



Datum
2019-01-17
Adress
August Palms Plats 1
Diarienummer
STK-2018-960

Yttrande

Till
Finansdepartementet

Remiss från Finansdepartementet - Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44)

Fi2018/02531/OU

Sammanfattning

Malmö stad ställer sig generellt positiv till utredningens förslag och bedömningar men lämnar ett par förslag till omformuleringar och gör vissa påpekanden. Malmö stad avstyrker dock utredningens förslag avseende att den nedre gränsen för dokumentationsskyldigheten för direktupphandlingar tas bort då denna uppfattas leda till att även upphandlingar av mindre värde avkrävs mer utförlig dokumentation än vad som är fallet idag. Vidare anser Malmö stad att förslaget om införande av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål bör avvakta tills Överprövningsutredningens betänkande *Överprövning av upphandlingsmål m.m.* (SOU 2015:12) är färdigberett i regeringskansliet. På förslagen om så kallat täckningsköp, beräkning av upphandlingars värde och ansökningsavgift för överprövningsmål lämnas förslag på formulering eller andra synpunkter.

Yttrande

Avsnitt 15.2.2 - Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp)

Rätt till så kallat täckningsköp bör införas.

Möjlighet att använda direktupphandling vid så kallat täckningsköp är välkommen och bör införas. Det finns ett stort behov av att kunna genomföra nödvändiga anskaffningar som hejdas av en överprövningsprocess och förslaget skulle därför öka möjligheten för den upphandlande myndigheten att fortsatt utföra sina skyldigheter gentemot allmänheten i sådana situationer. Enligt Malmö stads uppfattning är täckningsköp vid överprövningar dessutom sannolikt det mest effektiva sättet att undanröja incitamentet för en befintlig leverantör att ansöka om överprövning av en ny upphandling avseende samma uppdrag i syfte att få leverera även under den tid den nya upphandlingen prövas i domstol.

Malmö stad menar dock att den positiva effekten av införandet av täckningsköp fräntas av beräkningsregeln att täckningsköpets uppskattade värde ska läggas samman med det upp-

skattade värdet av den överprövade upphandlingen. Innebörden av beräkningsregeln blir att tillämpningsområdet blir försvinnande litet då täckningsköp endast kommer kunna bli aktuellt när den överprövade upphandlingen har ett värde som med marginal understiger tillämpligt tröskelvärde. Innebörden för Malmö stads del är därför att täckningsköp sällan kommer bli aktuellt på grund av att de flesta upphandlingar som avser nödvändiga anskaffningar har ett för högt kontraktsvärde.

Förutsatt att både utredningens förslag om täckningsköp och Överprövningsutredningens förslag¹ blir lagstiftning kommer det mellan dessa uppkomma ett utrymme i bestämmelserna då upphandlande myndighet inte har möjlighet att genomföra nödvändiga anskaffningar när en upphandling blir överprövad. Om värdet av den överprövade upphandlingen tillsammans med täckningsköpets värde ligger under tröskelvärdet tillåts nödvändiga anskaffningar enligt utredningens förslag. Om det sammanräknade värdet överstiger tröskelvärdet får nödvändig anskaffning däremot inte ske, i vart fall inte när överprövningen sker i första instans. Först om överprövningen även tas upp i högre instans kommer Överprövningsutredningens förslag bli tillämpligt och den upphandlande myndigheten har återigen möjlighet att göra nödvändig anskaffning på regelrätt vis. Detta förhållandet är otillfredsställande och innebär inte en förenkling avseende tillämpningen av regelverket.

Malmö stad anser att det är oklart vilken av de direktivstyrda beräkningsreglerna i 5 kap. LOU som utredningen anser blir tillämplig när värdet av täckningsköpet ska beräknas. Frågan går inte närmare igenom av utredningen men är av stor betydelse för den praktiska tillämpningen av täckningsköp. Om täckningsköpet exempelvis ska anses utgöra ett delkontrakt i enlighet med 5 kap. 8 § är ett klagande efterfrågat för att veta om undantagen i paragrafens 1 st. för enskilda delkontrakt av lägre värde ska vara tillämpligt även för täckningsköp.

