

# REMISSVAR

Ärendenummer  
TRV 2018/99854

Ert ärendenummer  
Fi2018/02531/OU

Dokumentdatum  
2019-02-01  
Sidor



TRAFIKVERKET

1(22)

REGERINGSKANSLIET  
Finansdepartementet  
[fi.registrator@regeringskansliet.se](mailto:fi.registrator@regeringskansliet.se)

## Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44)

Trafikverket lämnar härmed remissvar på utredningens förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål.

### Sammanfattning

Trafikverket kan inledningsvis konstatera att utredningen har gjort ett mycket ambitiöst och gediget arbete. Frågorna är dock mångfacetterade och vissa frågor har utretts tidigare. Trafikverket tillstyrker många av förslagen, men lämnar också vissa kompletterande synpunkter och pekar särskilt på vissa otydligheter som verket anser bör beaktas inför en eventuell lagstiftning. I vissa andra delar avstyrker Trafikverket utredningens förslag. Numreringen på rubrikerna i remissyttrandet avser att följa utredningens systematik.

När det gäller det nationella regelverket (del 1) är några av Trafikverkets centrala synpunkter att stor försiktighet måste iaktas när det gäller att flytta väsentliga regler från lag till förordning då detta inte gör regelverket användarvänligt utan istället skapar en onödig osäkerhet och otydlighet. Lagen blir mer användarvänlig om det framgår tydligt och på ett ställe vad som gäller. Vidare motsätter sig Trafikverket att direktupphandlingsgränsen inte kopplas till tröskelvärdena då detta på sikt leder till ett minskat utrymme för direktupphandling.

När det gäller reglerna om överprövningsmål (del 2) avstyrker Trafikverket att processkostnadsansvar införs. Juridifiering av inköpsprocessen och försening av kvarvarande mål är nackdelar som inte är acceptabla. Det finns andra sätt att komma tillrätta med den processuella obalans som uppkommit efter Fideliadomen som först bör utredas innan processkostnadsansvar kan bli aktuellt.



## Del 1: Enklare och flexiblare upphandlingsregler

### 4.3 Ett regelverk med ramar och nödvändiga skyddsregler

*Trafikverket välkomnar utredningens bedömning att ett enklare och mer flexibelt regelverk behövs för icke direktivstyrd upphandling.*

En viktig aspekt som inte berörs särskilt av utredningen är att ett enklare regelsystem särskilt kan gynna mindre företag. Idag möter vi ofta leverantörer som skulle vilja ha avtal med Trafikverket, men som inte har den administrativa kapaciteten att läsa och sätta sig in i alla regler kring anbudslämnande. Ett förenklat regelverk skulle möjliggöra att småföretag i större utsträckning kan lämna anbud.

### 9.1 De grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling ska gälla för annonspliktiga upphandlingar

*Trafikverket tillstyrker att de EU-rättsliga grundprinciperna ska gälla även fortsättningsvis för sådan icke direktivstyrd upphandling som ska annonseras.*

*Trafikverket föreslår dock att 2 § utformas med samma lydelse som 4 kap. 1 § LOU alternativt med den lydelse som föreslås i utredningen, men då utan parenteser.*

Utredningen föreslår en annan utformning av bestämmelsen om principer för upphandling än den som följer av 4 kap. 1 § LOU. Enligt utredningens förslag ska principernas benämning anges i parenteser inne i själva bestämmelsen. Trafikverket anser att denna utformning är omständlig och gör bestämmelsen svårläst. Det framgår tydligt av den föreslagna lagtexten vilka principer som avses även om parenteserna stryks.

Någon annan innebörd än den 4 kap. 1 § LOU har synes inte vara avsedd och det kan därför ifrågasättas om bestämmelsernas lydelse ska vara olika. Oaktat detta är dock det viktigaste att den nya bestämmelsen får en tydlig och lättillgänglig utformning, vilket kan uppnås genom att parenteserna tas bort.

# REMISSVAR

Ärendenummer  
TRV 2018/99854

Dokumentdatum  
2019-02-01  
Sidor



Ert ärendenummer  
Fi2018/02531/OU

3(22)

Trafikverket instämmer i övrigt med utredningen i att hänvisningar i 19 kap. till andra delar av LOU bör undvikas för att förenkla tillämpningen av kapitlet och att en bestämmelse om principerna därför bör tas in i 19 kap. LOU. Även hänvisningar till andra rättsakter såsom förordning bör emellertid undvikas, vilket Trafikverket återkommer till.

## 9.2 En skyldighet att ta till vara konkurrensen vid direktupphandling

Trafikverket välkomnar en princip om att ta tillvara konkurrensen i rimlig utsträckning när det gäller direktupphandling, liksom synsättet att kostnaderna för att genomföra upphandlingen ska stå i rimlig proportion till upphandlingens uppskattade värde.

### 10.1.1 Möjligt, tillåtet och tillgängligt

Trafikverket anser att det finns ett stort värde i att bestämmelserna för icke direktivstyrd upphandling samlas i egna kapitel då det underlättar tillämpningen av lagen.

### 10.1.3 Metoder för upphandling

Trafikverket tillstyrker att en upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att använda olika metoder för upphandling och anser att det är bra att det anges i lagtexten vad som menas med begreppet metoder.

## 10.2 Annonsering

*Trafikverket föreslår ett tillägg i 19 kap. 6 § samt att ytterligare en bestämmelse om annonsering införs i 19 kap, för att göra bestämmelserna lättillgängliga och användarvänliga.*

Utredningen föreslår i en ny bestämmelse om annonsering, med lydelsen att en upphandlande myndighet ska genom en annons informera om sin avsikt att genomföra en upphandling.

# REMISSVAR

**Ärendenummer**

TRV 2018/99854

**Dokumentdatum**

2019-02-01

**Sidor**

4(22)

**TRAFIKVERKET****Ert ärendenummer**

Fi2018/02531/OU

Bestämmelsen är den enda som föreslås när det gäller annonsering. Närmare bestämmelser om annonsering ska enligt utredningen tas in i förordning. Trafikverket ifrågasätter om den lösningen är ändamålsenlig. Vad som uppnås är att det blir färre bestämmelser i 19 kap, men i det här fallet flyttas viktiga bestämmelser bara till en annan rättsakt.

Enligt utredningen ska annonseringen ske i en allmänt tillgänglig databas. Annonsen ska innehålla ett antal uppgifter som räknas upp i utredningen och som alltså endast ska framgå av förordning. Detta innebär att upphandlare behöver läsa lag och förordning parallellt, vilket inte är en särskilt användarvänlig lösning utan tvärtom en svåröverskådlig och komplicerad sådan. Trafikverket anser att åtminstone minimikraven på innehållet i en annons ska framgå av lagen.

LOU och LUF är i sig förfarandelagar och det är inte ändamålsenligt att ha vissa förfaranderegler i lag och andra i förordning. En förordning kan dessutom ändras från en vecka till en annan, till skillnad mot den procedur som gäller vid ändring av en lag. Trafikverket anser således av flera anledningar att det inte är lämpligt att flytta bestämmelser från lag till förordning. I vart fall innebär det inte någon förenkling utan gör bestämmelserna mindre lättillgängliga.

En jämförelse kan göras med reglerna för direktivstyrda upphandlingar, enligt vilka en annons enligt EU-förordning ska utformas enligt fastställda annonseringsformulär.<sup>1</sup> Det får då en mindre praktisk betydelse att det inte framgår av lagen vilka uppgifter en annons ska innehålla eftersom det följer av formuläret som ska fyllas i.

Förslaget är därmed inte förenligt med målsättningen med författningsförslagen att lagstiftningen ska utformas så lättillgängligt och användarvänligt som

---

<sup>1</sup> Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011.

möjligt.<sup>2</sup> Dessa målsättningar uppnås inte enbart genom att begränsa lagarnas omfång och detaljeringsgrad.

Enligt Trafikverkets mening bör ett tillägg göras i 6 § enligt följande (kursiverat).

**6 §** En upphandlande myndighet ska genom en annons informera om sin avsikt att genomföra en upphandling.

*Annonsering ska ske i en allmänt tillgänglig databas.*

Utöver tillägget ovan bör ytterligare en bestämmelse om annonsering införas, där det framgår vilka uppgifter annonsen minst ska innehålla. En sådan bestämmelse skulle kunna utformas med 10 kap. 8 och 9 §§ LOU som förebild, och räkna upp vad en annons minst ska innehålla.

Ovanstående förslag innebär en betydande förenkling jämfört med dagens bestämmelser i 19 kap., men gör samtidigt bestämmelserna lättillgängliga och användarvänliga.

### 10.3 Upphandlingsdokumenten

*Den föreslagna texten i 7 § första stycket bör nyanseras för att passa även förfaranden som genomförs i flera steg.*

*Trafikverket anser att sådana uppgifter som det är ett krav att ha med i upphandlingsdokumenten ska anges i lagen för att uppnå målsättningarna med lagändringen.*

I 7 § föreslår utredningen en bestämmelse som avser tillgång till och innehåll i upphandlingsdokumenten. Första stycket anger att myndigheten ska ange i annonsen vilken dag myndigheten ger tillgång till upphandlingsdokumenten,

---

<sup>2</sup> Utredningen, s. 172.

# REMISSVAR

Ärendenummer  
TRV 2018/99854

Dokumentdatum  
2019-02-01  
Sidor



TRAFIKVERKET

Ert ärendenummer  
Fi2018/02531/OU

6(22)

om detta inte sker direkt. Texten passar inte för förfaranden som genomförs i flera steg, där de fullständiga upphandlingsdokumenten görs tillgängliga för utvalda leverantörer först efter att urvalet har gjorts. Det går sällan att ange en bestämd dag för detta på förhand.

Bestämmelsen skulle kunna utformas på följande sätt.

*En upphandlande myndighet ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publicerades eller den senare dag som anges i annonsen alternativt vid senare skede i upphandlingen till de leverantörer som deltar i ett förfarande som genomförs i flera steg.*

När det gäller den andra frågan anser Trafikverket, i linje med det som anförs ovan om annonsering, att det skulle göra bestämmelserna i 19 kap. betydligt mer lättillgängliga och användarvänliga om den information, som enligt utredningen i ”vart fall” bör framgå av upphandlingsdokumenten,<sup>3</sup> anges i lagtexten istället för i förordning.

