

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

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) har beretts tillfälle att yttra sig över ovan rubricerat betänkande och förbundet vill med anledning härav anföra följande.

Sammanfattning

- SKL ställer sig bakom det särskilda yttrande som lämnats av experterna Eva Sveman, Anders Kruse och Åsa Edman.
- SKL tillstyrker den föreslagna strukturen i kapitel 19 i LOU och LUF.
- SKL tillstyrker att samtliga tjänster enligt bilaga 2 i lagen ska regleras på samma sätt.
- SKL anser att direktupphandlingsgränsen måste höjas.
- SKL delar utredningens uppfattning att det är viktigt med dialog i upphandlingar och anser att reglerna om rättelser och kompletteringar måste bli mer generösa.
- SKL anser att det måste skjutas till mer resurser till domstolsväsendet så att överprövningstiderna blir kortare.
- SKL ifrågasätter om en ansökningsavgift på 7 500 kronor har en avhållande effekt på ansökningar om överprövning.
- SKL godtar förslaget om processkostnadsansvar i överprövningsmål. Förbundet delar uppfattningen att det bör kunna bidra till att minska antalet överprövningar.

Allmänna synpunkter

SKL, liksom tidigare Landstingsförbundet och Svenska Kommunförbundet, har i stort sett sedan EU-direktiven om offentlig upphandling blev gällande i Sverige påtalat behovet av ett enklare regelverk för upphandling. Detta gäller både över och under EU:s tröskelvärden. Eftersom merparten av de upphandlingar som görs är under tröskelvärdena, har utformningen av dessa bestämmelser stor betydelse för kommuner, landsting och regioner. Mot denna bakgrund är SKL positivt till utredningens uppdrag att lämna förslag till regelförenklingar.

Det stora antalet överprövningar av offentliga upphandlingar är ett stort praktiskt problem för de upphandlande myndigheterna. SKL anser att det är positivt att det föreslås metoder för att minska antalet överprövningar.

SKL ställer sig bakom det särskilda yttrande som har lämnats av experterna Eva Sve-man, Martin Kruse och Åsa Edman med innebörd att upphandlingsregelverket bör öka möjligheterna för offentlig samverkan. Det är beklagligt att utredningen inte har tagit tillfället i akt att, inom det nationella handlingsutrymmet i upphandlingsregelverket, klargöra och underlätta avtalssamverkan mellan upphandlande myndigheter.

Upphandling under tröskelvärdena och upphandling av tjänster enligt bi-laga 2

SKL har inget att erinra mot att man delar upp nuvarande kapitel 19 i LOU och LUF i två separata kapitel, ett kapitel för annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena och för upphandling av tjänster enligt bilaga 2 samt ett kapitel för direktupphandlingar.

SKL tillstyrker förslaget att samtliga tjänster enligt bilaga 2 ska regleras på samma sätt. Enligt förbundet vore det orimligt att ha tre olika system för upphandling av tjänster.

SKL anser att det är positivt att utredningen föreslår att den stora mängd hänvisningar som tynger nuvarande kap 19 i LOU och LUF ska tas bort. Förbundet tillstyrker också bestämmelsen om förfaranden vid och metoder för upphandling, såsom dynamiska inköpsystem, som möjliggör användandet av dessa även under tröskelvärdena.

Dialog i en upphandling

SKL anser att det är positivt att det förekommer dialog mellan köpare och beställare både före, under och efter en upphandling. Det är bra att detta tydliggörs i lagtexten, eftersom det uppfattningen förekommer att sådana kontakter inte är tillåtna. Problemet när man inför denna typ av bestämmelser under tröskelvärdena är dock att det inte kan uteslutas att bestämmelsen kan komma att tolkas motsatsvis så att sådana kontakter inte skulle vara tillåtna över tröskelvärdena, vilket naturligtvis inte är korrekt. Det måste klargöras i motiven att så inte är fallet.

Reglerna om rättelse och komplettering av anbud finns också i bestämmelsen om dialog. SKL anser att det är synnerligen angeläget att det ges ökade möjligheter att tillåta leverantörer att rätta och komplettera anbud. Domstolarna har en mycket restriktiv syn på dessa möjligheter och det riskerar att leda till att det är den leverantör som är bäst på att *lämna anbud* som vinner en upphandling i stället för den som har lämnat det *bästa anbudet*. Det är naturligtvis inte tillfredsställande om en upphandlande myndighet måste lägga ett bra anbud åt sidan för att det finns en motsäggande uppgift i en fotnot i en broschyr som bifogas ett anbud som omfattar många sidor. Enligt utredningen är det nödvändigt att lagstiftningen förhåller sig till realiteten att inlämnade anbud i upphandlingar ofta visar brister av olika slag. SKL delar denna uppfattning och anser att det är nödvändigt att det av lagtexten framgår att utrymmet för detta större än vad nuvarande domstolspraxis indikerar.

