

PM Rotel I (Dnr KS 2018/1321)

Möjligt, tillåtet och tillgängligt - förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44)

Remiss från Finansdepartementet

Remisstid den 1 februari 2019

Borgarrådsberedningen föreslår att kommunstyrelsen beslutar följande.
Remissen besvaras med hänvisning till vad som sägs i stadens promemoria.

Föredragande borgarrådet Anna König Jerlmyr anför följande.

Ärendet

Finansdepartementet har remitterat betänkandet ”Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål” (SOU 2018:44) till Stockholms stad.

Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler har haft i uppdrag att göra en översyn av lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) i syfte att utreda hur regelverket kan göras enklare och flexiblare. Utredningen har också haft i uppdrag att väga för- och nackdelar med att införa regler om processkostnadsansvar och/eller avgift vid ansökning om överprövning, samt att föreslå hur dessa regler kan utformas.

Utredningen ska också överväga om motsvarande regelverk bör införas också för sådana upphandlingar under tröskelvärdena som regleras i lag (2016:147) om upphandling av koncessioner (LUK) och lag (2011:1029) upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFSS).

Beredning

Ärendet har remitterats till stadsledningskontoret och servicenämnden.

Stadsledningskontoret välkomnar översynen och ställer sig positivt till intentionen att skapa enklare och flexiblare upphandlingsregler på det icke direktivstyrda området.

Servicenämnden delar utredningens uppfattning att de icke direktivstyrda upphandlingarna även fortsättningsvis bör vara reglerade och att dessa regler bör förenklas men även fortsättningsvis utgå från de grundläggande upphandlingsprinciperna.

Mina synpunkter

Utredningen om förenklade upphandlingsprocesser är välkommen och nödvändig.

I dag upplever många upphandlande myndigheter och enheter att processerna är byråkratiska – beslutsförloppen är långa och många överklaganden riskerar att bli mycket kostsamma. Följaktligen avstår många små- och medelstora företag från att lägga anbud. För att Stockholm ska kunna ta del av nya innovationer och utveckla stadens verksamheter, vilket är nödvändigt inte minst för att klara framtidens välfärd, fordras det att regelverken luckras upp och att fler aktörer ges möjlighet att delta i upphandlingar.

Utredningen presenterar delvis fördelaktiga förslag men det finns även delar som motverkar utredningens syfte - att förenkla och skapa flexibilitet i upphandlingsprocesser. Det handlar bland annat om förslaget att de EU-rättsliga principerna fortsatt ska gälla för annonspliktiga icke-direktivstyrda upphandlingar. De vägledande principerna skapar en rigid upphandling med ytterst lite flexibilitet. Exempelvis finns det ingen möjlighet att korrigera formfel på grund av EU:s likabehandlingsprincip och en stor del av överprövningarna avser i själva verket upphandlingarnas förenlighet med principerna. Likabehandling av alla anbud har goda intentioner men konsekvenserna blir oproportionerligt i förhållandet till ändamålet med upphandling, att skapa en sund och god affär. Att inte i efterhand kunna korrigera mindre formaliamisstag i upphandlingar under tröskelvärdet, det vill säga anbud under 2 miljoner, är inte rimligt.

Att behålla reglerna endast på grund av att det finns en god kännedom om de EU-rättsliga principerna, som utredningen pekar på, är inte heller ett tillräckligt starkt skäl. Det är därför beklagligt att utredningen inte närmare har studerat andra mer lämpliga alternativ som i längden kan främja samhällsutvecklingen samtidigt som det säkerställer konkurrenskraften. Som stadsledningskontoret understryker skulle EU:s principer kunna ersättas av en nationell princip vilket skulle lämna utrymme för ett mer anpassat regelverk och därmed möjliggöra för fler upphandlingar som bidrar till Stockholms utveckling och främjar innovation, digitalisering och social hållbarhet. Offentlig upphandling kan med fördel användas som ett verktyg för att pröva nya lösningar och utveckla stadens verksamheter men det fordras att det finns ett regelverk som lämnar ett utrymme för just utveckling och innovation.

Jag föreslår att borgarrådsberedningen föreslår att kommunstyrelsen beslutar följande.

Remissen besvaras med hänvisning till vad som sägs i stadens promemoria.

Stockholm den 2 januari 2019

ANNA KÖNIG JERLMYR

Bilaga

SOU 2018:44 ”Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål”

Borgarrådsberedningen tillstyrker föredragande borgarrådets förslag.

Kommunstyrelsen

Reservation anfördes av Clara Lindblom (V) och Rikard Warlenius (V) enligt följande.

Vi föreslår att kommunstyrelsen beslutar följande.

1. Föredragande borgarrådets förslag till svar på remissen avstyrks
2. Som svar på remissen anförts stadsledningskontorets yttrande
3. Därutöver anförts följande

Utredningen är välkommen och behövlig men har misslyckats i stora delar vilket framgår av stadsledningskontorets professionella yttrande, som i sin helhet ska gälla som stadens yttrande. Trots goda ambitioner lämnar utredningen förslag om enklare och flexiblere upphandlingsregler samt vissa regler om överprövningsmål som motverkar varandra.

Det förvånar oss att finansborgarrådet inte tydligt tar avstånd från förslag som uppenbart missgynnar små företag och idéburen sektor med begränsade resurser och marginaler, exempelvis avsnitten om upphandlingens utformning och processkostnadsansvaret.

Vänsterpartiet delar stadsledningskontorets avvikande uppfattning i förhållande till utredningen om konsekvenserna av förslagen som syftar till ett enklare och flexiblere regelverk. Vi instämmer också i kontorets uppfattning, till skillnad från utredningen, att de negativa konsekvenserna av införande av processkostnadsansvar och ansökningsavgift vid överprövning är så stora att förslagen inte bör genomföras.

Några förslag tillstyrker vi i likhet med stadsledningskontoret. Den stora bilden är dock att utredningen drar fel slutsatser, underlåter att utreda intressanta modeller, avskaffar obligatorium utan att alternativ, skapar nya problem istället för förenklingar, lägger meningslösa förslag och anför svaga eller oklara skäl för ändrad lagstiftning.

Vi delar dessutom uppfattningen i det särskilda yttrandet från TCO om att det alltid bör vara obligatoriskt att ställa arbetsrättsliga villkor i nivå med kollektivavtal i offentlig upphandling, samt att upphandlande myndigheter i högre grad ska ställa villkor i nivå med kollektivavtal på fler områden än de som är obligatoriska enligt gällande lag som tjänstepension och försäkring.

I grund och botten är det tveksamt om utredningen har utgått från de verkliga problemen, som enligt stadsledningskontoret snarare är domstolarnas tolkning av lagstiftningen, ekonomiska incitament som driver vissa leverantörers agerande och domstolarnas långa handläggningstider än regelverket och dess utformning. Här behövs mer resurser till domstolarna och höjd kompetens, vilket dock ligger utanför ramen för denna utredning. Gör om och gör rätt blir uppmaningen till regeringen!

Remissammanställning

Ärendet

Finansdepartementet har remitterat betänkandet ”Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål” (SOU 2018:44) till Stockholms stad.

Uppdraget har varit att föreslå enklare och flexibla upphandlingsregler under tröskelvärdena samt att föreslå regler om processkostnadsansvar samt ansökningsavgift vid överprövning av upphandling.

