

Datum  
2019-02-01

Er referens  
Fi2018/02531/OU

**ALMEGA**

Vår referens  
Ulrica Dyrke

Finansdepartementet  
Avdelningen för offentlig förvaltning  
103 33 Stockholm

## **Remissyttrande - Möjligt, tillåtet och tillgängligt - förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44)**

Almega har getts möjlighet att lämna synpunkter på rubricerat slutbetänkande och vill med anledning härav anföra följande.

### **Del 1 - Enklare och flexiblare upphandlingsregler**

#### ***Allmänna ståndpunkter***

Almega ser positivt på utredningens utgångspunkt att det som är möjligt, tillåtet och tillgängligt i upphandlingar över EU:s tröskelvärden även bör kunna vara det i fråga om upphandlingar under tröskelvärdena som styrs av nationella regler. Almega finner att utredningen har gjort ett gott arbete för att lägga fram sådana förslag.

Övergripande vill Almega uppmärksamma vikten av att skapa system som skapar tillräckliga strukturer för att tillvarata konkurrens och göra goda affärer för skattebetalarnas pengar. Upphandlingslagstiftningen är en viktig del i detta, vilket måste beaktas vid förenklingsreformer.

#### ***Övergripande angående regleringen av icke-direktivstyrda upphandlingar***

Utredningen anser (kap 4.2) att icke-direktivstyrda upphandlingar inte bör lämnas oreglerade eller undantas från upphandlingslagarna. Utredningen gör vidare (kap 4.4.1) bedömningen att den icke-direktivstyrda upphandlingen inte bör regleras i en eller flera separata lagar. Utredningen anser att kopplingen i sak mellan direktivstyrd respektive icke direktivstyrd upphandling är så utpräglad att det är mest lämpligt att arbeta in de icke direktivstyrda bestämmelserna i respektive lag. Utredningen föreslår vidare (kap 4.4.3) att det förenklade regelverket för icke direktivstyrd upphandling arbetas in i de befintliga lagarna (LOU och LUF), med bibehållen struktur.

Almega delar utredningens bedömningar i fråga om behov av reglering samt regleringsmodell.

### ***Principer för upphandling***

Utredningen föreslår (kap 9.1) att de grundläggande EU-rättsliga principerna även fortsättningsvis ska gälla för sådan icke direktivstyrd upphandling som ska annonseras.

Almega tillstyrker detta förslag.

### ***Färre och flexibla upphandlingsregler***

Utredningen föreslår (kap 10) färre och mer flexibla upphandlingsregler för icke direktivstyrda upphandlingar. En rad av dagens bestämmelser föreslås tas bort ur och lagstiftningen inriktas mot att ange ramarna för den upphandlande myndighetens eller enhetens handlingsutrymme. Själva tillvägagångssättet i form av förfarande, metoder, tilldelningskriterier med mera överläts åt den upphandlande myndigheten/enheten att själv bestämma. Förslaget innehåller även vissa regler till skydd för leverantörer.

Almega anser att förslaget generellt innebär bättre överblick av regelmassan, vilket i sig är positivt. Vi konstaterar även att utredningen har strävat efter att uppnå en balans mellan förutsägbarhet och flexibilitet, vilket är av stor betydelse för leverantörerna. Almega vill inte heller sätta sig emot möjligheten att, genom minskad detaljreglering, möjliggöra nya förfaranden och sätt att upphandla under EU:s tröskelvärden.

Förslaget innebär rent konkret en minskad styrning och ökad flexibilitet för de upphandlande myndigheterna och enheterna. Detta kan möjligen uppfattas som en viss förenkling för dem. Almega vill dock uppmärksamma att en ökad flexibilitet för upphandlande myndigheter och enheter inte nödvändigtvis behöver innebära att även leverantörerna uppfattar att det blir enklare. En leverantör som möter flera olika varianter och förfaranden i olika upphandlingar kan i stället uppleva upphandlingarna alltmer komplexa och svårhanterade. Detta kan särskilt drabba de små företagen med begränsade ekonomiska och personella resurser att hantera en stor variation av upplägg.

