

Finansdepartementet
Offentlig förvaltning
103 33 Stockholm

Vår referens/dnr
Patrik Nilsson

Er referens/dnr
Fi2018/025310U

2019-01-28

Remissvar

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

Förutom detta remissvar har Företagarna dessutom avgett ett särskilt yttrande till utredningen. Det särskilda yttrandet finns i utredningen på sida 573 - 579.

Företagarna delar utredningens principiella utgångspunkter att den absoluta merparten av de upphandlande myndigheterna och enheterna vill göra rätt för att få till en sund affär samt att den absoluta merparten av leverantörerna strävar efter en god affär. Men det går inte heller att bortse ifrån att den offentliga marknaden inte är fri från vänskapskorruption, riktade upphandlingar, oseriösa leverantörer och en hel del otillåtna direktupphandlingar. Detta är reella problem som måste motverkas. Det görs bäst med ett ändamålsenligt regelverk som bygger på likabehandling, öppenhet och med en effektiv tillsyn. Ett annat och växande problem är att allt färre leverantörer medverkar i konkurrensen om de offentliga kontrakten. Upphandlingslagstiftningen vilar på nyttjandet av marknads konkurrens och den frågan behöver därför tas på stort allvar.

Företagarna ställer sig även positiva till regeringens initiativ till att driva regelförenkling på upphandlingsområdet. Den icke-direktivstyrda upphandlingen är en omfattande del av marknaden och bestämmelserna behöver ses över. Företag som vill konkurrera om offentliga kontrakt tvekar också många gånger på grund av regelbördan. Men regelförenklingen sitter inte heller enbart i de bestämmelser som formuleras i lag. Många gånger finns det i lagen goda förutsättningar för dialog, till förhandlingar och att ställa funktionella krav men det används sällan. Istället tenderar förfrågningsunderlagen att bli fyllda av avancerade kravställningar som dessutom är svåra att följa upp. Förenklingen måste alltså även ske inom de upphandlande myndigheternas och enheternas tillämpning.

Utredningens del 1

Allmänt

Utredningen har genomfört en gedigen genomgång av de bestämmelser i Lag (2016:1145) om offentlig upphandling och Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna som reglerar upphandlingar under EUs tröskelvärden. Utredningen har kommit fram till flera ställningstaganden som Företagarna delar.

- Det gäller bedömningen att icke-direktivstyrda upphandlingar inte bör lämnas oreglerade (kap 4.2).
- Det gäller bedömningen att den icke-direktivstyrda upphandlingen bör vara enklare till sin utformning och att regelverket bör utgå ifrån de grundläggande principerna, även att de upphandlande myndigheterna och enheterna själva kan utforma sina förfaranden i varje upphandling (kap 4.3).
- Det gäller bedömningen att icke-direktivstyrd upphandling inte bör regleras i en eller flera separata lagar (kap 4.4.1), utan att de istället arbetas in i de befintliga lagarna (kap 4.4.3).

Det är Företagarnas uppfattning att utredningen kommit fram till ett balanserat förslag där betydelsefulla delar som syftar till att säkra leverantörernas insyn i upphandlingen och därmed möjligheten att kunna konkurrera på lika villkor även ska fortsätta regleras. Företagarna menar att upphandlingens grundläggande principer, annonseringsplikten, direktupphandlingsgränser och dokumentationsplikt. Därtill även tillsyn och möjligheten att få en upphandling överprövad även i fortsättningen ska finnas kvar i regleringen av den icke direktivstyrda upphandlingen. Det är vår bedömning att bestämmelserna är fortsatt angelägna för att säkra den offentliga marknaden för de mindre företagen.

