



Datum 2019-01-16
Diarienummer 1413/18

Finansdepartementet

Göteborgs Stads yttrande över Finansdepartementets remiss – Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44)

Finansdepartementet har gett Göteborgs Stad möjlighet att inkomma med synpunkter på rubricerat betänkande. Göteborgs Stad anser att utredningen har lyckats väl med sitt uppdrag och tillstyrker därför i allt väsentligt de förslag som utredningen har lämnat. Göteborgs Stad önskar dock framföra följande synpunkter.

Förhållandet till redan beslutade bestämmelser om välfärdstjänster

Göteborgs Stad är positiv till att utredningen har presenterat ett helhetsgrepp avseende regelförenklingar även om det innebär att de bestämmelser om bl.a. välfärdstjänster som träder i kraft den 1 januari 2019, genom SFS 2018:1159, tycks bli kortvariga. I de fall utredningens förslag och lagändringarna som träder i kraft den 1 januari 2019 i allt väsentligt överensstämmer bör dock övervägas om ytterligare ändring ska ske. Ett sådant exempel är reserverad upphandling i 19 kap. 6 § LOU per den 1 januari 2019 jämfört med utredningens motsvarande förslag i 19 kap. 20 § LOU.

Täckningsköp

Möjligheten att kunna genomföra täckningsköp när en upphandling är stoppad pga. en överprövningsprocess är av central betydelse för att myndighetens verksamhet ska kunna utföras och i slutändan att medborgarna ska kunna få den samhällsservice som behövs. Regeln om täckningsköp handlar alltså om att den berörda offentliga verksamheten ska kunna löpa på smidigt inom ramen för vad EU-rätten tillåter. I dessa fall har också täckningsköpet föregåtts av en annonserad upphandling.

Göteborgs Stad välkomnar därför att en sådan bestämmelse nu föreslås införas i LOU och LUF. Göteborgs Stad delar utredningens ståndpunkt att rekvisiten för när upphandling utan annonsering är tillåten inte nödvändigtvis måste överensstämman mellan det direktivstyrda och det icke direktivstyrda området och att detta handlingsutrymme ska utnyttjas för att skapa möjlighet för täckningsköp i vissa fall. Att bestämmelsen bara kan användas så länge täckningsköpet uppgår till tröskelvärdet är naturligt. Däremot anser Göteborgs Stad att utredningens slutsats kring värdeberäkningen om att "täckningsköp som regel kommer behöva läggas samman med i vart fall det uppskattade värdet av den upphandling eller det avtal som är föremål för överprövning" (s. 360) ytterligare måste analyseras. Rent praktiskt innebär en sådan slutsats att bestämmelsen tenderar att bli verkningslös.

Göteborgs Stad är av uppfattningen att det finns andra sätt att se på värdeberäkningen för täckningsköpet vilket skulle medföra att täckningsköpet kan räknas separat. Utgångspunkten för värdeberäkningar i alla former av upphandlingar är att beräkningen ska göras på ett omsorgsfullt sätt, vara så korrekt som möjligt och motverka illojal uppdelning i syfte att undgå annonsering. Beräkningen ska alltså ske enligt principen om största möjliga utfall.

För att åskådliggöra täckningsköpet används ett exempel. En skolförvaltning annonserar en upphandling som avser 1 000 elevdatorer och det totala uppskattade värdet överstiger tröskelvärdet. Behovet utgör både ersättningsdatorer och datorer till nya elever. Upphandlingen blir överprövad vilket medför att leverans inte kan ske till terminsstart. Den upphandlande myndigheten anser att de datorer som är avsedda för elever utan datorer är ett angeläget behov, medan ersättningsdatorerna kan vänta. Det rör sig om 20 procent av det totala behovet, dvs. 200 datorer och värdet understiger tröskelvärdet. Om ett täckningsköp av dessa datorer kan ske separat skulle ett täckningsköp vara möjligt, men om täckningsköpet på 200 datorer ska räknas samman med de annonserade 1 000 datorerna är det inte möjligt.

Göteborgs Stad är av uppfattningen att ett täckningsköp enligt exemplet ovan innebär en avräkning mot det kommande kontraktet. Om möjligheten till täckningsköp anges redan i upphandlingsdokumentet som en potentiell avräkning torde täckningsköpet kunna räknas separat. En sådan beräkning blir inte illojal, snarare helt korrekt till skillnad mot en sammanräkning som

hade inneburet att man ”dubbelräknat” de datorer som täckningsköpet avser. I upphandlingsdokumentets upplysning om kontraktsvärde skulle det för exemplet ovan kunna göras ett tillägg enligt följande.

”Förbehåll om täckningsköp

Den kvantitet som kan komma att köpas genom s.k. täckningsköp enligt LOU kommer *avgå* från det kommande kontraktet. Avsikten är att ett eventuellt täckningsköp kommer ske från den leverantör som utpekats som vinnare och till det pris som offererats i den annonserade upphandlingen.”