Utredningens förslag (kap 10.3) att de upphandlande myndigheterna och enheterna tydligt ska beskriva upphandlingen i något av upphandlingsdokumenten är av största vikt för att uppnå transparens och förutsebarhet i det föreslagna systemet. Sådan klagörande information om hur upphandlingen kommer att genomföras blir av helt central betydelse för att tillgodose leverantörernas intresse av förutsebarhet och rättssäkerhet i upphandlingssystemet. Almega vill betona vikten av att detta hanteras med omsorg och kompetens av de upphandlande myndigheterna och enheterna. Bristande dokumentation innebär att kravet på transparens i upphandlingarna inte är uppfyllt. Almega förutsätter att dessa centrala aspekter fångas upp vid

utformningen av en förordning rörande innehållet i upphandlingsdokumentationen.

Det föreslagna systemet kommer innebära ökade friheter för upphandlande myndigheter och enheter. Det kommer krävas kompetens och erfarenhet att kunna förvalta ett sådant ökat frihetsutrymme på ett sätt som blir förenligt med de grundläggande EU-rättsliga principerna och samtidigt blir hanterbart och affärsmässigt intressant för leverantörsledet.

Med färre regler att hålla sig i kommer många upphandlande myndigheter och enheter sannolikt vara i behov av vägledning och stöd. Detta gäller förmodligen särskilt små kommuner och andra små upphandlande myndigheter. Inte minst kommer det finnas behov av kunskap om förpliktelser som följer av EU-rätten och som kan ha betydelse vid utformningen av upphandlingar. Almega konstaterar att olika upphandlingsstödjande insatser från Upphandlingsmyndigheten kan bli av stor betydelse för att möjliggöra rättssäkerhet och effektivitet i systemet. Almega förordar att Upphandlingsmyndigheten tilldelas nya medel för detta om förslaget genomförs.

Almega anser att effekterna för leverantörsledet särskilt behöver uppmärksammas och följas upp i anslutning till den föreslagna reformen. Det är angeläget att motverka eventuella tendenser att reformen leder till att ännu färre företag lämnar anbud i offentlig upphandling. Trenden med stadigt sjunkande antal anbud i de offentliga upphandlingarna behöver brytas.

### ***Direktupphandling***

#### *Definition*

Utredningen föreslår (kap 15.1) att direktupphandling definieras som "upphandling utan obligatorisk annonsering". Almega tillstyrker en sådan definition.

#### *Beloppsgränser uttryckta i nominella värden*

Utredningen föreslår (kap 15.2) att fasta beloppsgränser uttryckta i nominella värden införs för direktupphandling. Nivåerna föreslås bestämmas till 600 000 kronor vid upphandling som omfattas av LOU och 1 100 000 kronor vid upphandling som omfattas av LUF.

Almega ställer sig bakom förslaget att införa beloppsgränser i nominella värden för direktupphandling, eftersom det innebär ökad tydlighet och förutsebarhet. Almega konstaterar att de här omnämnda beloppsgränserna inte innebär några förändringar i sak utan i princip motsvarar de nivåer som gäller redan idag. Almega har inget att invända emot detta. Dock vill vi framhålla att det nu är hög

tid att genomföra den utvärdering av direktupphandlingsgränserna som tidigare aviserats av regeringen<sup>1</sup>.

### *Ny princip för direktupphandling*

Utredningen föreslår (kap 9.2) en ny nationell princip för direktupphandling. Principen innebär att de konkurrensmöjligheter som finns ska utnyttjas. Kostnaderna för att genomföra upphandlingen ska dock stå i rimlig proportion till upphandlingens uppskattade värde. Den upphandlande myndigheten ska även genomföra upphandlingen på ett sakligt och opartiskt sätt.

Almega finner att utredningen genom den föreslagna principen på ett förhållandevis rimligt sätt söker fånga upp intressent av effektivitet och opartiskhet i systemet. Samtidigt kan vi inte se ett tydligt behov av att införa en sådan ny princip. Det kan konstateras att Högsta förvaltningsdomstolen efter att utredningen presenterat sitt betänkande har tagit ställning i en dom<sup>2</sup> som ger vid handen att de EU-rättsliga principerna är tillämpliga vid direktupphandling, om än i begränsad utsträckning beroende på situationen i varje specifikt fall.

