



PM 2009:RI (Dnr 001-1516/2009)

Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30) **Remiss från Finansdepartementet**

Borgarrådsberedningen föreslår att kommunstyrelsen beslutar följande
Som svar på remissen ”Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30)” hänvisas till denna promemoria.

Föredragande borgarrådet Sten Nordin anför följande.

Ärendet

Finansdepartementet föreslår i en departementspromemoria nya bestämmelser i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). De nya förslagen föranleds till största delen av förändringar i EG-direktiven avseende rättsmedel för prövning av offentlig upphandling (2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling, det så kallade ändringsdirektivet). Det övergripande syftet med ändringsdirektivet är att komma till rätta med två väsentliga problem. Det första problemet är att en upphandlande myndighet eller enhet skyndar sig att teckna ett upphandlingskontrakt för att på så sätt stänga möjligheten till överprövning. Det andra problemet som adresseras är att det saknas effektiva rättsmedel mot otillåtna direktupphandlingar.

I promemorian föreslås också vissa åtgärder av förenklingskaraktär samt införandet av bestämmelser som föreslagits av Upphandlingsutredningen (SOU 2006:28) och som inte tidigare lett till lagstiftning.

Beredning

Ärendet har remitterats till stadsledningskontoret.

Mina synpunkter

Stockholms stad är en stad med lång erfarenhet av upphandling av varor och tjänster. Stadens medarbetare är duktiga på att upphandla verksamheter och tjänster, men det finns alltid utrymme för ytterligare förbättringar. Därutöver finns det områden som stadens medarbetare inte har inflytande över, så som lagstiftning och reglering på nationell och europeisk nivå.

Att departementspromemorian föreslår åtgärder och revideringar för att underlätta bruket av elektronisk kommunikation vid upphandling är välkommet, inte minst för Stockholms stad, som har höga ambitioner inom IT-området och vad staden kan

åstadkomma i form av till exempel kortare beslutsprocesser, handläggningstider och upphandlingsförfaranden.

Min uppfattning är att den departementspromemoria som detta ärende behandlar, ”Ds 2009:30 Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet” adresserar ett antal problem. Promemorian inriktar sig också på regelförenklande åtgärder som ett led för att göra upphandlingsförfaranden för myndigheter och kommuner m.m enklare, en målsättning som jag välkomnar, dock delar jag stadsledningskontorets uppfattning att de föreslagna förenklingar som föreslås inte alls uppväger det ökade rent administrativa arbetet som staden påförs med anledning av förslagen.

Jag föreslår att borgarrådsberedningen föreslår att kommunstyrelsen beslutar följande

Som svar på remissen ”Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30)” hänvisas till denna promemoria.

Stockholm den 23 september 2009

STEN NORDIN

Bilaga

Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, sammanfattning

Borgarrådsberedningen tillstyrker föredragande borgarrådets förslag.

Reservation anfördes av borgarråden *Roger Mogert* (s) och *Ann-Margarethe Livh* (v) enligt följande.

Vi föreslår borgarrådsberedningen föreslå kommunstyrelsen besluta att

1. Borgarrådsberedningen föreslår kommunstyrelsen att delvis instämma i föredragande borgarrådets förslag.
2. Därutöver vill vi framföra följande.

Offentlig upphandling kan rätt använd fungera som hävstång för en hållbar utveckling. Där- emot ser vi en helt motsatt utveckling idag i Stockholms stad, vars exempellösa konkurrens- utsättning och utförsäljning gör att kommunens mål blir svårare att uppfylla.

Självklart är det bra med regelförenklingar men det får inte gå ut över rättssäkerheten. Den viktigaste regeländringen vore att ta bort hinder mot sociala krav i upphandlingarna, till exempel möjligheten att kräva etiskt producerade varor och rätten att kräva kollektivavtal.

Att de nya rättsmedel som föreslås i remissen befaras omintetgöra stadens ambition att öka valfriheten för medborgarna och förbättra relationerna med stadens leverantörer är talande. Den moderatledda majoriteten har konkurrensutsatt och sänkt skatterna utan att tänka på att upphandling kräver avsevärda administrativa resurser, till exempel för uppföljning.

Det antecknades till förteckningen att miljöpartiet lämnar ärendet utan eget ställ- ningstagande.

ÄRENDET

Finansdepartementet föreslår i en departementspromemoria nya bestämmelser i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). De nya förslagen föranleds till största delen av förändringar i EG-direktiven avseende rättsmedel för prövning av offentlig upphandling.

I korthet föreslår departementet följande förändringar:

- En avtalsspärr införs vilket innebär att avtal inte får slutas förrän ett visst antal dagar förlöpt sedan tilldelningsbeslut meddelats i upphandlingen.
- Domstol ska kunna förklara ett upphandlingsavtal ogiltigt i vissa fall. Ogiltighetsförklaring kan underlåtas om tvingande hänsyn till ett allmän-intresse kräver att avtalets giltighet upprätthålls.
- En möjlighet till förhandsannonsering för att undvika ogiltighet och andra påföljder införs.
- En marknadsskadeavgift kan tas ut från den upphandlande enheten/myndigheten om vissa fel i upphandlingen begåtts.
- Om en upphandlande myndighet eller enhet har begått fel i en upphandling ska domstolen inte längre besluta att upphandlingen ska rättas eller göras om utan endast upphäva myndighetens beslut.
- En preklusionsfrist för att överpröva vissa beslut i upphandlingen införs inte.
- Den upphandlande myndigheten eller enheten ska själv begära in uppgifter från skatteverket mm angående leverantörers seriositet och sådana kontroller kan ske i anslutning till att kontrakt tecknas.
- Skriftlighetsbegreppet i lagen förtydligas till att omfatta även läsbar elektronisk information.
- Möjlighet att använda inköpscentraler införs.
- Lagens skadeståndsregler förtydligas.

Alla ovanstående förändringar föreslås gälla såväl för direktivstyrda upphandlingar som för upphandlingar under tröskelvärdet. Utöver dessa förändringar föreslår departementet att lagstadgade direktupphandlingsgränser införs.

BEREDNING

Ärendet har remitterats till stadsledningskontoret.

Stadsledningskontoret

Stadsledningskontorets tjänsteutlåtande daterat den 12 augusti 2009 har i huvudsak följande lydelse.

Förändringar direkt förorsakade av förändringar i EG-direktivet

De förändringar som finansdepartementet föreslår är i många delar tvingande för Sverige att införa. Stadsledningskontoret har inget att erinra i denna del.

Frivilliga förändringar med anledning av förändringar i EG-direktivet

Stadsledningskontoret har inget att erinra mot att en avtalsspärr införs under tröskelvärdet. Avtalsspärren får i allt väsentligt sägas motsvara den 10-dagarsfrist som finns i dagens lagstiftning och därmed inte medföra någon förändring för de upphandlande myndigheterna och enheterna.

Stadsledningskontoret ställer sig mycket tveksamt till att lagstifta om ogiltigförklaring av avtal för icke direktivstyrda upphandlingar. Kontorets uppfattning är att den föreslagna regleringen kommer att leda till en, vid direktupphandlingar och förnyade konkurrensutsättningar, slentrianmässig användning av institutet ”förhandsinsyn”. Det är svårt att se på vilket sätt denna ”förhandsinsyn” skiljer sig från ”avtalsspärren”. Resultatet för den upphandlande myndigheten är detsamma, den måste avvakta tio dagar med att sluta avtal för att möjliggöra överprövning.

Den risk som trots allt finns att avtal kan ogiltigförklaras av domstol riskerar att öka affärsrisken för de parter som sluter avtal med upphandlande myndigheter och enheter. Även om de ska kunna bli kompenserade för förluster i samband med en ogiltigförklaring kan företeelsen i sig verka avskräckande på intresset att sluta avtal med det offentliga.

Möjligheten till ogiltigförklaring av kontrakt efter icke direktivstyrda upphandlingar kan också slå hårt mot avtal inom vård och omsorg. Dessa är icke direktivstyrda och kännetecknas av en relativt hög andel direktupphandlingar och tilldelningar från ramavtal då den enskilda ofta har en stor påverkan på den tjänst som ska utföras och vem som ska utföra den. Möjligheten att ogiltigförklara dylika avtal riskerar att påverka omsorgskvaliteten för den drabbade och påverka stadens möjlighet att erbjuda lagstadgad vård och omsorg. Det kan handla om ett omhändertaget barn som efter en kort tid på ett visst boende måste flytta och placeras hos en annan utförare. En situation kan också uppstå där staden, med målsättningen att öka valfriheten för de äldre, har upphandlat driften av ett äldreboende och där domstol efter att en entreprenör har tagit över verksamheten beslutar att avtalet ska vara ogiltigt.

