

## Nya regler om upphandling (SOU 2014:51 och Ds 2014:25)

### Sammanfattning

- SKL tillstyrker förslaget att Sverige även i fortsättningen ska ha två upphandlingslagar.
- Regeringen bör verka för att EU snarast inleder ett arbete med att revidera CPV-koden.
- Gränsdragningen mellan bidragsgivning och upphandling bör klargöras.
- Definitionen av kontrakt ska inte innehålla krav på undertecknande eller elektronisk signatur.
- Reglerna om blandade kontrakt medför en icke förutsebar tillämpning.
- Ensamrättsundantagets omfattning bör klargöras.
- Reglerna om interna kontrakt och kontrakt mellan upphandlande myndigheter bör förtydligas och kompletteras.
- Kommunallagen måste anpassas till de möjligheter till avtalssamverkan som nu ges i upphandlingslagstiftningen.
- Undantaget för vissa typer av kontrakt avseende civilförsvartjänster, räddningstjänster och tjänster för förebyggande av fara bör förtydligas.
- SKL avstyrker förslaget att göra 19 kap. i de nya lagarna tillämpliga på tjänstekontrakt enligt EU:s kollektivtrafikförordning som avser kollektivtrafik på järnväg, med tunnelbana eller på vatten.
- SKL tillstyrker i princip att bestämmelserna om rättsmedel införs beträffande tilldelning av kontrakt enligt kollektivtrafikförordningen.
- Förbundet tillstyrker att de nya upphandlingslagarna även i fortsättningen ska ha stadgande om att miljöhänsyn och sociala hänsyn bör beaktas i upphandlingar.
- SKL tillstyrker att det inte ska införas ett tvång att dela upp upphandlingar.
- SKL tillstyrker att bestämmelserna om reserverade kontrakt införs.
- Förbundet anser att det är mycket viktigt att det tydligt framgår att avrop från ramavtal får ske utifrån enskildas behov och/eller önskemål.

- Reglerna om delegering av upphandlingsbeslut i 6 kap. 4 § i lagen om kommunala befogenheter bör ändras så att delegation kan ske till anställd i annan upphandlande myndighet.
- SKL tillstyrker att inköpscentraler ska kunna vara verksamma som grossister.
- SKL tillstyrker att reglerna om dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner införs.
- SKL anser att bestämmelserna om elektroniska kataloger ska införas.
- SKL tillstyrker att upphandlande myndigheter under den centrala nivån ska kunna begära in anbud genom förhandsannonsering.
- SKL anser att procedurreglerna kring anbudsöppning bör utgå.
- SKL tillstyrker att det även i fortsättningen ska vara tillåtet att upphandla till lägsta pris.
- SKL avstyrker förslaget att underleverantörer ska kunna begära betalning direkt av en upphandlande myndighet.
- En särskild utredning bör tillsättas som ska föreslå hur upphandling av sociala tjänster ska regleras. Målsättningen bör vara att förenkla regelverket. Uppdraget bör även omfatta bestämmelser för upphandling under tröskelvärdena.
- Möjligheten att reservera kontrakt inom det sociala området till vissa typer av leverantörer bör tillvaratas.
- SKL avstyrker förslaget förande inlämning av statistiska uppgifter då detta skulle bli mycket betungande för de upphandlande myndigheterna.

### Allmänna synpunkter

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) har i många olika sammanhang pekat på behovet av att förenkla EU:s upphandlingsdirektiv. Man kan konstatera att detta behov kvarstår, även om vissa delar av det nya regelverket har blivit något mera flexibla. Det är fortfarande så att regelverket är mycket komplext och omfattande. Att det går att konstruera enklare regler visar det nyss antagna direktivet om upphandling av koncessioner som inte är så detaljerat som upphandlingsdirektiven.

Förbundet anser att det är förvånande, inte minst mot bakgrund av att kommuner och landsting sammanlagt står för den absolut övervägande delen av all offentlig upphandling, att regeringen har valt att utreda denna fråga utan sedvanlig särskild expertmedverkan från SKL och andra intressenter. En referensgrupp är inte tillräckligt för denna typ av utredningar.

SKL tillstyrker utredningens förslag att även i fortsättningen ha två separata upphandlingslagar och att dessa inte ska innehålla bestämmelser om bygg- och tjänstekoncessioner. Namnet ”Lagen om upphandling inom försörjningssektorerna” är ett bra namn för LUF, eftersom försörjningssektorerna är ett etablerat begrepp.

Förbundet delar också utredningens uppfattning att regler om upphandling under tröskelvärdena bör finnas i ett särskilt kapitel i respektive lag.