Almega har svårt att se några praktiska fördelar med att genom lagstiftning införa en ny princip för direktupphandlingar och förordar att nuvarande ordning med tillämpning av de EU-rättsliga principerna består. Att införa ännu en princip i upphandlingsregelverket kan i stället riskera att skapa ökad oklarhet om vad som faktiskt gäller.

Almeegas ställningstagande i denna del förstärks av utredningens förslag rörande införande av begreppet ”bestämt gränsöverskridande intresse” (BGI) i de lagregleringen, se vidare nedan.

### ***Bestämt gränsöverskridande intresse***

Utredningen föreslår (kap 8.3) att begreppet ”bestämt gränsöverskridande intresse” (BGI) införs i svensk nationell rätt. I situationer då BGI bedöms föreligga ska inte utredningens förslag till nationell princip för direktupphandling<sup>3</sup> gälla, utan annonsering ska ske och de grundläggande EU-rättsliga principerna ska gälla fullt ut.

Almega vill framhålla att BGI är ett diffust och ytterst svårtolkat begrepp, som samtidigt är av avgörande betydelse för EU-rättens tillämplighet. Det handlar om att upphandlande myndigheter och enheter ska behöva bedöma om företag i andra EU-länder kan tänkas vara intresserade av att lämna anbud i den specifika upphandlingen. Det medför uppenbara risker för komplexa bedömningar och

---

<sup>1</sup> Prop. 2013/14:133 s. 11

<sup>2</sup> Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 19 oktober 2018, målnummer 3830-17

<sup>3</sup> Principen innebär att de konkurrensmöjligheter som finns ska utnyttjas. Kostnaderna för att genomföra upphandlingen ska dock stå i rimlig proportion till upphandlingens uppskattade värde. Den upphandlande myndigheten ska även genomföra upphandlingen på ett sakligt och opartiskt sätt.

feltolkningar om detta begrepp byggs in i en svensk reglering. Det är inte heller förenligt med utredningens förenklingssyfte.

Almega avstyrker bestämt förslaget rörande BGI. Vi förordar av förenklings skull ett regelverk som inte bygger på BGI-bedömningar och där de grundläggande EU-rättsliga principerna alltid ska tillämpas. Med en sådan ordning minimeras även risken för felbedömningar i strid med EU-rätten.

### ***Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster***

Utredningen föreslår (kap 13.3) att sociala tjänster och andra särskilda tjänster<sup>4</sup> ska upphandlas enligt de föreslagna reglerna för annonspliktiga upphandlingar när upphandlingens beräknade värde uppgår till minst det tröskelvärde som gäller för dessa tjänster. Förslaget innebär en höjd direktupphandlingsgräns till 7,1 miljoner kronor för dessa tjänster.

Almega kan konstatera att utredningen föreslår en mycket hög direktupphandlingsgräns - upphandlingar på upp till 7,1 miljoner kronor ska alltså inte behöva annonseras i fråga om dessa typer av tjänster. Almega anser att transparens är av grundläggande betydelse och ser kritiskt på en så hög direktupphandlingsgräns. Vi vill varna för att det finns stor risk för godtycke och minskad konkurrens med förslaget.

### ***Sociala tjänster***

Utredningens förslag omfattar bland annat sociala tjänster, såsom vård- och omsorgstjänster och även vissa utbildningstjänster. Förslaget omfattar även bemanningsrelaterade situationer i form av tillhandahållande av hemtjänstpersonal, förmedling av vårdpersonal och förmedling av läkare<sup>5</sup>. Även om en betydande del av upphandlingarna inom här nämnda områden sannolikt har en sådan karaktär att de omfattas av EU:s upphandlingsregler, så kan inte bortses från att förslaget skulle kunna få märkbara effekter vid upphandling av olika typer av berörda tjänster.

Almega vill även uppmärksamma att det den 1 januari i år i trädde i kraft nya upphandlingsregler avseende välfärdssektorn. Dessa regler har givit upphandlande myndigheter ökade möjligheter att direktupphandla utan annonsering (gränsen har höjts från 600 000 kronor till 1,9 miljoner kronor). Vid annonserade upphandlingar på upp till 7,1 miljoner kronor har de upphandlande myndigheterna därtill givits kraftigt utökade friheter, genom att de inte längre behöver beakta de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och öppenhet, om det inte bedöms föreligga ett bestämt gränsöverskridande intresse (BGI).

