



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

Sammanfattning

- Upphandlingscenter tillstyrker strukturen i de föreslagna ändringarna av 19 kap. LOU och LUF.
- Upphandlingscenter tillstyrker förslaget om dialog, rättelse, och kompletteringar i upphandlingar.
- Upphandlingscenter anser att gränsen för direktupphandling ska höjas, i synnerhet i LOU och för byggtreprenader.
- Upphandlingscenter anser att täckningsköp under pågående överprövning ska tillåtas.
- Upphandlingscenter avstyrker förslaget om utökning av dokumentationskravet.
- Upphandlingscenter anser att förlorande part ska ersätta vinnande parts rättegångskostnader enligt utredningens förslag.
- Upphandlingscenter avstyrker förslaget om ansökningsavgift för överprövning. I varje fall den föreslagna nivån.

Allmänna synpunkter

Utredningen har i många fall tagit bort hänvisningarna till andra kapitel i LOU och samlat bestämmelserna om direktupphandling i ett eget kapitel. Förändringarna framstår som både lämpliga och förenklande även om det i praktiken medför att antalet paragrafer ökar till antal. Detta tillstyrks.

Upphandlingscenter ställer sig bakom det särskilda yttrandet från Eva Sveman, Martin Kruse och Åsa Edman. Det bör bli tillåtet för myndigheter att samverka genom avtal i väsentligt större utsträckning än nuvarande regelverk tillåter. Många mindre kommuner har problem med att tillhandahålla tjänster som behövs för att ge en bra service till medborgarna. Det förefaller orimligt att en eller flera kommuner förhindras att samverka i olika stödfunktioner för att inte riskera att bryta mot upphandlingslagstiftningen.

Del 1 – Enklare och flexiblare upphandlingsregler

Principer för upphandling

Ett behov av bestämmelser motsvarande 4 kap. 2 och 3 §§ LOU respektive LUF behövs inte på det icke direktivstyrda området eftersom de grundläggande principerna alltså gäller. Förslaget tillstyrks.

Förslaget att införa nya principer om att konkurrensen ska tas till vara i rimlig utsträckning samt genomföras på ett sakligt och opartiskt sätt avstyrks. Upphandlingscenter bedömer att detta kommer att öka osäkerheten om vad som gäller och leda till en rad onödiga domstolsprövningar. Om möjligt bör inga principer alls gälla för direktupphandlingar.

Upphandlingens utformning

Att upphandlande myndigheter och enheter ska vara fria att utforma förfarandet vid upphandlingen är positivt och tillstyrks. Nuvarande lagstiftning är onödigt begränsande.

Dialog i upphandlingar

Anbudsgivare bör få möjlighet att rätta sina anbud i betydligt större utsträckning än vad som gäller idag. Upphandlingsföremål kan vara komplexa och det är inte rimligt att det bästa anbudet ska behöva förkastas trots att anbudsgivaren i sak uppfyller kraven men på grund av den mänskliga faktorn kan ha missat en formell detalj. Det är svårt att motivera för såväl andra anbudsgivare som för skattebetalarna att dyrare och potentiellt sämre anbud måste antas när det med lätthet hade gått att undanröja en eventuell tvivelaktighet i det uppenbart bästa anbudet. Förslaget om dialog i upphandlingar tillstyrks.

Nödvändiga förfarandebestämmelser

Det bör inte finnas en författningsreglerad skyldighet att agera om ett anbud förefaller onormalt lågt. Speciellt inte då det inte är fastställt vad ett onormalt lågt anbud är.

Upphandlingscenter delar utredningens uppfattning att kravet både är onödigt och leder till onödiga överprövningar.

Upphandlingscenter tillstyrker förslaget att samtliga tjänster enligt bilaga 2 ska regleras på samma sätt. Detta underlättar tillämpningen av lagstiftningen.

Direktupphandling

Gränsen för direktupphandling bör höjas jämfört med den föreslagna. En nivå är svår att precisera men i varje fall bör gränsen i LOU inte vara lägre än den i LUF. För byggtreprenader bör gränsen höjas väsentligt i båda lagarna. För både upphandlande myndigheter och enheter är det sällsynt att byggtreprenader omsätter så blygsamma belopp som gäller i dagsläget. En höjning till minst 10 mnkr förordas i båda lagarna. Denna nivå tillåter uppförande av ett mindre byggnadsverk och motsvarar ändå mindre än 20 % av tröskelvärdet för byggtreprenader.

Upphandlingscenter tillstyrker förslaget att ange direktupphandlingsgränsen i lagtexten. Det finns goda skäl till att gränsen som i dag revideras med jämna mellanrum istället för att riksdagen ska behöva besluta i frågan, men fördelarna med regelförenklingen överväger. Historiskt har också mindre ändringar av LOU gjorts förhållandevis ofta och en revidering av direktupphandlingsgränsen kommer troligtvis att övervägas vid samma tillfälle.

Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp) bör tillåtas.

Upphandlingscenter delar dock inte utredningens bedömning att värdet av det som anskaffas genom täckningsköpet ska läggas samman med det uppskattade värdet av det avtal som är



föremål för överprövning. Om den annonserade avtalstiden behålls intakt men förskjuts till följd av en överprövning bör direktupphandlingsvärdet endast bedömas till det belopp som täckningsköpet omfattar. Detta eftersom det rör sig om två olika avtal. Att täckningsköpet i sig inte kan överskrida tröskelvärdet som unionsrätten fastslagit är däremot naturligt då upphandlingen redan är begränsad till att underskrida tröskelvärdet såvida inte bilaga 2 tillämpas.

Förslaget om utökad dokumentation vid direktupphandling avstyrks. Å ena sidan ska dokumentationen vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden men å andra sidan behöver dokumentationen inte vara särskilt omfattande. Dessa ståndpunkter är svåra att förena. Det är även en nackdel att behöva ändra arbetssätt från det nuvarande med 100 tkr gräns när många upphandlande myndigheter anpassat organisationen till det relativt sett nya kravet.

Upphandlingscenter tillstyrker förslaget om slopande av särskilda principer för beräkning vid direktupphandling. Ett förbud mot kringgående är lämpligare och lättare att hantera än nuvarande system med upphandlingar "av samma slag". Att separata operativa enheter ska anses som just separata även vid beräkning av direktupphandlingsgränsen är också en välkommen förändring.

Del 2 – Vissa regler om överprövningsmål

Processkostnadsansvar i överprövningsmål

Den förlorande parten bör ersätta motpartens rättegångskostnader i överprövningsmål. Den stora skillnaden i antalet överprövningar i Sverige jämfört med länder där processkostnadsansvar finns talar med tydlighet för att regelverket på ett eller annat sätt borde förändras. På samma sätt som höjningen av direktupphandlingsgränsen höjdes 2014 bör beslutet analyseras och utvärderas i efterhand för att tillrättalägga eventuella oönskade konsekvenser.

Upphandlingscenters bedömning är att antalet överprövningsmål skulle minska om varje part får bära sina egna kostnader. Förändringen innebär även ett återställande av balansen som sattes ur spel i samband med NJA 2013 s. 762 vilket är positivt.

Sannolikt skulle antalet processer minska men de som finns kvar ta längre tid i anspråk. Detta eftersom rätten måste bestämma om någon part ska betala den andras kostnader, alla betala sina egna kostnader eller kostnaderna jämkas av någon anledning. Även kostnadernas storlek kommer att ta mer tid i anspråk för att reda ut.

Sammantaget anser Upphandlingscenter att förslaget, både till sakinhåll och till lagteknisk utformning, ska tillstyrkas.

Ansökningsavgifter i överprövningsmål

Förslaget om en ansökningsavgift avstyrks. Den låga nivån på 7 500 kr bör inte medföra någon märkbar skillnad med tanke på att upphandlingsmål handlar om affärsverksamhet där



betydligt större belopp står på spel. Domstolarna bör inte tyngas av en administrativ hantering för ingen eller liten skillnad i praktiken.

Upphandlingscenter anser heller inte att en differentierad avgift ska införas för att komma tillrätta med problemet. I många upphandlingar är det svårt att precisera hur stort avtalsvärdet faktiskt kommer att bli under hela avtalstiden varför instrumentet blir trubbigt.

Förslaget om processkostnadsansvar får antagligen ett större genomslag när det gäller att minska antalet överprövningar och räcker åtminstone som ett första steg. Utredningens konstaterande att ansökningsavgiften främst skulle drabba små företags vilja att ta tillvara på sin rätt överensstämmer säkerligen med verkligheten och är olyckligt. I praktiken är dock hotet om att behöva stå för motpartens rättegångskostnader betydligt mer avskräckande för en liten leverantör men som tidigare konstaterats överväger fördelarna med ett sådant förslag.

Domstolarnas handläggning av överprövningsmålen

Upphandlingscenter anser att utredningen förbiser förbättringspotentialen när den avstår från att rekommendera ändringar i domstolarnas handläggning av ärenden. En mer aktiv processledning borde förkorta tidsåtgången i överprövningsmål väsentligt. Många skriftväxlingar i överprövningsmål sväller till onödiga proportioner då parterna vill försäkra sig om att allt som motparten invänt verkligen bemöts. Om möjligt bör FPL eller LOU utformas så att förekomsten av riktade förelägganden i domstolsprocesserna ökar.

LUDVIKA KOMMUN

Gemensam nämnd för upphandlingssamverkan

Anders Karlin
Enhetschef

Björn Friberg
Upphandlare