

Finansdepartementet  
Avdelningen för offentlig förvaltning, Enheten  
för offentlig upphandling  
[fi.registrator@regeringskansliet.se](mailto:fi.registrator@regeringskansliet.se)

## Vissa förslag till ändringar i lagen om offentlig upphandling med anledning av Välfärdsutredningens förslag - Promemoria

Upphandlingsmyndigheten får härmed yttra sig över rubricerad promemoria.

Remissvaret inleds med Upphandlingsmyndighetens allmänna synpunkter och därefter kommenteras förslaget som lämnats i promemorian.

Upphandlingsmyndigheten yttrar sig utifrån sitt uppdrag för att utveckla och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter.

### 1. Allmänna synpunkter

Som vi framförde i vårt remissvar till huvudbetänkandet Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78) ser Upphandlingsmyndigheten positivt på att använda det utrymme för egen reglering och ökad handlingsfrihet som upphandlingsdirektiven ger. Samtidigt finns det en risk att regelverket blir svåröverskådligt och att lagtillämpningen försvåras. Upphandlingsmyndigheten anser att förslagen i promemorian i första hand bör beredas samordnat med utredningen om flexibla och enklare regler för upphandlingar under EU:s tröskelvärden samt vissa överprövningsfrågor (dir. 2017:69).

Även om promemorians förslag rent lagtekniskt skiljer sig till stor del mot Välfärdsutredningens förslag tolkar Upphandlingsmyndigheten att promemorians förslag som helhet inte skiljer sig nämnvärt i sak mot Välfärdsutredningens förslag

när en upphandling inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse. Förslaget innebär i praktiken att den upphandlande myndigheten fritt kan välja vilken leverantör kontraktet ska tilldelas. Med sådana förutsättningar kan förslagen om annonsering av upphandlingar och leverantörers möjlighet att överpröva upphandlingar framstå som verkningslösa ur ett konkurrensfrämjande perspektiv.

Upphandlingsmyndigheten anser att det i förenklingssyfte för såväl upphandlande myndigheter som enskilda leverantörer och marknaden som helhet bör råda en presumtion att ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger vid upphandlingar av välfärdstjänster som understiger tröskelvärdet.

## 2. Utredningens förslag

Upphandlingsmyndigheten anser i första hand att förslag till nya bestämmelser om upphandling av välfärdstjänster bör beredas samordnat med utredningen om flexibla och enklare regler för upphandlingar under EU:s tröskelvärden samt vissa överprövningsfrågor (dir. 2017:69). Om en samordnad beredning inte är aktuell väljer Upphandlingsmyndigheten att kommentera vissa av förslagen i promemorian.

### 4.1 Upphandling av välfärdstjänster som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse

Upphandlingsmyndigheten delar promemorians bedömning att upphandlingar av välfärdstjänster som understiger tröskelvärdet bör omfattas av bestämmelser som säkerställer öppenhet och rättssäkerhet i större utsträckning än vad som föreslagits i Välfärdsutredningen. Krav på offentliggörande av upphandlingen, information till leverantörerna samt skyldighet att dokumentera upphandlingen är exempel på lämpliga krav för att uppnå dessa syften.

Upphandlingsmyndigheten får hänvisa till sitt remissvar till Välfärdsutredningens huvudbetänkande att det bör råda en presumtion att ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger vid upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdet. I det enskilda fallet ska dock en upphandlande myndighet ha möjlighet att kunna påvisa att det inte finns ett bestämt gränsöverskridande intresse. Det finns inte något ställningstagande i denna fråga i promemorian. Frågan blir högst relevant utifrån det aktuella förslaget. Bedömningen om ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger eller inte påverkar om de grundläggande principerna om öppenhet, proportionalitet, icke-diskriminering,

likabehandling och ömsesidigt erkännande ska gälla eller inte när upphandlingen understiger tröskelvärdet.

Det nuvarande förslaget innebär att bedömningen om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte överläts till den enskilda upphandlaren att bedöma i varje enskilt fall. En sådan lösning kan inte anses vara förenklande, varken för den upphandlande myndigheten, den enskilda leverantören eller marknaden som helhet.

I det fall det inte finns ett bestämt gränsöverskridande intresse kommer den upphandlande myndigheten ges ett stort utrymme att utforma upphandlingen på ett sätt som kan framstå som osakligt konkurrensbegränsande. Det kan innebära att risken för korruption ökar, vilket kan leda till ett minskat förtroende för det allmänna och det aktuella regelverket.

