Stockholms läns landsting

Landstingsrådsberedningen

SKRIVELSE
2014-09-03

LS 1407-0870

Landstingsstyrelsen

Yttrande över delbetänkandet Nya regler om upphandling (SOU 2014:51) och departementspromemorian Nya regler om upphandling (Ds 2014:25)

Föredragande landstingsråd: Torbjörn Rosdahl

Ärendebeskrivning

Socialdepartementet har berett Stockholms läns landsting tillfälle att lämna synpunkter på delbetänkandet Nya regler om upphandling (SOU 2014:51) och departementspromemorian Nya regler om upphandling (Ds 2014:25).

Förslag till beslut

Landstingsrådsberedningen föreslår landstingsstyrelsen besluta

att överlämna yttranden till Socialdepartementet över delbetänkandet Nya regler om upphandling (SOU 2014:51) och departementspromemorian Nya regler om upphandling (Ds 2014:25) i enlighet med landstingsdirektörens förslag till yttranden.

Landstingsrådsberedningens motivering

Förslagen i utredningen och promemorian för implementering i svensk rätt av EU-direktiv är i huvudsak väl avvägda. Merparten av dem leder till förenklingar och därför tillstyrks de.

Förslaget om en kompletterande statistikinsamling till en statlig myndighet av landstingets inköpsvolymer avstyrks dock. Nyttan av en sådan är inte klarlagd och arbetsinsatsen för den upphandlande myndigheten skulle vara betungande.

Beslutsunderlag

Landstingsdirektörens tjänsteutlåtande den 26 augusti 2014
Förslag till yttrande avseende SOU 2014:51
Förslag till yttrande avseende Ds 2014:25
Sammanfattning av Nya regler om upphandling (SOU 2014:51)
Sammanfattning av Nya regler om upphandling (Ds 2014:25)

Torbjörn Rosdahl

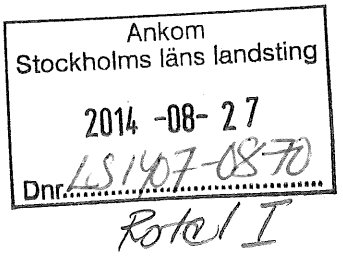
Kristoffer Tamsons

Landstingsstyrelsens förvaltning
SLL Juridik och upphandling

TJÄNSTEUTLÅTANDE
2014-08-26

LS 1407-0870

Handläggare:
Karin Peedu



Landstingsstyrelsen

Yttrande över delbetänkandet Nya regler om upphandling (SOU 2014:51) och departementspromemorian Nya regler om upphandling (Ds 2014:25)

Ärendebeskrivning

Socialdepartementet har berett Stockholms läns landsting tillfälle att lämna synpunkter på delbetänkandet Nya regler om upphandling (SOU 2014:51) och departementspromemorian Nya regler om upphandling (Ds 2014:25).

Beslutsunderlag

Landstingsdirektörens tjänsteutlåtande den 26 augusti 2014
Förslag till yttrande avseende SOU 2014:51
Förslag till yttrande avseende Ds 2014:25
Sammanfattning av Nya regler om upphandling (SOU 2014:51)
Sammanfattning av Nya regler om upphandling (Ds 2014:25)

Förslag till beslut

Landstingsstyrelsen föreslås besluta

att överlämna yttranden till Socialdepartementet över delbetänkandet Nya regler om upphandling (SOU 2014:51) och departementspromemorian Nya regler om upphandling (Ds 2014:25) i enlighet med landstingsdirektörens förslag till yttranden.

Förvaltningens förslag och motivering

Sammanfattning
Förvaltningen anser att förslagen i utredningen och promemorian för implementering i svensk rätt av EU-direktiv i huvudsak är väl avvägda. Förvaltningen tillstyrker merparten av förslagen som leder till förenklingar och att man inte föreslår implementering av bestämmelser som inte behövs. Dock avstyrker förvaltningen förslaget till en kompletterande

statistikinsamling till en statlig myndighet av landstingets inköpsvolymer, då nyttan inte är klarlagd och arbetsinsatsen därför är alltför betungande för de upphandlande myndigheterna.

Bakgrund
Den 26 februari 2014 beslutades Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU om upphandling till enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Promemorian omfattar förslaget att de två direktiven ska genomföras i två lagar på upphandlingsområdet. Promemorian lämnar även ett förslag till reglering av förfarandet vid tilldelning av tjänstekontrakt enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg. Vissa delar av direktiven, de som har bedömts som nya i förhållande till 2004 års direktiv, har överlämnats till genomförandeutredningen. Dessa delar behandlas i delbetänkandet Nya regler om upphandling (SOU 2014:51). De författningsförslag som lämnas i Ds 2014:25 avser övriga delar i de två direktiven.

Överväganden
Flertalet av direktivens bestämmelser är obligatoriska för medlemsstaterna att genomföra. Förvaltningen anser att promemorians och utredningens förslag är väl genomtänkta och även tillräckligt analyserade utifrån förhållandena i svensk rätt undantaget bestämmelserna om att en underleverantör ska får kräva betalning direkt från en upphandlande myndighet. Avseende de bestämmelser som är fakultativa för medlemsstaterna att implementera anser förvaltningen att promemorians och utredningens förslag är väl avvägda då promemorian avstått från att införliva bestämmelser som inte leder till förenkling eller ökad flexibilitet. Förslaget om årlig statistikinsamling till en statlig myndighet av landstingets inköpsvolymer avstyrks. Förslag till yttranden framgår av bilagor.

Förvaltningen har samrått med trafikförvaltningen i den del som avser upphandling av kollektivtrafik.

Ekonomiska konsekvenser av beslutet

Beslutet föranleder inga ekonomiska konsekvenser för landstinget.

Miljökonsekvenser av beslutet

I enlighet med landstingets Miljöpolitiska program 2012-2016 har hänsyn till miljön beaktats och slutsatsen är att det inte är relevant med en miljökonsekvensbedömning i detta ärende.