Beredning

Ärendet har remitterats till stadsledningskontoret och servicenämnden.

Stadsledningskontoret

Stadsledningskontorets tjänsteutlåtande daterat den 22 november 2018 har i huvudsak följande lydelse.

Stadsledningskontoret vill inledningsvis framhålla att initiativet att förenkla reglerna och öka flexibiliteten vid genomförande av icke-direktivstyrda upphandlingar är både välkommet och välbehövligt. Kontoret anser att utredningens ambition och målsättningar för arbetet över lag är mycket goda och håller hög nivå.

Övergripande synpunkter

Stadsledningskontoret ställer sig tveksamt till om de problem inom den offentliga upphandlingen som har föranlett uppdraget till den särskilda utredaren har sin egentliga grund i regelverket och dess utformning, vilket också påverkar kontorets inställning till de föreslagna åtgärderna nedan. Stadsledningskontoret menar att en betydande del av dagens problem på upphandlingsområdet är en följd av hur domstolarna har uttolkat den befintliga lagstiftningen, primärt vad gäller den materiella innebörden av de EU-rättsliga principerna och den inte helt enhetliga rättspraxis som har utvecklats avseende dessa.

I detta sammanhang bör även leverantörernas roll lyftas då det är leverantörerna som har initiativet vad gäller överprövningar och därmed ytterst avgör hur många överprövningsärenden som inleds. Utredningen har i sina principiella utgångspunkter utgått ifrån att den absoluta merparten av leverantörerna till offentlig sektor strävar efter att göra en bra och sund affär. Stadsledningskontoret anser att detta är en korrekt utgångspunkt på en övergripande nivå, men att det i den specifika överprövningssituationen även finns andra incitament som driver vissa leverantörers agerande, såsom ekonomiska incitament i form av potentiell förlust av mångmiljonkontrakt och marknadsandelar. Detta är en aspekt som är svår att komma till rätta med genom lagstiftning utan att samtidigt försämra rättssäkerheten.

En annan aspekt som bidrar till dagens problematiska situation är domstolarnas långa handläggningstider. Stadsledningskontoret menar att inte heller dessa avhjälps genom en ändring av regelverket. De siffror som redovisas i betänkandet ger vid hand att handläggningstiderna förvisso varierar mycket över landet, men att den genomsnittliga handläggningstiden för överprövningsmål är 2,8 månader i första instans och 2,0 månader i andra. Om en upphandlande myndighet eller enhet är belägen i en region med längre handläggningstider i domstolarna än den genomsnittliga innebär det att handläggningstiden nästan alltid är betydligt längre än 5 månader för prövning i två instanser.

Med tanke på att få offentliga aktörer upphandlar varor, tjänster eller byggtreprenader som de inte har ett tämligen angeläget behov av är detta en ohållbar situation.

Stadsledningskontoret menar emellertid att lösningen på problemet främst består av ökade resurser till domstolarna och höjd kompetens hos deras anställda genom ökad specialisering, något som dock ligger utanför ramarna för denna utrednings uppdrag.

Stadsledningskontoret finner det olyckligt att utredningen har valt att behandla betänkandets två områden som relativt självständiga delar; enklare och flexiblare upphandlingsregler å ena sidan och vissa regler om överprövningsmål å andra sidan. Dessa två områden hänger i praktiken mycket intimt samman och måste harmonisera med varandra för att ändringarna i regelverket ska få önskad effekt. Stadsledningskontoret menar att så inte är fallet såsom förslagen är utformade i betänkandet.

De föreslagna ändringarna i en del av regelverket med syfte att stimulera och ge utrymme för ökad kreativitet och variation vad gäller utformningen av upphandlingarna motverkas dessvärre av införandet av ett processkostnadsansvar i en annan del av regelverket, då ett sådant snarast ger incitament till att använda beprövade metoder för att minimera den ekonomiska risken. På samma sätt motverkar de föreslagna reglerna om processkostnadsansvar och ansökningsavgifter bildningen av ny praxis, något som stadsledningskontoret ser som beklagligt eftersom praxis är nödvändig för att närmare utröna innebörden av de nya regler som föreslås i betänkandets första del. Särskilt mot bakgrund av att utredningens förslag om utformning av upphandlingar utgår ifrån de EU-rättsliga principerna, men saknar specifika regler om förfaranden, bedömer stadsledningskontoret att det kommer att finnas ett stort behov av praxis för att uttolka hur en upphandling kan utformas utan att träda principerna för när.

Avslutningsvis vill stadsledningskontoret också framhålla att det inte är ändamålsenligt att inom ett fåtal år tillsätta flera olika statliga utredningar med delvis överlappande uppdrag på samma rättsområde. De allra flesta förändringar av regelverket (oavsett innehåll) medför på kort sikt en börda för dem som ska tillämpa det förändrade regelverket, och på upphandlingsområdet har ändringarna varit många de senaste åren. Det faktum att lagstiftningen ändras så ofta resulterar i att det inte hinner bildas någon tydlig och enhetlig bild av hur regelverket är tänkt att fungera innan det åter ändras. Detta förtar till viss del den förenklande effekt som de föreslagna förändringarna är tänkta att ha.

Stadsledningskontorets synpunkter på de föreslagna lagändringarna redovisas under nämnda rubriker som finns i betänkandets sammanfattning.

Ett enklare och flexiblare regelverk

Stadsledningskontoret delar mot bakgrund av de argument som anförs av utredningen bedömningen att de icke-direktivstyrda upphandlingarna inte bör lämnas oreglerade eller delvis undantagna upphandlingslagstiftningen.

Stadsledningskontoret redovisar nedan (under avsnittet Principer) sin inställning till utredningens förslag att EU-principerna ska vara fortsatt tillämpliga under tröskelvärdet.

Stadsledningskontoret tillstyrker förslaget att reglerna om icke-direktivstyrda upphandlingar inarbetas i de befintliga LOU och LUF. Alla bestämmelser som specifikt tar sikte på offentlig upphandling bör samlas i så få lagar som möjligt, nämligen de upphandlingslagar som idag finns för respektive sektor.

Ett regelverk som motverkar korruption

Stadsledningskontoret instämmer i utredningens bedömning att korruption främst bör motverkas på andra sätt än genom regelreformer. De ändrade regler som utredningen föreslår avseende processkostnadsansvar innebär dock enligt stadsledningskontorets bedömning en ökad risk för korruption då många leverantörer kommer att avstå från att ta till vara sin rätt på grund av den ekonomiska risken en domstolsprocess kommer att föra med sig. Detta innebär totalt sett en lägre grad av granskning av beslutsfattarens agerande och därmed även en lägre risk för att ett korrupt beteende upptäcks. Att den formella talerätten föreslås bevaras oförändrad spelar mot bakgrund av detta mindre roll.

Ett resonemang som utredningen för i avsnittet är att ett komplext regelverk kan leda till överträdelser, vilka i sin tur riskerar att bidra till korruption. Ett enklare regelverk skulle därmed kunna minska risken för korruption genom att minska riskerna för överträdelser.

Stadsledningskontoret menar att detta är en felaktig slutsats, överträdelser av regelverket utgör inte i sig ett led i korruption. För att det ska vara fråga korruption måste även överträdelserna ha skett för att uppnå otillbörlig vinning för beslutsfattaren själv eller annan.

Stadsledningskontorets uppfattning är att många överträdelser sker omedvetet då beslutsfattare inom den upphandlande myndigheten eller enheten saknar tillräcklig kunskap om det komplexa regelverket. I den utsträckning det förekommer medvetna regelöverträdelser har merparten av dessa andra orsaker än korruption, såsom exempelvis att regelverket inte tillåter anskaffningar med kort framförhållning om inte de stränga rekvisiten för synnerlig brådska samtliga är uppfyllda.

Bestämt gränsöverskridande intresse

Stadsledningskontoret instämmer i utredningens bedömning att begreppet inte bör införas oförändrat i lagen. Kontoret anser dock att formuleringen ”kan vara av intresse för någon leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat” inte bidrar i någon större utsträckning till att förtydliga vilka situationer det kan röra sig om. Som utredningen lyfter fram finns det ett antal kriterier som är vägledande vid bedömningen av om ett kontrakt har ett bestämt gränsöverskridande intresse, såsom kontraktsvärde i kombination med ort för utförande eller olika tekniska aspekter och särskilda egenskaper hos produkterna. Kontoret menar att dessa kriterier hade kunnat omnämnas i författningsförslaget som vägledning vid bedömningen.

Som påpekas i betänkandet blir reglering av upphandlingar med ett bestämt gränsöverskridande intresse aktuellt enbart för det fall man avskaffar EU-principerna och inför en nationell princip. Då stadsledningskontoret anser att en nationell princip bör införas för samtliga upphandlingar under tröskelvärdet skulle en reglering av samma slag som av utredningen föreslås för direktupphandlingar bli nödvändig även för övriga upphandlingar under tröskelvärdet.

Stadsledningskontoret delar i övrigt utredningens bedömning att utgångspunkten under tröskelvärdet torde vara att upphandlingarna i normalfallet saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse, samt att bevisbördan för att bevisa motsatsen åvilar den ifrågasättande leverantören.

Principer

Stadsledningskontoret avstyrker utredningens förslag att de grundläggande EU-rättsliga principerna fortsatt ska gälla för de annonspliktiga icke-direktivstyrda upphandlingarna. För att de effekter som eftersträvas med regelförändringen ska kunna uppnås menar kontoret att det krävs en förändring av den grund som upphandlingsregelverket vilar på, nämligen de grundläggande principerna. De upphandlingsrättsliga EU-principerna syftar ytterst till att förverkliga den inre marknaden genom att säkerställa de s.k. ”fyra friheterna” på upphandlingsområdet. Friheterna omfattar fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital, och bildar tillsammans basen för den inre marknaden. I kombination med rättsmedlen utgör de en slags skyddslagstiftning för leverantörer, vilken säkerställer att dessa inte drabbas av offentliga aktörers godtycke och eventuella nationella preferenser vid anskaffningar. Sverige har sedan 2007 valt att införa de EU-rättsliga principerna även för samtliga icke-direktivstyrda upphandlingar istället för den tidigare rådande huvudregeln om affärsmässighet.

Då de upphandlingsrättsliga principerna härstammar från EU-rätten måste de också uttolkas i enlighet med EU-domstolens praxis, och kan inte ges en annan innebörd i nationell rättstillämpning. Stadsledningskontoret menar att mycket av den begränsning som upphandlande myndigheter och enheter idag upplever i möjligheten att göra goda affärer och att vara flexibla är hänförliga till EU-principerna - inte till förfarandereglererna som sådana.

Principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet får ett mycket starkt genomslag även i de icke-direktivstyrda upphandlingarna och den domstolspraxis som finns avseende dessa begränsar till viss del utrymmet att vara affärsmässig. Ett exempel är svårigheterna som likabehandlingsprincipen förorsakar vid hantering av anbud som är behäftade med formfel men som i övrigt är konkurrenskraftiga. En stor del av överprövningarna på det icke-direktivstyrda området avser huruvida olika utformningar av

upphandlingsdokument samt myndigheters och enheters agerande vid genomförandet av upphandlingar är förenliga med principerna. Vad ansökningarna om överprövning grundar sig på är emellertid ingenting som har kartlagts av utredningen, även om en sådan studie rimligtvis hade varit av intresse för att ta reda på vilken eller vilka delar av regelverket som upplevs som svårtillämpade eller som leder till att reglerna brister i flexibilitet.

Stadsledningskontoret bedömer att domstolarna även framgent är bundna av EU-domstolens och sina egna tidigare uttorkningar av principernas innebörd. Att ändra eller ta bort vissa förfaranderegler, eller att byta begrepp från exempelvis "rättelser och kompletteringar" till "dialog", kommer därför i realiteten inte att kunna ge någon nämnvärt ökad flexibilitet då principerna och tillhörande praxis även fortsättningsvis sätter ramarna för den upphandlande myndighetens eller enhetens handlingsutrymme.

Stadsledningskontoret menar att de målsättningar utredningen har satt upp för översynen av regelverket bättre kan uppnås genom införandet av en nationell princip - i enlighet med utredningens förslag för direktupphandlingar - som är tillämplig för samtliga icke-direktivstyrda upphandlingar. Kontoret bedömer att en sådan princip exempelvis skulle ge de upphandlande myndigheterna och enheterna ett större utrymme att upphandla innovationer. Kontoret anser att en nationell princip kombinerad med krav på annonsering av kontrakt över direktupphandlingsgränsen, dokumentation av upphandlingens genomförande, möjlighet till insyn samt en bibehållen rätt att ansöka om överprövning skulle kunna ge ett både enklare och flexiblare regelverk. Detta utan att försämra rättssäkerheten för leverantörerna eller öppna upp för ökad korruption. Stadsledningskontoret ser också att

Av utredningens betänkande framgår inga andra skäl för att behålla de EU-rättsliga principerna än att de är kända av upphandlande myndigheter och enheter. Detta kan inte anses vara ett tillräckligt tungt vägande skäl för att inte ytterligare undersöka om någon annan ordning skulle kunna vara mer lämplig för att uppnå syftet med översynen. Utredningen har exempelvis i sin internationella utblick lyft fram Danmark och Finland (där EU-principerna inte tillämpas för icke-direktivstyrda upphandlingar) som intressanta exempel, men sedan valt att fokusera på den norska modellen istället.

I den norska modellen gäller mellan 100 000 NOK och 1,1 miljon NOK endast ett fåtal regler, och det finns inget absolut annonseringskrav. Däremot gäller EU-principerna. Proportionalitetsprincipen är i norsk rätt styrande för de övriga principernas tillämpning, och den proportionalitetsbedömning som görs tar som utgångspunkt den upphandlande myndighetens arbetsinsats. Stadsledningskontoret ser dock inte hur denna tolkning är förenlig med EU-domstolens praxis där proportionalitetsprincipen förenklat innebär att upphandlande myndigheter inte får uppställa omotiverat höga krav på leverantörerna eller på varan/tjänsten. Kontoret menar därför att det hade varit av större intresse att undersöka de danska och finska modellerna.

Stadsledningskontoret tillstyrker förslaget om att införa en nationell princip för icke-annonspliktiga upphandlingar, det vill säga för direktupphandlingar. Principen påminner om den tidigare tillämpade "affärsrämsighetsprincipen" med ett krav på att konkurrensen alltid ska tillvaratas om det inte medför orimliga kostnader i förhållande till kontraktets värde. Stadsledningskontoret bedömer att en sådan princip ger en god grund för att göra bra affärer samtidigt som kraven på saklighet, opartiskhet, insyn och dokumentation säkerställer leverantörernas rätt.

Stadsledningskontoret menar att denna principens tillämplighet borde utsträckas till att omfatta samtliga upphandlingar under tröskelvärdet. Så som utredningens förslag är utformat innebär det att det kommer att finnas tre olika regelsystem inom både LOU och LUF beroende på kontraktets värde, och utöver detta tillkommer de särskilda regler om välfärdstjänster som träder i kraft vid årsskiftet. För upphandlingar av tjänster som inte är sociala eller andra särskilda tjänster och som genomförs av en kommun enligt LOU innebär det att två olika grundprinciper kan vara tillämpliga inom ett spann av strax över 2 miljoner SEK, med de gränsdragningsproblem som detta medför. Stadsledningskontoret anser inte att den föreslagna ordningen utgör en förenkling på det icke-direktivstyrda området.

Upphandlingens utformning

Stadsledningskontoret vill inledningsvis framhålla att det är en mycket utmanande uppgift att föreslå ”enklare” regler. Begreppet förenkling är komplext och innebörden av det till stor del beroende av vem som är målgruppen för förenklingen. Utredningen uppmärksammar och problematiserar denna aspekt i betänkandet. En bärande tanke i utredningens resonemang förefaller ändå vara att enklare regler innebär färre regler då förslagen i betänkandet i stor utsträckning innebär att regler ska tas bort, åtminstone ur lagtexten. Stadsledningskontoret anser att denna premiss till viss del är felaktig; hur enkelt ett regelverk är att tillämpa är snarare en fråga om vad som stadgas i reglerna än om hur många dessa är till antalet. Få men otydliga regler är inte nödvändigtvis enklare att tillämpa än många och detaljerade eftersom de kräver större kännedom om oskrivna regler och domstolspraxis. Denna aspekt blir särskilt viktig vad gäller upphandlingslagstiftningen mot bakgrund av att många upphandlare och leverantörer varken är jurister eller uppdaterade på all domstolspraxis. Å andra sidan blir ett alltför stort antal detaljerade regler svårtillämpat även det på grund av sin överskådlighet.

Utredningen belyser denna omständighet men anger att den bedömer att ”det är möjligt att ge det icke-direktivstyrda regelverket ett mindre detaljerat innehåll utan en sådan ovälkommen kantring”. Stadsledningskontoret kan inte ur betänkandet utläsa på vilken grund denna bedömning vilar, eller på vilket sätt utredningens förslag till regeländringar skulle motverka dessa negativa effekter.

Stadsledningskontoret avstyrker utredningens förslag om att ta bort regler om hur en upphandling ska utformas. Såsom förslaget är utformat kommer ett stort ansvar vila på de upphandlande myndigheterna och enheterna för att i upphandlingsdokumenteten beskriva hur upphandlingen ska genomföras. Det innebär i praktiken att upphandlingsdokumenteten riskerar att bli ännu mer omfattande och därmed svårtillgängliga. Omfattande och svårtillgängliga upphandlingsdokument beskrivs redan idag som ett hinder för att delta i offentliga upphandlingar, framför allt för små och medelstora företag samt den idéburna sektorn.

Utredningen föreslår även att regler som ändå ska finnas om hur upphandlingsdokumenteten ska utformas ska flyttas från LOU och LUF till en förordning. Stadsledningskontoret menar att detta i praktiken bara innebär att det tillkommer ytterligare en källa – utöver lag och rättspraxis - att hålla ordning på vid utformningen av upphandlingsdokumenteten eller deltagandet i en upphandling. Eftersom utredningen gör bedömningen att reglerna trots allt behövs menar stadsledningskontoret att de bör finnas kvar i LOU och LUF i enlighet med det resonemang som fördes ovan om nyttan av att inte införa separata lagar för upphandlingar på det icke-direktivstyrda området. Dessa regler är inte heller av sådan karaktär att de förändras från tid till annan då de är utflöden av EU-principerna, varför stadsledningskontoret inte kan se något skäl till varför de bör regleras i just en förordning.

Vissa av de regler som föreslås lyftas från lagtexten och istället inarbetas i upphandlingsdokumenteten är dessutom av så generell karaktär att den eftersträlvade nyttan – att i större utsträckning kunna anpassa genomförandet efter upphandlingsföremålet – endast blir illusorisk. Det faktum att bestämmelserna särskilt måste omnämnas i upphandlingsdokumenteten för att vara tillämpliga innebär att regelverket blir krångligare att använda snarare än enklare. Ett exempel är bestämmelserna om att rättelser och kompletteringar får tillåtas. Stadsledningskontoret återkommer till just dessa förslag nedan under rubriken ”Dialog”.

Stadsledningskontoret vill i det här sammanhanget särskilt framhålla de negativa effekter som förslaget kan få för leverantörsmarknaden, och på sikt för den offentliga affären. Förslaget innebär att en leverantör alltid måste vara ytterst observant på vad som står om upphandlingens genomförande för att kunna delta och eventuellt agera för tillvarata sin rätt om det krävs. Med tanke på att det står den upphandlande myndigheten eller enheten fritt att utforma varje upphandling på olika sätt ställer det mycket höga krav på leverantörerna till offentlig sektor. Ett stort problem inom den offentliga upphandlingen är att det i många upphandlingar inkommer för få anbud och att konkurrensen brister. Stadsledningskontoret

menar att ett avskaffande av förfarandereglerna inte kommer att öka den offentliga sektorns attraktivitet som affärspartner i stort.

Utredningen motiverar förslaget med att upphandlingarnas utformning bättre ska kunna anpassas till upphandlingsföremålet. Stadsledningskontoret uppfattar inte att dagens förfaranderegler i någon större utsträckning utgör en begränsning, tvärtom tydliggör reglerna vad EU-principerna (som även fortsatt föreslås vara tillämpliga) i praktiken innebär. I stort sett alla regler om hur upphandlingar ska genomföras är utflöden av en eller fler av de EU-rättsliga principerna, vilka utredningen särskilt påpekar måste efterlevas vid utformningen av upphandlingen. De regler om genomförande som finns idag under tröskelvärdet är inte särskilt detaljerade och ger goda möjligheter att nå ett bra resultat, samtidigt som de utgör en gemensam referensram för både upphandlande myndigheter och leverantörer att förhålla sig till. Stadsledningskontoret anser att det är betydligt svårare att förhålla sig till generella principer som gemensamma ”spelregler”.

Stadsledningskontoret ställer sig också tveksamt till om den eftersträvade effekten, i den mån det överhuvudtaget finns ett behov av ytterligare frihet att anpassa utformningen av processen, kommer att uppnås genom förslaget. Många upphandlande organisationer kommer med stor sannolikhet att ta fram kvalitetssäkrade mallar och standardskrivningar för upphandlingsdokument för att om möjligt undvika överprövningar. Detta kommer särskilt att bli aktuellt om utredningens förslag om införande av processkostnadsansvar blir verklighet. Den ökade anpassning av utformningen som utredningen eftersträvar riskerar i praktiken att omintetgöras av dels den snäva rättspraxisen hänförlig till EU-principerna, och dels den ekonomiska risken som processkostnadsansvaret för in i upphandlingsprocessen.

Dialog i upphandlingar

Stadsledningskontoret ser både ett stort behov av och en stor nytta med en ökad dialog inom offentlig upphandling, såväl under som innan och efter upphandlingsprocessen. Då utredningens uppdrag är att se över upphandlingsreglerna kan deras förslag enbart avse den del av kontakterna som infaller under upphandlingsprocessen. Detta leder till en olycklig effekt av förslaget då ”under”-fasen är den fas i upphandlingsprocessen där minst kontakter är tillåtna och möjligheten till någon egentlig dialog är minst. Den kommunikation som kan ske under en pågående upphandling sker till stor del på den upphandlande myndighetens eller enhetens initiativ och kan bara ske under förutsättning att likabehandlingsprincipen inte åsidosätts. Det rör sig primärt om rättelser, förtydliganden och kompletteringar av inkomna anbud samt förhandlingar. Att införa begreppet ”dialog” ger intryck av att utrymmet att föra dialog har utvidgats materiellt och att parterna skulle vara mer jämlika, vilket är förvirrande och missvisande både för dem som genomför upphandlingar och för dem som deltar i dem.

Utredningen konstaterar att inlämnade anbud ofta uppvisar brister av olika slag, vilket stadsledningskontoret instämmer i. Utredningen menar att det är ”nödvändigt att lagstiftningen förhåller sig till denna realitet, och möjliggör rättelser och kompletteringar av anbud och anbudsansökningar när så kan ske utan att de grundläggande principerna träds för när”. Stadsledningskontoret instämmer till fullo i behovet av en ökad flexibilitet i den här delen, men kan utifrån betänkandet inte utläsa var i skillnaden och det ökade utrymmet skulle ligga jämfört med dagens reglering. Det är även idag tillåtet att rätta, förtydliga och komplettera så länge likabehandlingsprincipen upprätthålls. Att döpa om dessa inarbetade begrepp till samlingsbegreppet ”dialog” innebär inte att likabehandlingsprincipen kan tolkas på något annat och generösare sätt än hittills.

Utredningens förslag innebär också att användningen av dialog förutsätter att denna har ”påannonserats” i upphandlingsdokumenten. Av dessa ska framgå både om dialog kommer, eller kan komma, att användas och vad den i så fall kan omfatta. Stadsledningskontoret ser en risk i en sådan utformning eftersom ingen form av rättelser eller kompletteringar är tillåtna om den upphandlande myndigheten eller enheten har förbisett att ange detta i upphandlingsdokumenten, eller inte har gjort det på ett tillräckligt tydligt sätt. Regleringen kan i praktiken innebära att dialog till och med kan komma att användas i mindre omfattning än idag. Det är också förknippat med stora svårigheter att i förväg kunna ange vad dialog i

form av förhandlingar kan avse. Vad man förhandlar om beror på hur anbudena är utformade, detta eftersom förhandlingen syftar till att anpassa inkomna anbud till tilldelningskriterierna.

Mot bakgrund av ovan avstyrker stadsledningskontoret förslaget.

Förfarandebestämmelser för icke-direktivstyrd upphandling

Stadsledningskontoret ställer sig i huvudsak positivt till förslagen i detta avsnitt men avstyrker förslaget om att det inte längre ska vara obligatoriskt att hänvisa till CPV-nomenklaturen. Utredningen framhåller att CPV-kodningen uppfattas som besvärlig av upphandlande myndigheter och enheter, samt att koderna inte alltid används rätt. Kontoret instämmer i detta, men då utredningen inte föreslår någon alternativ metod finner stadsledningskontoret det svårt att förstå hur leverantörer på ett tidseffektivt sätt ska kunna hitta de affärsmöjligheter som är intressanta för just dem. De flesta leverantörer prenumererar idag på tjänster som sorterar upphandlingar utifrån angivna CPV-koder, och om upphandlande myndigheter och enheter inte längre ska använda CPV-koder menar stadsledningskontoret att något annat system måste föreslås istället för att säkerställa att förenklarna inte drabbar leverantörerna. Det framgår inte av betänkandet om utredningen möjligtvis utgår ifrån att koderna även fortsättningsvis av praktiska skäl ändå kommer att användas eftersom upphandlingssystemen oftast förutsätter CPV-kodning vid annonsering. Om detta är fallet ser stadsledningskontoret det som en bättre lösning att CPV-kodningskravet behålls.

Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Stadsledningskontoret ställer sig positivt till utredningens förslag vad gäller en enhetlig reglering av samtliga sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Den nuvarande ordningen med särskilda regler för välfärdstjänster skapar alltför många nivåer och varianter inom regelsystemet. Detta utan tungt vägande sakskaal som motiverar en sådan komplexitet.

Stadsledningskontoret anser dock att det för dessa upphandlingar bör gälla en annonseringsplikt vid ett lägre värde än ca 7,1 miljoner SEK. En annonsering är typiskt sett det effektivaste sättet att uppsöka konkurrens och att meddela marknaden och leverantörerna om affärsmöjligheten. Tröskelvärdet på 7,1 miljoner SEK är ett så högt belopp att det finns såväl samhällsekonomiska som marknadsvårdande skäl att använda sig av annonsering redan vid lägre kontraktsvärden. Det kan tänkas att det följer av den nationella principen att annonsering blir nödvändig för att tillvarata konkurrensen vid ett lägre belopp än 7,1 miljoner SEK. Stadsledningskontoret menar att detta är ett olämpligt och osäkert sätt att reglera en fråga som har så stor påverkan på marknaden och leverantörernas möjligheter att hitta och delta i offentliga upphandlingar.

Krav på annonsering bör istället lämpligen gälla från ca 2 miljoner SEK, i enlighet med regleringen av välfärdstjänster som träder i kraft den 1 januari 2019. Enligt dessa regler uttrycks tröskelvärdet för annonsering emellertid som en procentsats av EU-tröskelvärdet. Stadsledningskontoret anser att även detta tröskelvärde bör anges som ett nominellt belopp för att harmonisera med denna utrednings förslag om hur direktupphandlingsgränsen ska anges.

Stadsledningskontoret ser dock inte att även EU-principerna därmed bör göras tillämpliga under tröskelvärdet för sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Direktupphandling

Stadsledningskontoret tillstyrker förslaget till ny definition av vad som utgör en direktupphandling. Utredningens förslag är att det ”med direktupphandling ska avses en upphandling utan obligatorisk annonsering”. Den föreslagna definitionen ligger betydligt närmare hur merparten av dem som gör upphandlingar skulle förklara begreppet än den nu gällande definitionen (”upphandling utan krav på anbud i viss form”). En anpassning av regelverket till hur det i praktiken uppfattas, där avsaknad av annonseringskrav är en betydligt mer relevant omständighet än vilken form anbudet får ha, utgör en reell förenkling. Stadsledningskontoret anser vidare att det även är en välkommen förenkling att uttrycka tröskelvärdet för direktupphandling (direktupphandlingsgränsen) i nominella belopp istället

för som procentsatser av EU-tröskelvärdena. Stadsledningskontoret tillstyrker även i denna del utredningens förslag.

Vad gäller den del av förslaget som avser täckningsköp vid överprövning anser stadsledningskontoret att intentionen är god och att det finns ett behov av att klargöra vilket utrymme som finns för att direktupphandla när kontraktsvärdet överstiger direktupphandlingsgränsen. Detta specifikt i situationerna när avtal inte kan ingås på grund av en pågående överprövning, när avtal inte kan ingås på grund av domstolsbeslut om att upphandlingen ska rättas eller göras om, och när domstolen fattar interimistiskt beslut om att avtalet inte får fullgöras på grund av överprövning av avtalets giltighet.

Så som reglerna föreslås utformas anser stadsledningskontoret dock att syftet med dessa förfelas. Det faktum att direktupphandling även under tröskelvärdet enligt förslaget bara får användas vid anskaffningar som är nödvändiga för att tillgodose angelägna behov riskerar att göra tillämpningsområdet nästan lika snävt som motsvarande reglering på det direktivstyrda området. För de direktivstyrda upphandlingarna finns regler som möjliggör förhandlat förfarande utan föregående annonsering (i praktiken direktupphandling) om det har förelegat synnerlig brådska. Med synnerlig brådska avses att de normala tidsfristerna för annonsering i upphandlingslagstiftningen inte kan hållas. Utöver detta krävs även att anskaffningen är absolut nödvändig, samt den åberopade brådskan inte beror på eller hade kunnat förutses av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Stadsledningskontoret menar att utredningen genom att föra in rekvisiten att anskaffningarna ska vara "nödvändiga" samt att behoven ska vara "angelägna" urholkar den införda möjligheten att göra täckningsköp, och även fortsättningsvis gör den till ett undantag. Därutöver skapar rekvisiten samma osäkerhet som idag kring när denna möjlighet är tillgänglig eftersom uttolkningen av rekvisiten överlämnas åt domstolarna.

Stadsledningskontoret finner det också olyckligt att utformningen av reglerna har kommit att ligga så nära den ordalydelse som gäller för de direktivstyrda upphandlingarna, utan att för den sakens skull vara identisk. Detta skapar risk för sammanblandning med de redan befintliga (och inte helt lättillämpade) reglerna, och utgör i praktiken inte en förenkling då det istället bildas två parallella regleringar av samma situation med vissa smärre - men avgörande - skillnader.

Stadsledningskontoret ställer sig negativt till den metod som utredningen föreslår för hur kontraktsvärdet av täckningsköpet ska beräknas. Utredningen menar att man vid beräkningen av värdet av täckningsköpet ska tillämpa de direktivstyrda beräkningsreglerna. Dessa innebär enligt utredningen att man ska lägga samman täckningsköpet med åtminstone värdet av den överprövade upphandlingen, och eventuellt även med värdet av andra anskaffningar. Värdet av täckningsköpet beräknat enligt de direktivstyrda beräkningsreglerna får då inte överstiga tröskelvärdet. Stadsledningskontoret ser inget skäl till varför de direktivstyrda beräkningsreglerna ska tillämpas vid beräkningen av värdet för ett täckningsköp. Beräkningsreglerna syftar primärt till att upphandlande myndigheter och enheter inte ska kunna dela upp ett kontrakt i flera kontrakt för att på så vis undandra det från konkurrensutsättning på den inre marknaden.

Stadsledningskontoret menar att den situation som föreligger när ett täckningsköp aktualiseras är radikalt annorlunda. Detta eftersom myndigheten eller enheten för det första redan en gång har tillämpat beräkningsreglerna för att fastställa vilka annonseringsregler som var tillämpliga, och för det andra inte har haft någon möjlighet att förutse det behov som skulle uppkomma till följd av överprövningen när beräkningen gjordes. Det kan således inte vara fråga om en medveten uppdelning i syfte att undgå annonseringsplikten, varför det inte heller är lämpligt att tillämpa direktivens beräkningsregler. Kontoret menar mot bakgrund av detta att värdet för det aktuella täckningsköpet ska vara det enda relevanta värdet vid bedömningen, och att detta måste ligga under tröskelvärdet för att täckningsköpet ska kunna genomföras som en direktupphandling enligt de föreslagna reglerna.

Vad gäller dokumentationsplikten avstyrker stadsledningskontoret utredningens förslag att, med samma utformning som idag, utöka denna till att omfatta alla direktupphandlingar

oavsett värde. Innebörden av dokumentationsplikten är idag mycket långtgående om man ser till ordalydelsen, men den gäller först från 100 000 SEK. Skälet till denna omfattande dokumentationsplikt är sannolikt att regeln om dokumentation idag är utformad med utgångspunkt i de annonserade icke-direktivstyrda upphandlingarna med högre kontraktsvärde. Regeln har sedan i oförändrad form gjorts tillämplig även för direktupphandlingar i samband med höjning av direktupphandlingsgränsen från 15 % till 28 % av EU-tröskelvärdet.

Dokumentationsplikten ska enligt föreslagen regel avse ”genomförandet av en direktupphandling” och vara tillräcklig för att motivera ”de beslut” som har fattats ”under upphandlingens samtliga skeden”. För det första kopplar ”upphandlingens samtliga skeden” till tidpunkten då en upphandling kan anses vara påbörjad och avslutad, något som inte regleras i lagen. För det andra omfattar ”de beslut myndigheten eller enheten fattar” alla möjliga typer av beslut som fattas i anslutning till en anskaffning. Stadsledningskontoret menar att detta är en olämplig utformning då de flesta som genomför direktupphandlingar inte har kännedom om praxis kring tidpunkten för en upphandlings påbörjande, eller ens vilka typer av beslut som omfattas.

Utredningen framhåller även att dokumentationen av upphandlingar av mindre värden inte behöver vara särskilt omfattande, utan att ett kvitto eller en faktura räcker. Stadsledningskontoret menar att utformningen av paragrafen i så fall bör ändras då denna idag tar sikte på genomförandet av en upphandling – inte köpet som sådant. Det torde typiskt sett snarare handla om dokumentation av vilken konkurrensutsättning som har skett, eller varför ingen sådan förekommit, än om dokumentation av själva transaktionen. Vad gäller den dokumentation som utredningen tar som exempel (kvitton och fakturor) vill kontoret särskilt framhålla att då det finns krav i annan lagstiftning, exempelvis redovisningslagar och bokföringslagar, som föreskriver en viss hantering blir den föreslagna regleringen inte en förenkling, utan tvärtom betungande för upphandlande myndigheter och enheter. Dokumentation av genomförandet är inte heller ett särskilt effektivt verktyg i syfte att kontrollera att direktupphandlingsgränsen inte överskrids. För detta ändamål räcker det med att samla information om vad som har köpts, när det har köpts, av vem och till vilket belopp. Det kräver inte motivering av alla beslut under en upphandlings samtliga faser.

