

Stockholm den 30 april 2020

R-2020/0292

Till Finansdepartementet

Fi2020/00495/OU

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 10 februari 2020 beretts tillfälle att avge yttrande över promemorian Ändringar i upphandlingsförordningen och förordningen om kollektivtrafik med anledning av regleringen om upphandlingsstatistik.

Sammanfattning

Advokatsamfundet har i huvudsak ingen erinran mot förslagen i promemorian, men finner anledning att lämna vissa synpunkter och kommentarer till promemorians förslag.

Synpunkter

Upphandlingslagstiftningen är en av de mest formaliastyrda regleringarna i svensk rätt och även brister i relativt enkla formaliakrav kan leda till betydande konsekvenser för upphandlande myndigheter och enheter vid en rättslig prövning. Av denna anledning bör höga krav ställas på precision, förutsebarhet och tydlighet i de krav på uppgiftslämning som åläggs upphandlande myndigheter och enheter enligt promemorians förslag. Detta för att säkerställa en rättssäker och inte i onödan betungande efterlevnad av kraven. Enligt Advokatsamfundets uppfattning föreligger det i detta avseende vissa brister i förslaget som enligt vad som framgår nedan bör beaktas vid den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet.

Avseende den föreslagna utformningen av den nya 14 § i upphandlingsförordningen, vill Advokatsamfundet framhålla följande. Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för

offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011 (nedan Genomförandeförordningen), har tjänat som förebild för upprättandet av förteckningen. I den mån Genomförandeförordningen och förslaget avseende de uppgifter som ska lämnas i annonsen är identiska till sina formuleringar, ser Advokatsamfundet ingen anledning att kommentera förslaget. Detsamma gäller kravet i punkterna 4 och 5 på CPV- och NUTS-koder. Avseende punkten 8 i förslaget till den nya 14 § i upphandlingsförordningen föreligger dock en skillnad i förhållande till Genomförandeförordningen i så måtto att information om ”art, omfattning och mängd av det som ska upphandlas” ska anges, dock utan Genomförandeförordningens skrivning att detta alternativt kan lämnas genom en beskrivning av ”behov och krav”. Advokatsamfundet kan inte se någon motiverad anledning till skillnaden, som närmast synes begränsande för de upphandlande myndigheterna och enheterna, och föreslår därför att Genomförandeförordningens text återges i sin helhet i denna punkt.

Rimligen borde vidare annonsen innehålla uppgift om huruvida det är fråga om ett ramavtal eller enskilt kontrakt. Utelämnandet av denna uppgift i förteckningen av den information som ska lämnas i 14 § är inte närmare motiverad.

Det saknas vidare förklaring till varför viss i Genomförandeförordningen efterfrågad information *inte* ska anges i annonserna vid de icke-direktivstyrda upphandlingarna enligt förslaget. Möjligen har i detta avseende hänsyn tagits till att viss i Genomförandeförordningen efterfrågad information är kopplad till regleringar som inte gäller vid upphandlingar på det icke-direktivstyrda området (se 19 kap. 1 § och motsvarande bestämmelser i LUF, LUK och LUFS). Detta gäller till exempel uppgifter om delkontrakt (jfr 4 kap. 17 § LOU), uppgift om alternativa anbud tillåts (9 kap. 16 § LOU) och uppgifter om huruvida elektronisk auktion tillämpats. Det kan inte uteslutas att dessa uppgifter kan vara av intresse ur den statistikansvariga myndighetens perspektiv. Dock borde information om vilket tilldelningskriterium som ska tillämpas (19 kap. 24 §) vara sådan information som ska anges i annonsen även för icke-direktivstyrda upphandlingar. Sådan information borde därvid, likt vad som gäller för Genomförandeförordningen, ingå i uppräknningen i 14 § upphandlingsförordningen. Någon förklaring till varför annonsen inte ska innehålla uppgift om eventuella optioner föreligger (vilket krävs i annonser enligt Genomförandeförordningen), lämnas inte. Detta är en brist enligt Advokatsamfundets förmenande.

Punkten 6 i förslaget kan vidare semantiskt ifrågasättas, eftersom det synes oklart om det är benämningen och/eller diarienummer som efterfrågas. Ordet ”rubrik” synes i detta avseende något diffust.

Punkterna 14 och 15 bör för tydlighetens skull ange ”kontraktet *eller ramavtalets* löptid” respektive ”kontraktet *eller ramavtalets* uppskattade värde”. Detta för att korrelera med övriga skrivningar i upphandlingsförordningen, t.ex. 16 § punkten 5. Advokatsamfundet utgår nämligen från att syftet med den föreslagna lydelsen inte varit att utelämna uppgift om ramavtals löptid och värde från kravet på uppgiftslämnande.

Avseende frågan om värdet av ramavtal och takvolym och att dessa ska framgå av upphandlingsdokumenten enligt det omdiskuterade avgörandet från EU-domstolen (C- 216/17 Coopservice), kan det ifrågasättas om även en sådan uppgift ska lämnas i annonsen. Eftersom Upphandlingsmyndigheten emellertid anser att det finns skäl som talar för att domen inte i sig omedelbart gäller för ramavtal under tröskelvärdena, eftersom det finns olika regler beträffande de olika ramavtalen,¹ anser Advokatsamfundet att det i avvaktan på vägledande domstolspraxis inte bör krävas att uppgift om takvolym efterfrågas i annonsen.

Avseende punkten 14 bör det enligt Advokatsamfundet övervägas om det även bör anges om möjligheter till förlängning föreligger, t.ex. vid ramavtal. I förhållande till den föreslagna regleringen avseende 14 c § föreligger vidare en skillnad i uppgiftslämnande, vilka inte närmare förklaras. Punkten 1 i 14 § borde i konsekvensens namn också föreskriva att namn och organisationsnummer för den upphandlande myndigheten och enheten ska anges, i likhet med punkten 1 i 14 c §.

Avseende punkten 16 har Advokatsamfundet redan i sitt yttrande över promemorian Statistik på upphandlingsområdet (Ds 2017:48) framhållit att de i den promemorian angivna begreppen miljöhänsyn, sociala hänsyn och innovativa lösningar var alltför allmänt formulerade och kunde innefatta många olika situationer.² Advokatsamfundet, som hänvisar till sitt tidigare remissyttrande, konstaterar att de uppgifter som det i nu aktuell promemoria anges att annonsen ska innehålla i dessa avseenden, om än något omformulerade, alltså är alltför allmänt hållna, utifrån de anställda hos upphandlande myndigheter och enheter som har att tillämpa och efterkomma regleringarna.

Ur ett tillämparperspektiv synes kravet på lämnandet av dessa uppräknade uppgifter fortsatt alltför oklart formulerat, vilket riskerar leda till att den lämnade informationen blir mycket skiftande såväl till sin omfattning som till sitt innehåll. Det är därför tveksamt om angivandet av dessa uppgifter, utifrån hur de kommer att utformas av de upphandlande myndigheterna och enheterna, kommer att leda till att det eftersträvade syftet med jämförbar och användbar statistik, kommer att kunna uppnås.³ Det bör under alla omständigheter förtydligas om den föreslagna lydelsen innebär ett krav på en uppgift som ska besvaras med ja eller nej, så att upphandlande myndigheter och enheter inte svävar i ovisshet om vad som ska anges enligt denna punkt.

Advokatsamfundet befarar vidare att kravet på uppgift om huruvida krav eller villkor förekommer i upphandlingen som avser miljöhänsyn, sociala hänsyn, såsom arbetsrättsliga villkor, eller innovation, kommer att besvaras slentrianmässigt med ja, eller mer sällan förekommande nej, av de upphandlande myndigheterna och enheterna. De omständigheter som ligger till grund för svaret torde dessutom vara av kraftigt skiftande

¹ Se Upphandlingsmyndighetens vägledning 2019:3.

² Se Advokatsamfundets remissyttrande den 9 januari 2018 över promemorian Statistik på upphandlingsområdet (Ds 2017:48).

³ Se 2 § i lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik som anger statistiken på upphandlingsområdet ska vara allmänt tillgänglig samt objektiv, relevant, noggrann och jämförbar.

karaktär och skifta från upphandlare till upphandlare, liksom vilken innebörd man lägger t.ex. i begreppet innovation. Vilken nyttskapande och meningsfull effekt uppgiften får hos statistikmyndigheten, om ens någon, kan därför ifrågasättas.

Avseende förslag till ny 14 c § och dess punkter 4 och 8 avseende krav på information om deltagandet av, och tilldelningen av kontrakt till, små- och medelstora företag i den aktuella upphandlingen, gör sig samma kritik gällande som avseende 14 §. Förvisso anges, vilket får anses tillräckligt för att vägleda upphandlande myndigheter och enheter om vilka anbudsgivare som omfattas, att definitionen i EU-kommissionens rekommendation av den 6 maj 2003 om definitionen av mikroföretag samt små och medelstora företag ska gälla också här som vägledning. Advokatsamfundet ifrågasätter dock då varför inte även mikroföretag i så fall ingår i uppräknningen.

Eftersom även antalet anbudsgivare som är små eller medelstora företag ska anges, torde detta ställa höga krav på upphandlande myndigheter och enheter på uppgiftsinhämtning avseende anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet, eftersom uppgifter om anställda och omsättning inte finns allmänt tillgängliga. Detta kan ifrågasättas ur ett rimlighetsperspektiv.

I 14 c § anges vidare att uppgift ska lämnas om det är sannolikt att underleverantörer kommer att användas för utförande av kontraktet. Genomförandeförordningen använder ordet "sannolikt". Det bör förtydligas om detta krav på uppgiftslämnande enbart ska bygga på ett antagande från de upphandlande myndigheterna och enheterna, och då ha ett begränsat värde för statistikmyndigheten, eller vara förenat med ett krav på uppgiftsinhämtning i anbudsfasen för dessa (likt den möjlighet som anges 17 kap. 6–7 §§ LOU).

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander