



Handläggare

Ida Otken Eriksson
Tel. 0152-290 65

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling

Remissvar från Strängnäs kommun till SOU 2018:44 Möjligt, tillåtet och tillgängligt - dnr. Fi2018/02531/OU

Finansdepartementet har i skrivelse 2018-09-14 uppmanat Strängnäs kommun ("kommunen") att lämna remissvar vad avser de förslag som framställs i betänkandet av utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler SOU 2018:44 Möjligt, tillåtet och tillgängligt ("utredningen"). Kommunen har följande synpunkter. Kommunens synpunkter avser endast förslagen till ändringar i lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU"), då det är den lagen kommunen har mest erfarenhet av.

Sammanfattning av viktigaste synpunkter

- Kommunen anser att utredningens förslag att införa en ny bestämmelse i LOU om rätt till direktupphandling vid behov av täckningsköp i samband med överprövning bör införas snarast möjligt. Behovet av bestämmelsen är akut och bestämmelsen bör införas oavsett ödet för övriga förslag i utredningen.
- Kommunen avstyrker förslaget att den nuvarande nedre gränsen för dokumentationskrav vid direktupphandling om 100 000 kronor tas bort. Kommunen förstår inte hur utredningen kan motivera bestämmelsen med förenklings-skäl, utan förslaget skulle enligt kommunens uppfattning resultera i ökad oklarhet för kommunens beställare och betydlig mer-administration.
- Kommunen avstyrker starkt förslaget om att införa ett processkostnads-ansvar i överprövningsmål. Förslaget skulle enligt kommunens bedömning göra det svårare att rekrytera och behålla duktiga upphandlare, motverka innovativa upphandlingslösningar och kreativa försök att inom ramen för regelverket skapa bra offentliga affärer, innebära att många fler upphandlingar avbryts samt fördyra och förlänga överprövningsförfarandena.
- Kommunen ställer sig även tveksam till förslaget om att det införs en avgift i överprövningsmål. Kommunens bedömning är att införandet endast skulle ha en marginell påverkan på antalet överprövningsmål och



att införandet i stället skulle riskera att fördröja förvaltningsdomstolarnas handläggning av upphandlingsmål ytterligare.

Synpunkter

Del 1 – Enklare och flexibla upphandlingsregler

Avsnitt 4.2: Upphandlingarna ska även fortsättningsvis regleras

Kommunen instämmer i att de icke direktivstyrda upphandlingarna inte bör lämnas oreglerade eller undantas från upphandlingslagarna. Kommunen anser också att de direktivstyrda och de icke direktivstyrda reglerna även fortsättningsvis ska hållas i samma lagar och regleras av i stort sett samma regler och principer. Det är enligt kommunens uppfattning nödvändigt och en stor fördel med ett sammanhållet regelverk på ett så komplicerat område som LOU.

Avsnitt 4.3: Ett regelverk med ramar och nödvändiga skyddsregler

Kommunen instämmer i att ett nytt regelverk för icke direktivstyrd upphandling bör vara enklare till såväl utformning som innehåll. Kommunen anser dock att utredningen med de föreslagna ändringarna, trots förtjänstfulla försök, endast har lyckats med att göra själva den föreslagna lagtexten mer lättillgänglig. Utredningens förslag går i stora drag ut på att ta bort ett antal uttryckliga bestämmelser, vilka dock enligt utredningen ändå ska fortsätta gälla. Det är kommunens bedömning att detta inte kommer göra det enklare att förstå och tillämpa reglerna på ett korrekt sätt. Tvärtom finns det en överhängande risk för att det med förslagen blir svårare och mer komplicerat för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer att förutse vad som är förenligt med LOU respektive vad som riskerar att underkännas i ett överprövningsmål.

Avsnitt 8.3: Bör lagstiftningen ta höjd för ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte?

Kommunen instämmer *inte* i utredningens förslag att det ska införas en bestämmelse enligt vilken en direktupphandling endast ska genomföras i enlighet med de grundläggande principerna för upphandling om upphandlingen kan vara av intresse för någon leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat eller EES-stat.

Det är mycket oklart hur det EU-rättsliga begreppet ”bestämt gränsöverskridande intresse” ska tillämpas och det är därför särdeles riskfyllt att omformulera och tolka begreppet i en uttrycklig svensk lagbestämmelse. Kommunen anser att de grundläggande principerna för upphandling bör gälla för alla upphandlingar, även direktupphandlingar. Kommunen anser också att frågan om eventuellt



ytterligare behov av annonsering/transparens i de fall en direktupphandling är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, bör lösas genom tolkning av de grundläggande principerna i stället, se mer om detta resonemang nedan.

Avsnitt 9.2: En skyldighet att ta till vara konkurrensen vid direktupphandling

Kommunen instämmer *inte* i utredningens förslag att det vid direktupphandling ska gälla en nationell princip om konkurrensutsättning eller skyldighet att ta till vara konkurrensen, i stället för som i dag de grundläggande principerna för upphandling.

Förslaget innebär att begreppet ”bestämt gränsöverskridande intresse” eller en motsvarande formulering/tolkning behöver skrivas in i lagstiftningen, vilket kommunen som anförs ovan anser är olämpligt pga. begreppets komplexitet.

Kommunen anser att tillämpningen i de aktuella situationerna av de grundläggande principerna för upphandling (likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet) inte åtskiljer sig väsentligen från de principer som utredningen föreslår ska gälla vid direktupphandlingar (objektivitet, saklighet, opartiskhet, konkurrensen ska tas till vara i rimlig utsträckning, kostnaderna ska stå i proportion till anskaffningens art, omfång och värde). Som Högsta förvaltningsdomstolen slagit fast i domen om Tekniska verken i Linköpings direktupphandling (mål 3830-17, dom av 2018-10-19) ska även relevansen och den faktiska innebörden av de grundläggande principerna variera med hänsyn till varje enskilt upphandlingsärendes karaktär och föremål. Helt i enlighet med utredningens förslag fastslår Högsta förvaltningsdomstolen i ovannämnda dom att värdet på upphandlingen är av betydelse för vilka krav som principerna rent faktiskt ställer på den upphandlande myndigheten. Det förefaller under dessa omständigheter inte nödvändigt att avskaffa tillämpningen av de allmänna principerna på området för direktupphandlingar och i stället införa en ny nationell princip om skyldighet att ta tillvara konkurrensen.

Kommunen förstår och uppskattar utredningens försök att undvika tillämpningen av viss inhemsk rättspraxis gällande allmänna principer på området för direktupphandlingar. Det finns ett större antal svenska domar där främst likabehandlings- och öppenhetsprinciperna enligt kommunens uppfattning tillämpas närmast nitiskt, se t.ex. förvaltningsrättens och kammarrättens dom i ovan nämnda mål om Tekniska verken i Linköpings direktupphandling där man fann att krav på information om tilldelningskriteriers viktning eller prioritet skulle kunna överföras till området för direktupphandlingar.

Kommunen anser dock att det inte är de allmänna principerna som sådana det är fel på. De allmänna principerna är just principer, inte lagbestämmelser, och



principerna ska därför inte tillämpas på samma sätt i alla situationer, utan behöver tillämpas med hänsyn till varje ärendes karaktär och föremål. Detta innebär även att tillämpningen av principerna i vissa situationer bör kunna variera beroende på om upphandlingen i fråga är över eller under de direktivstyrda tröskelvärdena.

Kommunen instämmer i utredningens bedömning att ett bestämt gränsöverskridande intresse normalt inte finns för direktupphandlade kontrakt. Av samma anledning instämmer kommunen också i att det inte behövs en uttrycklig bestämmelse om dessa situationer. Med kommunens inställning att de grundläggande principerna även fortsättningsvis ska gälla vid direktupphandlingar, behövs inte heller någon uttrycklig bestämmelse om detta vad gäller direktupphandlingar. Med denna inställning skulle även situationen (som är teoretisk möjlig, men knappast praktiskt förekommande) att en direktupphandling har ett bestämt gränsöverskridande intresse, kunna lösas med hjälp av de allmänna principerna, då öppenhetsprincipen i så fall skulle kräva att direktupphandlingen på något sätt annonseras, t.ex. på kommunens hemsida.

Kommunen instämmer i övrigt *inte* i utredningens bedömning att den upphandlande myndigheten normalt har vetskap om i fall det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse för en viss upphandling. Kommunen upphandlar ett stort antal mycket olika varor och tjänster och det är i vissa fall erfarenhetsmässigt både svårt och resurskrävande att kartlägga även samtliga inhemska potentiella leverantörer. Kommunen avråder därför ifrån att utredningens förslag förstås på så sätt att en upphandlande myndighet i samtliga direktupphandlingar måste göra en aktiv bedömning av om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Avsnitt 10.1.2: Val av förfarande vid upphandling

Kommunen instämmer *inte* i att de upphandlande myndigheterna och enheterna ska vara fria att utforma förfarandet vid upphandling. Enligt kommunens bedömning riskerar skyldigheten att myndigheten eller enheten tydligt ska informera i upphandlingsdokumenten i varje upphandling om hur upphandlingen ska genomföras, att öka och försvåra den upphandlande myndighets arbete i stället för att förenkla.