Om denna reglering trots allt genomförs får det antas att liknande situationer kan hanteras via möjligheten att underlåta ogiltigförklaring om det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bestämmelsens karaktär av undantagsregel, och promemorians skrivning om ”exceptionella omständigheter” talar dock mot denna tolkning. Stadsledningskontoret förutsätter att det ytterligare förtydligas hur situationer av denna karaktär ska hanteras.

Stadsledningskontoret ställer sig positivt till departementets förslag om att en överprövning av ett beslut i en upphandling ska leda till att beslutet upphävs, men att domstolen inte därutöver ska avgöra vilka åtgärder den upphandlande myndigheten/enheten ska vidta.

Stadsledningskontoret avstyrker förslaget att inte införa en preklusionsfrist i den svenska lagen. De argument som framförts av den tidigare Upphandlingsutredningen, och som refereras i promemorian, utgår till stor del från att en preklusionsfrist inte skulle vara i enlighet med upphandlings- och rättsmedelsdirektiven. Denna farhåga får anses undanröjd nu när möjlighet till preklusionsfrist stadgas i direktivet. De negativa konsekvenser som en preklusionsfrist antas kunna få för leverantörerna måste enligt kontorets mening vägas mot den upphandlande myndighetens/enhetens intresse att få en effektiv inköpsprocess. Kontoret anser att risken för att processen drar ut på tiden är större när alla typer av överprövningar kommer när tilldelningsbeslut har fattats. Det är inte orimligt att anta att leverantörens önskan att överpröva upphandlingen minskar drastiskt om leverantören i fråga vunnit, medan en leverantör som inte vunnit har allt att vinna på att hitta ett fel i upphandlingen. Då allt fler leverantörer vänder sig till kvalificerade juridiska ombud för att få hjälp med överprövningar nagelfars förfrågningsunderlagen allt mer i jakt på något som kan föranleda att upphandlingen ska göras om. Om leverantören faktiskt anser att förfrågningsunderlaget är i strid med lagstiftningen är det ett rimligt krav att detta framförs så snart som möjligt, d.v.s. när förfrågningsunderlaget blir offentligt. Slutligen vill stadsledningskontoret i denna del framföra de icke klagande leverantörernas intressen. Även dessa torde föredra att upphandlingen inte överprövas i samband med tilldelningsbeslutet om frågan kan avgöras tidigare. Om felaktigheter i förfråg-

ningsunderlaget upptäcks tidigare besparar de sig arbetet att skriva anbud i en upphandling som sedan inte får avslutas.

Stadsledningskontoret tillstyrker förslagen om tidsfrister för överprövning av upphandlingar och avtal.

Stadsledningskontoret delar departementets uppfattning att en sanktionsavgift är att föredra framför ett förkortande av avtalstiden i de fall ett avtal ska bestå trots att felaktigheter har begåtts. Kontoret avstyrker dock att marknadsskadeavgift införs vid otillåtna direktupphandlingar. I promemorian tas som exempel på otillåten direktupphandling det fall då den upphandlande myndigheten/enheten fortsätter köpa från ett avtal som har löpt ut och som inte har ytterligare förlängningsmöjligheter. Det kan konstateras att ju mer reglerad upphandlingsprocessen blir desto fler möjligheter finns att begå fel och hamna i domstol. Detta innebär också att rådigheten över upphandlingsprocessen är starkt begränsad. Även med de bästa ambitioner att göra rätt är det svårt för den upphandlande myndigheten/enheten att undvika överprövningar. Då tidsutdräkten för en överprövning varierar stort beroende på domstolens arbetsbelastning och antalet instanser är det svårt att ta höjd för detta i en tidplan. Resultatet blir alltså oftast att den upphandlande myndigheten/enheten befinner sig i en situation där det gamla avtalet löpt ut och en ny upphandling inte är avslutad. Att i denna situation bli påförd marknadsskadeavgifter på grund av otillåten direktupphandling gagnar varken leverantörer eller upphandlande myndigheter/enheter. Som upphandlande myndighet befinner vi oss alltså oftare i situationer där vi upplever att alla våra handlingsalternativ riskerar att bryta mot upphandlingslagstiftningen på ett eller annat sätt.

Regelförenklningar

Stadsledningskontoret tillstyrker förslaget om att förenkla kontrollerna av leverantörens lämplighet. Förslagen är i linje med det förenklingsarbete som redan har påbörjats på många upphandlande myndigheter och enheter.

