

Yttrande över utredningen Möjligt, tillåtet och tillgängligt, förslag till flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44)

Post- och telestyrelsen (PTS) har i enlighet med 1 § förordningen (2007:951) med instruktion för Post- och telestyrelsen ett samlat ansvar inom postområdet och området för elektronisk kommunikation. Enligt instruktionen har PTS bl.a. som uppgift att verka för robusta elektroniska kommunikationer och minska risken för störningar, något som inbegriper upphandling av förstärkningsåtgärder. Det framgår även av instruktionen att PTS genom upphandling får tillgodose vissa behov av bl.a. särskilda posttjänster, grundläggande betaltjänster och elektroniska kommunikationstjänster till tredje man. Med anledning av detta har upphandlingslagstiftelsens utformning en stor betydelse för PTS verksamhet.

PTS har tagit del av rubricerat betänkande avseende den framtida utformningen av lagstiftning avseende vissa förenklade upphandlingsregler och har följande synpunkter på det remitterade materialet.

Sammanfattning

PTS ställer sig positiv till de förslag som förs fram i det remitterade materialet som myndigheten inte har kommenterat. Myndigheten vill dock lämna särskilda synpunkter avseende avsnitt 11.6, 12.4.6, 15.1, 15.2.1, 15.2.2, 15.3.1, 15.3.2, 21.3.2, 21.4.1, 22.3.3 och 22.4.1.

Definition

I det fall PTS använder begreppet ”myndighet” avses upphandlande myndighet eller enhet.

Post- och telestyrelsen

Postadress:
Box 5398
102 49 Stockholm

Besöksadress:
Valhallavägen 117 A
www.pts.se

Telefon: 08-678 55 00
Telefax: 08-678 55 05
pts@pts.se

Synpunkter

Del 1 – Enklare och flexiblare upphandlingsregler

Avsnitt 11.6 – Utredningens förslag om dialog i upphandlingar

Utredningen lämnar i detta avsnitt förslag på hur möjligheten till dialog kan utvecklas i upphandlingar. PTS anser generellt att det är bra att utredningen lyfter möjligheterna till dialog och föreslår utökade möjligheter till detta. PTS hade dock gärna sett ett större mandat avseende möjligheterna att begära rättelser såsom förtydligande och/eller kompletteringar av inlämnade anbud. PTS erfarenhet är att anbud inte sällan måste diskvalificeras på grund av att leverantören har missat att lämna efterfrågade uppgifter som i sig inte har någon betydelse för utförande av kontraktet men som av administrativa skäl har uppställts av den upphandlade myndigheten. PTS anser att det i dessa fall hade varit till fördel för både leverantörer och upphandlade myndigheter om det fanns en möjlighet att komplettera med sådana uppgifter i efterhand.

PTS vill även lyfta frågan om möjlighet till att göra förändringar av obligatoriska krav i upphandlingsunderlag. I svensk rättspraxis har det öppnats upp för möjligheten att kunna göra förändringar av obligatoriska krav i upphandlingar, se HFD 2016 ref. 37. I detta rättsfall anger HFD bl.a. följande:

”Om den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling.

Före anbudstidens slut kan situationen vara den att myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav genom att frånfalla eller justera detta, utan att det för den skull blir fråga om en ny eller annan upphandling. I detta skede medför likabehandlingsprincipen att avvikelsen måste kommuniceras med alla leverantörer, även potentiella sådana. Om så inte kan ske, åligger det myndigheten att antingen upprätthålla kravet sådant det angetts i förfrågningsunderlaget eller avbryta upphandlingen och göra förnyade överväganden i en eventuell ny upphandling (jfr RÅ 2008 ref. 35 och där anmärkta rättsfall om förutsättningarna för ett avbrytande).”

Med hjälp av de upphandlingssystem som är vanligt förekommande idag har upphandlande myndighet möjlighet att se vilka aktörer som har laddat ner det annonserade underlaget. Därmed ges möjlighet att tillse att samtliga de leverantörer som en gång har sett underlaget kan delges förändringar av detsamma. Detta ger den upphandlade myndigheten en möjlighet att frånfalla eller justera ett obligatoriskt krav. I syfte att utreda möjligheten att förändra redan annonserat underlag hade PTS önskat att utredningen resonerade kring den princip som ges till uttryck i ovan nämnda rättsfall i kombination med de tekniska möjligheter som finns i dagens upphandlingssystem. PTS erfarenhet är att det är en stor administrativ börda för både leverantörer och myndigheter om en upphandling måste annonseras om.

Utredningen för i detta avsnitt även ett resonemang kring om upphandlande myndighet i upphandlingsdokumenten ska förbehålla sig rätten att föra en dialog om rättelser, förtydligande eller kompletteringar av anbud. PTS vill i detta avseende lyfta den motsägelse som PTS finner att utredningen här har i sitt resonemang.

Utredningen anger inledningsvis (sista stycket på s. 309) att dialog är kostnadsdrivande och tidskrävande för en leverantör och det bör därför krävas att en upphandlande myndighet anger i upphandlingsdokumenten att dialog kan komma att användas. Vidare rekommenderas att upphandlande myndigheter som regel skriver in i sina upphandlingsdokument att dialog kan komma att användas, för att sedan först efter anbudstidens utgång slutligen bestämma om denna möjlighet ska användas. PTS tolkning är att leverantörerna under annonseringstiden inte kommer få veta om dialog verkligen kommer att användas, vilket skapar en osäker situation för leverantörerna.

Avsnitt 12.4.6 – Tilldelningskriterier

I detta avsnitt utvecklar utredningen sin bedömning av varför det inte behövs några bestämmelser avseende tilldelningskriterier vid tilldelning av kontrakt.

PTS anser att detta är ett av de förslag som kommer att ha störst faktisk betydelse för den upphandlande myndighetens arbete. Förslaget är bra och PTS instämmer i utredningens resonemang kring regleringen i lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner samt hur det är möjligt att använda sig av de upphandlingsrättsliga principerna för att bestämma lämpliga tilldelningskriterier. PTS ser en risk med att det stora tolkningsutrymmet inledningsvis kan öka antalet överprövningar för det fall att upphandlande myndigheter inte har varit tillräckligt tydliga eller på annat sätt uppställt tilldelningskriterier som inte är i enlighet med principerna.

Avsnitt 15.1 – Definitionen av direktupphandling

Utredningen föreslår följande definition av direktupphandling.

”Direktupphandling är upphandling utan obligatorisk annonsering.”

PTS har inga synpunkter på den föreslagna definitionen. Dock kan det faktum att definitionen är så knuten till annonseringen få oönskade konsekvenser i kombination med andra förslag från utredningen där val av upphandlingsförfarande görs beroende av annonsering, se nedan under avsnitt 15.2.1.

Avsnitt 15.2.1 Direktupphandling vid lågt värde

Utredningen föreslår att direktupphandlingsgränsen bestäms till 600 000 kr, av förenklingsskäl. Detta innebär att gränsen inte kommer att vara lika lätt att justera som den är i dagsläget utan det krävs en lagändring för att ändra

gränsvärdet. PTS anser, till skillnad från utredning, att nackdelarna med att ha en i lag angiven exakt siffra väger tyngre än fördelarna.

Dagens gräns må vara svår att exakt hålla reda på, men PTS har inte märkt av några praktiska bekymmer med att dagens gräns är en ojämn siffra. Som upphandlare är det lätt att ha en ungefärlig uppfattning om vad direktupphandlingsgränsen är. Vid en bedömning av om värdet av ett inköp understiger direktupphandlingsgränsen görs oftast en uppskattning. Vid en sådan uppskattning är det inte nödvändigt att kunna relatera till exakt siffra. Om bedömningen är att värdet hamnar nära direktupphandlingsgränsen blir valet att annonsera en förenklad upphandling eller att förändra omfattningen av inköpet.

Med anledning av detta ser PTS inget behov av att ändra direktupphandlingsgränsen till en jämn siffra.

I detta avsnitt nämner utredningen även (sista stycket s. 355) att om en upphandlande myndighet väljer att inte direktupphandla, trots att det är tillåtet, så ska upphandlingen genomföras som en annonspliktig upphandling. Utredningen föreslår att detta ska anges genom en särskild regel.

PTS ställer sig lite frågande till vad utredningen menar med att ”upphandlade myndighet väljer att inte direktupphandla”. För det fall att utredningen avser att upphandlande myndighet väljer att annonsera direktupphandlingen vill PTS i detta hänseende lyfta rättsfallet HFD 3830-17. I domskälen anger Högsta förvaltningsdomstolen att en annonsering av en direktupphandling inte per automatik leder till att upphandlingen lyder under detaljregleringen i LOU. I övrigt om myndigheten skulle välja att inte direktupphandla trots att detta är tillåtet utan istället välja att genomföra en förenklad upphandling, ligger det i sakens natur att detta görs i enlighet med 19 kap. LOU, någon särskild regel gällande detta behövs då inte.

15.2.2 – Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp)

Utredningens intention med täckningsköp är god. PTS ser dock att som förslaget är utformat så kommer det i princip att bli verkningslöst för de flesta myndigheter. Detta eftersom utrymmet för att göra täckningsköp blir mycket begränsat.

Som PTS förstår utredningen är uppfattningen att värdet av täckningsköp ska räknas samman med värdet på den upphandling som prövas i domstol. Utredningen skriver sedan att ”Om det sammanlagda värdet överstiger tillämpligt tröskelvärde, måste utgångspunkten vara att direktupphandling genom täckningsköp inte får användas.” Detta med hänvisning till EU-rätten.

PTS hade önskat att utredningen hade fört ett mer ingående resonemang kring slutsatsen att täckningsköp som tillsammans med den ursprungliga upphandlingen överstiger aktuellt tröskelvärde inte är tillåtet. PTS kan

konstatera att det finns en relativt omfattande och komplex reglering i LOU kring hur delköp av samma vara eller tjänst ska beräknas, se bl.a. 5 kap. 8 § LOU samt 5 kap. 11 § LOU. I dessa lagregler ges myndigheter bl.a. en möjlighet att teckna ett delkontrakt som är värt upp till 80 000 euro utan att behöva annonsera en upphandling över tröskelvärdena, även om detta följs av ett kontrakt av likartade varor eller tjänster som överstiger aktuellt tröskelvärde. Såsom utredningens förslag ser ut i dagsläget har den föreslagna regleringen mycket liten effekt för myndigheter. De upphandlingar som överprövas är oftast av större värde. Det finns dock ingen möjlighet till att göra täckningsköp om värdet är över tröskelvärdet, och endast möjlighet att göra väldigt begränsade täckningsköp om värdet ligger strax under tröskelvärdet. För att öka utrymmet att kunna göra täckningsköp som faktiskt är till nytta för myndigheter föreslår PTS att den nuvarande regleringen kring delkontrakt utreds mer ingående.

Avsnitt 15.3.1 – Information om beslut vid direktupphandlingar

Utredningen föreslår att om en myndighet har begärt in anbud från fler än en anbudsgivare ska myndigheten skriftligen underrätta anbudsgivare när beslut fattats. PTS tycker att detta är ett rimligt förslag då en leverantör givetvis ska få besked om de vinner ett kontrakt eller inte. Vid direktupphandlingar sker anbudslämningen många gånger relativt formlöst, där en representant från myndigheten t.ex. kan ringa, mejla eller göra en förfrågan via en hemsida av vad en vara eller tjänst kostar. Många gånger ligger det nära det som i vanligt tal skulle benämnas marknadsundersökning. Frågan är vad som i dessa hänseenden räknas som ett anbud. Är det så fort en anbudsgivare har angett ett pris till en myndighet, oavsett om det är genom en automatgenererad offerttjänst, eller skulle en myndighet kunna hävda att ett svar inte är tillräckligt formellt eller omfattande för att det ska räknas som ett anbud? Med anledning av detta önskar PTS att definitionen av anbud, i detta hänseende, skulle förtydligas.

Avsnitt 15.3.2 – Dokumentation av direktupphandlingar

Utredningen föreslår att samtliga direktupphandlingar, oavsett värde, ska dokumenteras. Utredningen anger samtidigt att det ligger i sakens natur att dokumentationen av upphandlingar av mindre värden inte behöver vara särskilt omfattande.

PTS anser att detta förslag är en onödig administrativ pålaga för upphandlande myndigheter. Som utredningen själv påpekar finns det annan reglering som kräver att myndigheter måste dokumentera sina inköp, såsom reglering kring arkivering samt bokföring. Att därutöver lägga på en dokumentationsplikt på sätt som föreslås tillför enligt PTS ingenting utan kan snarare bidra till svårigheter avseende hur mycket som behöver dokumenteras i de olika fallen. Detta riskerar i sin tur att leda till att myndigheter väljer ”den säkra vägen” och dokumenterar samtliga direktupphandlingar i enlighet med en och samma mall, vilket i många fall skulle innebära en relativt stor administrativ börda för relativt små inköp. Mot bakgrund av det som utredningen skriver om att många

myndigheter redan sänkt gränsen för dokumentation till lägre belopp än dagens lagkrav anser PTS att det skulle vara ett bättre alternativ att sänka kravet till dokumentation av direktupphandlingar med ett värde som överstiger 50 000 kr.