Utredningens synsätt att allt som är möjligt, tillåtet och tillgängligt genom den utförliga regleringen på det direktivstyrda området också ska vara möjligt, tillåtet och tillgängligt vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området, riskerar tyvärr enligt kommunens bedömning att vara något för förenklat. Upphandlande myndigheter vill veta vilka minimikrav som gäller och detta berör utredningen överhuvudtaget inte. Den praktiska konsekvensen av utredningens synsätt riskerar att bli att allt som gäller inom det direktivstyrda området också tillämpas



på det icke direktivstyrda området eftersom de upphandlande myndigheterna inte kommer veta vad som eventuellt kan tas bort. Förslaget innebär att det i praktiken kommer sättas likhetstecken mellan "tillåtet" och "nödvändigt", vilket i förlängningen riskerar leda till tolkningen att allt som inte uttryckligen är "tillåtet" är "otillåtet" (d.v.s. klassiskt motsatsslut).

Enligt kommunens uppfattning är det att föredra att behålla befintliga namngivna förfaranden så att det finns en grundläggande samsyn kring hur de olika förfarandena ska gå till.

I övrigt instämmer kommunen i att det som är möjligt, tillåtet och tillgängligt på det direktivstyrda området också är möjligt, tillåtet och tillgängligt på det icke direktivstyrda området och att detta inte behöver regleras av detaljerade bestämmelser i lagen, då detta redan gäller.

Avsnitt 11.6: Dialog i upphandlingar

Kommunen instämmer i utredningens förslag om att införa en bestämmelse om dialog i upphandlingar. Kommunen förordar dock att kravet på att det ska anges i upphandlingsdokumenten, om dialog kommer eller kan komma att användas, och vad dialogen kan omfattas, inte formuleras och tolkas för restriktivt. Det är kommunens erfarenhet att det kan vara svårt att förutse i förväg vilka behov av dialog som det kan behövas i en upphandling.

Avsnitt 13.3.4: Direktupphandling av sociala tjänster och särskilda tjänster

Kommunen instämmer *inte* i att alla upphandlingar under tröskelvärdet av sociala tjänster och särskilda tjänster ska få göras med användning av direktupphandling och den nationella principen om konkurrensutsättning. Enligt kommunens bedömning är detta tröskelvärde för högt. Förslaget skulle möjliggöra att kontrakt av ett värde upp till över 7 miljoner kronor skulle kunna tilldelas utan annonsering och endast med de föreslagna mycket begränsade möjligheter för överprövning av tillämpningen av den nationella principen om konkurrensutsättning. Kommunen förordar i stället en egen direktupphandlingsgräns för sociala och särskilda tjänster, vilket förslagsvis skulle kunna bestämmas till 2 miljoner kronor, i nivå med den nya direktupphandlingsgränsen för välfärdstjänster i 19 kap 36 § andra stycket första punkten LOU.

Avsnitt 15.2.1: Direktupphandling vid lågt värde

Kommunen instämmer i utredningens förslag att direktupphandlingsgränserna ska anges i nominella belopp och att gränsen kan bestämmas till 600 000 kronor vid upphandling som omfattas av LOU.



Kommunen förstår att utredningen under rådande omständigheter inte föreslagit en ny höjd direktupphandlingsgräns för byggtreprenader, men vill i sammanhanget ändå uppmärksamma att kommunen anser att direktupphandlingsgränsen för byggtreprenader absolut bör höjas, förslagsvis till minst 3-5 miljoner kronor.

Avsnitt 15.2.2: Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp)

Kommunen instämmer i utredningens förslag att införa en ny bestämmelse om rätt till direktupphandling vid behov av täckningsköp i samband med överprövning. Behovet av bestämmelsen är akut och den bör införas oavsett ödet för övriga förslag i utredningen.

Det stämmer att den praktiska nyttan av bestämmelsen begränsas starkt om utredningens bedömning är korrekt att det uppskattade värdet av det som ska direktupphandlas genom täckningsköp som regel kommer att behöva läggas samman med det uppskattade värdet av den upphandling eller det avtal som är föremål för överprövning. Kommunen ställer sig dock något frågande till om detta är en nödvändig tolkning. Om tolkningen är korrekt, bör man enligt kommunens uppfattning överväga att justera bestämmelserna om upphandlings-skadeavgift i 21 kap LOU, t.ex. således att denna avgift kan bortfalla eller reduceras extraordinärt när förutsättningarna för utredningens förslag om rätt till täckningsköp är uppfyllda.

Avsnitt 15.3.2: Dokumentation av direktupphandlingar

Kommunen avstyrker förslaget om att den nuvarande nedre gränsen för dokumentationskrav vid direktupphandling om 100 000 kronor tas bort.

Kommunen kan inte se att förslaget är en förenklande åtgärd. Visserligen finns det givetvis dokumentation i kommunorganisationen för samtliga inköp som görs i form av beställningar, fakturor, kvitteringar etc. Dokumentationsskyldigheten har dock tidigare ansetts innebära att information om alla direktupphandlingar ska samlas centralt (på inköpsenheten), vilket har inneburit att alla som genomför direktupphandlingar över 100 000 kronor ska fylla i en särskild blankett, en inköpsredovisning, där det redovisas på vilket sätt kommunens riktlinjer för direktupphandling har följts.

Om gränsen på 100 000 kr slopas, blir det mycket otydligt när inköpsredovisning behöver inges och varje potentiell beställare i hela kommunorganisationen behöver förstå begreppen om direkt gränsöverskridande intresse respektive den nationella principen om att konkurrensen ska tas till vara i rimlig utsträckning.



Om dokumentationskravet utökas till alla direktupphandlingar och fortfarande tolkas på så sätt att information om direktupphandlingarna ska samlas centralt (på inköpsenheten), kommer således många fler som genomför direktupphandlingar av mindre värde behöva fylla i och skicka in en blankett för inköpsredovisning. Detta innebär absolut ingen förenkling, utan en väsentlig utökning av de administrativa bördor som följer av upphandlingsreglerna.

Del 2 – Vissa regler om överprövningsmål

Avsnitt 21.3.2: Införande av ett processkostnadsansvar

Kommunen avstyrker starkt förslaget om att införa ett processkostnadsansvar i överprövningsmål.

Kommunens inköpsenhet arbetar hårt för att uppfylla kommunens olika mål och hushålla med kommunens begränsade resurser genom innovativa, smarta, väl genomtänkta och korrekta upphandlingar. Ändå är det helt omöjligt att känna till allt utbud på marknaden och förutse hur olika leverantörer kan förstå eller missförstå olika formuleringar. Det finns ingen tvekan om att införandet av ett processkostnadsansvar skulle lägga en dämpande filt över inköpsenhetens ständiga försök att tänka och pröva nytt samt utnyttja det komplicerade upphandlingsrättsliga regelverket i syfte att skapa bättre offentliga affärer. Dessutom skulle antagligen långt fler upphandlingar behöva avbrytas, till irritation och besvär för organisation och övriga leverantörer, om någon leverantör inkommer med synpunkter och hotar med överprövning. Kommunens erfarenhet är att det ofta är svårt att förutse resultatet av en överprövning och kommunen skulle därför antagligen komma avbryta fler upphandlingar ”på grund av upptäckt oklarhet i upphandlingsdokumenten”, oavsett den principiella uppfattningen att leverantören inte har fog för sin överklagandegrund.

Kommunen anser också att införandet av ett processkostnadsansvar skulle fördyra och förlänga överprövningsförfarandena, eftersom fler aktörer skulle vara benägna att anlita advokat och varken upphandlande myndigheter eller förvaltningsdomstolarna är vana att ta ställning till yrkanden om ersättning för processkostnader i upphandlingsmål.

Kommunen är också högst tveksam till om införandet av ett processkostnadsansvar skulle medföra en märkbar nergång i antalet överprövningar. När kommunen tittar tillbaka på de överprövningar som den har haft under de senaste 2-3 åren (5 stycken), är det kommunens bedömning att införandet av ett processkostnadsansvar högst hade avskräckt en leverantör från att begära överprövning – och i just det fallet hade detta varit olyckligt då leverantören i fråga faktiskt fick medhåll av förvaltningsrätten.



Avsnitt 22.3.3: Införande av en ansökningsavgift i mål om överprövning

Kommunen ställer sig även tveksam till förslaget om en ansökningsavgift i överprövningsmål. Kommunens bedömning är att införandet inte skulle ha väsentlig betydelse för om ett företag överklagar en upphandling, eller markant bidra till att minska antalet överprövningar. Högst kan införandet avskräcka mindre företag som kan ha rätt i sina synpunkter, se ovan avseende kommunens erfarenheter av överprövningar.

