

# Remissvar

**SOU 2018:44**

**MÖJLIGT, TILLÅTET OCH TILL-  
GÄNGLIGT**

*förslag till enklare och flexiblare upphandlingsreg-  
ler och vissa regler om överprövningsmål*

Dnr Fi2018/02531/OU

*Mottagare*

*fi.remissvar@regeringskansliet.se*

# Innehåll

REMISSVAR: .....	2
Sammanfattning.....	2
BYGGHERRARNAS REMISSVAR .....	3
DEL 1 – ENKLARE OCH FLEXIBLARE UPPHANDLINGSREGLER .....	3
11.5, 11.6 Rättelse av anbud och dialog .....	3
Preklusionsfrist avseende invändningar mot förfrågningsunderlaget .....	3
15 Direktupphandling.....	4
15.2.1 Direktupphandling vid lågt värde .....	4
Nominella eller procentuella direktupphandlingsgränsvärdena.....	4
Höjning av direktupphandlingsgränsvärdet för byggtreprenader .....	4
Högre transaktionskostnader över gränsvärdet .....	5
Transaktionskostnader är större för byggtreprenader än för varor .....	5
Höjd direktupphandlingsgräns för byggtreprenader gynnar små och medelstora företag .....	5
Allt tyngre administration leder till fler ramavtal .....	6
Offentlighetsprincipen och transparent myndighetsutövande tillräckligt .....	6
Definitionen av byggnadsverk .....	6
15.2.2 Direktupphandling i samband med överprövning - täckningsköp.....	7
DEL 2 – VISSA REGLER OM ÖVERPRÖVNINGSMÅL.....	8
21 Processkostnadsansvar i överprövningsmål .....	9
22 Ansökningsavgifter i överprövningsmål .....	10
OM FÖRENINGEN BYGGHERRARNA .....	12

# Remissvar:

## SOU 2018:44 MÖJLIGT, TILLÅTET OCH TILLGÄNGLIGT

Remissvaret har beretts av Föreningen Byggherrarna inom arbetsgruppen LOU/LUF. Byggherrarna, nedan "vi", lämnar härmed följande synpunkter på remissen.

### SAMMANFATTNING

#### Vi anser

- Att förslaget om nytt dialogförfarande med leverantör om rättelse av brister och fel i anbud är bra men det behöver förtydligas hur denna process ska gå till med tanke på nuvarande strikta tillämpning vid rättelse av fel.
- Att ett omvänt förfarande också hade varit önskvärt för att minska antalet onödiga överprövningar - där anbudslämnare ska ha dialog med upphandlande myndighet eller enhet om rättelser av uppenbara fel, förtydliganden och kompletteringar av annons eller förfrågningsunderlag, dvs att en preklusionsfrist införs (11.5 och 11.6 samt 20.1.4).
- Att gränsvärdena för direktupphandling av byggentreprenader ska höjas så de står i proportion till EU:s tröskelvärden. (15.2.1)

#### Vi instämmer i utredningens slutsats

- om de förfaranderegler som inte behövs vid direktupphandling (15.5)

#### Vi tillstyrker

- förslaget om införande av en ny bestämmelse om täckningsköp – direktupphandling i samband med överprövning (15.2.2) men det behöver förtydligas hur detta ska tillämpas vid upphandling av byggentreprenader.
- alt 1 införande av ett processkostnadsansvar i mål om överprövning av upphandling. (21)
- införande av en ansökningsavgift i mål om överprövning samt avgiftens nivå om 7.500 kr (22)

#### Vi avstyrker

- Att gränsvärdena för direktupphandling uttrycks i avrundande nominella belopp samt att de ska ligga fast över längre tid. Vi anser att gränsvärdena, som idag, bör vara angivna i procenttal och revideras vartannat år i samband med revidering av tröskelvärdena. (15.2.1)