Kontoret ställer sig också positivt till att obsoleta bestämmelser tas bort samt att möjlighet att sluta avtal med två ramavtalsleverantörer öppnas under tröskelvärdet.

Övrigt

Stadsledningskontoret avstyrker departementets förslag om lagstadgade direktupphandlingsgränser. I promemorian framför departementet åsikten att de kraftiga variationerna i tillämpningen av uttrycket ”lågt värde” i dagens lagtext visar på ett stort mått av godtycke vid användningen av direktupphandling. Kontoret vill påtala att förhållandena mycket väl kan vara de motsatta. Variationen i tillämpningen kan vara föranledd av relevanta frågor som hur stora företagen i den aktuella branschen är, hur stor den upphandlande myndigheten/enheten är, hur stor den aktuella affären är i förhållande till andra affärer inom branschen, om marknaden är lokal eller inte.

Det råder en uppseendeväckande dålig tilltro till de upphandlande myndigheternas intresse och förmåga att agera professionellt i upphandlingssammanhang. Med tanke på att de flesta offentliga aktörer kämpar med att hålla tilldelad budget så är det ett märkligt antagande att aktörerna inte skulle vara intresserade av att minska sina kostnader genom att utnyttja det konkurrenstryck som finns. Att en upphandlande myndighet/enhet väljer att genomföra en direktupphandling är inte samma sak som att konkurrenstrycket inte utnyttjas och att den upphandlande myndigheten/enheten försöker kringgå de grundläggande principerna.

För Stockholms stads del skulle ett genomförande av föreslagen direktupphandlingsgränser innebära att fler upphandlingar än idag behöver göras i form av en formell upphandlingsprocess. Detta innebär i sin tur ökade kostnader för den administrativa verksamheten som staden inte på något sätt kan se övervägas av lägre kostnader för inköpta varor, tjänster och byggtreprenader. Detta gäller i synnerhet om de ökade möjligheterna till överprövning, ogiltigförklaring och marknadsskadeavgifter också genomförs.

Avseende principerna för beräkning av kontraktets värde så vill stadsledningskontoret framföra att dessa behöver förtydligas ytterligare när det gäller tjänster. Inom tjänsteområdet är det ofta svårt att avgränsa ett tänkt kontrakt från ett annat. Om en enhet inom staden köper

in sjuksköterskebemanning och en annan undersköterskebemanning, är detta då värden som bör räknas ihop vid bedömningen av om en formell upphandling behöver göras? Samma fråga inställer sig vid olika typer av konsultköp. Detta är frågor som även idag är relevanta, men med ökade sanktioner mot otillåtna direktupphandlingar är det av största betydelse att den upphandlande myndigheten/enheten kan avgöra vad som är tillåtna respektive otillåtna direktupphandlingar. Det är också oklart hur lång den tänkta kontraktstiden ska vara när dessa beräkningar görs.

Stadsledningskontoret är positivt till att det införs en möjlighet till förhandlat förfarande utan föregående annonsering under tröskelvärdet. Kontoret välkomnar också ett förtydligande av lagens skriftlighetsbegrepp samt införandet av bestämmelser om inköpscentraler.

Kontoret har inget att erinra mot att tidigare gällande praxis om skadestånd kodifieras.

Stadsledningskontorets sammanfattande synpunkter

Stadsledningskontoret ser positivt på departementets ambition att förenkla upphandlingsbestämmelserna, men kan samtidigt konstatera att de förenklingar som föreslås inte på långa vägar uppvägs av den ökade administrativa börda som kommunen påförs med anledning av övriga förslag.

Att i konsekvensanalysen dra slutsatsen att förslagen kommer att minska kommunernas kostnader till följd av att ett ökat antal upphandlingar kommer att konkurrensutsättas ter sig i det närmaste naivt. Här vill kontoret inledningsvis poängtera att upphandlingar konkurrensutsetts även om det inte sker i form av en formaliserad upphandling enligt LOU. Stockholms stad har strikta riktlinjer för direktupphandlingar. Därutöver konstaterar kontoret att stadens ambition att öka valfriheten för medborgarna och förbättra relationerna med stadens leverantörer riskerar att gå om intet om resurserna i stället till stor del ska gå till formaliserade upphandlingar av köp som motsvarar cirka 0,2 promille av stadens upphandlingsvolym.