

Rektor

Regeringskansliet
(Socialdepartementet)
103 33 STOCKHOLM

Yttrande över Nya regler om upphandling (Ds 2014:25 respektive SOU 2014:51)

Stockholms universitet har följande synpunkter på förslagen i promemorian och betänkandet.

Ds 2014:25 respektive SOU 2014:51 utgör delbetänkande dels av Genomförandeutredningen, dels av den utredning som har genomförts på socialdepartementet. De innehåller författningsförslag som syftar till att genomföra delar av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om *offentlig upphandling* och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena *vatten, energi, transporter och posttjänster* och om upphävande av direktiv 2004/17/EG. De två nya upphandlingsdirektiven är omarbetningar av 2004 års upphandlingsdirektiv. Med ytterligare utredningar (bl.a. en departementspromemoria) uppgår det sammanlagda antalet sidor till ca 1500.

Därför har universitetet valt ut några relevanta synpunkter som har betydelse för vår verksamhet.

Allmänna synpunkter

Remisstiden har varit alldeles för kort för ett så omfattande material.

En allmän synpunkt är att det finns en hel del fel och brister som hade kunnat undvikas om utredarna hade delat med sig av sina utkast. Istället har hela utredningen varit hemlig. Intresserade parter har endast fått lämna synpunkter på de nya upphandlingsdirektiven, men inte fått se några som helst utkast till förslag på text. Ifall utredarna hade varit mer öppna med sina förslag och öppnat upp för diskussioner om innehållet i förslagen, hade flera uppenbara felaktigheter kunnat rättas till.

Det är tydligt att utredningen syftar till att genomföra vad som till stora delar är tvingande EU-lagstiftning, varför kommentarerna till lagförslagen är tämligen urvattnade. Det är även

tydligt att utredarna har haft långtgående instruktioner från regeringskansliet för hur förslagen för de icke-tvingande bestämmelserna skulle utformas. Det gör sammantaget att förslagen och motiveringarna endast ytligt behandlar innebörden av de unionsrättsliga bestämmelserna och att mycket överläts till rättstillämpningen att klargöra i efterhand. Enligt utredningen har arbetet i övervägande grad avsett att införliva direktivtexter i svensk rätt och ett ordagrant införlivande har ansetts vara den metod som borde användas. Utrymmet för att tolka bestämmelsernas innebörd har därmed betydligt begränsats.

Specifika synpunkter på förslaget

1. 1 kap. 16 § och 5 kap. 3 § i förslaget till ny LOU. Beräkning av kontraktsvärden vid otillåtna direktupphandlingar förefaller inte i samtliga fall omfatta options- och förlängningsklausuler, eftersom det anges att dessa endast ska tas med om de finns i ”upphandlingsdokumentet”. Om ett sådant saknas, vilket ofta kan vara fallet vid direkttilldelade kontrakt, skulle värdet av optioner och förlängningsklausuler som finns med i avtalet inte tas med, vilket verkar vara ett förbiseenden av utredningen.
2. Förslaget i 103 §, som avser upphandlande myndigheters arbete med att säkerställa att leverantörer som har tilldelats kontrakt fullgör kontrakten i enlighet med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter (s. 436 i SOU 2014:51), är diffust. Det omfattande ansvar som föreslås ligga på de upphandlande myndigheterna kan bli en mycket stor börda, inte minst för små kommuner, varför det tydligare bör framgå vilka skyldigheter som avses i bestämmelsen.
3. Det anges felaktigt (s. 455 och 523 i SOU 2014:51) att dokumentationsplikten vid direktupphandlingar inte gäller om upphandlingens värde överstiger 100 000 kronor; rätt är att dokumentationsplikten inte gäller om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.
4. Avseende bestämmelsen om gränsdragning mellan hyresavtal och byggtreprenad i 2 kap. 3 § LOU anges att det ”alltid” är fråga om ett byggtreprenadkontrakt om uppförandet av byggnaden inte har påbörjats när avtalet ingås (s. 609 i Ds 2014:25).

Det är dock inte säkert att det handlar om ett byggtreprenadkontrakt om det helt och hållet saknas inflytande från den upphandlande myndigheten och om byggnaden hade uppförts i alla fall och sett helt identisk ut oavsett om den upphandlande myndigheten skulle vara hyresgäst. I det nyligen meddelade avgörandet från EU-domstolen (C-212/13, Comune di Bari), hade kommunen lämnat uppgifter om användningsområdet till byggherren, men EU-domstolen ansåg att det i det fallet ändå handlade om ett hyresavtal, inte ett byggtreprenadkontrakt, och att hyresavtalet därför inte omfattades av upphandlingslagstiftningen.

5. I betänkandet anges att aktieöverlåtelser i sig inte anses omfattas av direktivets tillämpningsområdet (s. 616 i Ds 2014:25). Det stämmer bara om kontraktet i samband med andra förutsättningar bildar en odelbar enhet, och denna enhet inte är upphandlingspliktig. Eftersom t.ex. byte omfattas av upphandlingsdirektivens bestämmelser, är det alltså inte möjligt att ensidigt hävda att en upphandlande myndighets överlåtelser av aktier inte omfattas. En sådan överlåtelse kan nämligen utgöra betalning för en anskaffning av en vara, tjänst eller en byggtreprenad som är upphandlingspliktig.
6. Det är pedagogiskt olämpligt att placera bestämmelsen om köp av fastighet m.m. i 3 kap. 20 § LOU under rubriken ”Särskilda undantag för vissa tjänstekontrakt” (s. 625 i Ds 2014:25).
7. Innehållet i det nya klassiska direktivet om avgörande inflytande avseende Teckal och kontrollkriteriet, är endast tillämpligt när avtalsparten i vissa fall på grund av nationell lagstiftning har privat ägarintresse, såsom offentliga organ med obligatoriskt medlemskap (se beaktadesats 32 och artikel 12.2 i direktiv 2014/24/EU). I utredningen anges emellertid att privat ägande alltid är tillåtet så länge det inte är ”avgörande”, vilket således är en felaktig slutsats (s. 437 i Ds 2014:25).
8. De nya bestämmelserna om separata operativa enheter saknar information om vem som blir part i domstol vid eventuell tvist. Det framgår inte om det är den upphandlande myndigheten, i vilken den separata operativa enheten ingår, som blir part eller om det istället är själva enheten som blir part. För tydlighetens skull bör det anges

vem en förfördelad leverantör ska ange som motpart i en domstolsprocess (se avsnitt 12.3 i Ds 2014:25).