# Byggherrarnas remissvar

Viktiga utgångspunkter för vårt yttrande är att

- Att upphandlingsprocessen kan bedrivas så att transaktionskostnaderna inte överskrider värdet av det som ska upphandlas, för att skattemedel och leverantörers resurser ska användas effektivt.
- Att offentliga upphandlingar ska bidra till förbättrad konkurrens och konkurrens på lika villkor
- Att offentliga upphandlingar ska bidra till ökad innovation

## Del 1 – Enklare och flexiblare upphandlingsregler

### 11.5, 11.6 RÄTTELSE AV ANBUD OCH DIALOG

#### **Preklusionsfrist avseende invändningar mot förfrågningsunderlaget**

Vi tillstyrker utredningens förslag att införa ett dialogförfarande med leverantör om rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av dennes anbud under pågående upphandling för icke direktivstyrda upphandlingar. Vi tror att detta kan begränsa antalet överprövningar. Dock ställer vi oss undrande hur denna föreslagna process förhåller sig till den tillämpning som idag råder om att tillåta rättelser.

Vi hade önskat att utredarna även föreslagit en dialog åt motsatta hållet – att leverantör ska ha dialog med den upphandlande myndigheten eller enheten om uppenbara fel, behov av förtydligande eller komplettering av annons eller förfrågningsunderlag.

Att anbudslämnare och andra intressenter väntar med att påtala brister och fel i annons eller förfrågningsunderlag tills de överprövar ett tilldelningsbeslut är inte effektivt. Dessa grunder för överprövningar skulle kunna undvikas med krav på bättre dialog åt bägge hållen.

Vi anser därför att en preklusionsfrist under anbudstiden bör införas avseende invändningar mot förfrågningsunderlagets utformning. Preklusionsfristen är ett effektivt medel för att minska antalet överprövningsmål och leder till att parterna för dialog med varandra under upphandlingstiden istället för efteråt i rättssalen. Invändningarna ska då gälla sådant som framgår av annons eller förfrågningsunderlag exempelvis oproportionerliga krav, avtalstider eller uppenbara fel. Leverantörer ska

självkärligt ha bibehållen rätt att överpröva felaktig tillämpning av utvärderingsmodell eller annat som framkommer först vid tilldelningsbeslut.

Vi anser att en preklusionsfrist motsvarande tio dagar innan anbudstiden löper ut är lämplig för att möjliggöra för myndigheten att vidta rättelse innan "sexdagarsspärren" slår till.

Vår förhoppning är därför att regeringens fortsatta beredning av Överprövningsutredningens förslag kommer att omfatta införande av preklusionsfrist.

## **15 DIREKTUPPHANDLING**

### **15.2.1 Direktupphandling vid lågt värde**

#### **Nominella eller procentuella direktupphandlingsgränsvärdena**

Vi anser inte att de procentuella direktupphandlingsgränserna är några problem att komma ihåg och avstyrker utredningens förslag att ange avrundande nominella belopp i lagtexten. Nackdelen med utredarnas förslag är för stora, exempelvis nackdelen att värdena inte kan indexregleras utan en lagändring. Av samma anledning avstyrker vi även förslaget att gränsvärdet för direktupphandling ska ligga fast över en längre tid istället för som idag justeras vartannat år.

En önskvärd förenkling är enligt våra medlemmar inte gränsvärdena i sig utan en tydligare definition av begreppet upphandling av "samma slag" – vilka upphandlingar som ska sammanräknas vid upphandlingar inom en organisation.

#### **Höjning av direktupphandlingsgränsvärdet för byggtreprenader**

Byggherrarna anser att nuvarande gränser för direktupphandling för byggtreprenader bör höjas och stå i proportion till de differentierade tröskelvärdena. Dvs att den gemensamma direktupphandlingsgränsen tas bort och gränsvärdet för byggtreprenader istället motsvarar 28%/26% av tröskelvärdena. Detta då

- transaktionskostnader för upphandling av byggtreprenader är större än för upphandling av varor
- transaktionskostnader för upphandling av byggtreprenader bör stå i proportion till upphandlingens värde
- högre gränsvärde gynnar möjlighet för små och medelstora företag inom byggsektorn att delta i offentlig upphandling och gynnar därmed konkurrensen

### **Högre transaktionskostnader över gränsvärdet**

Med transaktionskostnader menar vi kostnader för kunskapsinhämtning, bedömning av resursbehov, tidsåtgång, kalkylering, risker, osäkerheter och annat som behövs eller uppstår innan ett avtal kommit till stånd.

