

Kristian Pedersen

REMISSVAR

DATUM
2004-10-21
TJÄNSTEANTECKNING

DIARIENR
2004/0170-22

1 (8)

Finansdepartementet
103 33 STOCKHOLM

Remissyttrande över Ds 2004:37 Samordnad upphandling

Sammanfattning

NOU:s grundläggande inställning är att ökade möjligheter till samarbete upphandlande enheter emellan är något som är av godo. Mot bakgrund av att det i Sverige aldrig gjorts någon oberoende analys av de samhälls-ekonomiska konsekvenserna av samordnad upphandling, anser NOU dock att effekterna av den i promemorian föreslagna lagen, bör utvärderas fyra till fem år efter ikraftträdandet.

NOU tillstyrker promemorians förslag att möjligheten för kommuner och landsting att delegera beslutanderätten begränsas till andra upphandlande enheter, eftersom detta skulle vara en ordning som överensstämmer med de nya upphandlingsdirektivens bestämmelser om inköpscentraler.

NOU anser, till skillnad från vad som anförs i promemorian, att det som är avgörande för vilken upphandlande enhet som vid samordnad upphandling är rätt part i mål om överprövning och skadestånd enligt 7 kap. LOU, inte är vilken enhet som fattar tilldelningsbeslutet utan vilken enhet som rättsligt sett tilldelar upphandlingskontrakt.

NOU har även funnit det angeläget att göra vissa påpekanden rörande den lagtekniska utformningen av promemorians förslag, bl.a. att promemorians lagförslag synes innebära en mer begränsad delegationsrätt än vad som, att döma av promemorian i övrigt, avsetts.

NOU anser det vidare angeläget att det uppmärksammas dels vem som skall ansvara för uppföljningen av de upphandlingskontrakt som tilldelas efter delegation i enlighet med den föreslagna lagen, dels hur denna uppföljning skall genomföras.

Kristian Pedersen

2004-10-21

2004/0170-22

1 Inledning

Departementspromemorian framstår för NOU som i huvudsak väl genomarbetad och slutsatserna i allt väsentligt välgrundade. NOU har dock funnit det angeläget att göra vissa påpekanden, särskilt rörande den lagtekniska utformningen av promemorians förslag.

NOU har förståelse för den kommunala och landstingskommunala sektorns önskemål om att kunna ta tillvara de administrativa och ekonomiska fördelar som samordnad upphandling kan innebära. En utveckling mot ökad samordning på upphandlingsområdet synes också ligga i linje med bestämmelserna om s.k. inköpscentraler i de nya upphandlingsdirektiven.¹

2 Konsekvenser av samordnad upphandling

NOU anser, som nämnts ovan, att samordnad upphandling kan innebära fördelar av såväl administrativ som ekonomisk karaktär. NOU:s grundläggande inställning är därför att ökade möjligheter till samarbete upphandlande enheter emellan är något som är av godo. En alltför långtgående samordning riskerar dock att leda till det motsatta resultatet. Som exempel på detta nämns i promemorian (avsnitt 4.1.2) att "... endast större företag kan klara de sammanslagna volymerna vilket kan medföra marknadskoncentration med svag konkurrens och oförmånliga inköpsvillkor som följd. Vidare kan skalfördelar vara svåra att åstadkomma vid samordnad upphandling av tjänster som normalt produceras lokalt. Öpreciserade inköpsvolymerna kan också leda till att anbudspriserna pressas upp."

Bestämmelserna i upphandlingsdirektiven och LOU ger upphandlande enheter mycket små möjligheter att vid valet av leverantör ta hänsyn till den framtida konkurrenssituationen på den aktuella varu- eller tjänstemarknaden. NOU anser därför att sådana överväganden istället bör utgöra en naturlig del av de upphandlande enheternas utarbetande av upphandlingsstrategi, främst fastställande av eventuella behov av samordning, samt vid utformningen av de avtal som skall upphandlas. Det bör i detta sammanhang även uppmärksammas att artikel 32 i det nya upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn innehåller ett förbud mot att använda ramavtal på otillbörligt sätt eller så att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

¹ Direktiv 2004/17/EG och Direktiv 2004/18/EG.

