



AIR NAVIGATION SERVICES
OF SWEDEN

2019-02-01

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling

Remissvar Möjligt, tillåtet och tillgängligt - förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål

Luftfartsverkets remissvar återfinns i bilaga 1.

Beslut i detta ärende har fattats av Generaldirektören efter föredragning av juristen Izabella Lukacs. I ärendet har även inköpare Pia Joutsenvirta, strategisk inköpschef Lars Nessvi och chefsjurist Petra Sernulf deltagit.

Norrköping

Ann Persson Grivas

Generaldirektör

Dokumentnummer

D-2018-143233

Ärendenummer

Ä-2019-009190

Er beteckning

Fi2018/02531/OU

Handläggare

Lukacs, Izabella

011-19 21 77T

011-19 25 75F

Izabella.Lukacs@Luftfartsverket.se

2019-02-01

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling

Bilaga 1 Remissvar

1. Inledning

Regeringen beslutade den 15 juni 2017 att tillkalla en särskild utredare för att göra en översyn av de bestämmelser i LOU och LUF som reglerar upphandlingar under EU:s tröskelvärden, det vill säga sådana upphandlingar som inte omfattas av EU-direktiven om offentlig upphandling eller om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Syftet med översynen är enligt kommittédirektiven att utreda hur regelverket kan göras enklare och flexiblare. Utredaren gavs även i uppdrag att föreslå regler om skyldighet för den förlorande parten att ersätta motpartens processkostnader och om avgifter för att ansöka om överprövning som ett alternativ eller komplement till regler om processkostnadsansvar i överprövningsmål.

Utredningens målsättning var att de nya upphandlingslagarna skulle vara enklare till såväl utformning som innehåll. Vidare var målsättningen att möjliggöra för upphandlande myndigheter och enheter och leverantörer att göra goda och sunda affärer med varandra. Ytterligare en målsättning var att inom respektive lag ha så få olika regelsystem och nivåer som möjligt, för att undvika gränsdragningsproblem och tvister. Utredningen skulle vidare undersöka huruvida processkostnadsansvar och/eller ansökningsavgift i överprövningsmål skulle resultera i ett minskat antal överprövningar och istället stimulera en utveckling mot ökad dialog, vilket var ytterligare målsättningar för utredningen.

2. Sammanfattning

Luftfartsverket hade önskat att utredningen hade fått ett utökat mandat till en total översyn av hela strukturen i befintliga upphandlingslagar samt att utredaren hade fått mer tid till att genomföra utredningen. Luftfartsverket anser att det finns möjligheter att göra förenklingar av bestämmelserna såväl över som under tröskelvärdena samt att det finns möjligheter att göra förändringar i upphandlingslagarnas struktur i sin helhet med stöd av befintliga upphandlingsdirektiv.

Luftfartsverket anser vidare att många av utredningens förslag snarare har karaktären av förtydliganden och inte nödvändigtvis ger upphandlande myndigheter och enheter en utökad möjlighet/flexibilitet eller nya möjligheter jämfört med genomförandet av upphandling enligt befintliga upphandlingslagar.

2019-02-01

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling

3. Luftfartsverket

Luftfartsverket är en upphandlande myndighet men deltar också i upphandlingar i egenskap av leverantör av varor och tjänster. Luftfartsverkets huvuduppgift är att tillhandahålla en säker, effektiv och miljöanpassad flygtrafiktjänst för civil och militär luftfart.

4. Luftfartsverkets synpunkter

4.1 Tillämpningsområde och struktur

Luftfartsverket anser att terminologin och rubriceringen i föreslagna kapitel 19 och 19 a bör följa övrig terminologi och rubricering i upphandlingslagarna i så stor utsträckning som möjligt.

Luftfartsverket anser exempelvis att rubrik "Information om beslut" (föreslagen bestämmelse i 19 kap. 15 § LOU och LUF) borde rubriceras "Underrättelse om beslut" (12 kap. 12 § LOU och LUF), vilken är den rubrik som används för motsvarande bestämmelse över tröskelvärdena för direktivstyrd upphandling.