Däremot är det kommunens uppfattning att den ytterligare administration som förvaltningsdomstolarna kommer behöva utföra om förslaget införs, sannolikt skulle fördröja handläggning av upphandlingsmål ytterligare, vilket skulle vara mycket olyckligt.

Avsnitt 23: Domstolarnas handläggning av överprövningsmål

Kommunen instämmer i utredningens bedömning att det för tillfället inte bör införas nya regler om domstolarnas handläggning av överprövningsmål.

Kommunen kan dock inte låta bli att ta tillfället i akt att notera att kommunen ser positivt på de förslag som tidigare har diskuterats i syfte att effektivisera överprövningsförfarandena, nämligen införandet av tre månaders handläggningstid i första domstolsinstans samt att utrymmet för överprövningar begränsas till omständigheter som inte kunnat åberopas tidigare under upphandlingsförfarandet.

Anna Kahlbom
Inköpschef



Handläggare

Ida Otken Eriksson
0152-29065

Beslut enligt delegationsordning för Kommunstyrelsen

Beslut om remissvar på utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler (SOU 2018:44)

Kommunstyrelsen beslutar att

1. anta bilagt yttrande daterat 30 januari 2019 som Strängnäs kommuns svar på remiss från Finansdepartementet om betänkandet av utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler: Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44).

Beslutet har fattats med stöd av punkt 1.5 i kommunstyrelsens delegationsordning.

Beskrivning av ärendet

Finansdepartementet har till Strängnäs kommun översänt begäran om remissvar på betänkandet av utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler: Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44), den s.k. förenklingsutredningen. Remissvaret ska ha kommit in till Finansdepartementet senast den 1 februari 2019.

Förenklingsutredningen framställer ett antal förslag till enklare och flexibla regler vad avser upphandlingar under tröskelvärdet för de direktivstyrda upphandlingarna samt vissa nya regler om överprövningsmål. Utredningen föreslår bl.a. införande av ett processkostnadsansvar och avgift i överprövningsmål i syftet att begränsa antalet överprövningar.

Strängnäs kommuns synpunkter

Kommunens synpunkter avser endast förslagen till ändringar i lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU"), då det är den lagen kommunen har mest erfarenhet av. Kommunens viktigaste synpunkter kan sammanfattas enligt följande.

- Kommunen anser att utredningens förslag att införa en ny bestämmelse i LOU om rätt till direktupphandling vid behov av täckningsköp i samband med överprövning bör införas snarast möjligt. Behovet av bestämmelsen är akut och bestämmelsen bör införas oavsett ödet för övriga förslag i utredningen.



- Kommunen avstyrker förslaget att den nuvarande nedre gränsen för dokumentationskrav vid direktupphandling om 100 000 kronor tas bort. Kommunen förstår inte hur utredningen kan motivera bestämmelsen med förenklings-skäl, utan förslaget skulle enligt kommunens uppfattning resultera i ökad oklarhet för kommunens beställare och betydlig meradministration.
- Kommunen avstyrker starkt förslaget om att införa ett processkostnadsansvar i överprövningsmål. Förslaget skulle enligt kommunens bedömning göra det svårare att rekrytera och behålla duktiga upphandlare, motverka innovativa upphandlingslösningar och kreativa försök att inom ramen för regelverket skapa bra offentliga affärer, innebära att många fler upphandlingar avbryts samt fördyra och förlänga överprövningsförfarandena.
- Kommunen ställer sig även tveksam till förslaget om att det införs en avgift i överprövningsmål. Kommunens bedömning är att införandet endast skulle ha en marginell påverkan på antalet överprövningsmål och att införandet i stället skulle riskera att fördröja förvaltningsdomstolarnas handläggning av upphandlingsmål ytterligare.

Ekonomiska konsekvenser för kommunen

Beslutet medför inga ekonomiska konsekvenser för kommunen.

Övriga konsekvenser

Beslutet medför inga övriga konsekvenser.

Uppföljning

Ingen uppföljning krävs.

Beslutsunderlag

SOU 2018:44 Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål
Yttrande daterat 2019-01-30 (bilagt)

Beslutet skickas till

Kommunstyrelsen

Finansdepartementet (fi.remisvar@regeringskansliet.se) dnr. Fi2018/02531/OU

Magnus Stuart
tf ordförande kommunstyrelsen