Om värdet av täckningsköpet ska beräknas tillsammans med värdet av den överprövade upphandlingen är det vidare av intresse att få svar på huruvida täckningsköpet kan bli föremål för delning av en upphandling i enlighet med 5 kap. 7 § LOU. Frågan är då om de övriga förutsättningarna för täckningsköp, innebärande att köpet ska vara nödvändigt och svara mot ett angeläget behov, kan anses utgöra sådana objektiva skäl för uppdelning som krävs för tillämplighet av 5 kap 7 §. I så fall skulle ett täckningsköp kunna genomföras så länge värdet av täckningsköpet i sig understiger tillämpligt tröskelvärde.

Avsnitt 15.3.2 Dokumentation av direktupphandlingar

Nedre gränsen för dokumentationsskyldigheten för direktupphandlingar bör inte tas bort.

¹ Förslaget innebärande att överprövning i mer än en instans är en omständighet som inte kan förutses av den upphandlande myndigheten. Således kan en sådan överprövning ge rätt för upphandlande myndighet att, vid synnerlig brådska, använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Dokumentationsskyldighet för direktupphandlingar bör inte inträda från första kronan. Utredningens uppfattning att dokumentation av upphandlingar av mindre värde inte behöver vara särskilt omfattande överensstämmer inte med skyldigheten att dokumentera tillräckligt för att motivera myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Andra regelverk tillser att samtliga inköp, även sådana av mycket lågt värde, redan idag dokumenteras på olika sätt. Om dokumentationen även för sådana upphandlingar ska vara tillräcklig för att motivera samtliga skeenden av upphandlingen kommer förslaget innebära en onödig och ökad administration för upphandlande myndigheter.

Malmö stad delar resonemanget som fördes i förarbetena till den nuvarande bestämmelsen om att dokumentationsplikten bör begränsas till att gälla för enbart upphandlingar som har ett värde av betydelse². Nuvarande gräns på 100 000 kronor är en välavvägd nivå för att markera sådan betydelse.

Malmö stads uppfattning är att dokumentation av samtliga direktupphandlingar är nödvändig, speciellt för att kunna hålla effektiv uppsyn över de direktupphandlingar som genomförs inom den upphandlande myndigheten. Detta uppnås dock bäst genom att överlämna gränsdragningen av hur omfattande dokumentationen ska vara avseende upphandlingar av lägre värde till upphandlande myndigheter att bestämma genom sina interna riktlinjer.

Avsnitt 15.7.1 - De särskilda reglerna om principer för beräkning vid direktupphandling utgår

Rekvisitet "samma slag" i 19 kap. 8 § LOU bör tas bort men ersättas av formuleringen "samma vara eller tjänst".

Malmö stad instämmer i förslaget att ta bort rekvisitet om att den upphandlande myndigheten vid beräkningen av värdet av en upphandling ska beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda under räkenskapsåret. Dock anses inte enbart ett förbud mot uppdelning i avsikt att kringgå bestämmelserna i 19 kap. som tillräckligt för att reglera området. Skälet till detta är att trots rekvisitet "samma slag" förmodligen är det enskilt mest svårtillämpliga momentet i bestämmelserna för icke direktivstyrda upphandlingar så behövs det en reglering som ger incitament för upphandlande myndigheter att ha kontroll över användningen av sådana upphandlingar. Enbart ett förbud mot uppdelning i avsikt att kringgå bestämmelserna i 19 kap. träffar inte de många upphandlingar av "samma slag" som trots allt görs utan att avsikten är kringgående av bestämmelserna. En konsekvens av att ta bort rekvisitet "samma slag" kan därför bli att icke direktivstyrda upphandlingar används i större utsträckning och till sammanlagt högre värde än idag.

Den största svårigheten med rekvisitet "samma slag" är att bedömningsgrunderna för vad som ska bedömas vara av samma slag är alltför vaga. Ett alternativ skulle därför kunna vara

² Prop. 2013/14:133, s. 23 f.

att istället formulera rekvisitet som "samma vara eller tjänst". Med en sådan formulering hade gränsen för vad som ska inkluderas i sammanräkningen visserligen gjorts snävare men samtidigt hade frågan inte lämnats helt oreglerad och svårigheterna med gränsdragning minskat betydligt.

21.4.1 Rätten får förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts skäligen kostnader i målet

Frågan om processkostnadsansvar ska införas bör avvakta till Överprövningsutredningens förslag är färdigberett i regeringskansliet.

Malmö stad delar den oro som utredningens intressenter gett uttryck för avseende införandet av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål. Speciellt problematiskt ter sig förslaget i förhållande till att regeringen i proposition 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling i flera fall överlämnade till rättstillämpningen att avgöra oklara delar av upphandlingsdirektivet. Risken att pådra sig ett kostsamt processkostnadsansvar kan hämma villigheten att driva process för att nå prejudicerande vägledning. Följden kan bli minskad vägledning från rättstillämpningen och en större osäkerhet vid tillämpningen av upphandlingslagarna, för både leverantörer och upphandlande myndigheter.

Malmö stad delar utredningens beskrivning av de fördelar och nackdelar ett införande av processkostnadsansvar i överprövningsmål kan föra med sig men delar däremot inte utredningens slutsats att de angivna fördelarna överväger. Förutom den blygsamma effekt på antalet överprövningsmål som förslaget bedöms få utgörs de positiva effekterna främst av att obalansen mellan parterna till följd av NJA 2013 s. 762 undanröjs. Den effekten är främst avhängig att Överprövningsutredningens förslag³, som syftar till att rätta samma obalans, inte leder till lagstiftning. Om det förslaget blir lagstiftning utjämnas den nuvarande obalansen, vilket även är det uttalade syftet för Förenklingsutredningens förslag. Då Överprövningsutredningens förslag i det avseendet är mindre ingripande och med färre negativa följder bör frågan om processkostnadsansvar ska införas i vart fall avvakta tills Överprövningsutredningens förslag är färdigberett i regeringskansliet.

Vad avser den angivna fördelen att införandet av processkostnadsansvar kan innebära en starkt rättssäkerhet för leverantörer anser Malmö stad att denna bör ses i ljuset av att leverantörerna statistiskt sett förlorar den absoluta merparten av överprövningsmålen. Den mindre sannolika utgången att leverantören får ersättning för sina processkostnader överskuggas av den mycket större risken att de istället pådrar sig ytterligare kostnader för motpartens processföring. Att utfallet i enbart ett fåtal fall kan vara till leverantörens fördel bör inte framhållas som en starkt rättssäkerhet för dessa.

³ Överprövningsutredningens förslag angående att processkostnader i överprövningsmål inte ska utgöra ersättningsgill skada i mål om skadestånd enligt upphandlingslagarna.

Avsnitt 22.4.1 Avgiftens konstruktion, förhållandet till avtalsspärren och effekterna av utebliven betalning

En ansökningsavgift i överprövningsmål bör införas.

Ett införande av ansökningsavgift kommer anbudsgivare ett incitament att tänka igenom beslutet att begära överprövning lite extra, vilket är välkommet. Risken är dock att effekten på antalet överprövningar trots det kommer vara blygsam då det stora flertalet leverantörer som väljer att överpröva sannolikt gör detta i tron om att deras överprövning kommer bifallas.

En ansökningsavgift får troligen inte någon betydande effekt på de situationer där en befintlig leverantör ansöker om överprövning av en ny upphandling avseende samma uppdrag i syfte att få leverera även under den tid den nya upphandlingen prövas i domstol. Då sådant agerande drivs av ekonomiska motiv som sannolikt vida överstiger storleken på den föreslagna ansökningsavgiften bör en möjlighet till täckningsköp förhindra sådana situationer i långt större utsträckning. Detta under förutsättning att tillämpningsområdet för täckningsköp inte begränsas på det sätt utredningen föreslagit.

Ordförande

.....
Katrín Stjernfeldt Jammeh
.....

Sekreterare

.....
Anna-Lena Alnerud
.....

Vänsterpartiet avser inkomma med ett särskilt yttrande.