Del 2 – Vissa regler om överprövningsmål

Avsnitt 21.3.2 – Utredningen överväganden

Detta avsnitt avser utredningens övervägande gällande processkostnadsansvar. PTS anser att, utifrån det uppdrag som utredningen har fått, utredningen har resonerat på ett balanserat och klokt sätt. PTS ställer sig dock tveksam till processkostnadsansvar med hänvisning till de nackdelar som utredningen själva har lyft upp och då främst rättigheten att få ett myndighetsbeslut överprövat, risken att minska möjligheten till deltagande i upphandlingar för små företag samt det faktum att någon förlikning inte är möjlig i denna typ av mål. PTS anser inte att fördelarna, att förhoppningen är att det skulle leda till färre överprövningar, väger tyngre än nackdelarna.

Utredningen skriver som en av fördelarna med processkostnadsansvar att det sannolikt kommer att leda till att leverantörer kommer att överväga andra sätt än överprövning för att påpeka fel och brister i upphandlingar. PTS erfarenhet är att om myndigheten i sin kommunikation visar på en öppenhet och lyhördhet gentemot leverantörerna så leder detta till att myndigheten kontaktas innan en leverantör skickar in en överprövning till förvaltningsrätten, vilket ger myndigheten en möjlighet till omprövning av det som ifrågasätts. Detta gäller såväl under annonseringstiden som efter meddelat tilldelningsbeslut då avtalsspärrens upphörande inväntas. PTS erfarenhet är därför att just den angivna fördelen inte kommer att vara någon egentlig fördel i de flesta fall.

PTS anser dock att utredningens slutsats att det kan finnas ett större incitament för leverantörer att ta in juridisk expertis för att få konsultation om det finns någon möjlighet till framgång för en överprövning är helt korrekt. Detta är något som givetvis leder till ökade kostnader för leverantörer som anser sig orätt behandlade och som vill få en prövning till stånd, och därmed riskerar att missgynna små och medelstora företag.

PTS instämmer även i att det är en stor fördel att prövningen av processkostnader ska ske där de har uppkommit. Dagens reglering som innebär att det är allmän domstol som ska pröva om en leverantör har rätt till ersättning för dessa kostnader är onödigt krånglig och processekonomiskt ofördelaktig.

Avsnitt 21.4.1 – Rätten får förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts skäligena kostnader i målet.

Under underavsnittet ”Avtalet får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse” skriver utredningen att myndighet inte får överklaga en dom där ett avtal förklaras ogiltigt men bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. PTS vill i detta sammanhang lyfta en kammarrättsdom som meddelades den 3 december 2018 (Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3295-18

m.fl.). I denna dom kom kammarrätten fram till att myndighet kunde överklaga förvaltningsrättens dom eftersom förvaltningsrätten i *domslutet* hade angett att avtalet var ogiltigt. Detta har som regel annars endast angetts i *domskälen* och det som enbart anges i domskälen är inte överklagbart. Det finns med hänsyn till denna kammarrättsdom anledning till att fundera över slutsatsen att mål i sådana fall främst har gått leverantören emot.

Avsnitt 22.3.3 – Utredningens överväganden

Detta avsnitt avser utredningens överväganden gällande ansökningsavgifter i mål om överprövning. PTS ställer sig mer positiv till en sådan avgift än till processkostnadsansvaret, då myndigheten inte ser att en ansökningsavgift skulle ha lika negativa effekter för framförallt små företag. En leverantör som räknar på vad en anbudsgivning kan kosta har en möjlighet att förutse en ansökningsavgift på ett annat sätt än vad som gäller ett processkostnadsansvar. PTS vill dock i även detta avsnitt framhålla att den fördel som utredningen anger avseende ett incitament för leverantörer att påpeka fel och brister till myndigheten på annat sätt än genom överprövning inte har någon direkt effekt för myndigheter som har en god dialog med leverantörer och anbudsgivare. PTS har även svårt att se att avgiften kommer att ha någon som helst betydelse för större företag eller vid överprövningar av upphandlingar som avser stora värden.

Avsnitt 22.4.1 – Avgiftens konstruktion, förhållandet till avtalsspärren och effekterna av utebliven betalning

PTS vill här särskilt poängtera att myndigheten tycker att det är bra att utredningen föreslår att det inte bör gälla någon tiodagarsfrist om rätten avvisar ansökan därför att avgiften inte har betalats. Om en sådan avtalsspärr skulle införas ser PTS en risk med att detta blir något som kan sätta i system av leverantörer som önskar förlänga den ursprungliga avtalsspärren.