Kristian Pedersen

2004-10-21

2004/0170-22

I promemorian nämns som exempel bl.a. att nackdelar för konkurrensen kan motverkas "... genom att den upphandlande enheten erbjuder anbudsgivarna anläggningar av infrastrukturkaraktär, t.ex. maskiner eller annan apparatur. Konkurrensen främjas sannolikt även genom att avtalstidernas längd begränsas till i normalfallet fyra år vilket anges i de nya upphandlingsdirektiven (se avsnitt 3.2.3). Vidare kan antalet anbudsgivare ökas och mindre företags deltagande underlättas om förfrågningsunderlaget ger utrymme för att lämna anbud på delar av upphandlingen. Ett annat sätt kan vara att sprida upphandlingstillfällena över året. Om företag ges möjlighet att avsluta ett uppdrag innan ett nytt aktualiseras kan konkurrensen öka."

NOU anser att det i och för sig tungt vägande behovet av att kunna genomföra samordnad upphandling inte kan överordnas upphandlingsdirektivens grundläggande syfte, d.v.s. att åstadkomma en väl fungerande inre marknad med effektiv konkurrens. De upphandlande enheterna bör vid all upphandling agera på ett sådant sätt att konkurrensen inte förhindras, begränsas eller snedvrids. Det är viktigt att de upphandlande enheterna inte, på bekostnad av intresset av en väl fungerande marknad, fokuserar för mycket på de administrativa fördelarna med samordnad upphandling.

Samordnad upphandling kan ske i många olika former. NOU anser att det är svårt att på förhand bedöma vilka konsekvenser promemorians lagförslag kommer att få. Mot denna bakgrund och då det i Sverige aldrig gjorts någon oberoende analys av konsekvenserna av samordnad upphandling, anser NOU att en myndighet med erforderlig kompetens, vilken själv inte har några mer betydande ekonomiska intressen i frågan, bör ges det angelägna men sannolikt resurs- och kostnadskrävande uppdraget att efter fyra till fem år från ikraftträdandet utvärdera effekterna av den i promemorian föreslagna lagen.

3 Möjligheterna till delegation

NOU vill, liksom i tidigare yttranden², påpeka att det nuvarande rättsläget inte medger att en upphandlande enhet, på det sätt som framgår av promemorians lagförslag, genom avtal ger uppdraget att genomföra upphandling till en annan juridisk person utan föregående upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU³. Till dess att de nya

² Se t.ex. NOU:s remissyttrande över SOU 2003:67, Kollektivtrafik med människan i centrum, NOU:s dnr 2003/0282-22. Yttrandet finns att läsa på NOU:s webbplats www.nou.se.

³ Se EG-domstolens domar i följande mål; C-107/98 Teckal, REG 1999, sid I-8121, p. 50, C-94/99 ARGE, REG 2000, sid. I-11037, p. 40, C-349/97 Konungariket Spanien mot EG-

Kristian Pedersen

2004-10-21

2004/0170-22

upphandlingsdirektivens bestämmelser om inköpscentraler införlivats i svensk rätt gäller detta oberoende av om den, till vilken uppdraget ges, är en upphandlande enhet eller ej.

I promemorian anføres (avsnitt 4.2) bl.a. följande. ”Enligt de nya EG-direktivens bestämmelser är det endast en upphandlande enhet som kan utgöra en inköpscentral (se avsnitt 3.2.2). Möjligheten för kommuner och landsting att delegera beslutanderätten bör därför begränsas till sådana enheter. I begreppen kommuner och landsting innefattas även kommunalförbund. De kommunala företagen är däremot privaträttsliga juridiska personer och hör inte till den egentliga kommunala organisationen. Om de vill delta i samordnade upphandlingar kan de använda sig av bestämmelserna om fullmakt i avtalslagen (1915:218). Det föreligger således inget behov av att innefatta dessa företag i den föreslagna delegationslagen. Ett kommunalt företag kan däremot utgöra en samordnande enheten, dvs. under förutsättning att företaget är en upphandlande enhet.”

NOU tillstyrker promemorians förslag att möjligheten för kommuner och landsting att delegera beslutanderätten begränsas till andra upphandlande enheter, vilket för övrigt skulle vara en ordning som överensstämmer med de nya direktivens bestämmelser om inköpscentraler. Syftet med den valda utformningen av bestämmelserna om inköpscentraler synes ha varit att endast sådana organisationer som har eget ansvar att följa direktivens bestämmelser, och därför även omfattas av rättsmedelsdirektivens bestämmelser, utan föregående upphandling skall kunna upphandla för annans räkning, d.v.s. agera inköpscentral. För andra organisationer än upphandlande enheter synes de nya upphandlingsdirektiven inte medföra ett förändrat rättsläge.