4.2 Bestämt gränsöverskridande intresse

Luftfartsverket anser det betungande för upphandlande myndigheter och enheter att utreda och bedöma huruvida upphandlingar har gränsöverskridande intressen i förhållande till de låga kontraktsvärdena under direktupphandlingsgränserna. Luftfartsverket önskar således att bestämt gränsöverskridande intresse inte ska gälla för upphandling under direktupphandlingsgränsen.

Om bestämmelser om gränsöverskridande intresse intas enligt utredningens förslag föreslår Luftfartsverket att en vägledning tas fram, exempelvis i form av att särskilda branscher pekas ut som exempel på sådana som särskilt bör övervägas ha ett gränsöverskridande intresse vid upphandling.

Luftfartsverket anser vidare att det kan uppstå svårigheter för en upphandlande myndighet eller enhet vid bedömningen av hur stor spridning offentliggörandet av upphandlingen bör få knutet till intresset för kontraktet, så som utredningen föreslår.

2019-02-01

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling

4.3 Upphandlingens utformning

En upphandlande myndighet eller enhet ges genom förslaget möjlighet att utforma förfarandet i varje upphandling med lämpliga anpassningar utifrån upphandlingens art, komplexitet och värde. Luftfartsverket anser i stort att detta är en positiv förändring som skulle kunna ge upphandlande myndigheter och enheter ett större handlingsutrymme och möjligheter att anpassa förfarandet efter upphandlingsföremålet.

Luftfartsverket tror dock att förändringen inte nödvändigtvis kommer att leda till att upphandlande myndigheter eller enheter nyttjar möjligheten att utforma egna förfaranden. Luftfartsverket tror att de förfaranden som framgår av upphandlingsregelverken är de förfaranden som till övervägande del kommer att nyttjas även fortsatt eftersom de känns till av såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer som deltar i offentlig upphandling. Luftfartsverket anser således inte att föreslagen ändring nödvändigtvis leder till ändrat beteende hos upphandlande myndigheter och enheter.

4.4 Dialog i upphandlingar

Luftfartsverket anser att föreslagen bestämmelse avseende dialog i upphandling, 19 kap. 12 § LOU och LUF, inte medför någon förändring jämfört med hur dialog kan och får föras enligt gällande upphandlingsregelverk.

Utredningen framför att den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange i något av upphandlingsdokumenten om dialog kommer eller kan komma att användas under upphandlingen och vad dialogen kan omfatta. Luftfartsverket anser att detta inte bör gälla rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av anbud. Luftfartsverket anser att det bör anses självklart att sådan dialog kan komma att föras i samband med en upphandling och därutöver anser Luftfartsverket det orimligt, om inte omöjligt, att på förhand ange vad dialog av denna typ kan komma att omfatta. Det bör således förtydligas att utredningen med det föreslagna inte avser att upphandlande myndigheter och enheter i förväg behöver ange vad dialog avseende rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar kan komma att omfatta.

4.5 Nödvändiga förfarandebestämmelser

4.5.1 Upplysningar om upphandlingsdokumenten

Luftfartsverket vill påpeka att förslaget stycke i 19 kap. 10 § 2 st LOU och LUF, i vilken det stadgas att "[s]amma frist gäller, om den upphandlande enheten på eget initiativ vill lämna

2019-02-01

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling

kompletterande upplysningar”, inte har någon motsvarighet i 12 kap. 11 § LOU och LUF, vilken gäller för upphandling över tröskelvärdet.

Föreslaget stycke kommer enligt Luftfartsverkets mening innebära att det kan skapas en diskrepans mellan hur kompletterande information om upphandlingsdokumenten hanteras i direktivstyrd upphandling jämfört med upphandling under tröskelvärdet för direktivstyrd upphandling. Såvitt Luftfartsverket känner till finns ingen prejudicerande dom som klargör att samma tidsfrist ska gälla för såväl kompletterande information begärd av leverantör, som sådan information som myndigheten eller enheten på eget initiativ vill lämna.

