

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling
103 33 Stockholm

Vissa förslag till ändringar i lagen om offentlig upphandling med anledning av Valfärdsutredningens förslag

Fi2017/03767/OU

Sammanfattning

Förenklingar av lagstiftningen är något som ständigt efterlyses av såväl upphandlande myndigheter som leverantörer. Ett mer lätthanterligt regelverk är den enskilt mest efterfrågade reformen bland de som berörs av upphandlingslagarna.¹ Konkurrensverket har också sedan tidigare ansett att det utrymme som de nya direktiven ger för ökad flexibilitet eller ökad tydlighet som huvudregel bör utnyttjas om de innebär ökad handlingsfrihet för de upphandlande myndigheterna och inte medför avsevärda nackdelar eller risker, t.ex. minskad konkurrens.² Konkurrensverket har inga invändningar mot att det utrymme direktivet ger till förenklingar av regelverket för upphandling av välfärdstjänster används. Däremot har verket synpunkter på när och hur det görs och avstyrker därför det nu remitterade förslaget.

Konkurrensverket välkomnar i och för sig att promemorians förslag, som till skillnad från Valfärdsutredningens, innebär att även upphandlingar av välfärdstjänster under tröskelvärdet som huvudregel ska offentliggöras genom en annons i en allmänt tillgänglig elektronisk databas. Men eftersom promemorian använt nuvarande 19 kap. som modell för de föreslagna reglerna och upphandling av välfärdstjänster delvis är ett specialfall av icke direktivstyrda upphandlingar är en mer logisk ordningsföljd att först bestämma vilka regler som ska gälla generellt för icke direktivstyrda upphandlingar och först därefter vilka regler som ska gälla för upphandlingar av välfärdstjänster.

¹ Konkurrensverkets yttrande dnr 579/2015, *Delbetänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal* (SOU 2015:78), Fi2015/4196, s. 15.

² Konkurrensverkets yttrande dnr 510/2014, *Nya regler för upphandling* (SOU 2914:51 samt Ds 2014:24), S2014/5303/RU

Utöver dessa övergripande skäl för att avvakta med genomförandet av detta förslag anser Konkurrensverket att själva författningsförslaget har sådana brister att det behöver övervägas ytterligare.

Lagstiftningsteknik

Som Konkurrensverket framfört tidigare är det önskvärt med en enklare och om möjligt mindre omfattande upphandlingslagstiftning med större flexibilitet och färre korshänvisningar i lagstiftningen.³

Med de utgångspunkterna kan Konkurrensverket konstatera att införandet av ett nytt kapitel 19a som har samma konstruktion och korshänvisningar som kapitel 19 inte är ett steg mot ett enklare och mindre omfattande regelverk. Särskilt när det samtidigt pågår en utredning för att se över möjligheterna att förenkla reglerna för icke direktivstyrda upphandlingar.⁴ Utredningens förslag kan medföra större eller mindre ändringar även i kapitel 19a. Ett resultat skulle även kunna bli att ett särskilt kapitel för upphandling av välfärdstjänster inte är behövligt utan kan samordnas med de generella reglerna för icke direktivstyrda upphandlingar.

Att på kort tid genomföra många förändringar i upphandlingsreglerna som rör samma upphandlingar bidrar inte till ett regelverk som är lätt att förstå och använda samt stabilt och förutsägbart. I stället komplicerar det tillämpningen bland annat genom många olika övergångsbestämmelser.

För de upphandlande myndigheter som har ett strategiskt arbetssätt kan det bli svårare att förutse vilka upphandlingsregler som kommer gälla när det är dags att annonsera. Återkommande förändringar medför dessutom konsekvenser och kostnader för till exempel upphandlande myndigheter, leverantörer och annonsdatabaser som inte tas upp i konsekvensbeskrivningarna. Till exempel behöver upphandlande myndigheter vid varje förändring se över rutiner och riktlinjer, interna upphandlingssystem samt se över vilka som behöver information eller utbildning i de nya upphandlingsreglerna. Så vitt gäller annonsdatabaserna behöver formulären för annonsering ses över avseende t.ex. vilket förfarande som kan användas och vilka uppgifter som bör vara obligatoriska i formuläret respektive vilka övriga uppgifter det bör finnas utrymme att ta med.

Enligt Konkurrensverkets mening talar övervägande skäl för att eventuella förändringar avseende regler för upphandling av välfärdstjänster samordnas med

³ Konkurrensverkets yttrande dnr 710/2016, *Välfärdsutredningens betänkande Ordning och reda i välfärden* (SOU 2016:78), Fi2016/04014/K, s. 8.

⁴ Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler (Fi 2017:05).

de förslag som Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler⁵ kommer att lämna.

De grundläggande principerna

De grundläggande principerna om att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt där kraven är proportionerliga mot vad som ska anskaffas samt att alla leverantörer behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt är nödvändigt om man vill ha en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna. Konkurrensverket anser därför att det inte framkommit tillräckliga skäl att frånga de grundläggande principerna vid upphandlingar under EU:s tröskelvärde även om dessa saknar ett gränsöverskridande intresse.

Som författningsförslaget är formulerat i promemorian finns i stort sett obegränsade möjligheter att vid upphandlingar under tröskelvärdet, som saknar gränsöverskridande intresse, utforma annonsen och förfrågningsunderlaget så att någon konkurrens inte uppstår. Annonseringsplikten blir i en formaliaregel och överprövning som rättsmedel blir i praktiken oanvändbart. Därmed uppnås inte heller de positiva effekterna av konkurrensutsättningen, som t.ex. att motverka korruption.