---

<sup>4</sup> Tjänster som omfattas av artikel 74 (bilaga XIV) i direktiv 24/2014/EU

Almega anser att den nyligen införda regleringen avseende sociala tjänster är långtgående i sig. Vi anser att det finns inneboende risker för minskad transparens och ökat godtycke med regleringen. Vi anser att de nya reglerna bör utvärderas i ljuset av dessa farhågor. Därtill kan konstateras att ett införande av Förenklingsutredningens förslag inte skulle undanröja risken för bristande transparens och ökat godtycke vid kontraktstilldelningarna.

Mot denna bakgrund avstyrker Almega utredningens förslag till direktupphandling avseende sociala tjänster.

#### *Andra särskilda tjänster*

Den av utredningen föreslagna höjda beloppsgränsen omfattar dock inte bara sociala tjänster, utan vissa även tjänster som regleras i bilagan XIV till direktivet. Exempel på sådana tjänster är catering- och hotelltjänster, regummering av däck, post- och budtjänster, smedtjänster, tjänster för festival- och festarrangemang samt anordnande av mässor och utställningar. I fråga om dessa tjänster – som knappast kan sägas karaktäriseras av några särskilda hänsyn - kommer förslaget till kraftigt höjda direktupphandlingsgränser få kraftiga effekter.

Almega finner det mycket svårt att se bärande skäl för en sådan ordning. Det måste beaktas att direktupphandling urholkar transparens och konkurrens i upphandlingsförfarandet. Den föreslagna ordningen riskerar att cementera befintliga avtalsrelationer och hindra företag som inte tidigare varit leverantörer till offentlig sektor från att ta sig in på dessa marknader. Detta kan särskilt drabba små och nyetablerade företag. Med den föreslagna ordningen ökar även riskerna för godtycke och korruption.

Almega vill mot denna bakgrund mycket tydligt avstyrka förslaget. Almega anser att den nu gällande direktupphandlingsgränsen på ca 600 000 kronor även fortsättningsvis bör gälla för dessa tjänster. Den föreslagna reformen innebär en riskabel och högst omotiverad skillnad i förhållande till andra typer av tjänster. Almega vill peka på vad utredningen själv framhåller (s. 164) om att en målsättning bör vara att inom respektive lag ha så få olika regelsystem och nivåer som möjligt, för att undvika gränsdragningsproblem och tvister.

#### **Täckningsköp**

Utredningen föreslår (kap 15.2.2) regler som innebär att täckningsköp genom direktupphandling ska få användas då det handlar om anskaffning som är nödvändig för att tillgodose ett angeläget behov i vissa specifika situationer då upphandling överklagats till domstol. Ett ingånget kontrakt ska enligt förslaget inte få ha längre löptid än nödvändigt och inte heller vara mer omfattande än nödvändigt. Direktupphandling ska vidare bara få användas om värdet av direktupphandlingen inte överstiger tillämpligt EU-tröskelvärde.

Almega ser i grunden positivt på förslaget, som framstår som ett konstruktivt försök att på ett balanserat sätt söka lösa problem i situationer då

överklagandeprocesser i domstol blockerar anskaffning av varor och tjänster som är nödvändiga för att tillgodose angelägna behov.

Vi vill dock i sammanhanget peka på de redan befintliga regler som finns i 20 kap 9 § LOU. Enligt dessa regler ska domstolen avstå från att meddela interimistiska beslut som förhindrar upphandlande myndigheter från att ingå avtal om den skada eller olägenhet som beslutet skulle kunna medföra är större än den skada som skulle kunna drabba leverantören. I bedömningen ska rätten ta hänsyn till allmänintresset. Det bör analyseras om utredningens förslag rörande täckningsköp kan innebära överlappningar i förhållande till denna reglering.

Almega vill även peka på det angelägna i att korta handläggningstiderna i domstol i dessa typer av mål. Det skulle kunna leda till minskade behov av täckningsköp uppstår. Mer om detta nedan under Almegas avslutande synpunkter avseende utredningens förslag rörande överprövning.

### ***Dialog***

Utredningen föreslår (kap 11.6) att en upphandlande myndighet eller enhet ska få ha en dialog med en eller flera leverantörer i en pågående upphandling. Med en dialog ska avses ett skriftligt eller, i förekommande fall, muntligt informationsutbyte mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör. En dialog föreslås få omfatta rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av anbud eller andra handlingar som leverantören har gett in. Dialog föreslås även få omfatta förhandling avseende dels alla aspekter på inlämnade anbud, dels upphandlingsdokumenten förutom minimikrav och tilldelningskriterier.

Almega anser att dialogen i de offentliga upphandlingarna behöver stärkas och ser övergripande positivt på den föreslagna bestämmelsen. Vi vill dock betona att det är av central betydelse att säkerställa likabehandling i ett sådant system. Det kommer att bli betydelsefullt med vägledning till de upphandlande myndigheterna och enheterna i fråga om hur olika situationer kan hanteras för att värna likabehandlande hantering och med beaktande av de övriga EU-rättsliga principerna. Upphandlingsmyndigheten bör fortsätta och utveckla sitt vägledande arbete i denna del om de föreslagna bestämmelserna blir verklighet.

### ***Inga bestämmelser rörande arbetsrättsliga villkor***

Almega konstaterar att utredningens förslag till lagreglering inte innehåller någon motsvarighet till de regler om arbetsrättsliga villkor som återfinns i 17 kap 2 § LOU avseende direktivstyrda upphandlingar. Alfa ställer sig fullt ut bakom detta. En sådan komplex och svårtillämpad reglering vore mycket svårförenlig med syftet att förenkla upphandlingsregelverket.

### ***Rätten att ansöka om överprövning***

Utredningen föreslår (kap 16) att leverantörers rätt att ansöka om överprövning av upphandlingar och av avtals giltighet vid icke direktivstyrd upphandling ska kvarstå.

Almega tillstyrker detta. Möjligheten att överklaga tveksamt utformade upphandlingar är av central betydelse för att tillvarata leverantörernas rättssäkerhet i upphandlingssystemet. Domstolsprövning bidrar även till att skapa rättslig klarhet till vägledning för framtida upphandlingar.

## **Del II – Vissa regler kopplade till överprövning**

### ***Övergripande kommentarer om utredningens uppdrag***

Almega konstaterar att utredningen arbete i fråga om att presentera modeller för avgiftsuttag och processkostnadsansvar vid överprövningar har varit styrt av regeringens uppdrag och målsättning att minska antalet överprövningar.

Övergripande vill Almega framhålla att denna målsättning är svår att förena med utredningens uppdrag att förenkla lagstiftningen. Anledningen är att detaljerna i upphandlingsreglerna – både över och under EU:s tröskelvärden – i stor utsträckning tydliggörs genom domstolarnas ställningstaganden. Som exempel kan anges att det i proposition 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling på ett stort antal ställen anges att den närmare uttolkningen av bestämmelserna får klargöras i rättspraxis. Nationella upphandlingsregler som förenklas genom färre regler innebär inte nödvändigtvis ett regelverk som är lätt att tolka och tillämpa. Snarare kan behovet av överklaganden till domstol för rättslig klarhet i fråga om regelverkets innebörd och gränser komma att öka.

### ***Förslag om ansökningsavgift***

Utredningen föreslår (kap 22.4) att det ska införas en avgift om 7 500 kronor för ansökan i mål om överprövning. Avgiften ska betalas av den sökande leverantören innan rätten inleder handläggning av målet.

Almega ser negativt på förslaget. Vi anser att införande av den föreslagna ansökningsavgiften inte är en ändamålsenlig åtgärd.

Till någon del kan avgiften möjligen uppfylla sitt syfte att minska antalet överprövningar av upphandlingar. Det måste beaktas att de som kan komma att avstå från överprövning i så fall sannolikt uteslutande kommer att vara små företag utan större ekonomiska resurser. I sak kan ifrågasättas rimligheten av att införa avgifter som endast kommer kunna ha betydelse för de minsta företagen. Almega kan konstatera att många små företag avstår från offentlig upphandling för att de upplever att det är komplicerat och tidskrävande. Införandet av den föreslagna ansökningsavgiften kan upplevas som ytterligare ett hinder som



riskerar medföra att ännu fler små företag kommer att välja bort offentlig upphandling.