Catarina Andersson Forsman
Stf landstingsdirektör

Anne Rundquist
Chefsjurist

Landstingsstyrelsen | YTTRANDE | Diarienummer LS 1407-0870

Socialdepartementet

Yttrande över delbetänkandet Nya regler om upphandling (SOU 2014:51)

Sammanfattning

- Stockholms läns landsting (nedan landstinget) tillstyrker utredningens förslag om genomförande av direktivens bestämmelser om miljö, social och arbetsrättsliga skyldigheter.
- Landstinget tillstyrker utredningens förslag att direktivens bestämmelser om elektroniska kataloger inte bör genomföras genom särskilda föreskrifter i de nya lagarna.
- Landstinget tillstyrker utredningens förslag om att bestämmelserna om upphandling med deltagande av upphandlande myndigheter från olika medlemsstater ska genomföras i svensk rätt.
- Landstinget tillstyrker utredningens förslag att inte nyttja möjligheten att införa ett obligatorium avseende uppdelning av kontrakt varken generellt eller för vissa typer av upphandlingar eller upphandlingsföremål
- Landstinget avstyrker utredningens förslag att föreskriva att en upphandlande enhet enligt LUF ska vara skyldig att ange skälen för att ett kontrakt inte delas upp.
- Landstinget delar utredningens bedömning att tilldelning enbart på grundval av pris är ett tillåtet alternativ enligt 2014 års upphandlingsdirektiv.
- Landstinget avstyrker utredningens förslag att införa direktivens bestämmelser om att en underleverantör ska kunna begära att en

upphandlande myndighet ska betala för ett kontrakts fullgörande direkt till underleverantören.
- Landstinget avstyrker utredningens lösning att använda nuvarande ordning för B-tjänster för sociala tjänster och andra särskilda tjänster och begär en särskild utredning för hur dessa tjänster ska upphandlas.

Undantag från upphandlingsdirektiven – avtal mellan vissa parter

Landstinget tillstyrker utredningens förslag att direktivens bestämmelser om avtal mellan en upphandlande myndighet och en juridisk person eller mellan upphandlande myndigheter ska genomföras som föreskrifter i lag. I de nya direktiven har EU-lagstiftaren ämnat kodifiera EU-domstolens praxis och reglera undantaget och dess räckvidd.

Allmänna bestämmelser

Miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter
Landstinget tillstyrker utredningens förslag att bestämmelserna i de nya direktiven bör genomföras genom bestämmelser som anger att en upphandlande myndighet eller enhet ska vidta de särskilda eller övriga lämpliga åtgärder som de nya lagarna tillåter för att säkerställa att leverantörer som har tilldelats kontrakt fullgör kontrakten i enlighet med tillämpliga miljö- social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Utredningen noterar att tecknat eller tecknande av kollektivavtal inte är ett tillåtet krav i en upphandling. Dock är det möjligt att ställa krav på villkor som följer av ett representativt kollektivavtal som täcker det aktuella arbetet och under de förutsättningar som upphandlingsutredningen 2004 redogjorde för i sitt slutbetänkande. Landstinget delar utredningens uppfattning att de möjligheter som redan har funnits att ta sociala m.fl. hänsyn genom denna skrivning ytterligare förtydligas och utvidgas.

Intressekonflikt
Landstinget tillstyrker promemorians förslag om att inte införa direktivens bestämmelser om intressekonflikter genom särskilda föreskrifter i de nya lagarna. Enligt bl.a. tidigare upphandlingsutredningar har regeringen gett uttryck för uppfattningen att förvaltningslagens bestämmelse om bl.a. jäv

är tillämpliga i en myndighets hantering av upphandlingsärenden och har därför inte sett något behov av ytterligare reglering. Förvaltningslagens regler täcker redan idag de situationer som enligt direktiven anses ligga inom området för otillåtna intressekonflikter varför några ytterligare föreskrifter inte behövs.

Förfaranden

Innovationspartnerskap
Innovationspartnerskap är ett nytt förfarande som tillhör de bestämmelser som ska genomföras av medlemsstaterna. Förslaget tillstyrks i denna del. Landstinget delar utredningens bedömning att de uppgifter som avses i bestämmelserna i de nya direktiven kan skyddas med tillämpning av offentlighets- och sekretesslagen samt lagen om skydd för företagshemligheter. Således behöver inte dessa bestämmelser genomföras som föreskrifter i de nya lagarna. Övriga bestämmelser i artikel 31 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF direktivet bör dock genomföras i de nya lagarna.

Teknik och instrument för elektronisk och gemensam upphandling

Elektroniska kataloger
Landstinget tillstyrker utredningens förslag att direktivens bestämmelser om elektroniska kataloger inte bör införas i de nya lagarna. Detta för att begreppet elektroniska kataloger idag inte har någon entydig och specifik betydelse. Elektroniska kataloger används på olika sätt i Sverige. För att förbättra upphandlingsprocessen är det av vikt att informationen lämnas i ett strukturerat format bl.a. för att elektronisk utvärdering ska kunna tillämpas. Då begreppet ”elektroniska kataloger” idag inte utesluter ett ostrukturerat format eller ett icke anpassat format anser landstinget att bestämmelserna om elektroniska kataloger inte bör införas i de nya lagarna.

För det fall att en reglering om elektroniska kataloger ändå skulle genomföras i de nya lagarna delar landstinget utredningens bedömning att det saknas anledning att nyttja de möjligheterna som medlemsstaterna har att föreskriva att användningen av elektroniska kataloger är obligatorisk för vissa upphandlingar. Landstinget anser att bedömningen bör göras av den upphandlande myndigheten utifrån hur e-mognadsgraden är på aktuell

marknad samt hur långt den egna myndigheten kommit i sin elektroniska process.

Tillfällig gemensam upphandling
Landstinget tillstyrker utredningens förslag om att de nya bestämmelserna om tillfällig gemensam upphandling inte behöver införas i de nya lagarna då de inte tillför något nytt i sak.

Upphandling med deltagande av upphandlande myndigheter från olika medlemsstater
Landstinget tillstyrker utredningens förslag om att bestämmelserna om upphandling med deltagande av upphandlande myndigheter från olika medlemsstater ska genomföras i svensk rätt. Förvisso kan invändas att det redan idag är möjligt att genomföra sådana upphandlingar. Dock anser landstinget, i likhet med utredningen, att de aktuella bestämmelserna i direktiven avser att reglera ytterligare ett led i en gemensam upphandling. Framför allt tillför de vägledning för bestämmandet av tillämpliga nationella bestämmelser och tillämpliga rättsmedelsregler. Dock saknas alltjämt i direktiven klargörande för hur bestämmandet av vilka nationella regler för avtals- och konkurrensrättsliga relationer som ska gälla när flera medlemsstater upphandlar gemensamt.

Upphandlingsförfarandets gång

Uppdelning av kontrakt i delar
Bestämmelserna i de nya direktiven om uppdelning av kontrakt i flera delar istället för ett kontrakt syftar till att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. Skyldigheten att överväga en uppdelning av kontrakt innebär att en upphandlande myndighet seriöst ska överväga konsekvenserna av en sådan uppdelning. Det finns dock inget krav på att dessa överväganden ska leda till att kontraktet delas upp. En myndighet har således enligt de nya direktiven en betydande frihet att avstå från att faktiskt dela upp ett kontrakt så länge den övervägt konsekvenserna av uppdelning på ett seriöst sätt. Landstinget anser att det är av vikt att genomförandet i de nya lagarna inte begränsar den upphandlande myndighetens handlingsfrihet i detta avseende.

Landstinget tillstyrker utredningens förslag att inte nyttja möjligheten att införa ett obligatorium, varken generellt eller för vissa typer av upphandlingar eller upphandlingsföremål. Då landstinget anser att de

upphandlande myndigheterna är bäst lämpade att göra bedömningen om när och hur ett kontrakt bör delas upp.

En skyldighet att förklara varför ett kontrakt inte delas upp i delar
Landstinget avstyrker utredningens förslag att föreskriva att en upphandlande enhet enligt LUF ska vara skyldig att ange skälen för att ett kontrakt inte delas upp. En sådan skyldighet finns i artikel 46.1 LOU-direktivet. Landstinget har förståelse för att denna bestämmelse måste införas i den nya LOU lagen. Dock medför den ett flertal otydligheter. Hur detaljerade och omfattande måste motiveringen vara? Då detta är ett beslut under ett upphandlingsförfarande som kan påverka potentiella anbudsgivare, torde denna motivering kunna bli föremål för ansökan om överprövning, således uppkommer frågan om vilka som ska ha talerätt. Effekten utifrån tillämpningen i de nationella domstolarna riskerar då att indirekt begränsa den handlingsfrihet för de upphandlande myndigheterna och enheterna som skälen till direktiven ger uttryck för. Vidare framgår det inte tydligt av direktiven när motiveringsskyldigheten inträder. Då det är valfritt för medlemsstaterna att införa en sådan bestämmelse i nya LUF anser landstinget att Sverige inte ska införa den. Dels för att den skapar otydlighet dels för att bibehålla ett större handlingsutrymme som finns och är motiverat inom försörjningssektorerna.

Kvalitativa urvalskriterier enligt LOU-direktivet

Skäl för uteslutning på grund av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter är möjligt
Landstinget tillstyrker utredningens förslag att införa bestämmelserna i artikel 57.2 första och andra stycket som en ska-regel och en får-regel, då denna reglering blir mer direktivnära än ett obligatorium för båda styckena, samt inte begränsar de upphandlande myndigheternas handlingsutrymme i onödan.

Kontraktstilldelning

Kan tilldelning ske enbart på grundval av pris?
Landstinget tillstyrker utredningens förslag om att direktivets bestämmelser om tilldelningskriterier genomförs genom föreskrifter i lag samt att möjligheten att i nationell rätt begränsa användningen av vissa angivna tilldelningskriterier inte nyttjas. Landstinget delar utredningens

bedömning att tilldelning enbart på grundval av pris är ett tillåtet alternativ enligt 2014 års upphandlingsdirektiv. Landstinget anser att lägsta pris-upphandling är den optimala modellen för vissa varor. Dessutom finns inget motsatsförhållande mellan lägsta pris och kvalitet. En upphandling enligt lägsta pris kan mycket väl ställa höga krav på kvalitet som ska-krav varpå den egentliga gallringen sker utifrån bedömningen om ska-kraven är uppfyllda. De facto får kvaliteten i dylika modeller stor betydelse, ofta större än priset, trots att de benämns som lägsta pris-upphandling. Det är vidare så att vissa kontraktsföremål har i stort sätt uteslutande ska-krav som måste uppfyllas och inte går att uttrycka som ett utvärderingskriterium då den upphandlande myndigheten inte är betjänt av att en sådan produkt som inte fyller kraven.

Onormalt låga anbud
Landstinget tillstyrker utredningens förslag om att direktivens bestämmelser om onormalt låga anbud ska genomföras genom föreskrifter i de nya lagarna. Den materiella skillnaden i förhållande till nuvarande lydelse är att möjligheten att förkasta ett onormalt lågt anbud blir en skyldighet när anbudets pris inte kunnat förklaras tillfredställande. Detta finner landstinget logiskt och inte begränsande för den upphandlande myndighetens handlingsutrymme. Har en myndighet väl funnit att ett anbud är onormalt lågt vill inte myndigheten acceptera anbudet i annat fall än om myndigheten får en tillfredställande förklaring till det onormalt låga anbudet.

Fullgörande av kontrakt

Betalning direkt till en underleverantör
Landstinget avstyrker utredningens förslag att införa direktivens bestämmelser om att en underleverantör ska kunna begära att en upphandlande myndighet ska betala för ett kontrakts fullgörande direkt till underleverantören. Bestämmelserna är frivilliga för medlemsstaterna att genomgöra. Denna nyordning skapar en rad nya oklara och svårlösta situationer som inte har beaktats i direktiven eller i utredningen. Inledningsvis skapar detta en transaktion till en leverantör som den upphandlande myndigheten inte har avtal med och frågan om grunden för ersättningen är inte klarlagd och kan bli tvistig. Det är inte heller ovanligt att det förekommer en tvist rörande utförande eller ersättning mellan huvudleverantören och underleverantören. Fråga uppkommer även om garantier och försäkringar som huvudleverantören enligt avtalet ansvarar för när betalning istället har skett till underleverantören. Vidare är det inte

klarlagt om den upphandlande myndigheten kan åberopa andra kommersiella villkor, såsom förseningsvite, fel i varan eller kvittningsrätt mot underleverantören i samband med att betalning ska ske direkt till denne.

Avslutande av kontrakt

Landstinget anser att utredningens förslag till reglering om uppsägning av kontrakt inte är tillräckligt tydligt samt väcker frågor hur dessa bestämmelser förhåller sig till avtalsrätten. Det vore önskvärt om detta förtydligas i propositionen.

Sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Lanstinget tillstyrker utredningens förslag att bestämmelserna om sociala tjänster och andra särskilda tjänster genomförs genom föreskrifter i lag. Dock anser landstinget att det krävs en särskild utredning för hur detta ska göras på lämpligast sätt och avstyrker således utredningens lösning att använda nuvarande ordning för B-tjänster för dessa tjänster. Den nya utredningen bör få som uppdrag att ta fram enklare och mer ändamålsenliga regler för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster. En sådan utredning bör även omfatta regleringen av upphandling under tröskelvärdena som också är i behov av förenkling. En sådan utredning bör därutöver få i uppdrag att analysera betydelsen av uttalandet i upphandlingsdirektiven att icke- ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte omfattas av direktiven.

Landstinget tillstyrker utredningens förslag att inte införa de bestämmelser som ger en begränsad möjlighet att inom vissa områden reservera vissa typer av kontrakt till en begränsad krets av leverantörer av kooperativ natur med begränsade möjligheter att dela ut vinst. Landstinget delar utredningens bedömning att en sådan reglering skulle få mycket begränsad praktiskt nytta.

Landstingsstyrelsen | YTTRANDE | Diarienummer LS 1407-0870

Socialdepartementet

Yttrande över Nya regler om upphandling (Ds 2014:25)

Sammanfattning

- Stockholms läns landsting (nedan landstinget) delar promemorians uppfattning att de nya lagarna ska ha samma struktur som nuvarande.
- Landstinget tillstyrker förslaget att definitionen av kontrakt inte ska innehålla något krav på undertecknande.
- Landstinget tillstyrker promemorians förslag om att vissa tjänster ska vara undantagna från lagens tillämpningsområde, bl.a. ambulanstjänster.
- Landstinget avstyrker promemorians förslag att inte ta med bestämmelser som ålägger de upphandande myndigheterna att vidta särskilda åtgärder i vissa fall vid anbudsgivares deltagande i förberedelserna av ett upphandlingsförfarande.
- Landstinget tillstyrker promemorians förslag att möjligheten att använda sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog utökas.
- Landstinget delar promemorians bedömning att bestämmelserna om kontraktstilldelning utan en förnyad konkurrensutsättning ska ges en direktivnära utformning istället för att anknyta till nuvarande bestämmelser.
- Landstinget tillstyrker promemorians förslag att i de nya lagarna införa en bestämmelse om att inköpscentraler ska kunna anskaffa

varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter och enheter (s.k. grossistverksamhet)
- Landstinget välkomnar och tillstyrker promemorians förslag att i den nationella lagstiftningen nyttja möjligheten att föreskriva undantag från reglerna om avtalsspärr vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem.
- Landstinget avstyrker promemorians förslag att inte införa bestämmelser om när ett anbud anses vara ogiltigt, oacceptabelt eller olämpligt.
- Landstinget avstyrker förslaget om statistikinsamlingen.
- Landstinget tillstyrker promemorians förslag avseende tilldelning av tjänstekontrakt som avser kollektivtrafik på järnväg, med tunnelbana eller på vatten

De nya lagarnas struktur och namn

Landstinget delar promemorians uppfattning att de nya lagarna ska ha samma struktur som lagen om offentlig upphandling (LOU) och lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Landstinget ser inte att det finns någon problematik knuten till nuvarande lagars struktur.

Landstinget tillstyrker en återgång till den tidigare benämningen av den sistnämnda lagen, det vill säga att den lag som föreslås ersätta den ska benämnas ”lagen om upphandling inom försörjningssektorerna” (LUF), eftersom ”försörjningssektorerna” är ett etablerat begrepp.

Definitioner

Begreppet leverantör ska fortsätta användas
Landstinget tillstyrker förslaget att i de nya lagarna fortsätta använda det inarbetade begreppet ”leverantör” istället för att använda begreppet ”ekonomisk aktör” vilket används i de nya direktiven. Någon skillnad i sak mellan de båda begreppen är varken avsikten eller effekten.

Definitionen av kontrakt ska inte innehålla något krav på undertecknande
Landstinget konstaterar att de nya direktiven endast anger att kontrakt ska vara skriftliga dock inte ett krav på att ett kontrakt ska vara undertecknat. Landstinget delar promemorians bedömning att det inte kan anses stå klart

att undertecknande eller elektronisk signatur är en EU-rättslig förutsättning för att ett kontrakt ska kunna föreligga. Landstinget tillstyrker promemorians förslag som är en direktivnära utformning av definitionen kontrakt som inte inför något krav på undertecknande eller elektronisk signatur i de nya lagarna.

Lagarnas tillämpningsområden

Tjänster av allmänt intresse
I artikel 1.4 i de nya direktiven anges att upphandlingsreglerna i sig inte inskränker medlemsstaternas frihet att definiera vilka tjänster de anser vara av allmänt ekonomiskt intresse eller myndigheternas rätt att välja på vilket sätt de ska tillhandahålla tjänster. Landstinget delar promemorians bedömning att det inte finns något behov att införa en bestämmelse i de nya lagarna som slår fast detta.

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

Undantag från lagens tillämpningsområden

Civilförsvarstjänster, räddningstjänster och tjänster för förebyggande av fara
I enlighet med direktiven föreslår promemorian att de nya lagarna inte ska gälla för bl.a. ambulanstjänster då kontrakt tilldelas icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar. Men för ambulanstjänster för transport av patienter ska direktiven gälla. Landstinget tillstyrker promemorians förslag.

Landstinget anser dock att det inte är tydligt vad formuleringen ”ambulanstjänster för transport av patienter” avser. Enligt promemorian är avsikten att direktivet ska omfatta sådana ambulanstjänster som inte är av sjukvårdande karaktär där inslaget av transport är det dominerande (sid. 375). Som exempel som omfattas av direktivet nämns transport av funktionshindrade patienter till dialysbehandling. Landstinget konstaterar att denna typ av resor upphandlas som sjukresor och inte ambulanstjänst. Otydlighet föreligger om vilka tjänster som avses. Vad gäller för t.ex. transport av avlidna? Konsekvensen av detta skulle bli att huvuddelen av ambulanstjänster inte behöver upphandlas, men några sällan förekommande tjänster skulle behöva upphandlas. Dock kan noteras att de blandade kontrakten, dvs. de som innehåller både transport av patienter och ambulanstjänst med sjukvårdande inslag ska, enligt skälen i direktiven, upphandlas enligt det enklare systemet om värdet av transport av patienter är större än värdet av andra ambulanstjänster. Motsatsvis behöver inte ett sådant blandat kontrakt upphandlas om värdet av ambulanstjänster med sjukvårdande inslag är dominerande. Redan med nuvarande reglering kan landstinget tilldela kontrakt till sitt helägda bolag under förutsättning att kontroll- och verksamhetskriterierna, s.k. Teckal undantaget, är uppfyllda. Landstingets bedömning är att det sker en viss utökning av området som inte behöver upphandlas.

Allmänna bestämmelser

Anbudssökande och anbudsgivares tidigare deltagande
Promemorians bedömning är att ett flertal av direktivens bestämmelser avseende presumtiva leverantörers tidigare deltagande i förberedande planering av en upphandling inte ska tas in i de nya lagarna. Landstinget avstyrker förslaget att inte ta med bestämmelserna som avser situationen när en leverantör varit involverad i förberedelserna av ett upphandlingsförfarande och deltar som anbudssökande eller anbudsgivare i det förfarandet.

Landstinget anser att direktivets bestämmelse som anger att om en anbudssökande eller anbudsgivare eller anknutna företag till dessa, har bistått den upphandlade myndigheten med rådgivning eller på annat sätt har deltagit i förberedelserna av upphandlingsförfarandet, ska den upphandlande myndigheten vidta lämpliga åtgärder för att tillse att konkurrensen inte snedvrids till följd av att den berörda anbudssökanden eller anbudsgivaren deltar. Landstinget anser att denna bestämmelse måste

ses mot bakgrund av den nya bestämmelsen att en leverantör som har varit involverad i förberedelserna av upphandlingsförfarandet på grund av detta endast ska uteslutas från förfarandet om det inte finns något annat sätt att garantera att principen om likabehandling följs. Att i de nya lagarna enbart införa den sistnämnda delen av bestämmelsen men inte den del som stadgar att den upphandlande myndigheten i dessa fall ska vidta lämpliga åtgärder för att tillse att konkurrensen inte snedvrids till följd av att den berörda anbudssökanden eller anbudsgivaren deltar medför en otydlighet vid införandet i de nya lagarna. Landstinget anser att kravet på den upphandlade myndigheten att vidta lämpliga åtgärder enligt ovan är ett sådant specifikt krav som bör införas i de nya lagarna.

Landstinget tillstyrker promemorians förslag att i de nya lagarna införa kravet att andra anbudssökande ska erhålla samma information som sådana som deltagit i förberedelserna samt kraven att de anbudssökande eller anbudsgivare som ska uteslutas enbart på grund av deltagande i upphandlingsförberedelser enligt ovan ska få möjlighet att bevisa att deras deltagande inte kan leda till snedvridning av konkurrensen. Vidare tillstyrks kravet på att de åtgärder som vidtas i detta sammanhang ska dokumenteras.

Upphandlingsförfaranden

Den nya regleringen av upphandlingsförfaranden
Landstinget tillstyrker promemorians förslag att de öppna och selektiva förfarandena inte är huvudförfaranden utan att den upphandlande myndigheten istället vid varje upphandling ska använda sig av det förfarande som är bäst lämpat för just den aktuella upphandlingen. Den nuvarande regleringen och praxisen från domstolarna angående tillämpning av framförallt förhandlat förfarande med föregående annonsering är restriktiv på ett sätt som inte är ändamålsenligt för den goda affären.
Landstinget tillstyrker likaledes att möjligheten att använda sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog utökas och görs mer flexibelt. I skäl 42 till LOU-direktivet anges att medlemsstaterna bör kunna föreskriva användning av förhandlat förfarande under konkurrens eller konkurrenspräglad dialog i olika situationer där öppna eller selektiva förfaranden utan förhandlingar sannolikt inte skulle leda till tillfredställande upphandlingsresultat. Landstinget tillstyrker att Sverige införlivar direktivets samtliga möjligheter

som utökar och gör det mer flexibelt att använda förhandlat förfarande med annonsering och konkurrenspräglad dialog. Detta då erfarenhet visar att det förhandlade förfarandet i vissa situationer säkerställer att den upphandlade myndighetens behov tillgodoses på ett optimalt sätt och främjar innovativa lösningar. Landstinget tillstyrker även att krav på dokumentation i upphandlingsdokumenten vid förhandlat förfarande utan annonsering uttryckligen anges i de nya lagarna.

Ramavtal

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal – ramavtal är ”slutna system”
Landstinget tillstyrker promemorians förslag att införa bestämmelser om att de upphandlade myndigheter som får nyttja ramavtalet måste vara tydligt identifierade. Denna formulering är tydligare än nuvarande hänvisning till ”part”.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med flera leverantörer
Landstinget finner det glädjande att det i det nya direktivet inte finns någon bestämmelse om att antalet leverantörer i ett ramavtal som huvudregel måste vara minst tre till antalet. Det är således möjligt att låta den upphandlande myndighetens behov styra och för det fall att den upphandlade myndigheten enbart behöver teckna avtal med två leverantörer för att tillgodose sitt behov så behöver den upphandlade myndigheten inte längre teckna avtal med en tredje leverantör som inte torde få någon kontraktstilldelning. Denna ordning är även till gagn för leverantörernas förutsebarhet.

Kontraktilldelning utan en förnyad konkurrensutsättning
Landstinget anser att den nuvarande nationella lagstiftningen och de uttalanden som gjorts i förarbetena har medfört en alltför restriktiv hållning innebärande att det i princip enbart är möjligt att använda rangordning för kontraktilldelning utan förnyad konkurrensutsättning. Det nya LOU-direktivet stadgar att den upphandlande myndigheten ska använda objektiva villkor för att fastställa vilken av ramavtalets leverantörer som ska utföra det som avropas. Landstinget delar promemorians bedömning att den nya lagens bestämmelser ska anknyta till direktivets lydelse och ej till nuvarande lagbestämmelse. Landstinget tillstyrker att begreppet ”fördelningsnyckel” introduceras i lagtexten som samlingsbeteckning för de objektiva villkoren för val av utförare.

Landstinget instämmer i promemorians bedömning att den nya lagen, i likhet med direktivet, bör ange de upphandlingsrättsliga ramarna. Av skälen till artikel 61 i direktivet framgår att det finns utrymme vid avrop att beakta fysiska personers val eller behov. Ytterligare reglering i den nya lagen behövs således inte. Promemorian betonar att om en upphandlande myndighet tillämpar en ändamålsenlig fördelningsnyckel som tar hänsyn till fysiska personers val eller behov behöver denna inte vara sekundär till en rangordning av leverantörerna. Landstinget välkomnar det förtydligandet men vill samtidigt belysa en möjlig tillämpningsutmaning. I praktiken öppnar denna reglering upp för en form av brukarens val inom LOU. Förfarandet eller fördelningsnyckeln har således likheter med hur fördelningen sker enligt lagen om valfrihetssystem (LOV). Dock med en väsentlig skillnad, enligt LOV får alla utförare offerera sina tjänster till bestämda priser. Om en upphandling enligt LOU genomförs där fördelningsnyckeln baseras på brukarens val, utan att vara en fastprisupphandling, har incitamentet för anbudsgivarna att offerera ett konkurrenskraftigt pris satts ur spel. De leverantörer som är relativt säkra på att brukarna kommer välja deras produkt kan istället välja att enligt denna fördelningsnyckel höja sina priser. En möjlig lösning kan vara att ha lägsta pris i de fall brukaren inte har några preferenser om utförare. Möjligen kan denna del av kontakten kunna vara så volymmässigt intressant att det medför ett incitament för anbudsgivare att lämna ett konkurrenskraftigt pris. Alternativt skulle denna fördelningsnyckel kunna kombineras med någon form av takpris.

Kontraktstilldelning delvis utan delvis med en förnyad konkurrensutsättning
Landstinget delar promemorians bedömning att det i den nya lagen ska framgå att det är möjligt att i samma ramavtal kombinera de två olika slagen dvs. delar med alla villkor för tillhandahållandet fastställda och delar där villkoren inte är fastställda.

