

Socialdepartementet
s.remissvar@regeringskansliet.se

Ett bättre premiepensionssystem (SOU 2019:44)

S2019/04594/SF

Sammanfattning

- Konkurrensverket anser att utredningen inte på ett övertygande sätt har visat att upphandlingar av fonder till premiepensionens fondtorg faller utanför upphandlingslagarna och det s.k. upphandlingsdirektivets tillämpningsområde. Det är nödvändigt att i det fortsatta lagstiftningsarbetet analysera frågan vidare för att säkerställa att det inte finns några rättsliga hinder, bl.a. förslagets förenlighet med EU-rätten, mot att införa ett särskilt regelverk som ska gälla parallellt vid sidan av befintliga upphandlingsregler. Konkurrensverket anser att utredningens förslag på utformning av ett nytt regelverk i vissa delar strider mot upphandlingsdirektivet.
- Konkurrensverket ifrågasätter utredningens slutsats att upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg omfattas av upphandlingsdirektivets undantag för finansiella tjänster.
- Konkurrensverket anser att befintliga regelverk om upphandling i första hand bör tillämpas på upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg.
- Konkurrensverket anser att tidsbegränsade avtal för upphandlade fonder kan vara problematiskt med tanke på syftet med premiepensionssystemet som är att spara långsiktigt. Konkurrensverket anser att valarkitekturen bör utformas så att de sparare som önskar välja fonder själv kan göra det, och att faktorer som är viktiga för spararen enkelt kan jämföras mellan olika fonder. Valarkitekturen bör inte heller ensidigt vara utformad för att rikta sparare, som vill göra egna val, till förvalsalternativet.

**Upphandling av fonder till fondtorget kan omfattas av upphandlingsdirektiven**

Utredningen anser att premiepensionens fondtorg bör bygga på upphandling av fonder och föreslår en ny lag för upphandling av fonder till fondtorget. Utredningen bedömer att upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg inte faller inom tillämpningsområdet för något av upphandlingsdirektiven eller upphandlingslagarna och att det därför inte finns några rättsliga hinder mot att införa ett särskilt regelverk för sådana upphandlingar.

Konkurrensverket vill inledningsvis framhålla att frågan om den föreslagna regleringen omfattas av direktivets tillämpningsområde är central för bedömningen av om regleringen är förenlig med EU-rätten. Konkurrensverket ifrågasätter om så är fallet.

Utredningen anser att det avtal som ingås mellan den nya myndigheten och en fondförvaltare avseende fonder till det nya fondtorget inte utgör ett kontrakt i upphandlingsdirektivets mening eftersom fonder varken är en vara, tjänst eller byggtreprenad, vilket enligt utredningen är en förutsättning för att ett kontrakt ska omfattas av direktivet. Finansiella instrument kan enligt utredningen uppfattning inte anses utgöra varor eller tjänster i den mening som avses i upphandlingsdirektivet då det saknas en tillämplig CPV-kod. Enligt utredningen ligger det även i sakens natur att det inte går att upphandla ett specifikt finansiellt instrument. Sammantaget så torde därför köp av finansiella instrument enligt utredningen falla utanför upphandlingsdirektivets tillämpningsområde.

Enligt Konkurrensverket innebär avsaknaden av en tillämplig CPV-kod inte i sig grund för att köp av finansiella instrument är undantagna från upphandlingsdirektivets tillämpningsområde. CPV-kodernas funktion är, som utredningen själv beskriver, endast att benämna varor, tjänster och byggtreprenader. Koderna har alltså ingen rättslig verkan i sig utan är endast ett hjälpmedel. CPV-nomenklaturen besvarar inte heller frågan om föremålet för en upphandling är en vara eller en tjänst. Ordet "vara" avser anskaffning av lösa saker, men omfattar även annan lös egendom såsom rättigheter, aktier, andelar, optionsrätter, olika slags immaterialrätter samt bostadsrätter. Enligt förarbetena till lagen om offentlig upphandling (LOU) så torde sådan lös egendom falla under undantagsbestämelsen avseende Särskilda undantag för tjänstekontrakt i upphandlingsdirektivet, t.ex. undantaget för finansiella tjänster.¹