Förbundet anser att det är bra att utredningen noga har övervägt behovet att införa de delar av regelverket som är frivilliga att införa och avstått från att föreslå införande då man ansett det vara onödigt. Ambitionen bör alltid vara att inte reglera i onödan.

SKL delar utredningens uppfattning att det inte behövs särskilda regler om sekretess och intressekonflikter då detta är reglerat i annan lagstiftning.

Alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för offentlig upphandling ska göras genom användning av den terminologi som fastställs i den så kallade CPV-koden (Common Procurement Vocabulary). Förbundet anser att en väl fungerade kod är nödvändig för bl.a. en fungerade elektronisk upphandling. Tyvärr är CPV-koden behäftad med allvarliga brister, bl.a. när det gäller indelning, detaljeringsnivå och sökbarhet. SKL anser att regeringen bör verka för att EU snarast inleder ett arbete med att revidera dagens kod.

Utredningen berör inte problemen kring den svåra gränsdragningen mellan bidragsgivning och upphandling som behandlades i Upphandlingsutredningen 2010. SKL anser att det är mycket viktigt att denna fråga behandlas i den kommande propositionen.

### **Definitioner**

Förbundet tillstyrker att definitionen av kontrakt inte ska innehålla något krav på undertecknande eller elektronisk signatur. Förbundet delar också utredningens uppfattning att begreppet *leverantör* är ett bättre och betydligt mer inarbetat uttryck än *ekonomisk operatör*.

### **Blandade kontrakt**

Promemorian konstaterar att det alltid står en upphandlande myndighet fritt att dela upp ett blandat kontrakt och tilldela separata kontrakt för de olika delarna om *det låter sig göras*. SKL finner att den sistnämnda bedömningen, dvs. ”om det låter sig göras” saknar förutsebarhet. De bedömningar som de upphandlade myndigheterna gör kommer sedan att kunna bli föremål för prövning i allmän förvaltningsdomstol och det är svårt utifrån föreslagen lagtext att få tillräcklig vägledning om hur domstolarna kommer göra den bedömningen. Förbundet anser bedömningsgrunderna för när ”det låter sig göras” att tilldela separata kontrakt behöver förtydligas.

### **Tjänstekontrakt som tilldelas p.g.a. ensamrätt**

I artikel 11 respektive artikel 22 finns undantag för tjänstekontrakt som tilldelas på grundval av ensamrätt som innehas på grundval av lag eller andra offentliggjorda författningar som är förenliga med EUF-fördraget. SKL ställer sig frågande till översättningen av artikeln. Den franska direktivtexten lyder:

### **Marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif**

La présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur à un autre pouvoir adjudicateur ou à une association de pouvoirs adjudicateurs sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou de dispositions administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Här kan man fråga sig om ”författning” är att likställa med ”dispositions administratives”. Denna frågeställning bör bli föremål för en djupare analys och förtydligande. Förbundet anser att det är viktigt att Sverige inte har strängare regler vad gäller ensamrätt än vad direktivet kräver.

### **Interna kontrakt och kontrakt mellan upphandlande myndigheter**

Utredningen föreslår att interna kontrakt mellan en upphandlande myndighet och dess egna bolag eller med en gemensam nämnd undantas om vissa omständigheter är uppfyllda. Undantag föreslås även för kontrakt avseende visst samarbete mellan upphandlande myndigheter.

Förbundet anser att 3 kap 16 § i de nya lagarna ska förtydligas i enlighet med direktiven så att det uttryckligen framgår att enskilda representanter får företräda flera eller samtliga av de deltagande upphandlande myndigheterna. Det är av stor betydelse för den praktiska tillämpningen av bestämmelsen beträffande exempelvis ett kommunalt bolag som ägs av femton kommuner, att detta bolag inte behöver ha femton styrelseledamöter.

I det nya direktivet finns ett nytt begrepp ”direkt privat ägarintresse” samt att avsaknad av sådant innebär att undantaget är tillämpligt. I betänkandet förs dock inte någon diskussion om vad detta kan innefatta som har relevans för svenska förhållanden. Det innebär att domstolarna inte får tillräcklig vägledning. SKL anser att frågan behöver analyseras i propositionen.

SKL anser att hänvisningen i 3 kap 17 § första stycket i de nya lagarna ska omfatta inte bara 12 § 2 och 13 § 2 utan också 14 § 1 och 15 § 1.

SKL anser att 3 kap 17 § andra stycket och 3 kap 19 § andra stycket i de nya lagarna i förtydligande syfte i enlighet med direktiven ska kompletteras med att prognoser för verksamheten är tillräckligt i de angivna situationerna.

Det är av stor vikt att kommunallagen (1991:900) anpassas efter de möjligheter som ges till avtalssamverkan i upphandlingslagstiftningen. Det är ytterst angeläget att den sittande kommunallagsutredningen får tilläggsuppdrag att utreda denna fråga.