4.5.2 Kommunikeringskyldighet vid onormalt låga anbud

Luftfartsverket anser att det är bra att skyldigheten för upphandlande myndighet och enhet att förkasta ett anbud på grund av onormalt lågt anbud föreslås tas bort av utredningen, och att en kommunikeringskyldighet istället föreslås i 19 kap. 14 § LOU och LUF. Luftfartsverket önskar dock påtala att föreslagen bestämmelse avviker ifrån bestämmelsen avseende onormalt låga anbud över tröskelvärdet för direktivstyrd upphandling, som återfinns i 15 kap. 7 § LOU och LUF.

I bestämmelsen över tröskelvärdet för direktivstyrd upphandling kvarstår skyldigheten för upphandlande myndighet och enhet att förkasta anbud om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden. Luftfartsverket anser, likt utredningen, att upphandlande myndigheter och enheter har ett egenintresse av att försäkra sig om att den som tilldelas kontraktet kommer att prestera det som utlovas och ska avtalas. Luftfartsverket anser att bestämmelsen över tröskelvärdet för direktivstyrd upphandling kan föranleda en ökad risk för överprövning eftersom det i bestämmelsen uttrycks en skyldighet och inte en möjlighet att förkasta anbud vid onormalt lågt anbudspris. Luftfartsverket önskar således att bestämmelsen över tröskelvärdet för direktivstyrd upphandling ska formuleras likt den under tröskelvärdet.

Av LOU-direktivets (2014/24/EU) beaktandesats 103 och LUF-direktivets (2014/25/EU) beaktandesats 108 framgår att ”om anbudsgivaren inte kan ge en tillfredsställande förklaring [till det onormalt låga anbudet] bör den upphandlande enheten ha rätt att förkasta anbudet, med undantag om den upphandlande myndigheten eller enheten konstaterat att det onormalt låga priset eller kostnaden beror på tvingande unionsrätt eller nationell rätt som är förenlig med unionsrätten på social-, arbets- eller miljörettens område inte följs eller att bestämmelser i internationell arbetsrätt åsidosätts – endast vid dessa tillfällen ger direktivet uttryck för att det bör vara obligatoriskt för upphandlande myndighet eller enhet att förkasta anbudet.

2019-02-01

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling

Luftfartsverket ser således att det finns utrymme för att justera skrivelsen över tröskelvärdet för direktivstyrd upphandling till att motsvara den under tröskelvärdet. Luftfartsverket är medveten om att denna fråga inte ryms inom ramen för utredningens befogenhet, men önskar ändå belysa detta.

4.6 Direktupphandling

Luftfartsverket anser att det är bra att tröskelvärdet och direktupphandlingsgränsen anges i nominella belopp samt skrivs ut i lag. Luftfartsverket anser det dock mindre bra att det kan komma att ta längre tid att justera tröskelvärdena med anledning av detta i och med att riksdagen behöver ta beslut om dessa.

Enligt utredningens förslag ska direktupphandling även fortsatt få användas i samma utsträckning som enligt nu gällande upphandlingslagar. Samtidigt föreslår utredningen att det införs en nationell princip som innebär att de konkurrensmöjligheter som finns ska utnyttjas (19 a kap. 3 § LOU och LUF). Den nationella principen överensstämmer väl med Luftfartsverkets interna riktlinjer för direktupphandling. Luftfartsverket anser emellertid att upphandlande myndigheters och enhetens handlingsutrymme vid direktupphandling begränsas om principen införs som ett obligatoriskt krav och menar att upphandlande myndighetens och enhetens handlingsutrymme kan tydliggöras om bestämmelsen (19 a kap. 3 § 1 st LOU och LUF) istället införs som ett målsättningsåtagande.

Luftfartsverket anser att dokumentationskrav från första kronan kan komma att bli administrativt tungt för upphandlande myndigheter och enheter. Luftfartsverket anser vidare att det är oklart vad dokumentationskravet innebär och när det inträder starkare dokumentationskrav, det vill säga när det inte längre är tillräckligt med ett kvitto.

4.7 Andra ändringar i LUF

Luftfartsverket anser att det är bra att den till synes genom misstag införda begränsningen avseende möjligheten att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering som framgår i 6 kap. 5 § LUF korrigeras eftersom detta har medfört onödiga svårigheter för Luftfartsverket.

2019-02-01

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling

4.8 Rätten att ansöka om överprövning

4.8.1 Processkostnadsansvar i överprövningsmål

Luftfartsverket anser inte, likt utredningen, att de positiva effekterna med införandet av processkostnadsansvar i överprövningsmål överväger de negativa effekterna. Luftfartsverket håller dock med utredningen om att införandet av processkostnadsansvar bör innebära ett minskat antal överprövningsmål.

Luftfartsverket anser vidare att införandet av ett processkostnadsansvar skulle bidra till ytterligare juridifiering och därigenom ett ökat fokus på att göra rätt och mindre fokus på att göra en god affär. Luftfartsverket anser att detta skulle kunna leda till att upphandlande myndigheter och enheter skriver mer detaljerade upphandlingsdokument innehållandes mycket detaljerade kravspecifikationer av rädsla för en eventuell överprövning. Luftfartsverket anser således att införandet av processkostnadsansvar kan resultera i färre innovativa upphandlingsdokument, exempelvis innehållandes funktionskrav.

Utöver ovan nämnt skulle dessutom den upphandlande myndigheten och enheten riskera att bli ersättningskyldig gentemot flera leverantörer. Luftfartsverket vill även framhålla att samma upphandling kan komma att bli föremål för flera successiva ansökningar om överprövning. Luftfartsverket ser dessutom att leverantörernas processkostnader generellt torde vara högre än för upphandlande myndigheter och enheter eftersom många upphandlande myndigheter och enheter har juridisk kompetens in-house medan leverantörer i större utsträckning behöver anlita ombud.

Luftfartsverket anser inte att de positiva effekterna med införandet av processkostnadsansvar skulle överväga de negativa, varför Luftfartsverket anser att sådan reglering inte ska införas i upphandlingslagarna. Om sådan reglering införs i upphandlingslagarna önskar Luftfartsverket en mer detaljerad reglering avseende fördelningen av processkostnader. Utredningen har valt att överlåta till rätten att avgöra vem som i varje enskilt fall är vinnare respektive förlorare i överprövningsmål men nämner samtidigt att rätten idag hanterar överprövningsmål olika. Utredningen nämner exempelvis att förvaltningsrätter idag hanterar beteckningen av tredje part olika, vilket innebär en stor osäkerhet i vilka processkostnader ett överprövningsmål kan föranleda. Därutöver anser Luftfartsverket att det råder osäkerhet i vilka kostnader som de facto är ersättningsgilla. Utredningen nämner exempelvis att ersättning för bevisning endast utgör en ersättningsgill kostnad ibland.

2019-02-01

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling

4.8.2 Ansökningsavgifter i överprövningsmål

Luftfartsverket ställer sig i stort positivt till införandet av ansökningsavgifter i överprövningsmål men anser att ansökningsavgiften ska nyanseras beroende på om upphandlingens värde överstiger eller understiger tröskelvärdet för direktivstyrd upphandling. Luftfartsverket anser att det bör vara en högre ansökningsavgift vid överprövning av upphandling som överstiger tröskelvärdet för direktivstyrd upphandling och att avgiften kan vara lägre vid upphandling som understiger detta tröskelvärde.

Luftfartsverket tror, likt utredningen, att ansökningsavgift vid överprövningsmål kan komma att leda till en utveckling mot en ökad dialog i upphandlingarna genom att leverantörerna styrs mot att föra fram sina synpunkter till den upphandlande myndigheten och enheten under upphandlingens gång, istället för att vända sig till domstol i ett sent skede i förfarandet.

Luftfartsverket anser att det är tillräckligt att införa bestämmelser om ansökningsavgift i överprövningsmål för att uppnå önskad effekt, det vill säga färre antal överprövningar och ökad dialog i tidigare skeden i upphandlingar. Luftfartsverket ser dock gärna att ansökningsavgiften nyanseras enligt förslag ovan och höjs till en mer kännbar kostnad. Luftfartsverket anser således inte att det behöver införas bestämmelser om processkostnadsansvar.