Exempelvis föreslår utredningen en ny bestämmelse om dialog i en upphandling (12 §). Av den föreslagna bestämmelsen framgår endast att en upphandlande myndighet ”får” ha en dialog med en eller flera leverantörer i en pågående upphandling och vad en dialog ”får” omfatta. Av utredningen däremot, framgår att den upphandlande myndigheten ”särskilt” ska ange i något av upphandlingsdokumenten om dialog kommer eller kan komma att användas under upphandlingen och att det är ett krav att ange vad dialogen kan omfatta.<sup>4</sup>

Risken är uppenbar att en myndighet kan missa att det enligt en förordning ska anges detaljerad information om dialog i upphandlingsdokumenten. Även andra högst väsentliga uppgifter som enligt utredningen ska framgå av upphandlingsdokumenten, föreslås framgå enbart av förordning.

<sup>3</sup> Utredningen, s. 292.

<sup>4</sup> Utredningen, s. 292 och 309 f.



Konsekvensen för en upphandlande myndighet av att inte ha med nödvändiga upplysningar i upphandlingsdokumenten kan bli att hela upphandlingen får göras om. Trafikverket anser att sådana uppgifter, som det enligt utredningen är ett krav att ha med i upphandlingsdokumenten, ska anges direkt i lagen för att uppnå målsättningarna med lagändringen. En sådan bestämmelse skulle kunna utformas med 10 kap. 8 och 9 §§ LOU som förebild.

## 11 Dialog i upphandlingar

*Trafikverket avstyrker att myndigheten ska ange i något av upphandlingsdokumenten om dialog kommer eller kan komma att användas under upphandlingen avseende rättelser, förtydliganden och kompletteringar.*

*Trafikverket anser att det bör klargöras i förarbetena om utrymmet för att tillåta rättelser, förtydliganden och kompletteringar verkligen blir större för icke direktivstyrda upphandlingar jämfört med det begränsade utrymme som finns idag.*

Som utredningen har uppmärksammat uppvisar inlämnade anbud i upphandlingar ofta brister av olika slag och Trafikverket instämmer i att det är otillfredsställande att det är så begränsade möjligheter att tillåta ändringar av brister i anbud med nuvarande bestämmelser om rättelse av fel, förtydligande och komplettering och den stränga praxis som finns kring bestämmelserna.

Det inträffar inte sällan att i övrigt väl genomarbetade och konkurrenskraftiga anbud måste läggas åt sidan på grund av slarv och rena misstag, vilket leder till att dyrare anbud måste antas eller hela upphandlingen göras om. Bristerna i anbuden rör inte sällan ren formalia, men går ofta inte att rätta till enligt den rättspraxis som finns. Detta har också lett till att leverantörer vars anbud inte antagits lägger ner stor möda på att leta fel i antaget anbud – eller i alla anbud som placerat sig bättre än det egna – vilket också leder till fler överprövningar.

# REMISSVAR

Ärendenummer

TRV 2018/99854

Dokumentdatum

2019-02-01

Sidor



TRAFIKVERKET

Ert ärendenummer

Fi2018/02531/OU

8(22)

Trafikverkets uppfattning är att tolkningen av lagreglerna mot bakgrund av de grundläggande principerna har blivit i vissa fall orimligt sträng, särskilt när det gäller brister i ingivna bevis som avser uteslutning och kvalificering. Sådana bevis avser historiska och befintliga fakta och sådana fakta kan i sig inte ändras.<sup>5</sup> Det måste rent konkurrensmässigt vara mer känsligt att tillåta förtydliganden och kompletteringar av den del av anbudet som avser själva offerten, eftersom det då finns en risk att ett nytt anbud i själva verket lämnas. Trafikverket vill här peka på att LOU, liksom bakomliggande direktiv, innehåller en särskild bestämmelse som avser att en upphandlande myndighet får begära att leverantörer kompletterar eller förtydligar sådana bevis som avser uteslutningsgrunder och kvalificeringskrav.<sup>6</sup> Det bör utredas om denna bestämmelse innebär ett större utrymme för förtydliganden och kompletteringar när det gäller nämnda bevis, jämfört med bestämmelsen i 4 kap. 9 § LOU.

Syftet med utredningen har varit att utreda hur regelverket under EU:s tröskelvärden kan göras enklare och mer flexibelt, men istället för att fokusera på hur långt EU-domstolens utslag rimligen kan sträcka sig utanför det direktivstyrda området, hänvisar utredningen till sin redogörelse om befintlig rättspraxis som allmänna utgångspunkter för dialog rörande rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar.<sup>7</sup>

Utredningens förslag om dialog i en upphandling är en god ansats, men Trafikverket ifrågasätter om förslaget i praktiken verkligen möjliggör rättelser, förtydliganden och kompletteringar i någon högre grad än vad som gäller idag. Utgångspunkten ska liksom idag vara de grundläggande principerna som de tolkats i gällande rättspraxis. Trafikverket är tveksam till att den stränga tolkningen slås fast i förarbetena till en tvingande lag, särskilt som syftet är att åstadkomma en ändring och ökad flexibilitet. Det bör klargöras i förarbetena om utrymmet för att tillåta rättelser och kompletteringar verkligen är tänkt att

<sup>5</sup> Jfr det EU-domstolen tar upp i dom Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, p. 39.

<sup>6</sup> Kap. 15 § 4 tredje stycket LOU. Jämför artikel 59.4 andra stycket LOU-direktivet.

<sup>7</sup> Utredningen, s. 309.



# REMISSVAR

Ärendenummer

TRV 2018/99854

Ert ärendenummer

Fi2018/02531/OU

Dokumentdatum

2019-02-01

Sidor



TRAFIKVERKET

9(22)

vara vidare för icke direktivstyrda upphandlingar, än det begränsade utrymme som finns idag.

Nästa fråga som Trafikverket har synpunkter på när det gäller utredningens föreslagna bestämmelse om dialog avser att en upphandlande myndighet ska ange i något av upphandlingsdokumenten om dialog kommer eller kan komma att användas under upphandlingen och vad dialogen kan omfatta. I utredningen uttrycks detta också som att myndigheten ska "förbehålla sig möjligheten till dialog i någon form".<sup>8</sup> Detta krav ska enligt utredningen anges i förordning, vilket Trafikverket ifrågasätter i sig enligt vad som anges ovan.

*Trafikverket avstyrker att det över huvud taget ska vara ett krav att ange i upphandlingsdokumenten om dialog som omfattar rättelser, förtydliganden och kompletteringar av anbud kan komma att användas i upphandlingen, enligt följande.*

Det finns inget krav i de regler som gäller för direktivstyrda upphandlingar att det måste framgå av upphandlingsdokumenten om rättelser, förtydliganden eller kompletteringar kan komma att användas. Den föreslagna bestämmelsen om dialog innebär i denna del en strängare regel än vad som gäller för direktivstyrda upphandlingar, vilket inte kan ha varit avsikten.

Det är inte heller en rimlig regel då en upphandlande myndighet inte har någon möjlighet att på förhand veta om anbuden kommer att innehålla brister och otydligheter.

Frågan uppkommer vidare vad som ska gälla om myndigheten inte anger något om dialog i upphandlingsdokumenten. Ska det då inte vara tillåtet att begära exempelvis ett förtydligande, av den anledningen? Enligt synsättet att det som är tillåtet på det direktivstyrda området, också är tillåtet på det icke direktivstyrda området, måste det i sådant fall ändå vara tillåtet att begära ett förtydligande, men bestämmelserna blir motstridiga och skapar otydlighet.

---

<sup>8</sup> A.a.s. 308 ff.

# REMISSVAR

## Ärendenummer

TRV 2018/99854

## Ert ärendenummer

Fi2018/02531/OU

## Dokumentdatum

2019-02-01

## Sidor

10(22)



TRAFIKVERKET

När det gäller förslaget att det ska anges i upphandlingsdokumenten om dialog kommer eller kan komma att användas i form av förhandlingar, anser Trafikverket att det är lämpligt av många skäl att ange i upphandlingsdokumenten om förhandlingar avses att genomföras.

## 12.4.6 Tilldelningskriterier

*Trafikverket anser att det ska finnas en bestämmelse i 19 kap. som avser tilldelning av kontrakt, enligt förslag nedan.*

Enligt utredningen behövs det inga bestämmelser i lagen om att den upphandlande myndigheten ska använda sig av tilldelningskriterier vid tilldelning av kontrakt. Däremot anges att till sådan information som ”i vart fall” bör framgå av upphandlingsdokumenten hör vilka tilldelningskriterier som används samt deras viktning eller prioritetsordning. Dessa krav föreslås dock att endast ska framgå av förordning, vilket Trafikverket anser innebär en uppenbar risk för att informationen inte tas med i upphandlingsdokumenten.

Det är inte lämpligt att det endast framgår av förordning att tilldelningskriterier och dess viktning eller prioritetsordning ska framgå av upphandlingsdokumenten (se även 10.3 ovan) då det är centralt och grundläggande att det framgår av upphandlingsdokumenten hur kontrakt (eller avtal) kommer att tilldelas.

Trafikverket anser att en ny bestämmelse om tilldelning av kontrakt bör tas fram. Innebörden skulle kunna vara att *kontrakt och avtal ska tilldelas i enlighet med tilldelningskriterier som ska framgå av upphandlingsdokumenten* eller åtminstone att myndigheten ska *beskriva hur kontraktet eller avtalet kommer att tilldelas* (med den senare lösningen dock utan krav på tilldelningskriterier, viktning etc. i förordning). En sådan bestämmelse ger betydligt mer flexibilitet än nuvarande 24 § om tilldelning av kontrakt, men anger ändå det mest centrala.

## 15 Direktupphandling

Trafikverket tillstyrker förslaget att samla bestämmelserna om direktupphandling i ett eget kapitel och anser att det förenklar tillämpningen av dessa regler.

### 15.1 Definitionen av direktupphandling

*Trafikverket instämmer med utredningen i att det som utmärker direktupphandling i förhållande till andra förfaranden i 19 kap. är att det inte finns krav på annonsering. Trafikverket vill dock peka på en oklarhet vad avser vilka formkrav som gäller vid direktupphandling.*

Definitionerna i 1 kap. LOU gäller och ska enligt utredningen gälla även för direktupphandling. Utredningen konstaterar att det inte finns några formkrav för vare sig förfarandet eller anbudet i fråga om direktupphandling, men att formkrav finns att kontraktet ska vara skriftligt (1 kap. 15 § LOU respektive 1 kap. 14 § LUF).<sup>9</sup> Högsta förvaltningsdomstolen uttalade för sin del i mål nr 3830-17 att ”en direktupphandling kan genomföras genom att myndigheten tar kontakt med endast en leverantör och avtal kan träffas formlöst”.

Det bör således klargöras om avtal vid direktupphandling kan ingås formlöst. Det bör rimligen vara så, trots utredningens hänvisning till ”kontrakt”, särskilt när det gäller upphandlingar av mindre värden där det som dokumentation enligt utredningen kan vara tillräckligt med en faktura eller kvitto. Om det finns ett formkrav för kontrakt även vid direktupphandling av låga värden, bör det övervägas att om det ska tas bort.

Frågan får även betydelse för utredningens förslag att värdet av en direktupphandling ska beräknas enligt 5 kap. Beräkningsreglerna i 5 kap. utgår från begreppet ”kontrakt”, t.ex. att värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas enligt de kontrakt som ingår i upphandlingen (jfr 5 kap.

---

<sup>9</sup> Utredningen, s. 353.



3 § LOU). Om det vid en direktupphandling inte tecknas något skriftligt kontrakt bör det förtydligas hur värdet av en direktupphandling i så fall ska beräknas enligt 5 kap.

### 15.2.1 Direktupphandling vid lågt värde

*Trafikverket avstyrker att direktupphandlingsgränsen ska anges i nominella belopp i lagen.*

Trafikverket anser att nackdelarna skulle överväga fördelarna med en sådan ordning som föreslås av utredningen. Nominella belopp i lagtexten skulle endast innebära en smärre förenkling i och med att det är så enkelt att få kännedom om de belopp som gäller. Det är samma värde som gäller under två år och således är det lätt att inordna sig efter det aktuella värdet. Dagens system fungerar därmed bra. Däremot skulle nackdelarna bli betydande då förslaget innebär att lagen måste ändras när beloppet behöver ändras.

Utredningen kan inte se något tungt vägande skäl till varför direktupphandlingsgränserna måste justeras vartannat år utan ser en förenkling i att beloppsgränsen kan stå sig över längre tid.<sup>10</sup> Trafikverket anser dock att gränsen för direktupphandling bör följa övriga tröskelvärden, för att det verkliga utrymmet för direktupphandling inte ska minska på några få år. Under åren 2014-2015 låg beloppsgränsen på 505 800 kr enligt LOU, åren 2016-2017 på 534 890 kr och den 1 januari 2018 höjdes gränsen till 586 907 kr, dvs. på fem år kan beloppsgränsen höjas med mer än 100 000 kr om den följer tröskelvärdena.

När det gäller direktupphandlingsgränsens storlek anser Trafikverket att det finns goda skäl som talar för höjda direktupphandlingsgränser särskilt för byggtreprenader, mot bakgrund av den stora skillnaden det är på tröskelvärdena.

<sup>10</sup> Utredningen, s. 355.

## 15.2.2 Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp)

*Trafikverket välkomnar en bestämmelse som tillåter täckningsköp i samband med överprövning. Däremot ifrågasätter Trafikverket det sätt utredningen menar att värdet av täckningsköp ska beräknas.*

Utredningen bedömer att det uppskattade värdet av det som ska direktupphandlas genom täckningsköp som regel kommer att behöva läggas samman med i vart fall det uppskattade värdet av den upphandling eller det avtal som är föremål för överprövning.<sup>11</sup>

Ett täckningsköp ska dock avse ett angeläget behov som uppstått med anledning av överprövning (6 §) och Trafikverket utgår därmed från att täckningsköpet ska avse hela eller delar av kontraktsföremålet som den överprövade upphandlingen eller kontraktet omfattar. Det är i så fall inte rimligt att värdet av täckningsköpet ska räknas samman med värdet för den överprövade upphandlingen eller kontraktet.

Av 5 kap. LOU, som enligt utredningen ska tillämpas då direktupphandlingens värde beräknas, följer att värdet av en upphandling är det totala belopp som enligt den upphandlande myndighetens uppskattning ska betalas enligt de kontrakt som ingår i upphandlingen. Uppskattningen ska avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfordran skickas ut eller då upphandlingsförfarandet påbörjas.

Ett täckningsköp får enligt utredningen inte vara mer omfattande än nödvändigt. Det totala värdet som ska betalas enligt den överprövade upphandlingen och täckningsköpet bör sammanlagt vara ungefär det värde som uppskattades för den ursprungliga upphandlingen. Det ter sig därför märkligt om värdet av en direktupphandling ska uppskattas till ett värde som aldrig kommer att betalas.

---

<sup>11</sup> Utredningen, s. 359 f.



En mer ändamålsenlig regel eller tolkning av den regel som utredningen föreslår i 6 § sista stycket, är att det totala uppskattade värdet som ska betalas enligt den överprövade upphandlingen och täckningsköpet inte får överstiga tröskelvärdet. Trafikverket kan inte se att en sådan regel skulle vara i strid med upphandlingsdirektiven om det som ska betalas inte överstiger tröskelvärdet.

Det finns en ytterligare aspekt att beakta. Om det är så att ett täckningsköp är tänkt att avse hela eller delar av kontraktsföremålet som den överprövade upphandlingen eller kontraktet omfattar, leder det i sin tur till att upphandlingen eller kontraktet troligen behöver ändras i motsvarande mån. Man kan tänka sig den situationen att den upphandlande myndigheten vinner överprövningen och får avsluta upphandlingen som tänkt, men vid det laget har kontraktsföremålet redan utförts genom täckningsköp. Det framgår inte av utredningen om en sådan ändring ska vara en förutsättning vid täckningsköp. Trafikverket anser att detta måste förtydligas.

