



Datum
2019-01-29
Ert datum
2018-09-14

Diariernr
MSB 2018-09675
Er referens
Fi2018/02531/OU

Rättssekretariatet
Lisa Svensson
010-2405187
lisa.svensson@msb.se

Regeringskansliet
Finansdepartementet
fi.remissvar@regeringskansliet.se

Betänkandet Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44)

Sammanfattning

Myndigheten för samhällsskydd och beredskap (MSB) ser överlag positivt på utredningens förslag till ett enklare och flexiblere upphandlingsregelverk under tröskelvärdena, införandet av en ansökningsavgift i överprövningsmål samt införandet av ett processkostnadsansvar i desamma.

MSB ställer sig dock frågande till hur utredningens föreslagna bestämmelse om dialog i annonserade upphandlingar skapar ett större handlingsutrymme för upphandlande myndigheter att tillåta rättelser och kompletteringar av anbud. MSB ställer sig inte bakom utredningens förslag om att ta bort den nu gällande bestämmelsen avseende värdeberäkningen vid direktupphandlingar. MSB ställer sig slutligen frågande till varför den föreslagna bestämmelsen om direktupphandling vid överprövning (täckningsköp) för dess tillämpning förutsätter att ett sådant köp värdemässigt alltid i vart fall ska räknas samman med värdet av den överprövade upphandlingen.

Ett enklare och flexiblere regelverk

MSB välkomnar utredningens förslag till förenklingar, såväl avseende utformning som innehåll, av upphandlingsregelverket under tröskelvärdena.

Myndigheten ser särskilt positivt på införandet av två nya separata kapitel, i syfte att tydligt hålla isär de bestämmelser som gäller för annonspliktiga upphandlingar respektive direktupphandlingar. Utredningens ambition att så långt som möjligt undvika hänvisningar till direktivsstyrda bestämmelser är också särskilt positivt och något som kommer underlätta förståelsen för, liksom tillämpningen av, regelverket.

11.6 Dialog i upphandlingar

Utredningen föreslår att en ny bestämmelse om dialog i upphandlingar ska införas för annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdet, som bland annat syftar till att möjliggöra rättelser och kompletteringar av anbud, när så kan ske utan att de grundläggande principerna för upphandling träds förnär. Enligt

utredningen är det nödvändigt att lagstiftningen förhåller sig till det faktum att anbud och anbudsansökningar ofta uppvisar brister av olika slag. MSB håller med om att den stränga praxis som råder kring den nu gällande bestämmelsen i 4 kap. 9 § LOU innebär att det finns mycket begränsade möjligheter för en upphandlande myndighet att tillåta rättelser och kompletteringar av anbud och anbudsansökningar, vilket många gånger kan upplevas som otillfredsställande.

MSB ställer sig dock frågande till på vilket sätt utredningens nu föreslagna bestämmelse om dialog ska kunna råda bot på detta förhållande och således möjliggöra ett större handlingsutrymme för en upphandlande myndighet att tillåta rättelser och kompletteringar av anbud. Det kommer även fortsättningsvis att krävas att de grundläggande principerna om framförallt likabehandling och transparens följs på det sätt som de har utvecklats genom praxis. Ytterst kommer det alltjämt, vilket utredningen också betonar, att bero på en bedömning från fall till fall som den upphandlande myndigheten själv bär ansvaret för.

15.7.1 De särskilda reglerna om principer för beräkning vid direktupphandling

Utredningen föreslår att de direktivsstyrda bestämmelserna i 5 kap. LOU om beräkning av det uppskattade värdet av en upphandling ska tillämpas för såväl direktivsstyrda som icke direktivsstyrda upphandlingar. Den idag befintliga bestämmelsen i 19 kap. 8 § tredje stycket LOU föreslås därför utgå. Det främsta skälet härtill är att det enligt utredningen idag är oklart hur begreppet "samma slag" i 19 kap. 8 § tredje stycket LOU förhåller sig till andra begrepp och beräkningsbestämmelser i 5 kap. LOU. Detta är enligt utredningen en osäkerhet som är såväl otillfredsställande som onödig och som därför bör åtgärdas.

MSB delar inte utredningens bedömning. Att ta bort den specifika beräkningsbestämmelsen för direktupphandlingar i 19 kap. 8 § tredje stycket LOU och istället hänvisa upphandlande myndigheter till att tillämpa relevanta direktivsstyrda bestämmelser i 5 kap. LOU kring hur man ska beräkna värdet av en upphandling, skulle vara högst olyckligt. De direktivsstyrda bestämmelserna är inte utformade med direktupphandlingar i åtanke och riskerar därför att bli såväl svårtillämpade som svårtolkade i sådana situationer. Den befintliga bestämmelsen i 19 kap. 8 § tredje stycket LOU är väl inarbetad hos upphandlande myndigheter och har genom HFD:s praxis på området fått en utvecklad innebörd. Att införa den ändring som utredningen föreslår skulle klart riskera att försvåra den praktiska tillämpningen av direktupphandling på grund av lågt värde hos upphandlande myndigheter. MSB anser därför att den nu gällande bestämmelsen om beräkning av värdet av en upphandling i 19 kap. 8 § tredje stycket LOU ska behållas, och den införs lämpligen på det sätt som utredningen själv alternativt har föreslagit i betänkandet.

15.2.2 Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp)

Utredningen föreslår att det införs en helt ny bestämmelse om direktupphandling i samband med överprövning, så kallade täckningsköp. Som utredningen själv skriver i betänkandet så finns det ett nationellt handlingsutrymme som ger möjlighet att ha mer tillåtande regler för direktupphandling, så länge värdet av det som direktupphandlas inte överstiger tillämpligt tröskelvärde. MSB håller med utredningen om att detta handlingsutrymme bör tas tillvara, eftersom en överprövning av en upphandling i dagsläget kan få oerhört stora och verksamhetsstörande konsekvenser.

Enligt utredningen förutsätter dock bestämmelsen för sin tillämpning att ett sådant täckningsköp som regel värdemässigt räknas samman med i vart fall den överprövade upphandlingen och att det sammanlagda värdet inte överskrider tillämpligt tröskelvärde. MSB delar inte denna uppfattning. Inte heller ordalydelsen av utredningens eget förslag till ny bestämmelse ger stöd för ett sådant synsätt. Det finns inget bärande skäl för varför en direktupphandling värdemässigt som regel skulle behöva sammanräknas med den upphandling eller det avtal som är föremål för överprövning. Det måste givetvis bero på vad det är för typ av överprövning. Om det handlar om en överprövning av en annonserad upphandling finns det inget skäl till varför en sådan sammanräkning av värdet skulle behöva ske, oavsett om den annonserade upphandlingen ligger över eller under tröskelvärdet. Det viktiga torde istället vara att täckningsköpet värdemässigt inte överstiger tillämpligt tröskelvärde. Vid beräkningen av täckningsköpets värde ska den särskilda beräkningsgrund i nu gällande 19 kap. 8 § tredje stycket LOU tillämpas, och som MSB förordar ska behållas, vilket i vissa fall naturligtvis kan leda till att täckningsköpet inte kan genomföras om det finns andra köp av samma slag inom den angivna tidsperioden. Om utredningens resonemang skulle stå sig, skulle den föreslagna bestämmelsen dessutom riskera att i praktiken bli i det närmaste oanvändbar.

I detta ärende har generaldirektör Dan Eliasson beslutat. Myndighetsjuristen Lisa Svensson har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också rättschefen Anna Asp, enhetschefen Tove Frostvik, Upphandlingsenheten, samt upphandlaren Carina Bülund deltagit.

Dan Eliasson

Lisa Svensson