De mer omfattande regelkraven över direktupphandlingsgränserna ger högre transaktionskostnader härrörande till striktare regler för anbudsgivning, längre anbuds- och utvärderingstider samt förseningar på grund av överprövningar.

Administrationen kring offentliga upphandlingar har med åren blivit alltmer betungande för både upphandlande enheter och anbudsgivare, dels för att tillämpningen blivit mer strikt men även för att offentlig upphandling används som verktyg för att driva igenom diverse politiska beslut och önskvärda förändringar exempelvis ökad jämställdhet, miljömål, sociala krav etc. Politiska ambitioner i syfte att få ett bättre samhälle, men som i sig ökar transaktionskostnaderna då leverantörer ska sätta sig in i och verifiera mer än själva produkten eller tjänsten man offererar.

Det kan inte vara effektivt för samhället om kostnaden för att genomföra en upphandling är större än värdet av det enskilda kontraktet. Att upphandlingar av mindre värde får en oproportionerligt hög transaktionskostnad.

### **Transaktionskostnader är större för byggtreprenader än för varor**

Transaktionskostnader för standardvaror är betydligt lägre än vad som gäller för komplexa och unika arbeten såsom byggtreprenader. Anbudsgivning för byggtreprenader förutsätter oftast platsbesök, inhämtande av anbud från underentreprenörer/leverantörer, tidplanering och planering av arbetenas omfattning för att kunna kalkylera kostnader för material, arbeten och risker m.m.

Det kan därför inte vara rimligt att gränsvärdet för byggtreprenader är på samma nivå som för varor.

### **Höjd direktupphandlingsgräns för byggtreprenader gynnar små och medelstora företag**

Det är bekymmersamt för konkurrensen om mindre byggtreprenörer, vars styrka ofta är att vara goda hantverkare och inte duktiga administratörer eller experter på upphandlingsreglementet, inte mäktar med eller vågar ta de ekonomiska riskerna som den offentliga upphandlingsprocessen innebär.

De mer omfattande regelkraven och högre transaktionskostnaderna över direktupphandlingsgränsen blir ett hinder för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar. Därtill ska adderas den större risk och osäkerhet det innebär för mindre och medelstora företagen att ligga ute med anbud under den mer utsträckta

upphandlingstiden över direktupphandlingsgränserna. Riskerna och administrationen kan även utgöra ett inträdeshinder för mindre leverantör som vill etablera sig på nya marknader.

Vi anser att de låga gränsvärdena för direktupphandling avseende byggtreprenader missgynnar konkurrensen inom byggbranschen och gynnar de entreprenörer som har större administrativa och ekonomiska resurser och kunskaper. En för lågt satt direktupphandlingsgräns för byggtreprenader missgynnar alltså små och medelstora företag deltagande i offentliga upphandlingar – vilket är i strid med EU:s vilja.

### ***Allt tyngre administration leder till fler ramavtal***

Med den allt tyngre administrationen som offentlig upphandling numer omfattar och med nuvarande direktupphandlingsgränser hävdar vi att utveckling lett till att upphandlande enheter oftare väljer att teckna mångåriga ramavtal. De långa ramavtalen leder till inlåsnings effekter på marknaden och speciellt vid de stora rikstäckande ramavtalen gynnas inte de mindre leverantörerna.

### ***Offentlighetsprincipen och transparent myndighetsutövande tillräckligt***

Om gränsvärdet för byggtreprenader höjs skulle utredningens förslag om dokumentation och riktlinjer för direktupphandling i kombination med offentlighetsprincipen hos myndigheterna, ändå möjliggöra ett transparent myndighetsutövande och affärsmässighet.

### **Definitionen av byggnadsverk**

Med byggnadsverk avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet självständigt fyller en teknisk eller ekonomisk funktion.<sup>1</sup> Gränserna för en självständig teknisk eller ekonomisk funktion är inte alltid så entydiga och påverkar tolkningen av vilka upphandlingar som anses vara av samma slag inom den upphandlande myndigheten.

Att begreppen har en vid tolkning idag anser vi leder till en sämre effektivitet av upphandlingsprocesserna då det sammanlagda värdet av mindre upphandlingar under året ofta hamnar över tröskelvärdena och direktupphandlingsgränserna. Upphandlingar över gränserna innebär tyngre administration och formalia både för den upphandlande enheten och anbudsgivarna.

För offentliga byggherrar och fastighetsägare som förvaltar stora byggnadsobjekt och anläggningar är behovet av mindre ombyggnads- och underhållsåtgärder stort under året. Värdet av det enskilda kontraktet är oftast lågt – men värdet av likartade

---

<sup>1</sup> Upphandlingsmyndighetens hemsida

arbeten inom organisationen kan då vara högt. Det betyder att de mindre arbetena måste upphandlas med den tyngre upphandlingsformaliam.

Motsvarande gäller vid upphandling av (mindre) byggnads- eller anläggningsprojekt. För att gynna konkurrensen skulle den upphandlande enheten kunna välja att dela upp kontraktet i mindre delar och därmed möjliggöra för mindre entreprenörer och konsulter att delta. Men om det sammanlagda värdet av delkontrakten för ett byggprojekt innebär krav på upphandlingsförfarande över direktupphandlingsgränsen lär byggherren avstå från att dela upp entreprenaden pga av den tyngre administrationen och överprövningsrisken. Med höjd direktupphandlingsgräns skulle byggherrens vilja att dela upp kontraktet öka och därmed gynnas att fler mindre leverantörer kan delta.

Vi saknar en kommentar från utredarna om den svenska tillämpningen av byggnadsverk i kombination med tolkning av upphandlingens värde avviker från andra EU-länder och om vår tillämpning i så fall påverkar upphandlingsprocessens effektivitet och konkurrensen.

### **15.2.2 Direktupphandling i samband med överprövning - täckningsköp**

Byggherrarna tillstyrker förslaget om införande av en ny bestämmelse om täckningsköp – direktupphandling i samband med överprövning, men bedömer att det sällan kommer att kunna nyttjas.

För att få använda regeln om täckningsköp i samband med överprövning gör utredarna bedömningen att det uppskattade värdet av det som direktupphandlas genom täckningsköp ska läggas samman med värdet av föremålet för överprövning och att detta sammanlagda värde måste underskrida tröskelvärdena.<sup>2</sup>

Vi ställer oss frågande till hur detta ska tillämpas vid upphandling av byggprojekt/byggnadsverk, när:

- de direktivstyrda bestämmelserna gäller avseende beräkning av det som upphandlas (15.7.1)
- en upphandling inte får delas upp för att kringgå bestämmelserna
- myndigheten ska räkna ihop direktupphandlingar av samma slag under räkenskapsåret

För byggprojekt bör det innebära att hela byggprojektets/byggnadsverkets värde ska sammanräknas även om ett delkontrakt överprövas – inte värdet på det enskilda överprövade kontraktet. Det vill säga att värdet för föremålet för överprövning är

---

<sup>2</sup> Betänkande (SOU 2018:44) Möjligt, tillåtet och tillgängligt (s360)



hela byggprojektets värde när ett delkontrakt överprövas. Det innebär att möjligheten till täckningsköp för byggherrar blir väldigt begränsat.