## **Undantag för vissa typer av kontrakt avseende civilförsvartjänster, räddningstjänster och tjänster för förebyggande av fara**

Det finns ett nytt undantag för ovanstående tjänster om de tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar och omfattas av vissa CPV-koder. I p.9. nämns ambulanstjänster, utom ambulanstjänster för transport av patienter. I departementsskrivelsen sid. 375 utvecklas skälen för detta undantag och det sägs att ”avsikten är att undantaget inte ska träffa sådana transporttjänster som inte är av sjukvårdande karaktär, utan där inslaget av transport är det dominerande”. Som exempel nämns en transport av funktionshindrade patienter till sjukhus för dialysbehandling.

Ambulanssjukvården är en del av hälso- och sjukvården och när man upphandlar denna tjänst gör man det för att tillgodose sjuka människors behov. Man upphandlar alltså inte ambulanstjänster endast som ett transportmedel. Rör det sig om att transportera personer som p.g.a. t.ex. funktionshinder inte kan ta sig till en vårdinrättning själv, benämns detta vanligen sjukresor och görs som en separat upphandling. Dessa transporter sker med taxi; antingen i vanlig personbil eller med specialfordon som är anpassade rörelsehindrade. Detta bör förtydligas i propositionstexterna så att inte missförstånd rörande undantagets omfattning uppstår.

## **Tilldelning av kontrakt enligt EU:s kollektivtrafikförordning**

SKL avstyrker utredningens förslag att göra 19 kap i de nya lagarna tillämpliga på tjänstekontrakt som avser kollektivtrafik på järnväg, med tunnelbana eller på vatten. Som skäl för sådan tillämpning anger utredningen säkerhet på marknaden och rätts-säkerhet. SKL finner inte dessa skäl övertygande. Någon ökad rätts-säkerhet uppstår inte eftersom det är oklart i vilken mån en sådan reglering överhuvudtaget kan ske. Av skäl 27 (LOU-direktivet) och skäl 35 (LUF-direktivet) framgår att sådan reglering endast är tillåten i den utsträckning som kollektivtrafikförordningen medger det. Denna fråga är oklar och normkonflikter kan uppstå vilket innebär rättsosäkerhet. Vad gäller kollektivtrafikmarknaden mår denna enligt förbundets uppfattning bäst av att de regionala kollektivtrafikmyndigheterna ges ett så stort handlingsutrymme som möjligt i utformningen av sina konkurrensutsättningar, vilket också talar mot reglering i 19 kap. Av samma skäl anser SKL inte heller att någon ytterligare reglering ska ske beträffande tjänstekoncessioner på kollektivtrafikområdet.

SKL avstyrker utredningens förslag att införa bestämmelser i kollektivtrafiklagen som förbjuder direkttilldelning enligt art 5.4 och art 5.6 i kollektivtrafikförordningen. Det finns enligt SKL ingen anledning att inskränka de regionala kollektivtrafikmyndigheternas ”verktygslåda” för att åstadkomma en ändamålsenlig kollektivtrafik genom att i svensk rätt föreskriva konkurrensutsättning i större utsträckning än vad EU-rätten kräver.

Förbundet tillstyrker utredningens förslag att det införs en bestämmelse i kollektivtrafiklagen (2010:1065) som anger att den regionala kollektivtrafikmyndighetens beslut enligt art 5.5 i kollektivtrafikförordningen om

åläggande att fullgöra viss allmän trafikplikt får överklagas till allmän förvaltningsdomstol. SKL tillstyrker också i princip att bestämmelser om rättsmedel införs beträffande tilldelning av kontrakt enligt kollektivtrafikförordningen. Sådana skulle dock behöva utformas på annat sätt än vad utredningen föreslår om SKL:s synpunkter beträffande tjänstekontrakt som avser kollektivtrafik på järnväg, med tunnelbana eller på vatten skulle vinna gehör.

### **Principer för upphandling**

Förbundet delar utredningens uppfattning att de nya upphandlingslagarna ska innehålla en motsvarighet till de nuvarande bestämmelserna i LOU resp. LUF att miljöhänsyn och sociala hänsyn bör beaktas vid offentlig upphandling. Möjligen kan man ta bort orden ”om upphandlingens art motiverar detta” i lagtexten eftersom det kan anses vara underförstått.

Förbundet delar också utredningens uppfattning att regelverket innebär att man kan ställa krav för ett kontrakts fullgörande i en upphandling som motsvarar dem som finns i kollektivavtal.

### **Tilldelning av kontrakt i särskilda delar**

En upphandlande myndighet bestämmer själv om den vill dela upp ett kontrakt i mindre delar. Delas kontraktet inte upp ska detta motiveras när det gäller upphandling enligt det klassiska direktivet, men inte enligt försörjningsdirektivet. Utredningen föreslår att motivering ska ske även i försörjningsdirektivet, vilket SKL motsätter sig. Detta är en onödigt bestämmelse som det inte finns någon som helst anledning till att införa inom ett område där man inte är tvungen till det.

Direktiven ger medlemsstaterna möjlighet att göra det obligatoriskt att dela upp upphandlingar i mindre delar. Utredningen anser att denna möjlighet inte ska utnyttjas. Förbundet delar till fullo denna uppfattning. Det måste vara den enskilda upphandlande myndigheten som själv avgör om en upphandling ska delas upp i mindre delar med hänsyn till vad som ska upphandlas, hur marknaden ser ut m.m.

Däremot delar inte SKL utredningens bedömning om att reglerna om kombinerade anbud i art. 46.3 resp. 65.3 inte ska införas. Dessa regler ger ökad flexibilitet för de upphandlande myndigheterna.

### **Reserverade kontrakt**

I direktiven finns frivilliga bestämmelser som medger att en upphandlande myndighet får reservera deltagandet i en upphandling för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av missgynnade personer. Myndigheten får också föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning, om minst 30 procent av arbetstagarna i sådana verkstäder, hos sådana leverantörer eller i sådana program är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

SKL anser också att denna möjlighet ska tas tillvara och tillstyrker förslaget att dessa regler ska införas i den svenska lagstiftningen. Vad som menas med begreppet ”missgynnande personer” bör utvecklas i propositionen.

### **Upphandlingsförfaranden**

Förbundet tillstyrker förslaget att inte de öppna och selektiva förfarandena ska ses som huvudförfaranden utan att det är den upphandlande myndigheten som vid varje upphandling ska använda det förfarande som är bäst lämpat vid varje upphandling. Visserligen är det inte fritt fram att använda alla förfaranden vid vilken typ av upphandling som helst, men den föreslagna skrivningen visar ändå på alternativen på ett bättre sätt än den nuvarande.

Det är att beklaga att direktiven inte ger de upphandlande myndigheterna möjlighet att helt fritt välja bland samtliga upphandlingsformer.

### **Ramavtal, inköpscentraler och samordnad upphandling**

Ramavtal används ofta vid upphandlingar i kommuner och landsting. Mot den bakgrunden är det beklagligt att EU inte har valt att försöka göra reglerna mer flexibla och användbara, även om man har tagit bort begränsningen att använda ramavtal med endast två leverantörer. I stället har man valt stramat åt reglerna när det gäller ramavtal inom försörjningssektorerna.

SKL anser att det är absolut nödvändigt att det finns en möjlighet att ha ramavtal som innebär att avrop kan ske utifrån enskildas behov (t.ex. kirurgiska implantat) eller enskildas önskemål och det är mycket bra att det nu framgår att detta är möjligt i skäl 61 till direktivet. Förbundet anser att det är viktigt att denna möjlighet framgår tydligt av propositionstexten.

Förbundet anser att det är mycket positivt att det nu uttryckligen framgår av lagtexten att det i samma ramavtal ska vara möjligt att kombinera fördelningsnyckel och förnyad konkurrensutsättning.

Det framgår nu av definitionen av inköpscentraler att denna verksamhet ska vara av stadigvarande karaktär. Detta innebär att bestämmelserna om delegering i 6 kap. 4 § i lagen (2009:47) om kommunala befogenheter bör ändras. OFUKI-utredningen (SOU 2011:43), som lämnade förslag till denna reglering, antog att ett mer lösligt upphandlingssamarbete mellan upphandlande myndigheter var att betrakta som en inköpscentral, och föreslog därför att delegering av upphandlingsbeslut skulle begränsas till anställd i inköpscentral. Med den nya definitionen blir denna bestämmelse alltför snäv och bör därför ändras så att delegation kan ske till anställd i *annan upphandlande myndighet*.

De nya direktiven ger medlemstaterna möjlighet att fastställa att vissa upphandlingar ska genomföras med anlitande av inköpscentraler eller en eller flera specifika inköps-

centraler. Förbundet delar promemorians förslag att några sådana bestämmelser inte ska införas i de nya lagarna. SKL anser att de upphandlande myndigheterna är bäst lämpade att överväga vilka upphandlingar som är lämpliga att genomföras genom anlåtande av inköpscentraler.

Förbundet tillstyrker förslaget att inköpscentraler kan verka som grossister.

Av promemorian framgår att en inköpscentral ska agera antingen som ombud eller som självständig mellanhand. Det bör förtydligas vad som avses med ”mellanhand” respektive ”ombud”.

SKL anser att reglerna i artikel 2 p.15 i direktivet ska implementeras i den svenska lagtexten så att det klart framgår vad som avses med begreppet ”stödverksamhet för inköp”.

Utredningen har fastnat för att föreslå att direktivets regler om tillfällig gemensam upphandling på nationell nivå inte ska införas. Bakgrunden till ställningstagandet är att sådana tillfälliga gemensamma upphandlingar inte hindras av regelverket i övrigt. Förbundet anser att det är bra att man försöker hålla nere antalet bestämmelser, men det är viktigt att det i så fall framgår av propositionstexten att det inte finns något som hindrar upphandlingssamarbete på nationell nivå.

SKL tillstyrker utredningens förslag om att bestämmelserna om upphandling med deltagande av upphandlande myndigheter från olika medlemsstater ska genomföras i svensk rätt. Förvisso kan invändas att det redan idag är möjligt att genomföra sådana upphandlingar. Förbundet delar utredningens uppfattning att de aktuella bestämmelserna i direktiven avser att reglera ytterligare ett led i en gemensam upphandling, framför allt tillför de vägledning för bestämmandet av tillämpliga nationella bestämmelser och tillämpliga rättsmedelsregler. Det saknas alltså i direktiven klargörande för vilka nationella regler för avtals- och konkurrensrättsliga relationer som ska gälla när flera medlemsstater upphandlar gemensamt.

### **Elektronisk kommunikation**

Utredningen föreslår att reglerna om elektronisk kommunikation införs i enlighet med direktiven och att den möjlighet att föreskriva en viss övergångstid som direktiven ger inte ska utnyttjas. Förbundet anser att övergångstiden ska utnyttjas, i vart fall möjligheten enligt art 90 p. 2 st. 1. respektive art. 106 p. 2 st. 1. Alla upphandlande myndigheter och enheter har idag inte lösningar för elektronisk upphandling och tiden kan behövas både för att anskaffa lösningar och i övrigt för förberedelser i organisationerna. Även leverantörer, särskilt små- och medelstora företag, kan behöva denna övergångstid. Förbundet ser det som av mycket stor vikt att dessa inte utesluts att delta i offentliga upphandlingar av den anledningen att de inte är förberedda för elektronisk kommunikation.



## **Dynamiska inköpssystem**

Förbundet tillstyrker förslaget att de nya lagarna ska innehålla bestämmelser om dynamiska inköpssystem. Förbundet anser även att det är positivt att dynamiska inköpssystem kan användas även vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Varje beslut om tilldelning av ett enskilt kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem kan överprövas. Även ett beslut att inte ta med en leverantör i systemet kan bli föremål för överprövningen. SKL delar promemorians bedömning att leverantörer som redan tagits med i systemet inte kan anses ha lidit skada eller kan komma att lida sådan skada att de bör ha rätt att överklaga ett beslut att ta med en annan leverantör i systemet. Förbundet delar promemorians bedömning att det får anses tillräckligt att dessa leverantörer kan begära överprövning av ett enskilt tilldelningsbeslut och kan i denna process således hävda att den leverantör som fått kontraktet aldrig skulle ha godkänts som deltagare i systemet.

Förbundet tillstyrker promemorians förslag att Sverige använder sig av den möjligheten som ges i rättsmedelsdirektivet enligt lydelsen i ändringsdirektivet att föreskriva undantag från reglerna om avtalsspärr vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem. Promemorian konstaterar att samma skäl som låg till grund för undantaget från avtalsspärr vid kontraktstilldelning på grund av ramavtal (enligt nuvarande 5 kap 7 § LOU) bedöms föreligga vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem, nämligen vikten av ett snabbt och effektivt förfarande. SKL anser att det är än mer aktuellt att föreskriva ett undantag från avtalsspärr vid kontraktstilldelning enligt ett dynamiskt inköpssystem, än vid tilldelning enligt ramavtal, då ett dynamiskt inköpssystem skulle kunna vara lämpligt att nyttja vid t.ex. förbrukningsartiklar i vården eller läkemedel. Dock skulle en avtalsspärr om tio dagar vid kontraktstilldelning av sådana varor göra det dynamiska inköpssystemet mindre ändamålsenligt för att tillgodose de upphandlande myndigheternas behov.

## **Elektroniska auktioner**

Förbundet tillstyrker förslaget att de nya lagarna ska innehålla bestämmelser om elektroniska auktioner och att elektroniska auktioner ska kunna användas vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Förbundet delar uppfattningen att direktivens bestämmelser om när ett anbud ska anses vara giltigt eller oacceptabelt inte bör genomföras genom särskilda bestämmelser i de nya lagarna. Detsamma gäller bestämmelserna om när ett anbud eller anbudsansökan ska anses vara olämplig.