### **15.3.1 Information om beslut vid direktupphandling**

*Trafikverket tillstyrker utredningens förslag avseende beslut vid direktupphandling.*

Trafikverket anser att det är bra att det framgår tydligt av lagtexten att underrättelsen inte utlöser någon avtalsspärr.

### **15.3.2 Dokumentation av direktupphandlingar**

*Trafikverket tillstyrker utredningens förslag avseende dokumentation av direktupphandlingar.*

Trafikverket dokumenterar redan idag alla anskaffningar som verket gör och anser att det är rimligt att en offentlig inköpare gör det.



## 15.3.3 Riktlinjer

*Trafikverket tillstyrker utredningens förslag avseende riktlinjer.*

Trafikverket anser att det är värdefullt att det framgår av lag att riktlinjer ska beslutas på de skäl utredningen för fram, men även på grund av att det höjer upphandlingens strategiska betydelse och vikt i organisationer.

## 15.6 Om myndigheten väljer att inte direktupphandla

*Trafikverket avstyrker den föreslagna bestämmelsen i 19 a kap. 2 §.*

Utredningen föreslår en särskild regel med innebörden att en upphandlande myndighet som inte väljer att direktupphandla, trots att det är tillåtet, ska genomföra upphandlingen med tillämpning av bestämmelserna om annonspliktiga upphandlingar i 19 kap.

Trafikverket ser gränsdragningsproblem med den föreslagna bestämmelsen. Den definition som utredningen har föreslagit för direktupphandling är upphandling utan obligatorisk annonsering. Om myndigheten avser att genomföra upphandlingen som en direktupphandling, men väljer att annonsera den eller lägger upp förfarandet enligt vissa av bestämmelserna i 19 kap; blir då 19 kap. tillämpligt istället för 19 a kap.?<sup>12</sup>

Trafikverket anser att den rättspraxis som finns från Högsta förvaltningsdomstolen utgör en väl avvägd tolkning av frågan,. De principer som ska gälla för direktupphandling enligt 19 a kap. 3 § är tillräckligt och i linje med Högsta förvaltningsdomstolens syn på frågan.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Jfr Högsta förvaltningsdomstolens dom den 19 oktober 2018 i mål nr 3830-17 och bland annat följande uttalande: "Om myndigheten bedömer att t.ex. annonsering och upprättande av upphandlingsdokument m.m. utgör lämpliga verktyg för att uppnå konkurrens i det enskilda ärendet finns det alltså inga hinder mot att direktupphandlingen genomförs på det sättet. Det förhållandet att myndigheten kan välja att låta sig inspireras av de detaljerade och direktivstyrda reglerna medför dock inte att de reglerna blir tillämpliga vid en eventuell domstolsprövning".

<sup>13</sup> A. dom, s. 7 f.

Den föreslagna bestämmelsen i 2 § skulle däremot skapa osäkerhet på nytt i vad som gäller då en direktupphandling genomförs delvis enligt direktivstyrda regler eller 19 kap.

Bestämmelsen bör därför utgå.

## **15.7.1 De särskilda reglerna om principer för beräkning vid direktupphandling utgår**

*Trafikverket tillstyrker i och för sig att 5 kap. LOU ska tillämpas vid beräkningen av en direktupphandlings värde, men anser att det bör förtydligas hur bestämmelserna i kapitlet ska tolkas vid direktupphandling.*

*Trafikverket anser att det inte är nödvändigt att behålla den särskilda principen att direktupphandlingar under ett räkenskapsår ska räknas samman om de är av samma slag. Trafikverket föreslår en alternativ lösning, om 5 kap. visar sig vara mindre lämpligt för direktupphandlingar.*

Trafikverket tillstyrker förslaget att skrota den särskilda principen att direktupphandlingar under ett räkenskapsår ska räknas samman om de är av samma slag (sammalagsprincipen), som är väldigt svårtillämpad. Att istället hänvisa till 5 kap. är dock inte oproblematiskt och mer ledning än som framgår av utredningen bör ges för hur 5 kap. i så fall ska tillämpas på direktupphandlingar.

Utredningen anser att en tillämpning av reglerna i 19 kap. 8 § och 5 kap. borde leda till samma resultat i fråga om vilka anskaffningar som ska räknas samman. Trafikverket är tveksam till den bedömningen.

Att en upphandlings värde ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt de avtal som ingår i upphandlingen och att uppskattningen ska avse värdet vid den tidpunkt då upphandlingen påbörjas (jfr 5 kap. 3 och 5 §§ LOU), är bra och enkla utgångspunkter som också skulle kunna gälla för direktupphandlingar. Bestämmelserna i 5 kap. avser dock endast ”kontrakt” och



# REMISSVAR

Ärendenummer

TRV 2018/99854

Ert ärendenummer

Fi2018/02531/OU

Dokumentdatum

2019-02-01

Sidor



TRAFIKVERKET

17(22)

om dessa bestämmelser ska gälla fullt ut för direktupphandlingar bör det förtydligas vad som ska gälla om en direktupphandling utmynnar i ett formlöst avtal, se 15.1 ovan.

Andra bestämmelser i 5 kap. blir än mer svårtillämpade på direktupphandlingar. När sammanslagsprincipen togs fram hade man bestämmelsen om beräkning av varu- och tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas, som förebild.<sup>14</sup> Enligt 5 kap. 11 § LOU kan värdet beräknas på två olika sätt, vilket man ville undvika när sammanslagsprincipen infördes. Bestämmelsen avser också enbart varu- och tjänstekontrakt. Formlösa avtal och byggtreprenadarbeten faller således utanför bestämmelsen. Byggtreprenader omfattas, tillsammans med varu- och tjänstekontrakt, av 5 kap. 8 § LOU om upphandling av delkontrakt, men enligt Trafikverkets mening blir bestämmelsen inte tillämplig på direktupphandlingar – eller annars – om det inte är fråga om just delkontrakt och en planerad anskaffning. Behovet av direktupphandling uppstår vanligen på grund av att det inte är möjligt att planera anskaffningen på förhand.

Trafikverket kan således inte se att en tillämpning av reglerna i 19 kap. 8 § och 5 kap. borde leda till samma resultat i fråga om vilka anskaffningar som ska räknas samman och det måste därför förtydligas i förarbetena hur upphandlande myndigheter ska använda bestämmelserna.

Trots att utredningens förslag tillstyrks är Trafikverket som framgår tveksam till om det är möjligt att tillämpa 5 kap. för att beräkna värdet på direktupphandlingar. Mot bakgrund av utredningens principiella utgångspunkter och målsättning, bland annat att den absoluta merparten av de upphandlande myndigheterna vill göra rätt och vill söka upp konkurrens för att få till stånd en sund och god affär, bör inte heller reglerna för att beräkna värdet på mindre anskaffningar vara alltför krångliga och begränsande.

<sup>14</sup> Se Prop. 2009/10:180, del 1, s. 293 f.

Sammaslagsprincipen, att direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret ska beaktas vid beräkningen, är däremot mycket svårtillämpad och dessutom mindre flexibel än beräkningsregeln i 5 kap. 11 § LOU, varför det inte bör vara ett alternativ att behålla den, som utredningen föreslår.

Om en särskild regel för beräkning av värdet av en direktupphandling skulle anses behövas är det Trafikverkets uppfattning att den kan förenklas utan att de direktivstyrda bestämmelserna riskerar att överträdas, särskilt som upphandlingar enligt 19 kap. ska beräknas enligt 5 kap. och fångar upp exempelvis delkontrakt i en planerad upphandling respektive varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller ska förnyas. Bestämmelsen om att en upphandling i vissa fall inte får delas upp anges i så fall i bestämmelsen i 19 a kap., vilket förtydligar och förenklar tillämpningen.

Bestämmelsen skulle kunna utformas på följande sätt.

### ***Beräkning av värdet av en direktupphandling***

*Värdet av en direktupphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt de avtal som ingår i upphandlingen.*

*Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.*

*En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i 19 kap.*



## Del 2 Vissa regler om överprövningsmål

### Allmänna synpunkter

*Trafikverket avstyrker förslaget om processkostnadsansvar men tillstyrker att ansökningsavgifter i förvaltningsdomstol införs.*

Trafikverket kan konstatera att flera utredningar på senare tid har lagt fram förslag på hur antalet överprövningar ska minskas och hur effekterna av överprövningarna kan lindras. Flera goda förslag har presenterats som ännu inte lett till lagstiftning. I vissa delar är utredningarna överlappande t ex när det gäller processkostnadsansvar och ansökningsavgifter. Trafikverket vidhåller i huvudsak den uppfattning som verket framförde i sitt remissyttrande över Överprövningsutredningens betänkande (SOU 2015:12) och utvecklar grunderna för uppfattningen nedan kopplat till det som anförts i det nu remitterade betänkandet.

## 21 Processkostnadsansvar i överprövningsmål

### Risk för juridifiering och avstannad utveckling

Trafikverket avstyrker förslaget om införande av ett processkostnadsansvar av flera skäl. Ett skäl är att upphandlingsprocessen riskerar att juridifieras på ett sådant sätt att oproportionerligt mycket fokus läggs på att välja säkra tillvägagångssätt i syfte att minimera risken för överprövning.

Trafikverket genomför ofta komplicerade upphandlingar med inslag av innovation. För att göra så bra affärer som möjligt måste upphandlingsprocessen användas effektivt och upphandlaren måste våga testa gränserna och använda hela verktygslådan. Upphandlingsjuridiken är under ständig utveckling det är angeläget att denna utveckling får fortsätta. I detta sammanhang bör även en mindre anbudsgivare rimligen ha möjlighet att ansöka om överprövning utan att riskera stora processkostnader som kan leda till ekonomiska svårigheter.

Eftersom processkostnadsansvaret kan bli omfattande även för myndigheten befarar Trafikverket att det kan få en hämmande effekt för den enskilde upphandlaren vilket i förlängningen kan leda till inköpsprocessen inte utvecklas vilket i sin tur kan få negativa effekter för möjligheterna att göra goda affärer.

## Risk för förlängda handläggningstider

Ett annat viktigt skäl för verkets inställning är att processkostnadsansvaret riskerar att förlänga handläggningstiderna i domstol. Att handläggningen sker på skyndsammast möjliga sätt är mycket högt prioriterat för Trafikverket. Förseningar leder ofta till omfattande kostnader för samhället, särskilt i den typ av stora infrastrukturupphandlingar som Trafikverket genomför. Långdragna överprövningar får inte sällan konsekvenser för övriga pågående entreprenader i närområdet. Trafikverket ifrågasätter sålunda om den förväntade minskningen av antalet överprövningar kan väga upp den olägenhet det innebär om handläggningstiderna i de kvarvarande målen förlängs.

Enbart den extra skriftväxlingen av kostnadsräkningarna kan fördröja målet med i genomsnitt åtta till tio arbetsdagar.

Frågan om fördelningen av kostnaderna kan dessutom bli komplicerad då det i vissa fall kan vara svårt att bedöma vilken part som förlorar, t ex då upphandlande myndighet väljer att avbryta upphandlingen under pågående process. Till detta kommer även den omständigheten att överprövningsmål inte sällan är flerpartsmål efter att vinnande leverantör bjudits in. Det förekommer även att ytterligare parter bjuds in i processen för bedömning av skadefrågan. Ju fler parter som tillkommer i ett mål desto mer omständigheter och nya yrkanden tillförs målet. Eftersom rättspraxis ännu inte är enhetlig när det gäller processramen i upphandlingsmål kan det få till följd att överväganden om hur extra kostnader ska fördelas mellan parterna kan bli komplicerade. Som exempel på detta kan nämnas att det råder en viss osäkerhet i frågan om hur nya yrkanden från den upphandlande myndigheten/enheten eller en negativt berörd part bör hanteras.

Den förhöjda risken för överklaganden bör också beaktas i sammanhanget. Om det finns en minsta strimma hopp för en förlorande part att få underinstansens dom ändrad och på detta sätt slippa hela kostnadsansvaret kommer denna part att överklaga underinstansens dom. På detta sätt kan införandet av ett processkostnadsansvar snarare bli processdrivande än processavhållande. I allmän domstol kan en förlikning delvis motiveras med att parterna får ett snabbt avgörande och slipper risken att bära hela processkostnadsansvaret. Eftersom förlikning inte är tillåten i förvaltningsdomstol riskerar effekten att bli den motsatta.

## Frågan om processuell obalans

Förenklingsutredningen anför att ett argument för processkostnadsansvar är den ojämnvikt som uppkommit efter Fideliadomen (NJA 2013 s 762) och att det är tveksamt om det är möjligt att lagstifta bort Fideliadomen på det sätt som Överprövningsutredningen föreslog i sitt betänkande som innebar att det skulle införas en regel om att processkostnader i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada i ett mål om skadestånd enligt upphandlingslagarna<sup>15</sup>

Förenklingsutredningen framför nu att det kan ifrågasättas om en sådan reglering eventuellt strider mot art. 6.1 i Europakonventionen och RF:s krav på en rättvis rättegång. Detta enligt en dom från Högsta domstolen som meddelats efter Överprövningsutredningens betänkande (NJA 2015 s. 374)<sup>16</sup>. Enligt Trafikverkets uppfattning bör den sistnämnda frågan analyseras djupare innan Överprövningsutredningens förslag avfärdas. Högsta domstolens avgörande avsåg dessutom ett utmätningsbeslut vilket får anses vara mer ingripande än ett tilldelningsbeslut.

Skulle det vid en sådan fördjupad analys framkomma att det inte går att lagstifta bort effekterna av Fideliadomen bör man, innan processkostnadsansvar övervägs, utreda om part istället kan ersättas för skäligen kostnader enligt den

<sup>15</sup> SOU 2015:12 s. 122 f.

<sup>16</sup> Jfr SOU 2018:44 s. 431.

modell som gäller inom skatteområdet<sup>17</sup>. En sådan reglering innebär att domstolen endast behöver bedöma vad som är skäligen kostnader utifrån sökandens och den negativt berörda partens anspråk. En sådan ordning skulle sålunda innebära mindre administration i flera led. Upphandlande myndigheter slipper arbetet med att specificera sina kostnader och sökande, andra motparter och domstolen slipper bedöma sådana kostnadsanspråk. I de fall ansökan avslås slipper domstolen helt momentet med kostnadsfördelning.

Enligt Trafikverkets uppfattning bör detta leda till att domstolens handläggningstid inte fördröjs i onödan samtidigt som part som framgångsrikt har drivit en överprövningsprocess har rätt till skälig ersättning för kostnader för ombud eller biträde. Upphandlande myndigheter slipper också den ekonomiska administrationen för att verkställa återbetalningar. Kostnaderna bör bäras av det allmänna och inte av upphandlande myndigheter.

## 22 Ansökningsavgifter i överprövningsmål

Trafikverket tillstyrker förslaget om ansökningsavgifter såsom det utformats av utredningen. I de fall överprövningen leder till att tilldelningsbeslutet ändras bör, som en konsekvens av att processkostnadsansvar inte införs, ansökningsavgiften återbetalas. Det bör ligga på domstolen att genomföra återbetalningen.

---

Föredragande har varit verksjuristerna Annica Bengtsson (del 1) och Karin Forslund Johansson (del 2). I den slutliga handläggningen har deltagit chefsjurist Charlotta Lindmark samt inköpsdirektör Daniel Ljunglund.

Lena Erixon  
Generaldirektör

---

<sup>17</sup> Jfr kap. 43 skatteförfarandelagen (2011:244).