Utredningens förslag om att förfaranderegler lyfts bort från bestämmelserna i LOU och LUF under tröskelvärdena ska ses som ett sätt att förenkla reglerna. Företagarna delar utredningens förslag i denna del. Samtidigt är beskrivna förfaranden också ett sätt att vägleda upphandlande myndigheter och enheter i hur upphandlingen ska genomföras. Om utförandet är lika och därmed förutsebart innebär det en förenkling för företagen. Man ska ha i åtanke att kvaliteten på upphandlingsunderlagen skiljer sig mycket åt mellan de myndigheter och enheter som är bra och de som är mindre bra. De mindre bra behöver ha en tydlig vägledning och ett bra upphandlingsstöd.

Höjd direktupphandlingsgräns för sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Utredningens förslag om höjd direktupphandlingsgräns för sociala tjänster och andra särskilda tjänster (Bilaga XIV) innebär en kraftfull höjning till 7,1 miljoner kronor jämfört med nuvarande nivåer på samma tjänster. Företagarna avstyrker förslaget. När det gäller de tjänster som omfattas så avses både välfärdstjänster, det vill säga vård-, omsorgs- samt utbildningstjänster och övriga tjänster. En bedömning är att åtminstone vård- och omsorgstjänsterna ofta omfattas av större värden och därför sällan kommer att direktupphandlas även med detta förslag. Däremot kommer den höjda direktupphandlingsgränsen få mycket stora effekter för övriga tjänster som regleras i bilaga XIV. Förutom utbildningstjänsterna utgörs dessa bland annat av post- och budtjänster, regummering av däck, smedtjänster, catering- och hotelltjänster, tjänster för festival och festarrangemang samt anordnande av mässor och utställningar. Det finns all anledning att upprätthålla fortsatt transparenta upphandlingar av de här tjänsterna. Dessutom inkluderas även bemanningstjänster inom dessa tjänster, exempelvis vårdbemanning eller omsorgsbemanning inom ramen för bilagan. Effekten för de branscherna bli troligen negativa med minskad insyn och ökad risk för korruption som följd.

Utöver detta föreslår utredningen en justering av direktupphandlingsgränsen. I LOU är nuvarande gräns är vid värde som understiger 586 907 kronor. Utredningens förslag är istället att jämna ut nivån till 600 000 kronor i LOU och till 1 100 000 kronor i LUF. Det är tilltalande att ha en jämn och tydlig nivå i syfte att förenkla. Företagarna kan därför acceptera utredningens förslag om att justera den generella direktupphandlingsgränsen till 600 000 kr i LOU resp. 1 100 000 kr i LUF. Men gränsen för direktupphandling bör inte höjas ytterligare. Reglerna är ett skydd för leverantörerna och en försäkran om att konkurrensen på marknaden kan säkras. Transparensen innebär samtidigt att korruption motverkas. Det finns alltså goda skäl att inte höja direktupphandlingsgränserna ytterligare.

Bestämt gränsöverskridande intresse (BGI)

Utredningen föreslår att begreppet "bestämt gränsöverskridande intresse" (BGI) införs i svensk nationell rätt. Företagarna avstyrker förslaget. BGI är diffust och saknar tydlig förklaring i den unionsrättsliga regleringen av offentlig upphandling, men som samtidigt är direkt avgörande för bedömningen av om de EU-rättsliga principerna ska tillämpas. Vi ställer oss mycket tveksamma till en modell där krav ställs på att upphandlande myndigheter och enheter ska bedöma om företag i andra EU-länder kan tänkas vara intresserade av att lämna anbud eller ej. Det är inte förenkling. Snarare är risken stor för felaktiga bedömningar. Enklare är att ange att de grundläggande principerna alltid ska gälla. Det skulle innebära att inköpsorganisationerna slipper utföra komplicerade bedömningar. Vi ställer oss även tveksamma till utredningens skrivningar om att det är den klagande leverantören som har bevisbördan för att visa att ett BGI finns.

Principerna för upphandling

Utredningen föreslår att de grundläggande principerna enbart ska gälla för annonserade icke-direktivstyrda upphandlingarna. Företagarna menar, precis som tidigare nämnts, att enklast är om de grundläggande principerna alltid gäller. Att lyfta in ytterligare principer för upphandling än de redan existerande grundläggande principerna kommer knappast leda till förenkling. Snarare kompliceras inköpsorganisationernas bedömningar och kommer att leda till att företag stängs ute. Genom att införa en ny princip för direktupphandling ökar detta dessutom benägenheten att få den prövad i domstol.

Företagarna delar utredningens ståndpunkt att kostnaderna för att genomföra upphandlingen ska stå i rimlig proportion till upphandlingens uppskattade värde. Men det måste fortfarande vara möjligt att göra effektiva upphandlingar utan att åsidosätta grundläggande principer som likabehandling, transparens och proportionalitet.

Täckningsköp under tröskelvärdet

Utredningen föreslår att täckningsköp ska få användas för att tillgodose ett nödvändigt behov och i situationer då upphandlingen har överklagats till domstol. Utredningen förtydligar även att ett ingånget kontrakt inte ska få ha längre löptid, ej heller mer omfattande än nödvändigt. Dessutom att direktupphandling enbart får användas om värdet av upphandlingen inte överstiger det tillämpliga tröskelvärdet. Företagarna är positiva till förslaget med de begränsningar som finns med. Företagarna vill samtidigt förtydliga att detta måste fungera som en tillfällig lösning för att hantera en akut situation och alltså inte får fungera som en säkerhetsventil var gång en upphandling har hamnat i domstol.

Dialog

Utredningen föreslår att en bestämmelse om att dialog under pågående upphandling är möjligt ska införas i LOU. Det är ett sätt att förtydliga att dialogen är möjlig och tillåten, vilket kan tyckas som en märklig företeelse i en lagstiftning. Trots det välkomnar Företagarna detta. Det är kan om inte annat fungera som en bra signal till marknaden och om möjligt leda till öppnare inköpsprocesser.

Dialogen får – utöver förhandling – även omfatta rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av anbud eller andra handlingar som leverantören har gett in, vilket är positivt.

Arbetsrättsliga villkor

Företagarna vill förtydliga att vi inte vill ha ytterligare bestämmelser motsvarande de som finns i LOU och LUF i de direktivstyrda upphandlingarna avseende arbetsrättsliga villkor. Bestämmelserna om att arbetsrättsliga villkor i nivå med kollektivavtal ska ställas i upphandlingar när det är behövt har inneburit att upphandlingen blivit betydligt mer komplex och svår genomförbar. Tvärt emot ambitionerna att förenkla.

Företagarna kan också konstatera att detta inte heller är något som har funnits med i denna utrednings direktiv. Redan när de arbetsrättsliga villkoren infördes i den 1 juni 2017 så undantogs den icke-direktivstyrda upphandlingen. Anledningen var att begränsa effekten för de små och medelstora företagen (Prop 2016/17:163 sida 59).

Utredningens del 2

Allmänt

Förslagen i den andra delen om hur överprövning ska begränsas är de delar av utredningen som innebär störst problem för företagen. Regeringen har varit tydlig med att vilja ha skarpa förslag på båda delarna. Det vill säga hur avgifterna i samband med ansökan om överprövningen samt hur processkostnadsansvaret ska utformas. Överprövningsutredningen (SOU 2015:12), som kom ett par år tidigare, hade fått andra förutsättningar att utreda frågorna. Den utredningen kom till slutsatsen att vare sig avgifter eller processkostnader skulle införas. Överprövningsutredningen lade istället ett annat förslag. Att om det inte finns synnerliga hinder, ska förvaltningsrätten avgöra mål om överprövning av upphandling innan det att 90 dagar har gått. Dessutom att upphandlingsmål ska handläggas skyndsamt. Utredningens förslag hade skapat bättre förutsebarhet än dagens utformning och uppskattades av både av myndigheter och av leverantörer. Trots det breda samförståndet på marknaden har frågan ännu inte beretts inom Regeringskansliet.