Enligt Konkurrensverket innebär det faktum att någonting varken anses utgöra en byggtreprenad, vara eller tjänst inte att upphandlingsdirektivet inte är tillämpligt. Utredningen har inte berört frågan varför ett finansiellt instrument, t.ex. en fond, inte kan anses utgöra en vara enligt upphandlingsdirektivet. Utredningens påstående att det ligger i sakens natur att det inte går att upphandla ett specifikt

¹ Prop. 2015/16:195 del 1 s. 345

finansiellt instrument är svår att förstå då förslaget avser upphandling av finansiella instrument i form av fonder. Sammanfattningsvis anser Konkurrensverket att analysen av om den föreslagna regleringen omfattas av upphandlingsdirektivet är otillräcklig och att utredningen inte förmått visa att direktivet inte är tillämpligt.

Undantaget för finansiella tjänster

Utredningen anser att i det fall fondavtalet mellan den nya myndigheten och fondförvaltarna skulle anses utgöra ett kontrakt i upphandlingsdirektivet mening, bör upphandlingen av fonder omfattas av undantaget för finansiella tjänster. Av artikel 10.e i upphandlingsdirektivet framgår att direktivet inte ska tillämpas på offentliga tjänstekontrakt som avser finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument i den mening som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/39/EG. Utredningen betonar att undantaget inte avser den transaktion som sker, köp av fonder, utan tjänster i samband med transaktionen. När det gäller upphandling av fonder till fondtorget skulle tjänsten enligt utredningen vara tillhandhållandet av fonderna på fondtorget. Enligt utredningen så är det avtal som ingås mellan den nya myndigheten och en fondförvaltare undantaget från upphandlingsdirektivet tillämpningsområde då det avser en finansiell tjänst som omfattas av undantaget för finansiella tjänster.

Konkurrensverket vill påpeka att de undantag som finns från upphandlingsdirektivet tydligt anges i direktivet och ska tolkas restriktivt. Undantaget avser inte den transaktion som sker utan tjänster i samband med transaktionen. För att undantaget för finansiella tjänster ska vara tillämpligt krävs att det är en finansiell tjänst i samband med förvärv av finansiella instrument som upphandlas.

Utredningen bedömer att upphandlingsföremålet är fonder och att upphandlingen bör betraktas som en upphandling, likt ett ramavtal. I bedömningen om upphandlingen omfattas av undantaget för finansiella tjänster bortser utredningen från dessa tidigare slutsatser. Att upphandlingen avser fonder, och inte finansiella tjänster i samband med förvärvet av fonder, talar enligt Konkurrensverket för att undantaget för köp av finansiella tjänster inte är tillämpligt.

Enligt Konkurrensverket är upphandlingsföremålet fonder och inte finansiella tjänster. Likt ett ramavtal så tecknar den nya myndigheten ett fondavtal med fondleverantörer som sedan tillhandahåller fonder på fondtorget. Det är sedan den ansvariga myndigheten som avropar fonder på uppdrag av pensions-spararna. För att upphandlingen ska omfattas av undantaget för finansiella tjänster krävs att fonderna i sig utgör en finansiell tjänst i samband med förvärv av ett finansiellt instrument. Det är inte klarlagt att så är fallet.



Utredningens slutsatser, och övervägandena som leder till dem, framstår enligt Konkurrensverket som svårförenliga. Upphandling av fonder kan inte både falla utanför upphandlingsdirektivet tillämpningsområde på grund av att det inte är en tjänst samtidigt som det omfattas av undantaget från upphandlingsdirektivet avseende finansiella tjänster.

Befintliga regelverk för upphandling bör tillämpas

Utredningen bedömer att LOU skulle kunna tillämpas vid anskaffning av fonder, men bedömer att ett särskilt regelverk för sådana upphandlingar bör tas fram.

Enligt utredningen förefaller LOU:s omfattande regler och olika upphandlingsförfarande vara irrelevanta vid upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg. Dessutom saknas samma behov av detaljeringsgrad som gäller enligt LOU. Enligt utredningen riskerar reglerna i LOU bli svårtillämpade vilket innebär att upphandlingsprocessen blir onödigt komplicerad och resurskrävande. Därför bedöms LOU inte vara ändamålsenlig vid upphandling av fonder till fondtorget.

Eftersom utredningen inte på ett övertygande sätt har visat att upphandlingar av fonder faller utanför upphandlingsdirektivets tillämpningsområde anser Konkurrensverkets att sådana upphandlingar bör ske på ett sätt som är förenligt med direktivet. Utgångspunkten bör därför vara att LOU ska tillämpas vid upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg.

Det föreslagna regelverkets förenlighet med direktiv 2014/24/EU

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

Till skillnad från utredningen anser Konkurrensverket att frågan om upphandlingsdirektivets tillämplighet inte är tillräckligt utredd. Förenklingsutredningens förslag på nya upphandlingsregler för upphandlingar under EU:s tröskelvärden är inte utformade för upphandlingar som omfattas av upphandlingsdirektivet. Därför vill Konkurrensverket anmärka på några av de punkter i det föreslagna regelverket som skulle kunna riskera att strida mot upphandlingsdirektivet.

Utredningen förslår att den nya myndigheten ska vara fri att utforma förfarandet vid upphandlingen av fonder till fondtorget (11.5). Det framgår dock av artikel 26 i upphandlingsdirektivet att den upphandlande myndigheten ska tillämpa de nationella förfaranden som anpassats i enlighet med direktivet. De nationella förfaranden som är tillämpliga i Sverige framgår av 6 kap. 1 § LOU. Enligt Konkurrensverket finns det inget utrymme i upphandlingsdirektivet för en lagstiftning enligt vilken den nya myndigheten kan utforma andra förfaranden än de

som framgår av upphandlingsdirektivet. Den nya myndighetens utformning av upphandlingsförfaranden riskerar med utredningens förslag att strida mot upphandlingsdirektivet.

Utredningen föreslår att den nya myndigheten får direktupphandla om ett fondavtal har sagts upp i förtid eller hävts och detta leder till att urvalet av fonder på premiepensionens fondtorg inte längre ger en reell valfrihet (11.15). Utredningens förslag på definition av direkt upphandling är *upphandling utan obligatorisk annonsering*. Det är enligt utredningen av största vikt att den upphandlande myndigheten iakttar de grundläggande principerna för upphandling när den genomför en sådan direktupphandling.

Det framgår av artikel 32 i upphandlingsdirektivet under vilka förutsättningar en upphandlande myndighet får använda sig av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, vid upphandling av kontrakt som omfattas av upphandlingsdirektivet. Undantag från annonsering medges när det är absolut nödvändigt och på grund av synnerlig brådska till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse är omöjligt att iaktta de tidsfrister som gäller vid annonsering. Enligt Konkurrensverket riskerar en sådan reglering att den nya myndigheten genomför upphandlingar utan annonsering på ett sätt som strider mot upphandlingsdirektivet. Här bör även påpekas att utredningen i sitt förslag inte tar hänsyn till olika kontraktvärden och de tröskelvärden som blir tillämpliga om upphandling av fonder till premiepensionens fondtorg omfattas av upphandlingsdirektivet.

Utredningen föreslår vidare att löptiden för ett fondavtal inte får överskrida tolv år (11.16.3). Utredningen liknar det avtal som den nya myndigheten ingår med en fondförvaltare, fondavtalet, med ett ramavtal. En upphandlande myndighet får enligt artikel 33 i upphandlingsdirektivet sluta ramavtal under förutsättning att de tillämpar de förfaranden som anges i direktivet. Ett sådant ramavtal får inte löpa längre än fyra år, utom i de undantagsfall som motiveras genom föremålet för ramavtalet. Utredningens förslag om en maximal löptid om tolv år riskerar att strida mot upphandlingsdirektivet. Utredningen framför inte några särskilda skäl varför en längre löptid än fyra år ska motiveras.

Sammanfattningsvis bedömer Konkurrensverket att utredningens förslag till nytt regelverk i vissa delar kan komma att strida mot och i andra delar riskerar att strida mot upphandlingsdirektivet. Konkurrensverket anser att det är olämpligt att genomföra det föreslagna regelverket mot bakgrund av den osäkerhet som föreligger gällande upphandlingsdirektivet tillämpning.

Annonsering bör regleras

Utredningen föreslår att den nya myndigheten ska annonsera om sin avsikt att genomföra en upphandling (11.7.2). Det framgår av artikel 49, 51 och 52 i upphandlingsdirektivet hur meddelanden om upphandling, dess utformning samt



offentliggörande ska gå till. Att i nationell lagstiftning överlåta till den nya myndigheten att självt fastställa vilken information som en annons ska innehålla samt var annonsering ska ske uppfyller inte de krav som följer av upphandlingsdirektivet. Den nya myndigheten riskerar enligt Konkurrensverket därför att annonsera sina upphandlingar på ett sätt som strider mot upphandlingsdirektivet.

Konkurrensverket anser vidare att det är angeläget att upphandlingsreglerna är tydliga och konsekventa i så hög utsträckning som möjligt och att det samlas in uppgifter om de upphandlingar som sker på ett sätt som ger underlag för uppföljning, tillsyn och statistik. Konkurrensverket anser därför att upphandlingar av fonder ska annonseras i en registrerad annonsdatabas enligt lagen om upphandlingsstatistik.

Den nya myndighetens upphandlingar bör omfattas av Konkurrensverkets tillsyn

Utredningen föreslår att upphandlingar enligt det föreslagna regelverket om upphandling av fonder inte ska omfattas av särskild tillsyn och att den nya myndigheten inte ska kunna påföras upphandlingsskadeavgift. Däremot föreslås att de bestämmelser om överprövning som gäller för direktivstyrda upphandlingar även ska gälla för upphandlingar av fonder till premiepensionens fondtorg.

Med hänsyn till att upphandlingar av fonder uppgår till mycket stora belopp och har stora effekter på fondmarknaden är det angeläget med en effektiv tillsyn över hur upphandlingarna genomförs. Konkurrensverket utövar tillsyn över upphandlingar som omfattas av upphandlingsdirektiven och över andra näraliggande regelverk som avser inköp som inte omfattas av direktiven, t.ex. lagen om valfrihetssystem. Den ordningen bör gälla även avseende en eventuell ny lag om upphandling av fonder.

Fondavtalens längd

Utredningen föreslår att löptiden för ett fondavtal inte får överskrida tolv år. Den närmare tiden får bestämmas av den nya myndigheten med utgångspunkt i vilken kategori av fonder som upphandlas. Ett fondavtal kan således, enligt utredningen, ingås för kortare tid än tolv år. Konkurrensverket anser att tidsbegränsade avtalsperioder för fondsparande kan vara problematiskt med tanke på syftet med premiepensionssystemet, som är att spara långsiktigt kanske upp till 20–30 år.

Konkurrensverket anser att upphandlingar av fonder till fondtorget i många avseenden kan liknas vid ramavtal. Eftersom utredningen inte på ett övertygande sätt redogör för varför upphandling av fonder till fondtorget inte omfattas av upphandlingsdirektivet så är det värt att påpeka att ramavtal enligt LOU som regel inte får löpa under en längre tid än 4 år. Det är möjligt med ramavtal som är längre än 4 år om det finns särskilda skäl. Det framkommer emellertid inte i utredningen att det skulle finnas sådana särskilda skäl som möjliggör en avtalstid på 12 år.



Konkurrensverket vill vidare framhålla att tidsbegränsade avtalsperioder för fondavtal innebär att stora mängder kapital kommer att behöva överföras från de fonder som förlorat en upphandling till de fonder som vunnit och som enligt myndigheten anses vara mest likvärdig. Sådana omplaceringar kommer troligen vara svåra att genomföra för mindre fonder, som snabbt måste avveckla eller genomföra stora placeringar. I kontakter med marknadens aktörer har det framhållits att utredningsförslaget riskerar att leda till en kapitalkoncentration och likriktning till stora breda fonder och multinationella indexförvaltare. Fonder med mer nischade inriktningar, såsom exempelvis utvecklingsfonder, eller småbolagsfonder som generellt har mindre möjligheter att snabbt skapa likvida resurser vid en förlorad upphandling kan i det fallet trängas ut till förmån för större förvaltare. Det finns enligt Konkurrensverket fog för dessa farhågor. Konkurrensverket anser att det vore olyckligt om det långsiktiga pensionssparande i premiepensions-system upphandlas genom tidsbegränsade fondavtal.

Konkurrensverket bedömer att det förslag som utredningen berör i avsnitt 12.4.1, som innebär att tidigare placerade medel inte måste flyttas, bör kunna användas i de fall en fond efter en upphandling inte längre återfinns på fondtorget. I så fall behövs inte heller en bedömning av om det finns ett likvärdigt alternativ eller om fondmedlen ska placeras i förvalet. På så sätt möjliggörs även ett långsiktigt sparande för de sparare som väljer att ha kvar sina fonder, samtidigt som effekten av att falla ur fondtorget för en fondförvaltare inte blir lika omfattande.

Antal fonder på fondtorget och valarkitekturen

Utredningen bedömer att en väl utformad valarkitektur med spärrar mot ogenomtänkta val ger utrymme för ett relativt stort antal fonder med olika risknivå och placeringsinriktning, och att även det omvända gäller, dvs. att en svag valarkitektur endast ger utrymme för ett mindre antal fonder på fondtorget.

Konkurrensverket har inte någon åsikt om antalet fonder att välja mellan, annat än att det alltid bör vara möjligt för nya aktörer att träda in på fondtorget. Konkurrensverket kan dock konstatera att även om antalet reduceras till 150-200 fonder kommer utbudet vara svåröverskådligt för en sparare utan närmare kunskap eller intresse av fondsparande. Det är därför viktigt att valarkitekturen utformas på ett sätt som underlättar jämförelser, där spararen själv kan välja vilka faktorer som ska jämföras mellan olika fonder.

Konkurrensverket delar bedömningen att det är önskvärt med en tydlig valarkitektur som ger spararna stöd att göra genomtänkta val. Det finns dock inget självändamål att antalet fonder blir färre än i dagens system, under förutsättning att samtliga fonder uppfyller de krav som ställs av den nya myndigheten. Valarkitekturen bör inte heller ensidigt vara utformad för att rikta sparare, som vill göra egna val, till förvalsalternativet.

Premiepensionssystemet är en obligatorisk del i det allmänna systemet för pension, men har också ett uttalat syfte att verka för ett ökat engagemang och intresse för den egna pensionen. Konkurrensverket anser därför att det vore olyckligt om urvalet av fonder på fonder likriktas eller begränsas till stora och breda förvaltare av företrädesvis indexfonder på bekostnad av mindre förvaltare av exempelvis småbolagsfonder eller fonder nischade mot särskilda marknader. Det framgår inte heller av utredningen hur ett upphandlat fondtorg, bättre än dagens system ska öka intresset för den egna pensionen genom att begränsa antalet fonder och möjligheten att välja fritt bland de fonder som önskar delta på fondtorget.

Konkurrensverket delar utredningens syn på de alternativa lösningar som innebär att det är kapitalförvaltningstjänster som ska upphandlas till skillnad från fonder, se avsnitt 7.1. Dessa förslag bör enligt Konkurrensverket utredas närmare, bland annat med anledning av att kapitalförvaltningstjänster tydligare går att kategorisera enligt upphandlingsdirektivet.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit bitr. enhetschefen Stefan Jönsson.

Rikard Jermsten

Stefan Jönsson