Därpå är det oklart om utredarna menar att värdet av det som direktupphandlas får överstiga direktupphandlingsgränsen.

## Del 2 – vissa regler om överprövningsmål

Vi välkomnar förändringar i regelverket kring överprövningar då vi anser att den stora risken att drabbas av överprövningar har lett till att offentliga byggherrar inte vågar använda upphandlingsregelverkens möjligheter fullt ut. Konsekvenserna av en överprövning vid upphandlingar inom just bygg- eller anläggningsprojekt, som ofta omfattar många delkontrakt, kan bli stora och drabba redan kontrakterade leverantörer. Därtill drabbas slutanvändarna, exempelvis skolelever som inte får sin skola färdigställd i tid.

Med detta menar vi att det är de s.k. "okynnesöverprövningarna" som måste minska, de överprövningar där leverantören inte förväntar sig vinna men det kostar inget för denne att pröva. Dessa är ett stort slöseri med skattemedel och det är inte bara den vinnande leverantören och den upphandlande myndigheten som lider skada av att avtal överprövas utan även allmänheten och andra berörda.

Vi är samtidigt positiva till alla förslag som förbättrar dialogen mellan upphandlande enhet och anbudsgivare under anbudstiden. Vi hade önskat ett förslag som även hade ålagt anbudsgivare en aktivitetsplikt under anbudstiden. Att anbudsgivare åläggs att kommunicera anmärkningar eller ställa frågor under anbudstiden för att möjliggöra för den upphandlande myndigheten att rätta fel och brister i förfrågningsunderlag o. dyl under anbudstiden. Se även våra ovanstående synpunkter om Preklusionsfrist. (Preklusionsfrist avseende invändningar mot förfrågningsunderlaget )

Byggherrarna lät göra en undersökning bland våra medlemmar om överprövningar. Våra medlemmar svarade att de hanterar konsekvenserna av överprövningarna men att överprövningarna orsakar förseningar och fördyringar. Att hamna i en överprövning med osäker tidshorisont innebär för en byggherre en risk som de varken kan bedöma tidsmässigt eller kostnadsmässigt. När det gäller "okynnes överprövningar" är det en risk som byggherren inte kan eliminera. Med den nuvarande höga investeringstakt och stora efterfrågan från slutanvändarna och allmänhet blir överprövningarnas konsekvenser särskilt påfrestande.

Överprövningarna inom byggsektorn leder till

- att de upphandlande enheterna tvingas göra otillåtna direktupphandlingar eller förlänga tidigare avtal under överprövningstiden för att klara behovet och då till en högre kostnad för skattebetalarna
- att de upphandlande myndigheterna har svårare att fullgöra sitt uppdrag, exempelvis att leverera lokaler för utställda elevplatser enligt tidplan
- att brukarna/slutanvändarna, som oftast också är en del av offentlig sektor, får svårare att planera sin verksamhet då färdigställandet av deras lokaler blir försenat på obestämd tid
- att anbudsgivare/entreprenörer kan få lägre intresse att delta i anbudsgivning åt offentlig sektorn, vilket i sin tur inte gynnar konkurrensen
- att överprövning av ett kontrakt kan leda till konsekvenser för andra kontrakt inom samma projekt då byggkontrakten oftast är beroende av varandra. Leverantören av exempelvis en upphandlad husstomme kan inte leverera enligt avtal om grundläggningsentreprenaden blivit överprövad och därmed försenad.
- att byggherrar inte väljer att dela upp upphandlingar i mindre kontraktsdelar utan istället eftersträvar att begränsa antalet upphandlingar och därmed antalet överprövningstillfällen. En utveckling som istället för att gynna konkurrensen för små och medelstora företag gynnar de större företagen som kan ta de större kontrakten.
- att överprövning hos en byggherre även kan leda till försening och fördyring hos andra privata och offentliga byggherrar. Det är inte ovanligt att exempelvis större väg- och järnvägsprojekt i stadsmiljö är integrerade och ska samordnas med andra byggherrars uppförande av byggnader. Exempelvis byggandet av trafikleden norra länken i Stockholm där byggherrar inom Hagastaden berördes, eller hur utbyggnaden av västlänkens stationer påverkar uppförandet av nya byggnader i Göteborg.