4 Skadeståndsrättsliga konsekvenser av samordnad upphandling

I promemorian anføres (avsnitt 4.2) följande angående beträffande de skadeståndsrättsliga konsekvenserna av samordnad upphandling. ”Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i LOU ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör. Om kommuner och landsting ges den föreslagna möjligheten att delegera tilldelningsbeslut och avslutandet av en upphandling kommer den

Kristian Pedersen

2004-10-21

2004/0170-22

beslutande enheten att bli svarande i eventuella mål om överprövning och skadestånd enligt bestämmelserna i 7 kap. LOU.”

NOU har dock i denna del en annan uppfattning om det rådande rättsläget än den som uttrycks i promemorian. NOU har i ett yttrande till Göteborgs tingsrätt⁴ uttalat att det avgörande, för vilken upphandlande enhet som vid samordnad upphandling är rätt part i mål om överprövning och skadestånd enligt 7 kap. LOU, inte är vilken enhet som fattar tilldelningsbeslutet utan vilken enhet som rättsligt sett tilldelar upphandlingskontrakt, d.v.s. i och med upphandlingskontraktet erhåller rättigheter och påtar sig skyldigheter direkt gentemot de kontrakterade leverantörerna. Däremot torde skadeståndsskyldighet endast kunna åläggas en upphandlande enhet som varit vållande till den uppkomna skadan.

Av promemorian framgår vidare att det av 2 kap 1 § kommunallagen ”... följer att en kommun eller ett landsting inte får försätta sig i en sådan situation att en kommun eller ett landsting tvingas svara för ett skadestånd som kan drabba en annan kommun eller ett annat landsting. Vid en samordnad upphandling är det därför viktigt att parternas inbördes mellanhavanden, bl.a. ansvarsfördelningen, regleras i avtal mellan den upphandlande enheten och den kommun eller det landsting som deltar i upphandlingen.”

NOU vill med anledning av det anförda göra följande förtydligande. Som ovan nämnts anser NOU att rätt part i mål om skadestånd enligt 7 kap. LOU är den eller de upphandlande enheter som rättsligt sett tilldelar upphandlingskontrakt. Bestämmelserna i 7 kap. 6 § LOU kan enligt NOU:s mening inte anses lämna något utrymme för de i en samordnad upphandling deltagande enheterna att genom avtal reglera vilken av dem som skall vara rätt part i mål om skadestånd. Dessutom torde det enligt NOU:s mening vara kommunalrättsligt oklart om en upphandlande enhet som formellt sett inte är skadeståndsskyldig åtar sig att, med ett belopp som motsvarar enhetens andel av upphandlingen, ersätta den samordnande upphandlande enheten för eventuella skadestånd som denna tvingas utge till följd av åsidosättande av bestämmelserna i LOU.

⁴ Dnr 2004/0120-29. Yttrandet finns att läsa på NOU:s webbplats www.nou.se.

5 Den lagtekniska utformningen

Beträffande den lagtekniska utformningen av promemorians förslag till delegationslag vill NOU anföra följande.

Enligt förslaget skall en kommun eller ett landsting få träffa avtal med en annan upphandlande enhet om att på kommunens eller landstingets vägnar i en upphandling vidta följande åtgärder:

1. besluta om leverantör och anbud enligt 1 kap. 28 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling,
2. underteckna upphandlingskontraktet, eller
3. på annat sätt avsluta upphandlingen.

Av förarbetena till 7 kap. 1 § LOU framgår, beträffande frågan om när en upphandling skall anses avslutad, att "[b]estämmelsen innebär att två krav skall vara uppfyllda för att upphandlingen skall vara avslutad i den meningen att överprövning inte längre får ske. Ett upphandlingskontrakt skall föreligga och en tiodagarsfrist skall ha löpt ut".⁵ Varken beslut om leverantör och anbud eller undertecknande av upphandlingskontrakt behöver därför nödvändigtvis innebära att upphandlingen är avslutad.⁶ NOU anser därför att uttryckssättet "på annat sätt avsluta upphandlingen" i 3 p. i den föreslagna bestämmelsen är missvisande eftersom det förefaller utgå från att beslut om leverantör och anbud, respektive undertecknande av upphandlingskontrakt, i sig innebär ett avslutande av upphandlingen.