Avslutningsvis avstyrker stadsledningskontoret den föreslagna regeln om att en upphandling som får genomföras som en direktupphandling ska göras med tillämpning av reglerna för annonspliktiga upphandlingar om man väljer att inte tillämpa direktupphandling. Säsom stadsledningskontoret uppfattar regelns innebörd fyller den ingen funktion, då det den egentligen säger är att lagen ska tillämpas på upphandlingar som faller inom dess tillämpningsområde. Om man väljer att inte genomföra upphandlingen med användning av det enklaste förfarandet innebär detta självklart inte att lagen upphör att vara tillämplig, utan enbart att man är hänvisad till återstående regler vilka ställer högre krav på myndigheten eller enheten. Att lagar gäller är emellertid enligt stadsledningskontorets uppfattning en grundförutsättning för all lagstiftning och för hela rättssystemet, och ingenting som behöver fastslås särskilt i lagbestämmelser.

Rätten att ansöka om överprövning

Stadsledningskontoret tillstyrker utredningens förslag att lämna rätten att ansöka om överprövning i princip oförändrad. Kontoret anser inte att en begränsning av rätten att ansöka om överprövning är rätt väg att gå för att minska antalet överprövningar, och särskilt inte om det samtidigt dessutom genomförs betydande ändringar av regelverket. Det kommer under flera år framöver vara av stor vikt att domstolarna får möjlighet att tydliggöra innebörden av de nya bestämmelserna.

Ett processkostnadsansvar i överprövningsmål

Stadsledningskontoret avstyrker förslaget om införande av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål. Skälen till att kontoret ställer sig negativt är flera. Utredningen har i betänkandet lyft flera olika tillämpningsproblem och oönskade effekter om ett sådant ansvar införs. Utredningen konstaterar också att de allra flesta intressenter som den varit i kontakt

med är negativa till införandet av ett processkostnadsansvar. Stadsledningskontoret utvecklar i det följande skälen till att förslaget avstyrks.

Utredningen lyfter ett antal nackdelar med att införa ett processkostnadsansvar, bland annat att finns en risk för att leverantörer kommer att avstå från att tillvarata sin rätt på grund av den ekonomiska risk detta innebär. Stadsledningskontoret ser denna risk som mycket allvarlig, särskilt som det är rimligt att anta att den främst kommer att drabba de små företagen med begränsade resurser och små marginaler. Möjligheten att få sina kostnader ersatta om man väljer att ansöka om överprövning uppväger för dessa aktörer sannolikt inte risken att få stå myndighetens eller enhetens kostnader. Så som rättsläget ser ut idag har en leverantör redan möjlighet att få sina rättegångskostnader ersatta. Det innebär att de positiva effekter på rättssäkerheten som utredningen menar att möjligheten att få sina kostnader ersatta genom ett processkostnadsansvar kan medföra, redan genom den ordning som gäller idag kan uppnås. Detta utan den försämring av de små leverantörernas rättssäkerhet som stadsledningskontoret bedömer att ett sådant ömsesidigt ansvar innebär.

Uteblivna överprövningar innebär även att innebörden av de nya reglerna inte klargörs genom domstolspraxis. Stadsledningskontoret drar slutsatsen att den stora delen av de överprövningar som undviks genom införande av ett processkostnadsansvar är upphandlingar på den icke-direktivstyrda området. För att uppväga den ekonomiska risken vid överprövning krävs ett kontrakt av ganska stort värde för att affären totalt sett (inklusive domstolsprocessen) inte ska ge för små marginaler. De icke-direktivstyrda upphandlingarna har sannolikt inte tillräckligt höga kontraktsvärden för att det totalt sett ska vara affärsmässigt motiverat att ansöka om överprövning av dem. Stadsledningskontoret finner detta särskilt olyckligt då dessa regler är nya och innebörden av dem kan behöva uttolkas av domstol.

En annan nackdel som utredningen lyfter fram är att processkostnadsansvaret kan få kännbara effekter även för upphandlande myndigheter och enheter. All tillgänglig statistik pekar på att de offentliga aktörerna vinner fler mål än de förlorar. Utredningen har dock inte undersökt hur överprövningarna fördelar sig. Vissa myndigheters och enheters upphandlingar blir på grund av kontraktsvärde och typ av verksamhet oftare överprövade, och processkostnadsansvaret kommer därför att bli mer kännbart för vissa aktörer än för andra.

Utredningen påpekar också att det inte heller är ovanligt att flera leverantörer ansöker om överprövning av en och samma upphandling. Det innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten som förlorar målet kan bli skyldig att ersätta flera olika motparters kostnader. Det förekommer även att samma upphandling blir föremål för successiva överprövningar, exempelvis om en upphandlande myndighet eller enhet till följd av en dom meddelar ett nytt tilldelningsbeslut som i sin tur blir föremål för överprövning. Stadsledningskontoret menar att dessa effekter är svåra både att förutse och att undvika.

Stadsledningskontoret vill mot bakgrund av detta lyfta de praktiska problem som ett processkostnadsansvar medför vid budgetering av all slags verksamhet som överhuvudtaget omfattar anskaffningar av något slag. Upphandlande myndigheter och enheter är sedan flera år tillbaka vana vid att tidsaspekten för att få ett avtal på plats är svår att bedöma, men med utredningens förslag tillkommer även en stor oförutsebarhet vad gäller totalkostnaderna för anskaffningarna. Ur ett verksamhetsplanerings- och budgeteringsperspektiv riskerar förslaget att få orimliga följder.

Ytterligare en negativ praktisk aspekt av att införa ett processkostnadsansvar är den ökade flexibilitet och anpassning av utformningen av upphandlingar som eftersträvas i andra delar av förslaget hämmas av den ekonomiska risk som ett processkostnadsansvar medför. Det har i ett flertal utredningar och studier konstaterats att upphandlare inom offentlig sektor behöver bli mer kreativa och innovativa och föra mer dialog med marknaden. Många upphandlande myndigheter och enheter har även definierat detta som mål för upphandlingsverksamheten då de ser detta som en möjlighet att kunna möta framtida utmaningar inom verksamheterna. Ett processkostnadsansvar i kombination med nya regler för utformningen av upphandlingar riskerar att cementera de beprövade metoderna och lägga en död hand över den utveckling som har tagit fart under senare år.

En annan aspekt som lyfts av utredningen är att själva syftet med processkostnadsansvaret i allmän domstol är att ge parterna incitament att förlikas utan domstolsprocess - något som inte är möjligt i överprövningsmål. Den ekonomiska risk som ett processkostnadsansvar medför riskerar att tvinga den ekonomiskt svagare parten att ändra sitt agerande utefter den starkares önskemål, och accentuerar totalt sett styrkeförhållandet parterna emellan till förmån för den starkare parten. Stadsledningskontoret ser inte att detta är en önskvärd utveckling då den riskerar att kraftigt försämra rättssäkerheten.

Utredningen framhåller även att ett processkostnadsansvar kan minska effektiviteten i överprövningsprocessen. Förvaltningsdomstolarna saknar erfarenhet av att handlägga frågor om processkostnadsansvar, och utredningen ser en risk för att detta kan medföra ännu längre handläggningstider för överprövningsmål i domstol. Stadsledningskontoret ser detta som högst sannolikt. Till detta kommer även den ökade kommunikation som skälighetsbedömningen vid fördelningen av processkostnaderna medför. Domstolarna kan behöva undersöka omständigheterna i målet, hur parterna har agerat, samt vad som legat till grund för olika beslut för att på ett rättvist sätt kunna fördela kostnaderna. Stadsledningskontoret ser en överhängande risk för att detta ytterligare förlänger domstolarnas redan långa handläggningstider.