Inköpscentraler

Inköpscentraler ska få bedriva grossistverksamhet
Landstinget tillstyrker promemorians förslag att i de nya lagarna införa en bestämmelse om att inköpscentraler ska kunna anskaffa varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter. Såsom promemorian konstaterar är det främsta skälet mot att införa denna möjlighet att det

skulle kunna missgynna små och medelstora leverantörer. Landstingets erfarenhet är att små och medelstora leverantörerna är väl representerade vid de samordnande avtal som genomförs för hela koncernen. Dock delar landstinget promemorians ståndpunkt att införandet av grossistfunktionen bör följas upp så att eventuella nackdelar eller missförhållanden kan upptäckas och åtgärdas.

Anskaffningar från och genom en inköpscentral
De nya direktiven ger medlemstaterna möjlighet att fastställa att vissa upphandlingar ska genomföras med anlitande av inköpscentraler eller en eller flera specifika inköpscentraler. Landstinget tillstyrker promemorians förslag att några sådana bestämmelser inte införs i de nya lagarna. Landstinget anser att de upphandlande myndigheterna är bäst lämpade att överväga vilka upphandlingar som är lämpliga att genomföras genom anlitande av inköpscentraler.

En uttrycklig reglering av ansvarsfrågan
Landstinget anser att promemorians förslag att upphandlande myndighets ansvar för att fullgöra skyldigheterna i lagarna när det gäller de delar av ett förfarande som den själv genomför bör kompletteras med de förtydligande exempel som direktiven anger dvs.
- tilldelning av ett kontrakt inom ett dynamiskt inköpsförfarande,
- genomförande av en förnyad konkurrensutsättning, samt
-fastställande av vilken av leverantörerna som är parter i ett ramavtal som ska utföra en viss uppgift enligt ramavtalet.
Detta för att öka tydligheten.

Dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner

Överprövning av beslut vid dynamiska inköpssystem
Varje beslut om tilldelning av ett enskilt kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem kan överprövas. Även ett beslut att inte ta med en leverantör i systemet kan bli föremål för överprövningen. Landstinget delar dock promemorians bedömning att leverantörer som redan tagits med i systemet inte kan anses ha lidit skada eller kan komma att lida sådan skada att de bör ha rätt att överklaga ett beslut att ta med en annan leverantör i systemet. Landstinget delar promemorians bedömning att det får anses tillräckligt att dessa leverantörer kan begära överprövning av ett enskilt

tilldelningsbeslut och kan i denna process således hävda att den leverantör som fått kontraktet aldrig skulle ha godkänts som deltagare i systemet.

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

Elektroniska auktioner

Särskilda bestämmelser om när ett anbud ska anses vara ogiltigt, oacceptabelt eller olämpligt införs inte.
Landstinget avstyrker promemorians förslag att inte införa bestämmelser om när ett anbud anses vara ogiltigt, oacceptabelt eller olämpligt i de nya lagarna. Promemorian anser att artikel 35.5 tredje stycket i LOU-direktivet får anses ha en närmast exemplifierade och förtydligande innebörd. Rättsläget idag avseende när ett anbud är ogiltigt, olämpligt eller enbart brister mot formella krav är otydligt och olika tolkningar förespråkas. Landstinget anser således att det finns ett behov av förtydligande avseende dessa begrepp och att artikelns bestämmelse bör införas i de svenska lagarna.

Annonsering

Efterannonsering
Landstinget tillstyrker promemorians förslag att Sverige inte bör nyttja den möjlighet som finns i de nya direktiven att föreskriva att upphandlande myndigheter kvartalsvis ska samla meddelanden om resultatet av upphandlingsförfaranden för kontrakt som grundas på ramavtal. Detta

skulle i dagsläget medföra en orimlig arbetsbörda för flertalet upphandlande myndigheter.

Utformning och offentliggörande av annonser
En nyhet i artikel 52.1 LOU-direktivet är att meddelanden och information i dem inte får offentliggöras på nationell nivå före den dag då de har offentliggjorts inom EU på föreskrivet sätt. Enligt nuvarande regler gäller att innehåll i annonser inte får offentliggöras på nationell nivå före den dag de skickas till kommissionen. Landstinget anser att det leder till en olycklig fördröjning i annonseringsförfarandet vid tillämpningen av denna nya bestämmelse. Efter ivägskickande av annonsen måste den upphandlande myndigheten invänta en underrättelse om offentliggörandet från Europeiska unionens publikationsbyrå. Om den upphandlande myndigheten inte får en sådan bekräftelse inom 48 timmar efter bekräftelse av mottagande av annonsen får dock offentliggörande av annonsen ske på nationell nivå. Detta innebär administrativt merarbete samt en möjlig fördröjning om två dygn för varje annonsering.

Ändringar i de nationella bestämmelserna

Statistikinsamling avseende inköpsvolymer
Landstinget avstyrker promemorians förslag att den upphandlande myndigheten till den myndighet som regeringen bestämmer ska lämna uppgift om den totala summan av de utbetalningar som myndigheten har gjort under ett år enligt kontrakt som ingåtts enligt de nya upphandlingslagarna.

Statistikinsamling är idag inte möjlig att göra på ett tillfredställande sätt och är orimligt betungande för myndigheterna. I dag kopplas en betalning från en myndighet till en viss leverantör och inte till ett specifikt avtal. Det är vidare vanligt att det finns flera avtal med en leverantör. För landstingets del skulle det krävas omfattande manuellt arbete att utifrån befintliga system, dvs leverantörs reskontra, kontoklasser, som skiljer sig mellan bolagen då vi har åtta olika kontoplaner, åstadkomma kopplingar till de olika avtalen. Denna statistik skulle vidare vara av undermålig kvalitet eftersom det kommer att finnas flera felkällor.

För att få fram inköpsvärden på avtal från redovisningssystemen krävs omfattande analys och bearbetning. Inom landstinget används främst

statistik från leverantörer för att uppskatta avropade volymer på varje specifikt avtal. Landstinget är tveksamma till nyttan av denna kompletterande statistikinsamling (utöver statistiken som inhämtas från annonseringsorgan) enligt utredningens förslag. I synnerhet om denna ska vägas mot den omfattande tidsåtgången. Landstinget anser heller inte att en sådan insamling ger en bättre uppskattning av offentliga upphandlingars totala värde på grund av ovan redovisade faktorer.

Tilldelning av tjänstekontrakt som avser kollektivtrafik på järnväg, med tunnelbana eller på vatten

Landstinget tillstyrker promemorians förslag till reglering av tilldelning av tjänstekontrakt som avser kollektivtrafik på järnväg, med tunnelbana eller på vatten som i princip behåller nuvarande regelring för aktuella trafikslag. Landstinget ser även positivt på att behålla nuvarande reglering för tunnelbanan och trafik på järnväg.