#### **4.2 Huvudregel om annonsering vid all upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdet**

Upphandlingsmyndigheten har ingenting att erinra mot slutsatsen i promemorian att all upphandling av välfärdstjänster som huvudregel ska annonseras i en allmänt tillgänglig elektronisk databas, oavsett om upphandlingen över- eller understiger tröskelvärdet och oavsett om det finns ett bestämt gränsöverskridande eller inte. Offentliggörandet av upphandlingen leder till en öppenhet i förfarandet och möjliggör för leverantörer som annars inte skulle ha haft någon kännedom om upphandlingen att delta i förfarandet. Det kan i sin tur öka konkurrensen och skapa en större mångfald av leverantörer till det offentliga.

#### **4.5 Rättsmedel och tillsyn**

##### *Bestämmelser om överprövning*

Upphandlingsmyndigheten har ingenting att erinra mot slutsatsen i promemorian att reglerna om rättsmedel i 20. LOU ska vara tillämpliga vid all upphandling av välfärdstjänster. En sådan reglering leder till att leverantörer ges ett effektivt rättsligt skydd. Det torde finnas lika starka skäl till ett sådant skydd vid upphandling av välfärdstjänster som vid övrig upphandling.

Utifrån det förslag som presenteras i promemorian ser Upphandlingsmyndigheten dock en tydlig problematik i att de grundläggande principerna inte ska gälla för dessa upphandlingar om de understiger tröskelvärdet samtidigt som de saknar ett gränsöverskridande intresse. Förslaget kommer i praktiken innebära att

leverantörerna i princip inte har någon möjlighet att vinna framgång i en överprövningsprocess till exempel på grund av kravställningen i en upphandling. Utifrån dessa förutsättningar kan det framstå som att bestämmelserna om rättsmedel till stor del förlorar sitt syfte.

#### *Avtalsspärr och undantag från avtalsspärr*

Upphandlingsmyndigheten har ingenting att erinra mot slutsatsen att det i ett förtydligande syfte bör finnas uttryckliga hänvisningar i 20 kap. LOU för de situationer bestämmelserna om avtalsspärr, undantag från avtalsspärr samt överprövning är tillämpliga.

#### *Upphandlingsskadeavgift och tillsyn*

Upphandlingsmyndigheten har ingenting att erinra mot slutsatsen att reglerna i 21 och 22 kap. LOU om upphandlingsskadeavgift respektive tillsyn ska gälla vid all upphandling av välfärdstjänster. Upphandlingsmyndigheten delar även de motiv som framförs i promemorian varför dessa regler bör gälla vid all upphandling av välfärdstjänster. Behovet av alternativa sanktioner till ogiltigförklaring av avtal samt tillsyn torde vara lika stort vid upphandlingar av välfärdstjänster som vid övrig upphandling.

## **6 Konsekvenser**

De förslag som presenterats i promemorian ligger mer i linje med de synpunkter och kommentarer Upphandlingsmyndigheten lämnade i sitt remissvar till Välfärdsutredningen.

Upphandlingsmyndigheten framförde dock i sitt remissvar till delbetänkandet Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78) att regelöversynen av de nationella bestämmelserna bör göras med ett samlat grepp. Upphandlingsmyndigheten menar därför att förslag till nya regler vid upphandling av välfärdstjänster bör hanteras gemensamt med utredningen om flexibla och enklare regler för upphandlingar under EU:s tröskelvärden samt vissa överprövningsfrågor (dir. 2017:69).

Det nuvarande förslaget innebär att olika regelsystem kommer att gälla för tjänster som enligt direktivet klassas som tjänster av samma kategori, det vill säga sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Flera av de förslag som presenteras i promemorian innebär i sak ingen skillnad mot de regler som idag tillämpas vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Upphandlingsmyndigheten menar därför att man bör överväga om det verkligen är

Datum:  
2017-11-27

Diarienummer:  
UHM-2017-0224

nödvändigt att införa ett särskilt kapitel för de aktuella välfärdstjänsterna. Ett alternativ är istället att införa vissa särskilda bestämmelser för dessa tjänster i ett samlat kapitel med bestämmelser av upphandlingar på det icke direktivstyrda området. En sådan lösning torde leda till en bättre överskådlighet av det som redan idag är ett omfattande regelverk.

---


Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende.

Upphandlingsjuristen Mattias Ljungkvist har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också chefsjuristen Anders Asplund deltagit.



---

Inger Ek



---

Mattias Ljungkvist