Vidare lyfter utredningen svårigheterna att avgöra vilken part som är att betrakta som vinnande respektive förlorande i olika situationer, samt även svårigheterna att fördela kostnader i mål där tredje parter inträtt i processen. Utredningen konstaterar att dessa frågor är svåra att reglera i lag och därför bör överlämnas till rättstillämpningen. De exempel på utfall av processkostnadsansvaret i olika typsituationer som utredningen redovisar i betänkandet ligger till viss del långt ifrån vad som är gängse uppfattning bland praktiker om vilken part som är att betrakta som vinnande respektive förlorande. Logiken känns främmande och definitionen av vinnande respektive förlorande part i vissa av fallen konstruerad. Stadsledningskontoret anser att detta är en av de mest centrala frågorna med bäring på processkostnadsansvaret, och finner utredningens behandling av frågan otillfredsställande.

Avslutningsvis vill stadsledningskontoret också framhålla att den utformning av regeln om processkostnadsansvar som föreslås av utredningen medför mycket låg förutsebarhet och därmed stor svårigheter att kalkylera risker i syfte att fatta välgrundade beslut. Enligt den föreslagna utformningen av regeln får rätten, enligt vad som är skäligt, förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i mål om överprövning av upphandling och mål om överprövning av ett avtals giltighet. Skälighetsbedömningen ska göras med hänsyn till omständigheterna i målet och parternas agerande. Denna utformning innebär att kostnaderna kan fördelas på följande sätt: genom att vinnaren får full ersättning, genom att ersättningen kvittas eller genom att ersättningen jämkas. Processkostnadsansvaret kan alltså i praktiken resultera i en skyldighet att ersätta mellan 0 % och 100 % av motpartens kostnader. Stadsledningskontoret finner denna låga förutsebarhet mycket problematisk. Kontoret ser kopplat till detta också en risk för att utformningen av regeln ger incitament till ytterligare processer (utöver överprövningsprocessen) om fördelningen av processkostnaderna.

Stadsledningskontoret anser sammanfattningsvis att införande av ett processkostnadsansvar enligt förslaget bland annat riskerar att förhindra utvecklingen av nödvändig praxis rörande de övriga föreslagna reglerna, att hämma dialog och innovation i upphandlingsprocessen samt att försämra rättssäkerheten för de små leverantörerna. De av utredningen anförda skälen för att införa ett processkostnadsansvar, främst i form av en återställd processuell balans mellan parterna och en ökad rättssäkerhet för leverantörer som kan få sina kostnader ersatta, kan enligt stadsledningskontorets mening inte uppväga dessa starkt negativa effekter.

En avgift för att ansöka om överprövning

Stadsledningskontoret tillstyrker förslaget. Kontoret kan se både för- och nackdelar med att införa en avgift. Precis som förslaget om införande av ett processkostnadsansvar kommer detta förslag att drabba de små leverantörerna hårdast, vilket kontoret ser som negativt. Å

andra sidan är tröskeln för att ansöka om överprövning idag mycket låg, det räcker i princip med att skicka en e-post till domstolen med grundläggande uppgifter om vilken upphandling ansökan avser, vad myndigheten eller enheten har gjort för fel och på vilket sätt detta har lett till skada.

Stadsledningskontoret menar att det förefaller rimligt att en del taktiska överprövningar i syfte att få fortsätta leverera under domstolsprocessen samt en del ogrundade överprövningar (så kallade okynnesöverprövningar) kan undvikas genom att införa en ansökningsavgift. Avgiftens storlek är sannolikt inte tillräckligt hög för att i sig vara avskräckande, men det tillkommer genom avgiften även ett visst administrativt arbete för den leverantör som bestämmer sig för att ansöka om överprövning.

Konsekvenser

Vad gäller utredningens bedömning av konsekvenserna av förslagen som syftar till ett enklare och flexibla regelverk delar stadsledningskontoret inte denna. Kontoret hänvisar i denna del primärt till de synpunkter som stadsledningskontoret framförts ovan under rubriken ”Principer” samt ”Förfaranderegler för icke-direktivstyrd upphandling”.

Vad gäller konsekvenserna av förslagen om införande av processkostnadsansvar samt ansökningsavgift vid överprövning delar stadsledningskontoret i denna del utredningens bedömning. Förslagen kommer sannolikt att leda till ett minskat antal överprövningar. Stadsledningskontoret finner dock, till skillnad från utredningen, att de negativa konsekvenserna av förslaget är så stora att det inte bör genomföras. Kontoret hänvisar till de synpunkter som framförts under rubrikerna ”Ett processkostnadsansvar i överprövningsmål” samt ”En avgift för att ansöka om överprövning”.

Servicenämnden

Servicenämnden beslutade vid sitt sammanträde den 20 november 2018 följande.

Servicenämnden beslutar att besvara remissen med förvaltningens tjänsteutlåtande.

Serviceförvaltningens tjänsteutlåtande daterat den 6 november 2018 har i huvudsak följande lydelse.

Förvaltningen delar utredningens uppfattning att de icke direktivstyrda upphandlingarna även fortsättningsvis bör vara reglerade och att dessa regler bör förenklas men även fortsättningsvis utgå från de grundläggande upphandlingsprinciperna.

Dialog i upphandlingar

De begränsade möjligheter som finns att rätta, komplettera eller förtydliga ett anbud medför inte sällan att anbud måste förkastas på formella grunder. Utökade möjligheter till dialog även under utvärderingsfasen av en upphandling torde medföra att antalet godkända anbud ökar.

Direktupphandling i samband med överprövning

Förvaltningen välkomnar de föreslagna utökade möjligheterna till täckningsköp – direktupphandling i samband med överprövning, även om beloppsbegränsningen medför ett mycket begränsat utrymme för en upphandlande myndighet av stadens storlek att använda denna möjlighet.

Processkostnadsansvar i överprövningsmål

Om processkostnadsansvar ska tillämpas i överprövningsmål är det förvaltningens bestämda uppfattning att denna ska vara ömsesidig, till skillnad från idag. Förvaltningen delar även utredningens förslag att frågor om ersättning bör prövas där de har uppkommit och inte i allmän domstol.

Avgift för att ansöka om överprövning

Det är förvaltningens uppfattning att en mindre avgift för att ansöka om överprövning knappast bidrar till att minska antalet överprövningar i någon större omfattning.

Avgiftshanteringen riskerar däremot att ytterligare byråkratisera överprövningsförfarandet, då hantering av betalning och möjligheten att överklaga en avvisning av en överprövning på grund av utebliven betalning kan leda till att handläggningstiden i domstol fördröjs då det föreslås att rätten inte ska inleda handläggningen av målet innan avgiften betalts.

Förvaltningen anser att om en avgift för ansökan om överprövning införs, så bör denna avgift följaktligen även tillämpas även vid överklagande till högre instans.

Domstolarnas handläggning av överprövningsmål

Det är förvaltningens uppfattning att förvaltningsdomstolarna ska vara skyldiga att upprätta tidsplaner i överprövningsmål, för att öka förutsebarheten angående när ett avgörande i överprövningsmål kan förväntas. Det skulle underlätta vid t.ex. täckningsköp.