Ankom
Stockholms läns landsting
2014 -07- 11
Dnr. LS 1407-0870

Sammanfattning

Delbetänkandet innehåller författningsförslag som syftar till att genomföra delar av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

De två nya upphandlingsdirektiven är omarbetningar av 2004 års upphandlingsdirektiv. Genomförandet av de delar som bedömdes som nya i förhållande till 2004 års direktiv överlämnades till Genomförandeutredningen.

Av de olika delarna av direktiven som överlämnades till utredningen är det vissa som tilldragit sig särskilt intresse. De nya direktiven ger uttryck för samma grundtankar som alltid har präglat den offentliga upphandlingen på unionsnivå och som genomförts i Sverige, dels genom det regelverk som hanterar upphandlingen över vissa angivna s.k. tröskelvärden, dels upphandlingar vars värde understiger dessa och som i huvudsak är nationellt baserade. Även de upphandlingarna ska skötas i enlighet med de allmänna principerna för upphandling, men förfaranderegelerna är enklare.

I dessa delar innebär de nya direktiven inget nytt. I dagens ordning är upphandling av tjänster uppdelade i s.k. A-tjänster och B-tjänster. Denna uppdelning berodde ursprungligen på att unionslagstiftaren bedömde att vissa tjänster lämpade sig mindre väl för de mer utvecklade upphandlingsförfarandena utan i stället kunde hanteras genom förenklade förfaranden. I de nya direktiven har denna skillnad mellan tjänster tagits bort, men däremot har man behållit hänsyn till att vissa tjänster av mera personlig karaktär fortfarande passar mindre väl för de mera komplicerade förfarandena. Dessa s.k. sociala tjänster föreslår utredningen ska hanteras i enlighet

med de regler som ska gälla för upphandlingar som understiger tröskelvärdena och som i stora delar överensstämmer med vad som gäller i dag.

Utredningen föreslår att regler om s.k. reserverade kontrakt ska införas i svensk rätt. Dessa regler innebär att det läggs fast vissa förutsättningar för särskilda hänsyn till anbud som lämnas av leverantörer vars arbetskraft till viss del består av funktionshindrade eller annars "missgynnade" personer.

Upphandlingsreglerna har hittills byggt på att den offentliga sektorn ska öppna sig mot den konkurrensutsatta marknaden inom unionen för sina inköp. I takt med att tekniken förbättras, ökar kraven på snabbhet och effektivitet. Regelverket innefattar nya regler om elektronisk kommunikation under hela upphandlingsförfarandet. Utredningen föreslår att dessa regler införs i enlighet med direktiven och att den möjlighet att föreskriva en viss övergångstid som direktiven ger inte ska utnyttjas.

För att den offentliga upphandlingen ytterligare ska effektiviseras har unionslagstiftaren föreslagit tydligare regler om i vilka fall en upphandlande myndighet får och ibland ska dela upp ett kontrakt i olika mindre delar. Syftet bakom reglerna är att se till att små och medelstora företag inte råkar uteslutas från att delta i upphandlingar. Det införs tydligare och i vissa delar skärpta regler för val av leverantör och för val av anbud. De nya reglerna innefattar skärpt kontroll av att leverantörer till den offentliga sektorn iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställs i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i vissa i direktiven angivna internationella bestämmelser. Reglerna innefattar också skärpt skyldighet för upphandlande myndigheter att undersöka vad som myndigheten uppfattar som onormalt låga anbud och också en skyldighet att förkasta sådana om de inte kan förklaras av anbudsgivaren på ett tillfredsställande sätt.

Vad gäller hänsynstagande till miljö m.m. finner utredningen att det visserligen redan i dag finns ett rimligt stort utrymme för upphandlarna att ta sådana hänsyn och alltså då också ställa sådana krav. Men de nya direktiven kodifierar EU-domstolens senare praxis inom området och öppnar enligt utredningens mening än större möjligheter att i den framtida upphandlingen ta sådana hänsyn. Vad som dock alltid är ledstjärnan för dessa och andra krav som kan ställas under en upphandling är att kraven har en relevant koppling till kontraktsföremålet och är förenliga med unionsrätten. Vad gäller möjligheten att hävda rättigheter ur kollektivavtal har

utredningen kommit fram till att, förutsatt den nyss angivna kopplingen och förenligheten med unionsrätten i övrigt, att det är möjligt att ställa sådana krav om arbetsmiljö m.m. som återfinns i vad som utgör ett kollektivavtal. Däremot är det utredningen uppfattning att det även framöver kommer att vara oförenligt med unionsrätten att en offentlig upphandlare ställer som krav att en leverantör ska vara ansluten till ett kollektivavtal.

I enlighet med vad utredningen uppfattar som en anpassning också till de skiftande villkoren i det ekonomiska livet innehåller de nya reglerna tydligare regler i frågan om när förändringar i de avtal som en gång ingåtts efter en upphandling kan göras utan att för den skull en ny upphandling måste göras. Likaså förtydligas reglerna om möjligheterna för en upphandlande myndighet att avsluta ett ingånget avtal.

Det har visat sig att kommissionens initiativ att under åren efter hand komplettera reglerna med ytterligare upphandlingsförfaranden och variationer inom upphandlingsförfarandena, som förnyad konkurrensutsättning, konkurrenspräglad dialog och elektronisk auktion, har varit framgångsrika. Kommissionen har fortsatt att utveckla förfarandena i syfte att anpassa dem till också specifika önskemål. I de nya reglerna introduceras det nya förfarandet innovationspartnerskap som syftar till att förbättra möjligheterna för de offentliga upphandlarna att ingå långsiktiga sådana partnerskap för utveckling och efterföljande köp av nya innovativa varor, tjänster eller byggentreprenader som inte finns på marknaden när partnerskapet inleds, utan att detta köp behöver föregås av ett särskilt upphandlingsförfarande.

Delbetänkandet innehåller vissa delar av de mer omfattande lagförslag som finns i Socialdepartementets promemoria Nya regler om upphandling (Ds 2014:25) och som således innehåller en sammanhållen version av den nya lagen om offentlig upphandling respektive den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Genomförandeutredningens arbete fortsätter nu med den särskilda frågan om en lag om upphandling av koncessioner i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU, vilket direktiv innehåller regler om tilldelning av byggkoncessioner och tjänstekoncessioner.

Ankom
Stockholms läns landsting
2014 -07- 11
Dnr LS 1407-0870

Sammanfattning

Promemorian innehåller författningsförslag som syftar till att genomföra delar av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG. Promemorian omfattar också förslaget att de två direktiven ska genomföras i två nya lagar på upphandlingsområdet, en ny lag om offentlig upphandling som föreslås ersätta lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och en ny lag om upphandling inom försörjningssektorerna som föreslås ersätta lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Promemorian lämnar även förslag till reglering av förfarandet vid tilldelning av tjänstekontrakt enligt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1169/69 och (EEG) nr 1107/70 (EU:s kollektivtrafikförordning).

