

Ert datum:
2019-07-23

Datum:
2019-10-28

Er ref:
N2019/02121/TM

Diarienummer:
UHM-2019-0195

Infrastrukturdepartementet
i.remissvar@regeringskansliet.se
Kopia till helene.lassi@regeringskansliet.se

Fjärde järnvägspaketet

Promemoria

Inledning

Upphandlingsmyndigheten har getts möjlighet att lämna ett yttrande över Promemorian Fjärde järnvägspaketet.

Upphandlingsmyndighetens uppdrag är att verka för rättssäkra, effektiva och hållbara upphandlingar till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling. Vi ger dessutom vägledning i statsstödsfrågor till kommuner och regioner.

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.

Yttrandet avgränsas utifrån Upphandlingsmyndighetens uppdrag och fokuserar på de delar som berör upphandling eller statsstöd. Yttrandet följer rubrikerna i betänkandet.

22.4.1 Regionala kollektivtrafikmyndigheter

Upphandlingsmyndigheten har ingenting att erinra mot promemorians förslag att införa aktuella upplysningsbestämmelser i kollektivtrafiklagen.

Även om de föreslagna upplysningarna inte innebär någon förändring i sak kan de föreslagna bestämmelserna minska den otydlighet som kan uppstå när olika begrepp används i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 om

Ert datum:
2019-07-23

Datum:
2019-10-28

Er ref:
N2019/02121/TM

Diarienummer:
UHM-2019-0195

kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 110770 (kollektivtrafikförordningen) respektive lag (2010:1065) om kollektivtrafik (kollektivtrafiklagen).

22.6.2 Definition av kollektivtrafik på järnväg

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker promemorians förslag att det i kollektivtrafiklagen klargörs att kollektivtrafik på järnväg avser detsamma som i EU:s kollektivtrafikförordning.

I och att det tas in en definition av begreppet kollektivtrafik på järnväg i kollektivtrafikförordningen kombinerat med att de nya möjligheterna att direkttilldela avtal avser just sådan kollektivtrafik är det lämpligt att begreppet kollektivtrafik på järnväg klargörs i kollektivtrafiklagen.

22.6.3 Uppräkning av de olika möjligheter att tilldela avtal som finns i EU:s kollektivtrafikförordning

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker promemorians förslag att upplysningsbestämmelsen i kollektivtrafiklagen om de olika möjligheter att tilldela avtal som finns i EU:s kollektivtrafikförordning kompletteras med de nya bestämmelserna om tilldelning av avtal om kollektivtrafik på järnväg som förts in i kollektivtrafikförordningen.

22.6.4 Direkttilldelning motiverad av exceptionella omständigheter och tilldelning efter ett förhandsmeddelande

Upphandlingsmyndigheten har ingenting att erinra mot promemorians bedömning att behöriga kollektivtrafikmyndigheter ges möjlighet att direkttilldela avtal om allmän trafik för kollektivtrafik på järnväg motiverat av exceptionella omständigheter. Upphandlingsmyndigheten har däremot vissa synpunkter på utformningen och tillämpningsområdet av artikel 5.3a.

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker promemorians förslag att göra bestämmelserna om dokumentation, överprövning och skadestånd samt upphandlingsskadeavgift i lagen om offentlig upphandling av koncessioner (LUK) tillämpliga vid direkttilldelning på grund av exceptionella omständigheter eller vid tilldelning efter ett förhandsmeddelande. Upphandlingsmyndigheten tillstyrker också att miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn ska beaktas om upphandlingens art motiverar det.

När EU-rätten ger en möjlighet att genom nationell rätt tillåta en direkttilldelning av avtal behöver det göras en intresseavvägning mellan möjligheten för flexibilitet för den behöriga myndigheten kontra en effektiv användning av skattemedel genom ett konkurrensutsatt förfarande.

Ert datum:
2019-07-23

Datum:
2019-10-28

Er ref:
N2019/02121/TM

Diarienummer:
UHM-2019-0195

Den möjlighet till direkttilldelning som finns i artikel 5.3a i kollektivtrafikförordningen genom Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/2338 om ändring av förordning (EG) nr 1370/2007 vad gäller öppnandet av marknaden för inrikes persontrafik på järnväg (ändringsförordningen) innehåller flera begränsningar för sådan direkttilldelning, bland annat den tidsbegränsning av avtalet som gäller för sådana direkttilldelningar. Det finns dock utrymme för tolkning av artikelns tillämpningsområde, och det är även oklart hur regeln förhåller sig till vissa bestämmelser i LUK.

Upphandlingsmyndigheten noterar att man i promemorian tolkat den aktuella artikeln som exemplifierande och inte uttömmande. Myndigheten uppfattar också att promemorian tolkat strecksatserna i bestämmelsen som de exceptionella omständigheterna i sig som stöd för direkttilldelning av avtal. Enligt Upphandlingsmyndigheten är dock inte andra tolkningar uteslutna. Artikeln kan tolkas som uttömmande vad gäller de situationer som ska föreligga. Dessa situationer i artikelns strecksatser utgör dock inte i sig de exceptionella omständigheter som medger en möjlighet till direkttilldelning. Det krävs istället att det föreligger exceptionella omständigheter som är kopplade till sådana situationer som nämns i artikeln.

Det kan till exempel ifrågasättas om tillämpningsområdet för ett eller flera avtal om allmän trafik behöver ändras för att optimera tillhandahållandet av kollektivtrafik i sig kan utgöra en *exceptionell* omständighet, vid en tolkning av begreppet utifrån ett allmänt språkbruk. Behovet av denna ändring kan däremot vara föranledd av en exceptionell omständighet, som utgör grund för direkttilldelning.

Artikel 5.3a ställer krav på att direkttilldelning av avtal endast får ske om det finns ett underliggande avtal som tilldelats genom ett konkurrensutsatt anbudsförfarande. Detta innebär att ändringsbestämmelserna i 14 kap LUK är tillämpliga på det ursprungliga avtalet. Det är oklart hur artikel 5.3a förhåller sig till dessa bestämmelser. Genom 14 kap. 12 § LUK finns vissa möjligheter att ändra en koncession på grund av oförutsebara omständigheter. Det är oklart hur exceptionella omständigheter förhåller sig till oförutsebara omständigheter.

Enligt artikel 4.3 i kollektivtrafikförordningen får avtal om allmän trafik för kollektivtrafik på järnväg inte överstiga 15 år. Enligt artikel 5.3a får ett direkttilldelat avtal enligt den artikeln inte vara längre än 5 år. Det är enligt Upphandlingsmyndigheten oklart vad som händer om avtal med en löptid på 15 år ändras genom att tillämpa artikel 5.3a efter det att avtalet har löpt i exempelvis 5 år. Innebär det att avtalet som från början kunde löpa i 15 år endast får löpa i 10 år?

Vid tillämpning av bestämmelsen kommer stöd sökas i motivuttalandena, och Upphandlingsmyndigheten hade därför gärna önskat en tydligare analys av artikelns tillämpningsområde och den tolkning som gjorts i promemorian.

Ert datum:
2019-07-23

Datum:
2019-10-28

Er ref:
N2019/02121/TM

Diarienummer:
UHM-2019-0195

Upphandlingsmyndigheten anser att det är ändamålsenligt att direkttilldelning enligt artikel 5.3a, om den möjligheten införs i kollektivtrafiklagen, och 5.3.b i kollektivtrafikförordningen omfattas av de rättsmedelsbestämmelser i LUK som hänvisas till i kollektivtrafiklagen för att säkerställa krav på effektiva rättsmedel enligt artikel 5.7 i kollektivtrafikförordningen.

22.6.5 Direkttilldelning motiverad av strukturella och geografiska särdrag och direkttilldelning av avtal om trafik på frigående banor

Upphandlingsmyndigheten har ingen erinran mot promemorians förslag att inte tillåta direkttilldelning av avtal om allmän trafik om kollektivtrafik på järnväg som motiveras av strukturella och geografiska särdrag eller på fristående banor där trafiken utförs av den som också förvaltar infrastrukturen.

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Upphandlingsjurist Mattias Ljungkvist har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också chefsjurist Anders Asplund deltagit.

Inger Ek

Mattias Ljungkvist