Den föreslagna ansökningsavgiften ligger samtidigt för lågt för att ha någon märkbar inverkan på överprövningar i andra situationer. De något större företagens benägenhet att överklaga en upphandling kommer knappast påverkas alls av den föreslagna avgiften. Inte heller torde avgiften motverka så kallade "okynnesöverprövningar", eftersom sådana rimligen baseras på en annan typ av ekonomiska överväganden.

Det kan vidare konstateras att sökandesidan i upphandlingsmålen har relativt stor framgång jämfört med andra typer av mål som handläggs av förvaltningsrätterna. Mot denna bakgrund kan starkt ifrågasättas varför en ansökningsavgift bör införas just för upphandlingsmålen och i strid med de principer som i övrigt gäller för förvaltningsmål.

Vidare måste uppmärksammas den ökade administration som avgiftsuttaget kommer att medföra för domstolarna i samband med upphandlingsmål.

Sammantaget avstyrker Almega förslaget om införande av föreslagen ansökningsavgift. Detta överensstämmer med den slutsats som drogs av Överprövningsutredningen år 2015<sup>6</sup>.

Om regeringen ändå avser att införa en ansökningsavgift anser Almega att den bör sättas till 2 800 kronor vilket är i linje med vad som gäller vid stämningsansökningar i allmän domstol.

### ***Rättegångskostnadsförslag***

Utredningen föreslår (kap 21.4) att rätten, enligt vad som är skäligt, ska få förordna om att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i mål om överprövning och mål om överprövning av ett avtals ogiltighet.

Almega ser mycket negativt på detta förslag. Om förslaget genomförs kan det leda till mycket negativa effekter på bred front, för såväl leverantörer som upphandlande myndigheter och enheter.

Det måste beaktas att rättegångskostnaderna i upphandlingsmål kan bli mycket höga. Därtill är de mycket svårförutsebara. Spretig befintlig domstolspraxis i kombination med ny upphandlingslagstiftning med oklar innebörd medför att det ofta är svårt att förutse vilket resultat en domstolsprocess kommer att ge. Ett ytterligare osäkerhetsmoment är att det är omöjligt att veta om motparten kommer använda juridiskt ombud eller om tredje part kommer att intervensera i målet.

---

<sup>6</sup> Betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12)

Förslaget kommer slå hårt mot alla leverantörer, stora som små. De många små leverantörerna kommer bli särskilt allvarligt drabbade. De kommer inte kunna ta den ekonomiska risk som kan följa av att förlora ett upphandlingsmål och tvingas betala motpartens rättegångskostnader. För ett litet företag skulle det till och med leda till konkurs. Möjligheten att teckna försäkringar för att begränsa den ekonomiska risken i dessa situationer kommer inte heller vara reell för de små företagen på grund av höga försäkringsavgifter och självrisker.

Om förslaget genomförs riskerar det medföra att de många små företagen i praktiken kommer stå helt rättslösa utan möjlighet att få rättslig prövning av tveksamt genomförda upphandlingar. Den rätt att ansöka om överprövning som utredningen själv står bakom (se ovan) blir då enbart en chimär för dessa leverantörer. Även större leverantörer kommer drabbas hårt av det presenterade förslaget.

Det måste beaktas att den föreslagna bestämmelsen kommer påverka alla aktörer som involveras i en domstolsprocess. Exempelvis kommer även en leverantör som vunnit en upphandling och intervenerar i en överklagandeprocess för att försvara eller förklara sitt anbud att riskera stå med mycket dyr slutnota för det fall att domstolens utslag går leverantören emot.

Sammantaget kommer förslaget leda till rättslöshet för leverantörer och i förlängningen minskad tilltro till upphandlingssystemet. Risken är uppenbar att effekten blir ännu färre anbud. En sådan utveckling vore mycket negativ för utvecklingen av offentliga upphandlingar.

Det måste beaktas att negativa effekter även uppstår för upphandlande myndigheter och enheter. Även de riskerar att behöva betala dryga rättegångskostnader om de förlorar upphandlingsmål. Många upphandlande myndigheter och enheter kommer sannolikt att välja säkra upplägg, trots att de inser att detta inte leder till den bästa affären. Den ekonomiska risken med att testa nya kreativa modeller och lösningar kommer att bli för stor. Detta kommer att hämma utvecklingen av goda offentliga affärer.