Om täckningsköpet hanteras på detta sätt har det varit tydligt att de datorer som kan komma att köpas genom täckningsköp räknas av från den kommande kontraktssumman. Beräkningen står inte i strid med principen om största möjliga utfall eftersom utfallet inte ska bli täckningsköp plus den annonserade kvantiteten. Den upphandlande myndigheten kan alltså inte köpa in fler datorer än vad som ursprungligen annonserats, bara täcka sitt angelägna behov som ett täckningsköp inom ramen för den annonserade kvantiteten. Rent avtalsrättsligt kan inte heller den vinnande leverantören hävda någon berättigad förväntan att få sälja fler datorer än den annonserade kvantiteten eller rätt till ersättning för den uteblivna delen av den kvantitet som annonserats men köpts genom täckningsköpet. Det ter sig också naturligt att det är den leverantör som vunnit den annonserade upphandlingen som bör tilldelas täckningsköpet, varför det är av värde att prissäkra täckningsköpet till samma styckpris som offererats i den annonserade upphandlingen. Det här är, som Göteborgs Stad ser på saken, en logisk hantering av beräkningen av täckningsköp som också blir den mest rättvisande avseende värdeberäkning eftersom några teoretiska dubbelberäkningar inte sker i förhållande till det verkliga utfallet.

För ramavtal kan det förhålla sig något annorlunda eftersom kvantiteterna inte är fastlagda på samma sätt, men ett rimligt och praktiskt förankrat synsätt bör landa i samma hantering, dvs. att täckningsköpet kan räknas separat utan sammanläggning med den annonserade ramavtalsupphandlingen. Det är vanligt förekommande att upphandlande myndigheter i underlaget för en ramavtalsupphandling anger att avtalsstarten kan komma att förskjutas, exempelvis pga. överprövning. Syftet med detta är att en överprövning inte ska stjäla tid av den maximalt tillåtna ramavtalstiden. Försenas den planerade avtalsstarten för ramavtalet med ett år pga. av en utdragen överprövningsprocess kommer alltså avtalstiden fortfarande kunna vara fyra år från faktiskt startdatum. De

täckningsköp som behöver ske fram till startdatum för att täcka angelägna behov blir inte av ramavtalskaraktär utan avser specifika inköp av en viss vara eller tjänst. Göteborgs Stad kan inte se några bärande argument för att sammanlägga dessa specifika direktupphandlingar med ramavtalets volym. Eftersom planerad avtalsstart för ramavtalet förskjuts, avser ramavtalet en annan framtida tidsperiod, än de specifika täckningsköpen. Ett sådant synsätt står inte heller i strid med principen om största möjliga utfall eftersom ramavtalsperioden är lagreglerad till maximalt fyra år och täckningsköpet inte utgör en option till ramavtalet. Den mest rättvisande värdeberäkningen och lojala tillämpningen, även när det avser överprövade ramavtalsupphandlingar, torde därmed vara att räkna täckningsköpet separat och utan påverkan av värdet av den annonserade ramavtalsupphandlingen.

I de fall den överprövade ramavtalsupphandlingen är genomförd av en inköpscentral kommer behovet av täckningsköp primärt inte föreligga hos inköpscentralen utan i stället hos ett stort antal olika upphandlande myndigheter och enheter. Dessa myndigheter och enheter ska knappast behöva sammanräkna sitt individuella behov av täckningsköp med inköpscentralens samordnade volymläsningsberäkning för den annonserade ramavtalsupphandlingen.

Ansökningsavgifter och processkostnadsansvar

Göteborgs Stad ställer sig positiv till de förslag om ansökningsavgift och processkostnadsansvar som föreslagits då det är av vikt att antalet överprövningsmål i Sverige kan normaliseras på en nivå som gäller för de flesta övriga medlemsstater. Det får antas att de låga trösklar för att begära överprövning av en upphandling i Sverige i sig påverkat det höga antalet överprövningar. Det är lämpligt att ansvaret för processkostnader balanseras mellan parterna i processen, då det i princip handlar om ett kommersiellt förhållande mellan i många fall jämbördiga parter. Den obalans som råder efter den s.k. Fidelia-domen (NJA 2013 s.762), enligt vilken en vinnande leverantör kan ha rätt till skadestånd för sina processkostnader, bör återställas.

Göteborgs Stad kan konstatera att det i och med förslagen förvisso kan finnas en risk för att mindre leverantörer, såsom enmansföretag eller företag med få anställda, avstår från att ansöka om överprövning av en upphandling då en ekonomiskt kostsam process skulle kunna äventyra leverantörens ekonomiska ställning. De ekonomiska risker för mindre leverantörer som

framförts som en möjlig negativ konsekvens av förslagen får dock vägas mot de stora samhällsekonomiska konsekvenser som stoppade upphandlingar innebär. Vidare kan det med ett processkostnadsansvar också finnas en risk för att upphandlande myndigheter avstår från att vara kreativa och driva fram ny rättspraxis på området på grund av de ekonomiska konsekvenser ett förlorat överprövningsmål kan få. Göteborgs Stad anser dock att dessa risker inte ska överskattas eftersom det är troligt att försäkringslösningar kommer kunna lindra de ekonomiska risker som ett processkostnadsansvar medför.

Ikraftträdande

Göteborgs Stad kan konstatera att förslaget datum för ikraftträdande sannolikt kommer att behöva senareläggas mot bakgrund av det arbete som återstår i lagstiftningsprocessen.

Göteborg den 16 januari 2019

GÖTEBORGS KOMMUNSTYRELSE



Axel Josefson



Mathias Sköld