## **Elektroniska kataloger**

Utredningen bedömer att bestämmelserna om elektroniska kataloger i artikel 36 i LOU-direktivet och artikel 54 i LUF-direktivet inte bör genomföras genom särskilda föreskrifter om elektroniska kataloger i de nya författningarna om offentlig upphand-

ling och om upphandling inom försörjningssektorerna utan genomföras genom föreskrifterna om kommunikation i de nya författningarna. Om artiklarna om elektroniska kataloger ändå genomförs ger utredningen förslag på lagtext samt argumentation till grund för sådana föreskrifter.

Till grund för utredningens motiv att inte genomföra bestämmelserna om elektroniska kataloger ligger å ena sidan att elektroniska kataloger kan bidra till att öka konkurrensen och förbättra effektiviteten vid upphandlingar men å andra sidan att det finns vissa risker i tekniskt hänseende med användningen av elektroniska kataloger och dels att det finns risk att uppgifter om priser och produkter som inte omfattas av upphandlingen kan komma att ingå i anbuden.

Precis som sägs i utredningen skiljer sig riskerna i tekniskt hänseende inte från de som allmänt föreligger när elektroniska medel används för kommunikation. Det är att förfarandet inte får bli diskriminerande eller begränsa leverantörers tillträde till en upphandling och att är viktigt att upphandlande myndigheter eller enheter med omsorg väljer format och informerar leverantörerna om detta. Detta skulle tala för att reglerna om elektroniska kataloger inte skulle skilja sig från andra elektroniska format som förekommer i en upphandling och att de skulle kunna inrymmas i bestämmelserna om elektronisk kommunikation.

Å andra sidan är elektroniska kataloger mer än bara elektronisk kommunikation av ett tekniskt format. Skälet till att bestämmelserna finns i direktiven torde vara att de medför ökad konkurrens och förbättrad effektivitet vid upphandlingar och att de även underlättar för leverantörer. Att enbart se elektroniska kataloger som kommunikation av dokument generellt och inte lyfta fram elektroniska kataloger i svensk lagtext skapar inte något ökat fokus på användningen av kataloger och de vinster som de anses innebära. Idag används elektroniska kataloger i såväl upphandlingsskedet som i beställningsprocesserna och de utgör grund för effektiv hantering för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer. Att framhäva riskerna vad avser teknik och format kring just elektroniska kataloger ter sig främmande då dessa återfinns generellt vid utväxlingen av elektroniska dokument och sätt att minska riskerna finns i bestämmelserna om elektronisk kommunikation.

Utredningens skäl att det finns risk att uppgifter om priser och produkter som inte omfattas av upphandlingen kan komma att ingå i anbuden ser förbundet inte som skäl för att inte ta in bestämmelserna i svensk lagstiftning. I direktivet står uttryckligen att "Elektroniska kataloger ska upprättas av anbudssökande eller anbudsgivare för deltagande i ett visst upphandlingsförfarande enligt de tekniska specifikationer och det format som fastställs av den upphandlande myndigheten." Vidare sägs att elektroniska kataloger är en del av ett anbud (eller ett anbud) och även detta talar för att det är den upphandlande myndigheten som både bestämmer vilka produkter som ska omfattas av upphandlingen och som ger anvisning om tekniska specifikationer och format. Upphandlande myndigheter bör givetvis anses kunna bestämma vad som ska upphandlas och kontrollera att enbart det som upphandlas omfattas av den elektroniska katalogen.

Detta är ju inget nytt utan används redan idag och det finns dessutom goda elektroniska verktyg för att granska att ingivna elektroniska kataloger överensstämmer med vad som upphandlats; något som är särskilt aktuellt i samband med beställningsprocesserna.

Det sistnämnda, att ge anvisningar om format, får även ses som ett bra sätt att styra tekniska format mot etablerade standarder och framförallt strukturerad information som skapar förutsättningar för automatisk utvärdering av de elektroniska katalogerna. Utredningens farhågor att begreppet elektroniska kataloger även skulle omfatta dokumentbaserade format med ostrukturerad information bör därför inte leda till att inte genomföra artiklarna om elektroniska kataloger. Elektronisk upphandling är vanligt i dag i Sverige och dokument sänds inte i pdf-format via e-post. De upphandlande myndigheterna och enheterna och leverantörerna använder upphandlingslösningar/portaler där all information hanteras. Förbundet vill även framhålla att det pågår standardiseringsarbete, som stöds av EU kommissionen i syfte att ta fram öppna standarder för elektroniska format i såväl upphandlingsskedet som beställningsskedet och detta arbete inrymmer även standard för strukturerade elektroniska format för elektroniska kataloger (se [www.cenbii.eu](http://www.cenbii.eu)). Sverige deltar aktivt i detta arbete genom samarbetet Single Face To Industry ([www.sfti.se](http://www.sfti.se))

Sammantaget innebär detta att förbundet anser att artiklarna om elektroniska kataloger ska genomföras i svensk rätt. Förbundet stödjer förslaget till lagtext som ges som ett alternativ.

Förbundet delar utredningens uppfattning att det saknas anledning att utnyttja möjligheten att göra användningen av elektroniska kataloger obligatoriskt för vissa typer av upphandlingar. De upphandlande myndigheterna och enheterna är bäst skickade att bedöma om elektroniska kataloger ska användas eller inte i en specifik upphandling.

### **Annonsering**

En nyhet i direktiven i förhållande till tidigare är att det ges möjlighet att införa bestämmelser med innebörd att upphandlande myndigheter under den centrala nivån kan begära in anbud genom en förhandsannons när man använder selektivt eller förhandlat förfarande. Utredningen föreslår att denna möjlighet ska införas i den svenska lagstiftningen. Förbundet tillstyrker förslaget, som kommer att innebära att flexibiliteten ökar.

Förbundet tillstyrker förslaget att Sverige inte bör utnyttja den möjlighet som finns i direktiven att föreskriva att upphandlande myndigheter kvartalsvis ska samla meddelanden om resultatet av kontrakt som grundas på ramavtal. Detta skulle innebära ett orimligt merarbete för alla de upphandlande myndigheter som inte har dessa uppgifter lätt tillgängliga i ett elektroniskt upphandlingssystem.

## Öppnande av anbud

12 kap. 11 § innehåller en bestämmelse om öppnande av anbud med innebörd att försändelser med anbud ska öppnas vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten ska delta. Denna bestämmelse saknar motsvarighet i direktiven och bör utgå, eftersom den tycks utgå från att anbud lämnas i pappersform i kuvert. De nya direktiven bygger mycket på att kommunikation mellan anbudsgivare och leverantör ska ske elektroniskt. Elektroniska anbud öppnas direkt i systemet och det går inte att öppna dem i förväg. Det är heller inte möjligt att manipulera dem i systemet.

## Tilldelning av kontrakt

Upphandlingsdirektiven ger medlemsstaterna möjlighet att inte tillåta att lägsta pris används som utvärderingsgrund. Utredningen anser att det saknas anledning att utnyttja denna möjlighet. Förbundet ställer sig helt och hållet bakom denna bedömning. Att inte tillåta lägsta pris som utvärderingsgrund skulle försvåra upphandlingsarbetet mycket när man t.ex. köper generiska varor. Förbundet vill också understryka att upphandling till lägsta pris inte alls behöver betyda att man inte har krav på kvalitet. Upphandlingen kan vara utformad på så sätt att man har många obligatoriska kvalitetskrav och sedan väljs det anbud som uppfyller kraven till lägsta pris.

Lagstiftningen kommer också att innehålla bestämmelser som ger möjlighet att ta hänsyn till livscykelkostnader. Förbundet anser att det är bra att denna möjlighet finns. Hur detta ska gå till i praktiken bör förtydligas och upphandlingsstödet vid Konkurrensverket bör få i uppdrag att utarbeta vägledningar inom området. Eftersom lagtexten är ganska otydlig finns annars risken att man inte vågar väga in livscykelkostnader av rädsla för att göra fel och därmed riskera en rättslig överprövning.

## Fullgörande av kontrakt

Förbundet avstyrker bestämt utredningens förslag att införa direktivens för medlemsstaterna frivilliga bestämmelser om att en underleverantör ska kunna begära att en upphandlande myndighet ska betala för ett kontrakts fullgörande direkt till underleverantören. Detta riskerar skapa oklara och svårlösta situationer. Inledningsvis skapar detta en transaktion till en leverantör som den upphandlande myndigheten inte har avtal med, frågan om grunden för ersättningen är inte klarlagd och kan bli tvistig, det torde även inte vara ovanligt att det förekommer en tvist rörande utförande eller ersättning mellan huvudleverantören och underleverantören. Fråga uppkommer även om garantier och försäkringar som huvudleverantören enligt avtalet ska stå för, när betalning istället har skett till underleverantören. Vidare är det inte klarlagt om den upphandlande myndigheten kan åberopa andra kommersiella villkor, såsom förseningsvite, fel i varan eller kvittningsrätt mot underleverantören i samband med att betalning ska ske direkt till denne.

Denna typ av transaktioner får också konsekvenser för mervärdesskatten som inte har analyserats i betänkandet.