Företagarna delar regeringens oro över att antalet överprövningar inte får bli allt för många. För många överprövningar leder till ineffektiva inköpsprocesser i den offentliga sektorn. Men det finns andra och betydligt mer effektiva vägar för att minska antalet överprövningar än att kostnadsbelägga leverantörerna. Först och främst handlar om att förbättra dialogen och relationen och det handlar om att utveckla ett gott affärsmannaskap. Det finns flera goda exempel på hur upphandlande myndigheter har minskat leverantörernas benägenhet att gå till domstol, till exempel bara genom att meddela tilldelningsbeslutet på telefon istället för via mail. Det är här man behöver börja och det innan man skapar ett regelverk för att hindra de mest resurssvaga leverantörerna.

Ansökningsavgift

Förslagen bygger inte på utredningens egna förslag utan finns med redan i utredningens direktiv. Vi är kritiska till regeringens tillvägagångssätt eftersom det inte ger utredaren någon egentlig möjlighet kunna överväga för och nackdelar med olika insatser.

Vad gäller förslaget om ansökningsavgift så kommer denna främst, eller kanske enbart, att hindra de små företagen med begränsade resurser. Det är alltså fråga om företag som kan ha goda skäl att driva ett överprövningsärende men som hindras av begränsade ekonomiska resurser. Förslaget kommer att uppfattas som att det är just de mindre företagens som ska förhindras möjligheten att kunna kritisera upphandlingar som de uppfattar som felaktiga. Företagarna menar att detta är fel väg att gå och avstyrker därför förslaget. Utöver att detta är ett hinder för de små företagen att kunna driva rimliga mål i domstol, så är det även ett förslag som leder till ytterligare administrativa pålagor för domstolarna. En uttalad uppgift för utredningen har handlat om att hindra så kallad okynnesöverprövning. Om detta nu är något som existerar kommer avgiften inte fungera som avskräckande. I de fallen finns det troligen högre värden på spel.

Processkostnadsansvar

Utredningen föreslår även ett processkostnadsansvar som innebär att rätten får förordna att den förlorande parten ska ersätta den vinnande partens kostnader i överprövningsmål. Domstolen avgör från fall till fall om processkostnaderna ska bäras av den förlorande parten eller ej. En bestämmelse om processkostnadsansvar kommer att drabba både leverantörer och upphandlande myndigheter eller enheter. Företagarna avslår förslaget.

Det är en dålig sak att företaget som prövar en sak i domstol riskerar att få bära mycket omfattande rättegångskostnader då de vill få en fråga prövad av domstol.

Med största sannolikhet kommer förslaget att minska de mindre företagens benägenhet att få upphandlingar prövade i domstol. Det gäller även de upphandlingar som skulle behöva prövas, exempelvis upphandlingar där leverantören rättmätigt menar att de skulle tilldelas kontrakt eller också situationer som är nya och där det finns ett allmänintresse att få till önskad praxis. Eftersom även upphandlande myndigheter och enheter riskerar att bära motpartens kostnader finns det risker även här. Som inköpare är det illa nog att behöva hantera en överprövning. Att dessutom vara den som genererat kostnader för myndigheten är betydligt värre. Resultatet kan mycket väl bli att myndigheternas inköpare framöver väljer att ta mindre risker eftersom detta skulle kunna leda till överprövningar. Det skulle alltså handla om att minska dialogen med marknaden, ställa mer formella krav som är objektivt svårare att ifrågasätta, såsom priset samt att inte ta steg mot en mer innovationsvänlig upphandling.

Företagarna menar att förslaget är ett effektivt sätt att stänga ute många, kanske alla av de små företagen från rätten att få offentliga upphandlingar prövade. De kommer att fråntas möjligheterna att ansöka om överprövning av en felaktigt genomförd upphandling. I det bredare perspektivet skickar detta signalen till de minsta företagen i Sverige att offentlig upphandling egentligen inte är till för er.

Patrik Nilsson

Näringspolitisk chef, Företagarna