## **21 PROCESSKOSTNADSANSVAR I ÖVERPRÖVNINGSMÅL**

Byggherrarna tillstyrker att ett processkostnadsansvar införs i mål om överprövning av upphandling. Vi instämmer i utredningens resonemang att ett processkostnadsansvar skulle få en stor avhållande effekt på överprövningar när leverantören bedömer att denne inte vinner framgång. Och det som ökar parternas vilja att kommunicera och reda ut oklarheter under upphandlingstiden istället för efter tilldelningsbeslutet är för oss eftersträvansvärt.

Men vi ser dock en farhåga att ett processkostnadsansvar skulle kunna öka handläggningstiden hos domstolarna och att frågan om fördelningen av rättegångskostnader skulle kunna tillföra ytterligare en tvistefråga. Att utreda själva skadans nivå

och skälighetsprövningar av ersättningsnivåer kan i sig bli omfattande, vilket innebär att konsekvenserna av en försening på grund av överprövning kan bli ännu större än vad de är idag.

## **22 ANSÖKNINGSAVGIFTER I ÖVERPRÖVNINGSMÅL**

Byggherrarna tillstyrker utredarnas förslag om att införa en ansökningsavgift i mål om överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet. Vi anser att en ansökningsavgift kommer att effektivisera överprövningsprocessen och få en viss preventiv inverkan på ogrundade överprövningar.

Avgiftens fasta belopp på 7.500 kronor anser vi vara väl avvägd.

En differentierad avgift knuten till exempelvis upphandlingens värde, olika belopp över eller under tröskelvärdet eller slag av upphandling som utredningen resonerar om skulle förmodligen ha en större effekt ur avhållandesynpunkt. Men vi instämmer i utredningens bedömning att detta skulle öka den administrativa bördan på domstolarna.<sup>3</sup>

Stockholm den 1 februari, 2019

Tommy Lenberg  
VD

Enligt uppdrag

Helena Lennartsson

---

<sup>3</sup> Betänkande (SOU 2018:44) Möjligt, tillåtet och tillgängligt s 484



## Om föreningen Byggherrarna

Föreningen Byggherrarna med dotterbolaget Byggherrarna Sverige AB ägs av sina medlemmar. Föreningens medlemmar ingår i samhällsbyggnadssektorn och representerar långsiktiga fastighetsägare eller förvaltare som utvecklar, planerar och genomför bygg- eller anläggningsprojekt för egen drift och förvaltning.

Föreningen bildades 1964 i syfte att samla byggherrar och tillvarata deras intressen i samhällsbyggandet och för att möjliggöra erfarenhetsutbyte byggherrar emellan. Föreningen har genom åren bland annat belyst byggherrens roll som viktig, medveten aktör i samhällsbyggandet och som förändringsagent för samhällsbyggnadssektorn.

I föreningens arbete ingår att belysa och stärka byggherrefrågor genom hela byggherprocessen från idé till färdigställande med hänsyn tagen även till förvaltningskede och rivning.

Föreningen vill verka för att aktörer inom samhällsbyggnadssektorn får ökad insikt i att de bidrar till att skapa samhälleliga värden, det vill säga bygger sjukhus så att patienterna får vård, bygger skolor så att eleverna lär sig mer, bygger anläggningar och infrastruktur så att vi minimerar restid och spar på miljön samt att vi bygger bostäder så att människor erbjuds en god livsmiljö.

Byggherrarna är en intresseförening för professionella byggherrar som arbetar för att stärka och utveckla byggherrerollen och det svenska samhällsbyggandet. Föreningens medlemmar är kontinuerliga byggherrar och beställer årligen byggprojekt för mer än 100 miljarder kronor.