Enligt promemorian finns fyra regler för upphandlingar under tröskelvärdet som inte har ett gränsöverskridande intresse:

1. Skyldighet att annonsera i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig (24 §)
2. Förbud mot att dela upp för att kringgå bestämmelser i lagen (25 §)
3. Skyldighet att informera alla anbudsgivare efter beslut (26 §)
4. Skyldighet att dokumentera (27 §)

Därutöver finns en möjlighet att överpröva genom att 20 kap. görs tillämpligt även för dessa upphandlingar. Skälet som anges är att det är viktigt att värna rättssäkerheten.

Om den upphandlande myndigheten inte annonserar i en elektronisk databas eller uppenbarligen delat upp upphandlingen i syfte att underskrida tröskelvärdet så kan en anbudsgivare överklaga. Lika så om kontraktet inte stämmer med vad som angavs i annonsen, eftersom avtalet avser något annat än det som annonserades.

Men om en upphandlande myndighet annonserar men vinklar eller på annat sätt utformar förfrågningsunderlaget eller förfarandet så att det blir omöjligt för någon annan än en på förhand utvald leverantör att vinna upphandlingen eller

⁵ Fi 2017:05, direktiv 2017:69 *Flexibla och enklare regler för upphandling under EU:s tröskelvärden samt vissa överprövningsfrågor.*

skriver annonsen så att det ger utrymme för skönsmässighet vid tilldelningen finns sannolikt inga rättsmedel. Några exempel är följande situationer:

- Förfrågningsunderlaget är uppenbart vinklat för att favorisera en leverantör, (bara företag med säte i x-stad kan delta i upphandlingen).
- Förfrågningsunderlaget är skrivet på ett sådant sätt att det lämnar utrymme att välja vilken leverantör som helst.
- Myndigheten ger en anbudsgivare möjlighet att komplettera sitt anbud på ett sätt som andra inte får.
- Förfrågningsunderlaget innehåller osakliga krav som inte har något med föremålet för upphandlingen att göra.

Att inte hänvisa till de grundläggande principerna för upphandlingar under tröskelvärdet som saknar gränsöverskridande intresse blir dessutom inkonsekvent eftersom 19a kap. 1 § anger att hela 20 kap. LOU ska tillämpas på dessa upphandlingar. 20 kap. 6 § LOU är central för överprövningar och säger uttryckligen att domstolen ska pröva om den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.⁶

Det torde innebära att även om 19a kap. 2 § 3 st. inte uttryckligen anger att 4 kap. 1 § ska tillämpas vid upphandlingen ska domstolen fortfarande pröva om den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna.

Ytterligare oklarheter i promemorian

Enligt författningsförslagets 19a kap. 24 § ska tjänster enligt bilaga 2 A annonseras. Eftersom tjänster enligt bilaga 2 B är en delmängd av bilaga 2 A innebär det därmed att även reserverade kontrakt för vissa tjänster enligt bilaga 2 B ska annonseras. I annonsen behöver då framgå att den annonserade upphandlingen avser ett reserverat kontrakt och de särskilda förutsättningarna för att kunna delta i konkurrensutsättningen av dessa kontrakt.

Konkurrensverket konstaterar att det finns en risk att författningsförslaget felaktigt tolkas som att upphandlingar av tjänster enligt bilaga 2B inte behöver annonseras alls. Därför behöver det klargöras att även reserverade kontrakt för vissa tjänster enligt bilaga 2 B ska annonseras.

Det tycks vidare finnas viss överlappning av CPV-koder i bilaga 2 och bilaga 2 A. Då uppstår frågan, hur en myndighet ska tolka lagstiftningen när en CPV-kod

⁶ 20 kap. 6 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

finns med i båda bilagorna? Innebär det att det i dessa situationer är valfritt att använda kapitel 19 eller 19a?

Avslutningsvis konstaterar Konkurrensverket att promemorian hänvisar till 1 kap. 9 § regeringsformen som en garant för att tilldelningen sker på ett rätts-säkert sätt när de grundläggande principerna för upphandlingar inte ska vara tillämpliga.⁷ Enligt propositionen till regeringsformen avser 1 kap. 9 § myndighetsutövning.⁸ Men varken lagrådet eller JO har ansett att beslut i upphandlings-ärenden utgör myndighetsutövning.⁹ Därmed är 1 kap. 9 § regeringsformen otillräckligt för att garantera saklighet och opartiskhet vid beslut i upphandlingar av välfärdstjänster och desto viktigare att de grundläggande principerna finns som garant för rättssäkerheten.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit rådet Karin Morild.

Rikard Jermsten

Karin Morild

⁷ Promemorian sid 12.

⁸ Prop. 2009/10:80 sida 247. "Domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter ska i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet. Paragrafen innehåller den grundläggande bestämmelsen om normmässighets- och objektivitetskravet vid myndighetsutövning.

I paragrafen har uttrycket "fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen" ersatts med "fullgör offentliga förvaltningsuppgifter". Genom ändringen klargörs att normmässighets- och objektivitetskravet även gäller privaträttsliga subjekt när de fullgör förvaltningsuppgifter som har överlämnats till dem. Övriga ändringar är endast språkliga."

⁹ JO, dnr 3026-2009 s. 3 och JO 2007/08 s. 529f.