

Kulturdepartementet
103 33 Stockholm

Stockholm den 13 juli 2016

Även per e-post till:
ku.remissvar@regeringskansliet.se

Ert dnr: Ku2016/00504/D

Remissyttrande – Palett för ett stärkt civilsamhälle (SOU 2016:13)

1. Inledning och kort om Advokatfirman Delphi

Advokatfirman Delphi¹ får härmed inkomma med remissyttrande över rubricerat betänkande ("Betänkandet").

Advokatfirman Delphi agerar som juridisk rådgivare för såväl upphandlande myndigheter och enheter som för leverantörer i offentliga upphandlingar och upphandlingar inom försörjningssektorerna. Advokatfirman Delphis klienter inom området utgörs av både offentliga aktörer, såsom stat, kommun och landsting samt deras bolag, och privata aktörer, företrädesvis företag som har hela eller övervägande del av sin försäljning riktad till den offentliga marknaden. Advokatfirman Delphis rådgivning inom upphandlingsområdet omfattar alla tänkbara upphandlingsrättsliga frågor samt frågor inom angränsande rättsområden såsom exempelvis förvaltningsprocessrätt, förvaltningsrätt samt offentlighets- och sekretessrätt.

Advokatfirman Delphi har således stor insyn i hur upphandlingsreglerna fungerar i praktiken.

I det följande kommer Advokatfirman Delphi att redogöra för sin syn på de ändringsförslag som presenteras i Betänkandet avseende reglerna om offentlig upphandling. Detta remissyttrande har tagits fram i samverkan mellan upphandlingsjurister verksamma på Advokatfirman Delphis samtliga kontor.

2. Advokatfirman Delphis inställning i sammanfattning

Betänkandet innehåller ändringsförslag avseende LOU i syfte att öka möjligheterna för det civila samhällets organisationer att delta i offentlig upphandling.

¹ För mer information om Advokatfirman Delphi, se www.delphi.se.

Stockholm
Göteborg
Malmö
Linköping
Norrköping

Advokatfirman Delphi
Mäster Samuelsgatan 17
Box 1432
111 84 Stockholm
Tel 08 677 54 00
Fax 08 20 18 84
stockholm@delphi.se
www.delphi.se

Betänkandet föreslår bland annat att upphandlingar av sociala tjänster eller andra särskilda tjänster med ett värde som understiger EU:s tröskelvärde (enligt Betänkandet 750 000 euro, vilket motsvarar 6,9 miljoner kronor i dagens penningvärde) och som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse ska undantas från LOU:s tillämpningsområde.

Inledningsvis kan det noteras att reglerna på upphandlingsrättens område befinner sig i en förändringsprocess, där ett förslag om ny lag för offentlig upphandling presenterades så sent som 28 juni 2016.² Betänkandet har således utformats innan tillkomsten av regeringens slutliga lagförslag. Delphi vill därför belysa att konsekvenserna av Betänkandets föreslagna ändringar är svåra att överblicka.

Delphi avstyrker Betänkandets ändringsförslag vad gäller möjligheten att undanta vissa kontrakt avseende sociala tjänster från upphandlingsreglerna. Ökade möjligheter för myndigheter att upphandla tjänster utan formkrav innebär ökade risker för snedvridning av konkurrensen på marknaden samt korruption. Syftet att öka möjligheterna för det civila samhällets organisationer att delta i offentlig upphandling kan rentav motverkas genom att förslaget minskar aktörernas möjligheter att bevaka sina intressen. Både ändamålsenligheten och den praktiska betydelsen kan ifrågasättas avseende ändringsförslaget.

Delphi tillstyrker Betänkandets förslag avseende möjlighet att reservera kontrakt för vissa tjänster. Reglernas begränsade tillämpningsområde framkallar dock ett behov av vägledning och stöd för upphandlande myndigheter.

3. Synpunkter avseende Betänkandets ändringsförslag

Möjlighet att undanta kontrakt avseende sociala tjänster från upphandlingsreglerna

Advokatfirman Delphi avstyrker utredningens förslag.

Förslaget innebär att myndigheter kan upphandla sociala tjänster och andra särskilda tjänster understigande visst värde utan krav på viss form. Förslaget utgör för svenskt vidkommande ett helt nytt sätt att hantera upphandlingar av sociala tjänster. En upphandling utan formkrav innebär en avsaknad av krav på hur en leverantör ska anlitas och vid tilldelning av kontrakt saknas krav på annonsering.

En ökad möjlighet för upphandlande enheter att undvika annonsering av kontrakt för sociala tjänster riskerar att minska möjligheterna till effektiv konkurrens på marknaden. Vid en praktisk tillämpning av förslaget finns på inget sätt någon garanti för att upphandlande enhet väljer en leverantör bland det civila samhällets

² Prop. 2015/16:195.

organisationer. Utan regler om insyn och transparens minskar leverantörers möjlighet att bevaka sina intressen samtidigt som risken att upphandlande myndighet agerar partiskt ökar. Avsaknaden av annonsering riskerar att ha en särskilt negativ effekt för mindre företag bland annat genom att de riskerar att inte få kännedom om myndigheternas anskaffningar.

Undantagets tillämplighet i praktiken kan därutöver ifrågasättas. Bestämmelsen är tillämplig enbart i de fall då upphandlingen inte överstiger tröskelvärdet och inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Betänkandet berör inte frågan avseende hur kontraktsvärdet ska beräknas i det enskilda fallet. Av reglerna i 3 kap. och 15 kap. 3a § LOU³ följer att upphandlande myndighet vid beräkningen av kontrakt ska beakta alla direktupphandlingar av samma slag gjorda under ett räkenskapsår. Därtill får inte ett kontrakt delas upp i syfte att komma under tröskelvärdena och kringgå lagens bestämmelser. Mot bakgrund av detta bör en stor andel av en upphandlande enhets kontrakt för sociala tjänster såsom för vård ha ett värde som överstiger ca sju miljoner kronor.

Av EU-domstolens praxis följer att ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger i de fall då leverantörer i andra medlemsstater kan ha ett intresse av att delta i upphandlingen.⁴ Den svenska vårdmarknaden är avreglerad och består av såväl nationella som internationella aktörer som erbjuder sociala tjänster. Det får anses högst troligt att vårdföretag i andra medlemsstater kan ha ett intresse av att delta i upphandlingar i Sverige även i de fall då upphandlingarnas värde understiger sju miljoner kronor. Mot den bakgrunden kan undantaget knappast komma att bli tillämpligt i någon större utsträckning. Betänkandets ändringsförslag kan således även antas innebära en ökad risk för att upphandlande enheter bryter mot EU-rätten vid tillämpning av undantaget.

Möjlighet att reservera kontrakt för vissa tjänster

Advokatfirman Delphi tillstyrker utredningens förslag.

Betänkandet föreslår ett genomförande av villkoren i artikel 77 i LOU-direktivet (2014/24/EU) i svensk rätt.

Delphi tillstyrker Betänkandets förslag om införande av bestämmelser för reserverade kontrakt. Mot bakgrund av att undantagsbestämmelsernas begränsade tillämpningsområde är det däremot av vikt att upphandlande myndigheter genom

³ Vilka föreslås fortsätta gälla även i nya LOU.

⁴ Se bl.a. EU-domstolens dom i Kommissionen mot Irland (C-507/03) EU:C:2007:676, p. 30 och kommissionen mot Italien (C-412/04) EU:C:2008:102, p. 66.

Upphandlingsmyndighetens försorg ges vägledning och stöd vid reglernas tillämpning.

Stockholm som ovan

Anna Ulfsson Forssell