Utöver detta framstår förslaget kostnadsdrivande. Såväl leverantörer som upphandlande myndigheter och enheter som involveras i en upphandlingsprocess kommer sannolikt känna sig tvingade att anlita juridiskt ombud för att ta tillvara sin rätt och inte riskera att förlora målet. Vidare kan ett system med processkostnadsansvar leda till att förlorande part i större utsträckning överklagar domen till ytterligare en nivå i hopp om att få bifall och befrias från ersättningsskyldigheten. En sådan utveckling skulle även riskera att förlänga handläggningstiden i domstol.

Det bör uppmärksammas att den tidigare nämnda Överprövningsutredningen, som hade i uppdrag att utreda frågan om införande av processkostnadsansvar i upphandlingsmål, landade i att ett sådant inte borde införas.

Almega vill mot denna bakgrund tydligt avstyrka utredningens förslag att införa rättegångskostnadsansvar för förlorande part i upphandlingsmål.

### ***Andra lösningar för att förbättra situationen vid överprövningar***

I utredningens direktiv läggs fokus på åtgärder för att få ned antalet överprövningar. Almega kan dock konstatera att antalet överprövningar har sjunkit. Den senaste statistiken ger vid handen att 6,5 procent av de annonserade upphandlingarna överprövades under 2017.<sup>7</sup>

Utredningens direktiv har fokuserat på att genom att skapa ekonomiska hinder för rättsökande leverantörer begränsa antalet överprövningar av offentliga upphandlingar. Almega anser att det i grunden är fel att lägga fokus vid antalet överprövningar. Det stora problemet är i stället att domstolsprocesserna kan dra ut på tiden. Detta drabbar såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörerna. Offentlig sektor riskerar att stå utan avtal samtidigt som leverantörerna får svårt att planera sin verksamhet.

Almega anser att fokus i stället måste läggas på att effektivisera domstolsprocessen. Ett viktigt steg i för att uppnå detta vore att genomföra det förslag som Överprövningsutredningen lagt fram om tre månaders handläggningstid i första domstolsinstans. En sådan reform skulle bidra till snabbare avgöranden och mindre risk för stand-still-situationer utan avtal.

En annan åtgärd för att effektivisera domstolsprövningen i upphandlingsmål skulle kunna vara att samla sådana mål i en specialdomstol. En sådan reform skulle leda till ökad kompetens och större enhetlighet i rättspraxis än vad som nu är fallet. Ökad klarhet i fråga om rättsläget torde i sig kunna dämpa benägenheten att överklaga. Dagens situation med spretig praxis skapar oklarhet och ger grogrund för överprövningar.

### **För Almega**

Andreas Åström

Avdelningschef näringspolitik

Ulrica Dyrke

Expert offentlig upphandling

---

<sup>7</sup> Statistik om offentlig upphandling 2018 - Upphandlingsmyndighetens rapport 2018:2 och Konkurrensverkets rapport 2018:9

## **Om Almega**

Almega är Sveriges största arbetsgivar- och branschorganisation för tjänsteföretag. Våra medlemsföretag representerar ett 60-tal branscher inom den svenska tjänstenäringen. Våra medlemmar består av ca 11 000 företag med över 500 000 medarbetare. Almega är den största förbundsgruppen inom Svenskt Näringsliv.

Datum  
2019-01-30

Er referens  
Fi2018/02531/OU

Kompetensföretagen

ALMEGA

Vår referens  
Stefan Holm

Finansdepartementet  
Avdelningen för  
offentlig förvaltning  
103 33 Stockholm

## Remissyttrande

### Möjligt, tillåtet och tillgängligt - förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44)

Kompetensföretagen har inte beretts tillfälle att lämna svar på rubricerad utredning men vill ändå inkomma med ett svar då branschen berörs av flera av utredningens förslag.

#### *Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster*

Utredningen föreslår en kraftig höjning av direktupphandlingsgränsen upp till 7,1 miljoner kronor för sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Kompetensföretagen avstyrker förslaget.