De föreslagna lagarna innehåller bestämmelser om i vilken omfattning ingångna avtal får ändras utan upphandlingsskyldighet (17 kap. 8-14 §§ LOU och 16 kap. 8-14 §§ LUF). Möjligheten till sådana ändringar måste rimligtvis föreligga inte bara på det direktivstyrda området utan också efter upphandling enligt 19 kap. Det kan inte gärna förhålla sig på det sättet att möjligheten till ändringar är mer begränsad utanför det direktivstyrda området, där kontrakt presumeras sakna gränsöverskridande intresse. I 19 kap. 2 § i respektive lag saknas emellertid hänvisning till bestämmelserna om ändringar i ingångna avtal. Man kan lätt få intrycket att 19 kap. 2 § i sin helhet ska läsas *e contrario*. Av detta skäl menar SKL att det bör ske en uttrycklig hänvisning till 17 kap. 8-14 §§ i 19 kap. 2 § LOU och en uttrycklig hänvisning till 16 kap. 8-14 §§ i 19 kap. 2 § LUF.

### **Avslutande av kontrakt**

Förslaget till nya regler om avslutande av kontrakt är kortfattat motiverat och väcker en del frågor hur dessa förhåller sig till avtalsrätten. Detta bör utvecklas i propositionen.

### **Sociala tjänster**

Indelningen i A- och B-tjänster avskaffas i de nya upphandlingsdirektiven och i stället inför man särskilda kortfattade bestämmelser för upphandling av s.k. sociala tjänster som innefattar bl.a. hälso- och sjukvårdstjänster och olika sociala tjänster. Utredningens uppdrag har inte innefattat att man skulle föreslå närmare regler om hur dessa ska regleras, utan man föreslår att det sker på samma sätt som B-tjänster regleras nu, dvs. att de i princip behandlas på samma sätt som upphandling under tröskelvärdena.

SKL anser att regeringen ska tillsätta en särskild utredning med uppgift att se över regelverket av upphandling av de tjänster som anges i bilaga 2 och det bör vara en uttalad målsättning att förenkla regelverket i förhållande till nuvarande bestämmelser. I arbetet bör också ingå att analysera betydelsen av och beakta uttalandet i upphandlingsdirektiven att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte omfattas av direktiven. En sådan utredning bör även omfatta regleringen av upphandling under tröskelvärdena, som även den är i behov av förenkling.

I upphandlingsdirektiven finns bestämmelser som ger begränsad möjlighet att inom vissa områden reservera vissa typer av kontrakt inom dessa områden till en begränsad krets av leverantörer av kooperativ natur med begränsade möjligheter att dela ut vinst. Utredningen föreslår att dessa regler inte ska implementeras pga. deras begränsade omfattning, bl.a. får kontakten inte vara längre än tre år och organisationen får inte ha tilldelats kontrakt av den upphandlande myndigheten under de tre senaste åren för att kunna antas. Förbundet delar utredningens uppfattning att sannolikt har dessa bestämmelser liten praktisk betydelse, men förbundet anser likväl att de bör implementeras eftersom de trots allt ger en viss flexibilitet åt ett stelbent regelverk och det kan inte uteslutas att de skulle kunna vara till praktisk nytta i vissa fall.

## Statistik

En ny nationell bestämmelse föreslås med innebörd att den upphandlande myndigheten ska till den myndighet som regeringen bestämmer lämna uppgift om den totala summan av de utbetalningar som den upphandlande myndigheten har gjort under ett år enligt kontrakt som tilldelats enligt LOU. Förbundet motsätter sig bestämt införandet av detta, eftersom det skulle innebära ett massivt merarbete för upphandlande myndigheter, framför allt för dem som inte har heltäckande upphandlingssystem. Statistiska uppgifter bör i stället hämtas direkt ur annonserna om upphandling.

## Övrigt

Av skrivningen om direktupphandling i 19 kap. 6 § 2 st. med hänvisning till 5 kap. framgår inte klart vilket belopp som direktupphandlingsvärdet ska räknas på.

Sveriges Kommuner och Landsting

Anders Knape  
Ordförande

*Reservation lämnades av Socialdemokraterna och Vänsterpartiet, se bilaga.*

Styrelsen  
2014-09-19

*Reservation från Socialdemokraterna och Vänsterpartiet*

**Nya regler om upphandling (SOU 2014:51)**

Vi anser att 12:e punkten i yttrandets sammanfattning ska ha nedan lydelse:

Förbundet tillstyrker att de nya upphandlingslagarna även i fortsättningen ska ha stadgande om att miljöhänsyn och sociala hänsyn bör beaktas i upphandlingen samt att det nya direktivet gör det möjligt att ställa krav på kollektivavtal och närproducerat.