De två nya upphandlingsdirektiven är omarbetningar av 2004 års upphandlingsdirektiv. Vissa delar av direktiven – de delar som bedömdes som nya i förhållande till 2004 års direktiv – har överlämnats till Genomförandeutredningen (S 2012:09). Dessa delar behandlas i utredningens delbetänkande Nya regler om upphandling (SOU 2014:51). De författningsförslag som lämnas i denna promemoria avser övriga delar av de två direktiven. I promemorian presenteras även en konsoliderad lagtext i vilken de författningsförslag som lämnas i Genomförandeutredningens delbetänkande sammanfogats med promemorians författningsförslag. Promemo-

rian innehåller därmed ett fullständigt författningsförslag till två nya lagar.

När det gäller de författningsförslag som lämnas i promemorian motsvaras dessa till stor del av bestämmelser i de två nu gällande lagarna. Vissa nya förslag finns dock.

De föreslagna lagarna har i huvudsak samma tillämpningsområden som nuvarande lagar. Verksamhet som innefattar prospektering av olja och gas omfattas dock inte längre av lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Ett nytt undantag görs för vissa juridiska tjänster. Bland annat undantas tjänster som avser biträde av en advokat i eller inför rättsliga förfaranden i t.ex. domstolar samt juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som är utsedd av domstol.

Förutsättningarna för att tillämpa det förhandlande förfarandet med föregående annonsering utökas enligt den föreslagna lagen om offentlig upphandling. Sammanfattningsvis innebär bestämmelserna att förfarandet får användas i flertalet fall utom när det rör sig om upphandling av mer standardiserade varor, tjänster eller byggentreprenader. I den föreslagna lagen om upphandling inom försörjningssektorerna införs upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog. Användningsområdet för detta förfarande har utvidgats i den nya lagen om offentlig upphandling. Förutsättningarna för att konkurrenspräglad dialog ska få användas är desamma som för förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Bestämmelserna om ramavtal i den föreslagna lagen om offentlig upphandling är i huvudsak oförändrade men innebär vissa klargöranden av rättsläget. Kontrakt som grundar sig på ramavtal får slutas endast mellan en upphandlande myndighet som tydligt har identifierats för detta syfte i ramavtalets anbudsinfordran eller inbjudan att bekräfta intresse och en leverantör som är part i ramavtalet. Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal med flera leverantörer utan förnyad konkurrensutsättning ska den upphandlande myndigheten använda objektiva villkor för att avgöra vilken av de leverantörer som är parter i ramavtalet som ska tilldelas kontraktet (en fördelningsnyckel). Bestämmelserna om ramavtal i den föreslagna lagen om upphandling inom försörjningssektorerna är något mer detaljerade än i nuvarande lag. En bestämmelse införs om att ett ramavtal ska få löpa under längre tid än åtta år endast om det finns särskilda skäl.

Regleringen av inköpscentraler ändras i syfte att ta tillvara den flexibilitet som direktiven medger. Inköpscentralerna får möjlighet att bedriva s.k. grossistverksamhet. Inköpscentralerna får också möjlighet att antingen agera som ombud eller som självständig mellanhand när de bedriver sin centraliserade inköpsverksamhet. Vidare införs en uttrycklig reglering av anvarsfrågor vad gäller inköpscentralernas verksamhet. Genom att anlita en inköpscentral ska upphandlande myndigheter och enheter kunna frånhända sig ansvaret för att en upphandling genomförs i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Det är inköpscentralen som i dessa fall ansvarar för att bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen följs och som blir motpart vid en eventuell domstolsprövning då en leverantör ansökt om överprövning eller väckt talan om skadestånd.

I båda lagarna införs bestämmelser om dynamiska inköpssystem. Ett dynamiskt inköpssystem kan schematiskt beskrivas som en tvåstegsprocess, som används för återkommande inköp av sådant som finns på marknaden. I ett första steg upprättas systemet och leverantörer kan när som helst under dess giltighetstid ansöka om att få delta. Alla leverantörer som uppfyller urvalskriterierna ska få delta. I ett andra steg sker tilldelningen av kontrakt enligt systemet. Inför varje kontraktstilldelning ska den upphandlande myndigheten eller enheten bjuda in alla anbudsgivare som godkänts som deltagare att lämna anbud.

När det som upphandlas ska användas av fysiska personer, ska de tekniska specifikationerna som huvudregel bestämmas med hänsyn till kriterier avseende tillgängligheten för personer med funktionsnedsättning, eller utformning med tanke på samtliga användares behov.

En upphandlande myndighet eller enhet ska under vissa förutsättningar i de tekniska specifikationerna, tilldelningskriterierna eller villkoren för fullgörande av kontraktet få kräva ett särskilt märke som bevis för att varorna, tjänsterna eller byggentreprenaderna motsvarar de egenskaper som krävs.

Det föreslås en bestämmelse i den nya lagen om offentlig upphandling om att upphandlande myndigheter som inte är centrala upphandlande myndigheter (i huvudsak kommunala myndigheter) ska kunna använda sig av en förhandsannons som anbudsinfordran vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående

annonsering. Bestämmelsen innebär att en upphandlande myndighet som har publicerat en sådan förhandsannons inte sedan på nytt behöver annonsera upphandlingen. Myndigheten ska i stället bjuda in de leverantörer som anmält sitt intresse med anledning av förhandsannonsen.

Tidsfristerna för att komma in med anbudsansökningar och anbud har jämfört med dagens regler förkortats väsentligt och överensstämmer i stort med de som gäller i WTO-avtalet om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement). Tidsfristen för att komma in med anbud vid öppet förfarande i den klassiska sektorn ska enligt huvudregeln vara minst 35 dagar mot 52 dagar enligt nu gällande regler. Fortfarande gäller att tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar eller anbud ska bestämmas utifrån komplexiteten i upphandlingen och hur lång tid som leverantörerna behöver för att utarbeta anbuden.

I promemorian lämnas förslag till bestämmelser för upphandlingar som faller utanför direktivens tillämpningsområde. Det föreslås att dessa bestämmelser, liksom i nuvarande lagar, samlas i ett särskilt kapitel i respektive ny lag. Ändringar har föreslagits när det varit direkt motiverat, t.ex. på grund av nyheter i direktiven eller för att korrigera brister i bestämmelserna.

Slutligen föreslås i promemorian att de nämnda bestämmelserna om upphandlingar som faller utanför direktivens tillämpningsområde ska komplettera bestämmelserna i EU:s kollektivtrafikförordning om tilldelning av tjänstekontrakt som avser kollektivtrafik på järnväg, med tunnelbana eller på vatten. Det innebär i huvudsak att bestämmelserna om förfarandet vid nationella upphandlingar och om överprövning gäller för sådan kontraktstilldelning.