NOU ifrågasätter vidare behovet av att särskilt, i egen punkt, reglera möjligheten att delegera uppgiften att "på annat sätt avsluta upphandlingen", d.v.s. att avbryta en påbörjad upphandling. Detta eftersom uttryckssättet "beslut om leverantör och anbud" enligt NOU:s mening även inrymmer beslut om att inte anta någon leverantör, eller med andra ord beslut om att avbryta upphandlingen och därmed inte tilldela något upphandlingskontrakt. Om det ändå befinnas angeläget att särskilt reglera delegation av avbrytande av upphandling anser NOU att bestämmelsen, i syfte att åstadkomma en mer ändamålsenlig och enhetlig terminologi, bör utformas med 1 kap. 29 § LOU som förebild. I nämnda bestämmelse används uttryckssättet "beslutat att inte avsluta en annonserad upphandling eller att göra om upphandlingen".

NOU vill även uppmärksamma Finansdepartementet på att promemorians lagförslag synes innebära en mer begränsad delegationsrätt än vad som

⁵ Prop. 2001/02:142, sid. 100 f.

⁶ Undantag från detta gäller vid direktupphandling då möjligheterna till överprövning bortfaller i och med undertecknande av upphandlingskontrakt.

Kristian Pedersen

2004-10-21

2004/0170-22

avsetts. Avsikten förefaller, såvitt NOU kunnat utläsa av vad som i övrigt anförs i promemorian, inte ha varit att delegation skall vara möjlig endast för beslut om leverantör och anbud, undertecknande av upphandlingskontrakt och avbrytande av upphandlingen, utan även för övriga beslut i samband med upphandling. Vid upphandling fattas en mängd beslut utöver de ovan uppräknade, t.ex. beslut om vilken upphandlingsform som skall tillämpas, om uteslutande respektive kvalificering av leverantörer, om att uppta förhandlingar och om att inhämta kompletteringar. NOU anser det vara kommunalrättsligt oklart om det för samtliga dessa beslut krävs uttryckligt lagstöd för att beslutet skall kunna överlämnas åt någon annan. NOU anser mot denna bakgrund att både behovet och omfattningen av den möjlighet till delegation som föreslås i promemorian bör klargöras.

I promemorian nämns inget om ansvaret för uppföljningen av de upphandlingskontrakt som tilldelas efter delegation i enlighet med den föreslagna lagen. En sådan uppföljning är enligt NOU:s mening nödvändig för att de delegerande kommunerna och landstingen skall kunna ta ställning till hur den upphandlande enhet, som genomfört upphandlingen, utfört sitt uppdrag, och om den inför kommande upphandlingar bör ges förnyat förtroende, om en annan upphandlande enhet bör anlitas, eller om kommunen eller landstinget istället själv bör genomföra upphandling.

Det är vidare viktigt att det sker en uppföljning av att de krav som ställs i upphandlingen, och de klausuler som skrivs in i upphandlingskontraktet, verkligen efterlevs. NOU vill i sammanhanget påtala att EG-domstolen i ett förhandsavgörande⁷ har konstaterat att ett utvärderingskriterium, som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnats i anbuden är korrekt, strider mot principen om likabehandling i gemenskapsrätten. Domstolen har vidare fastslagit att principen om likabehandling, som utgör grunden för direktiven, innebär att kriterierna skall tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare vid prövning av anbuden samt att principen utgör en skyldighet att lämna insyn, så att det kan kontrolleras om principen iakttas. En objektiv och enhetlig bedömning förutsätter, att den upphandlande enheten har en verklig möjlighet att på grundval av den information och de bevis som inges av anbudsgivarna, kontrollera om anbuden uppfyller kriterierna.

NOU anser det därför angeläget att det uppmärksammas vem som skall ansvara för uppföljningen av de upphandlingskontrakt som tilldelas efter delegation i enlighet med den föreslagna lagen, samt hur denna uppföljning skall genomföras.

⁷ Mål C-448-01 mellan EVN AG, Wienstrom GmbH och Republic Österreich, punkt 72.

Kristian Pedersen

2004-10-21

2004/0170-22

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 21 oktober 2004 i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, sektionschefen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke och verkställande direktören Merit Israelsson.

Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Kristian Pedersen. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt de direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen