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information som någon anbudssökande eller anbudsgivare som deltar i dialogen har lämnat utan dennes samtycke. Ett sådant samtycke får inte ha formen av ett allmänt avstående från rättigheter utan ska lämnas specifikt för kommunikation av viss information.”. Denna viktiga garanti för likabehandling och icke-diskriminering har inte införlivats.

Artikel 31.4 andra stycket

I artikel 31.4 andra stycket i direktiv 2014/24/EU anges följande: ”I enlighet med artikel 21 får de upphandlande myndigheterna inte röja för de övriga deltagarna konfidentiell information som någon anbudssökande eller anbudsgivare som deltar i förhandlingarna har lämnat utan dennes samtycke. Ett sådant samtycke får inte ha formen av ett allmänt avstående från rättigheter utan ska lämnas specifikt för kommunikation av viss information.”. Denna viktiga garanti för likabehandling och icke-diskriminering har inte införlivats.

Artiklarna 40 och 41

I artikel 40 i direktiv 2014/24/EU som reglerar preliminära marknadsundersökningar anges följande: ”Innan en upphandlande myndighet inleder ett upphandlingsförfarande kan den genomföra marknadsundersökningar för att förbereda upphandlingen och för att informera de ekonomiska aktörerna om den planerade upphandlingen och kraven för denna.

I detta syfte får den upphandlande myndigheten till exempel rådfråga eller godta råd från oberoende experter eller myndigheter eller från marknadsaktörer. Dessa råd får användas vid planering och genomförande av upphandlingsförfarandet, under förutsättning att deras råd inte snedvrider konkurrensen eller bryter mot principerna om icke-diskriminering och öppenhet.” I artikel 41 i det direktivet som reglerar anbudsgivares tidigare deltagande anges följande: ”Om en anbudssökande eller anbudsgivare eller anknutna företag till en anbudssökande eller en anbudsgivare har bistått den upphandlande myndigheten med rådgivning, oavsett om det skett enligt vad som föreskrivs i artikel 40 eller inte, eller på annat sätt har deltagit i förberedelserna av upphandlingsförfarandet ska den upphandlande myndigheten vidta lämpliga åtgärder för att se till att konkurrensen inte snedvrids till följd av att den berörda anbudssökanden eller anbudsgivaren deltar.

Andra anbudssökande och anbudsgivare ska informeras om utbytet av relevanta upplysningar inom ramen för eller till följd av att en anbudssökande eller en anbudsgivare har varit involverad i förberedelserna av upphandlingsförfarandet, och lämpliga tidsfrister för mottagande av anbud ska fastställas. Den berörda anbudssökanden eller anbudsgivaren ska endast uteslutas från förfarandet om det inte finns något annat sätt att garantera att principen om likabehandling efterlevs.

Innan anbudssökande eller anbudsgivare utesluts från förfarandet ska de få möjlighet att bevisa att deras deltagande i förberedelserna av upphandlingsförfarandet inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen. De åtgärder som vidtas ska dokumenteras i den

enskilda rapport som krävs enligt artikel 84.”. Dessa artiklar, som ger de upphandlande myndigheterna verktyg och begränsningar för att bättre formulera kraven i förfarandet för offentlig upphandling, har inte införlivats.

Artikel 57.7

Enligt artikel 57.7 i direktiv 2014/24/EU ska medlemsstaterna ”i enlighet med lagar och andra författningar samt med hänsyn till unionsrätten fastställa villkoren för tillämpning av denna artikel. De ska särskilt fastställa den längsta tillåtna uteslutningsperioden om den ekonomiska aktören inte vidtar några åtgärder enligt punkt 6 för att visa sin tillförlitlighet. Om denna period inte har fastställts i den lagakraftvunna domen får den inte överskrida fem år från den dag då domen meddelades i de fall som avses i punkt 1 och tre år från dagen för relevant händelse i de fall som avses i punkt 4.” Skyldigheten att precisera den längsta tillåtna uteslutningsperioden, enligt artikel 57.7 andra och tredje meningen i direktivet, är en viktig subsidiär begränsning av tillämpligheten av skälen för uteslutning, men den har inte införlivats.

Artikel 84.1 a, b och d

I artikel 84.1 i direktiv 2014/24/EU regleras vad de individuella rapporterna om förfaranden för tilldelning av kontrakt ska innehålla, men den motsvarande bestämmelsen i 12 kap. 16 § i den svenska lagen (SFS 2016:1145) införlivar inte artikel 84.1 a, b och d i direktivet. Där anges följande: ”a) Den upphandlande myndighetens namn och adress, föremålet för och värdet av kontraktet, ramavtalet eller det dynamiska inköpssystemet. b) När så är tillämpligt, resultaten av det kvalitativa urvalet och/eller minskningen av antalet enligt artiklarna 65 och 66, nämligen i) namnen på de utvalda anbudssökandena eller anbudsgivarna och skälen till att de valts, ii) namnen på de ej godtagna anbudssökandena eller anbudsgivarna och skälen till att de inte godtagits.” och ”d) Namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, skälen till att den anbudsgivarens anbud valts och, om det är känt, uppgift om hur stor del av kontraktet eller ramavtalet som den utvalda anbudsgivaren avser att lägga ut på tredje part samt, om det är känt vid den tidpunkten, namnen på huvudentreprenörens underleverantörer, i tillämpliga fall.”. Rapportering av detta i enlighet med artikel 84 är en viktig garanti för öppenhetsprincipen.

Direktiv 2014/25/EU

Artikel 42

Artikel 42 i direktiv 2014/25/EU om intressekonflikter, som är en viktig garanti för öppenhet och integritet i förfarandet, har inte införlivats.

Artikel 48.3 och artikel 48.7 första stycket

I artikel 48.3 i direktiv 2014/25/EU anges följande: ”De upphandlande enheterna ska under dialogen garantera likabehandling av samtliga deltagare. De får inte särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa deltagare i förhållande till andra.

I enlighet med artikel 39 får de upphandlande enheterna inte röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information som någon anbudssökande eller anbudsgivare som deltar i dialogen har lämnat utan dennes samtycke. Ett sådant samtycke får inte ha formen av ett allmänt avstående från rättigheter utan ska lämnas specifikt för kommunikation av viss information.”. Denna viktiga garanti för likabehandling och icke-diskriminering har inte införlivats.

I artikel 48.7 första stycket i direktiv 2014/25/EU anges följande: ”Upphandlande enheter ska bedöma de inkomna anbuden på grundval av de tilldelningskriterier som fastställs i anbudsinfördran eller i det beskrivande dokumentet.” Denna viktiga garanti för likabehandling och icke-diskriminering har inte införlivats.

Artikel 49.4 andra stycket

I artikel 49.4 andra stycket i direktiv 2014/25/EU anges följande: ”I enlighet med artikel 39 får de upphandlande enheterna inte röja för de övriga deltagarna konfidentiell information som någon anbudssökande eller anbudsgivare som deltar i förhandlingarna har lämnat utan dennes samtycke. Ett sådant samtycke får inte ha formen av ett allmänt avstående från rättigheter utan ska lämnas specifikt för kommunikation av viss information.”. Denna viktiga garanti för likabehandling och icke-diskriminering har inte införlivats.

Artiklarna 58 och 59

I artikel 58 i direktiv 2014/25/EU som reglerar preliminära marknadsundersökningar anges följande: ”Innan en upphandlande enhet inleder ett upphandlingsförfarande kan den genomföra marknadsundersökningar för att förbereda upphandlingen och för att informera de ekonomiska aktörerna om den planerade upphandlingen och kraven för denna. I detta syfte får den upphandlande enheten till exempel rådfråga eller godta råd från oberoende experter eller myndigheter eller från marknadsaktörer. Dessa råd får användas vid planering och genomförande av upphandlingsförfarandet, under förutsättning att dessa råd inte snedvrider konkurrensen eller bryter mot principerna om icke-diskriminering och öppenhet.” I artikel 59 i det direktivet som reglerar anbudsgivares tidigare deltagande anges följande: ”Om en anbudssökande eller anbudsgivare eller anknutna företag till en anbudssökande eller en anbudsgivare har bistått den upphandlande enheten med rådgivning, oavsett om det skett enligt vad som föreskrivs i artikel 58 eller inte, eller på annat sätt har deltagit i förberedelserna av upphandlingsförfarandet, ska den upphandlande enheten vidta lämpliga åtgärder för att se till att konkurrensen inte snedvrids till följd av att den berörda anbudssökanden eller anbudsgivaren deltar. Andra anbudssökande och anbudsgivare ska informeras om utbytet av relevanta upplysningar inom ramen för eller till följd av att en anbudssökande eller en anbudsgivare har varit involverad i förberedelserna av upphandlingsförfarandet, och lämpliga tidsfrister för mottagande av anbud ska fastställas. Den berörda anbudssökanden eller anbudsgivaren ska endast uteslutas från förfarandet om det inte finns något annat sätt att garantera att principen om likabehandling efterlevs. Innan anbudssökande eller anbudsgivare utesluts från förfarandet ska de ges möjlighet att bevisa att deras deltagande i förberedelserna av upphandlingsförfarandet inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen. De åtgärder som vidtas ska dokumenteras i den enskilda rapport som krävs enligt artikel 100.” Dessa artiklar, som uttryckligen ger de upphandlande myndigheterna verktyg och begränsningar för att bättre formulera kraven i förfarandet för offentlig upphandling, har inte införlivats.

Artikel 85.3 andra stycket

I artikel 85.3 andra stycket i direktiv 2014/25/EU anges följande: ”Ett anbud ska dock inte ges företräde framför ett annat enligt första stycket om detta skulle tvinga den upphandlande enheten att anskaffa utrustning med andra tekniska egenskaper än den befintliga utrustningen, med åtföljande inkompatibilitet, tekniska svårigheter vid drift och underhåll eller orimliga kostnader.”. Där ges viktiga begränsningar för reglerna om företräde i artikel 85.2 där följande anges: ”Anbud som lämnas i samband med tilldelning av varukontrakt får förkastas om andelen varor med ursprung i tredjeland, fastställd enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 952/2013, uppgår till mer än

50 % av det totala värdet av de varor som anbudet omfattar.” Artikel 85.3 andra stycket, som utgör en viktig aspekt av behandlingen av anbud som omfattar varor med ursprung i tredjeländ, har inte införlivats.

Kommissionen anser följaktligen att Konungariket Sverige inte har fullgjort sina skyldigheter enligt följande artiklar: Artikel 7.2 a and b, artikel 33.4, artikel 35 och artikel 38.10 i direktiv 2014/23/EU; artikel 10 i, artikel 21.2, artikel 22.1 femte stycket, artikel 24, artikel 29.5 andra stycket, artikel 30.3 andra och tredje styckena, artikel 31.4 andra stycket, artikel 40, artikel 41, artikel 57.7 och artikel 84.1 a, b och d i direktiv 2014/24/EU; artikel 42, artikel 48.3, artikel 48.7 första stycket, artikel 49.4 andra stycket, artikel 58, artikel 59 och artikel 85.3 andra stycket i direktiv 2014/25/EU.

I enlighet med artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt uppmanar kommissionen den svenska regeringen att inkomma med sina synpunkter i ärendet inom två månader från mottagandet av denna skrivelse.

Kommissionen förbehåller sig rätten att, efter att ha tagit del av synpunkterna eller om synpunkter inte har kommit in inom utsatt tid, vid behov avge ett motiverat yttrande enligt samma artikel.

På kommissionens vägnar

Elżbieta BIENKOWSKA

Ledamot av kommissionen