Förslaget omfattar de tjänster som är beskrivna i bilaga XIV. Det avser vård- och omsorgstjänster men i detta sammanhang även de bemanningstjänster som upphandlas av myndigheterna inom det området. Det är en mycket hög direktupphandlingsgräns för bemanningstjänsterna. Avseende just sociala tjänster har lagändringar nyligen redan genomförts. Det är förändringar i regelverket som har en tydlig begränsande effekt för transparensen på marknaden. Vi ser därför ingen anledning till att genomföra ytterligare ändringar för dessa tjänster. Öppenhet och likabehandling är avgörande delar i upphandlingen för företagen för att det ska vara möjligt att kunna konkurrera. Om de förutsättningarna inte längre finns uppstår istället en uppenbar risk för godtycke och korrupcion.

Bilaga XIV omfattar även andra tjänster än enbart de sociala tjänsterna. Dessa är till exempel vissa utbildningstjänster, catering- och hotelltjänster, regummering av däck, post- och budtjänster, smedtjänster, tjänster för festival- och festarrangemang samt anordnande av mässor och utställningar. Även inom dessa tjänster är det vanligt med bemanningstjänster. Nivåerna motsvarar stora upphandlande värden, och Kompetensföretagen har mycket svårt att se varför dessa inte ska vara transparenta på marknaden. Skulle förslagen förverkligas



riskerar det att hindra företag som inte tidigare varit leverantörer till offentlig sektor.

Den föreslagna höga direktupphandlingsgränsen innebär att upphandlande myndigheter och enheter inte längre har krav på att upphandlingarna ska annonseras. Därmed finns det en stor risk att stora delar av marknaden stängs ute från att konkurrera om kontrakten.

### **Ansökningsavgifter i överprövningsmål**

Utredningen presenterar vidare förslag på att de företag som vill få en upphandling överprövad i domstol också ska få betala en avgift om 7500 kronor som domstolen ska administrera. Kompetensföretagen avstyrker förslaget då vi menar att detta är ett hinder främst för de minsta företagen som vill driva en överprövningsprocess. Antalet överprövningar kan komma att bli färre men förslaget kommer inte leda till bättre upphandlingar och därmed inte heller till en bättre praxisutveckling. För det krävs andra och mer proaktiva åtgärder. Vidare torde införandet av en avgift ytterligare öka de administrativa bördorna för företagen och även i detta fall, för domstolsväsendet.

### **Processkostnadsansvar i överprövningsmål**

Utredningen föreslår ett införande av processkostnadsansvar, det vill säga att rätten får förordna att den förlorande parten ska ersätta vinnande parts kostnader i mål om överprövning och mål om ett avtals giltighet. Syftet är att minska antalet överprövningsmål. Kompetensföretagen avstyrker utredningens förslag.

Det är vår uppfattning att den upplevda risken för att få bära kostnaderna för den andra parten delas av både leverantörer och upphandlande myndigheter eller enheter. För en myndighet som gärna minimerar sina risker innebär detta att de värjer sig från att testa hur upphandlingar kan genomföras på annorlunda sätt, exempelvis med mer dialog, med förhandlade förfaranden och som också innehåller kvalitativa utvärderingskrav. Istället kommer den upphandlande myndigheten ställa objektivt mätbara krav, i första hand priset och de kommer avstå från relationer som kan ge bättre affärer eftersom det skulle kunna ifrågasättas i ett senare skede. Incitamenten att göra goda, utvecklande affärer och där parterna kan komma väl till tals, skulle försvagas.

Risken att få bära rättegångskostnaderna för den andra parten kommer att påverka de leverantörer som överväger att dra upphandlingen till domstol men det kommer i första hand hindra de resurssvagare, framförallt de mindre företagen.

Kompetensföretagen konstaterar slutligen att Överprövningsutredningen från 2015, hade ett friare utredningsuppdrag. Den utredningen kunde på ett mer öppet sätt utreda fler möjligheter och därefter komma med de bästa förslagen.

Den utredningen kom fram till att varken avgifter eller processkostnadsansvar i upphandlingsmål skulle införas.

Kompetensföretagen kan konstatera att utredningens vällovliga syfte, att förenkla de icke-direktivstyrda bestämmelserna inom offentlig upphandling, istället får motsatt effekt med ökad regelbörda för företagen.

Kompetensföretagen ställer sig i övrigt bakom det remissvar som Almega har överlämnat.

Patrik Eidfelt  
Tf Förbundsdirektör Kompetensföretagen

Stefan Holm  
Expert offentlig upphandling