SKL ställer sig frågande till hur skrivningen i den föreslagna regleringen om kommuniseringsformer i 19 kap. 9 § förhåller sig till bestämmelserna om dialog i 19 kap. 12 §. I 19 kap. 9 § synes möjligheterna till muntlig kommunikation vara mer restriktiva än i 19 kap. 12 § vilket väcker frågan vad som skiljer ”kommunikation” från ”dialog”. Förbundet förordar att man tar bort restriktionerna i 19 kap. 9 § för att få en likformighet i bestämmelserna.

Direktupphandling

SKL avstyrker att direktupphandlingsgränsen ska anges i lagtexten. Om så sker måste riksdagen besluta om ändringar, vilket förefaller onödigt krångligt. Man riskerar också att beloppen inte uppdateras så ofta som de borde. Enligt förbundet bör nuvarande system, som fungerar bra, behållas.

Utredningen anser för sin del att det finns goda skäl som talar för höjda direktupphandlingsgränser. SKL delar den uppfattningen och anser att direktupphandlingsgränsen i LOU bör höjas rejält och detta gäller särskilt för byggentreprenader. Det finns ingen anledning till att ha lägre gräns i LOU än i LUF. Den norska direktupphandlingsgränsen på 1,1 miljoner NOK kan utgöra riktmärke även i Sverige. En höjning av direktupphandlingsgränserna skulle innebära en rejäl förenkling och en minskning av de administrativa kostnaderna för små upphandlingar. Den tid som sparas här kan man i stället lägga på stora upphandlingar. Det norska systemet att upphandlingsreglerna endast gäller för upphandlingar som överstiger 100 000 NOK är också en intressant väg för att förenkla regelverket, som borde övervägas i Sverige.

Utredningen föreslår att de upphandlingsrättsliga principerna inte ska gälla för direktupphandling om upphandlingen inte är av intresse för någon leverantör etablerad i annan EU- eller EES-stat, vilket SKL anser vara positivt eftersom flera av dem, såsom proportionalitetsprincipen, är svåra att tolka. Utredningen föreslår däremot särskilda principer för direktupphandling. SKL ifrågasätter behovet av sådana och anser att det snarare krånglar till regelverket än förenklar det.

19 a kap. 4 § har rubriken *Direktupphandling efter en misslyckad upphandling enligt 19 kap.* SKL anser att termen ”misslyckad upphandling” är ett värdeomdöme som bör undvikas i lagtextsammanhang. *Direktupphandling efter en upphandling som påbörjats enligt 19 kap.* är en mer neutral skrivning.

Överprövningar som drar ut på tiden är ett stort praktiskt problem. SKL anser att det är bra att utredningen föreslår en bestämmelse om direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp). Det är dock nödvändigt att det i det fortsatta lagstiftningsarbetet klargörs att det faktum att det finns en sådan bestämmelse endast under tröskelvärdena, inte innebär att täckningsköp inte skulle vara möjligt över tröskelvärdena.

Överprövningar av upphandlingar

Kostnader för överprövningar

De många överprövningsprocesserna i domstol innebär stora kostnader för kommuner, landsting och regioner. Ett bekymmer är att processtiden är lång, vilket medför stora problem för både upphandlande myndigheter och för vinnande leverantör, som under lång tid får sväva i okunnighet om och i så fall när leveranserna ska börja. SKL anser att det måste avsättas större resurser till domstolarna så att handläggningstiderna kan minskas. Man bör också överväga att koncentrera målen till t.ex. ett par förvaltningsrätter och en kammarrätt.

Utredningen har inte gjort någon egen utredning om hur höga överprövningskostnaderna är, utan hänvisar till utredningar som Upphandlingsutredningen (SOU 2011:73) lät utföra samt till en PWC-utredning till EU 2011. SKL och SKL Kommentus har låtit P.P.A. Pro Public AB göra en utredning om kostnaderna för överprövning avseende tre olika exempelupphandlingar. Dessa visar högre värden både när det gäller tid och kostnad per tidsenhet. Den sammanvägda tiden för alla tre exempelupphandlingarna är 3,2 gånger mer omfattande än de i utredningen angivna riktvärdena (1,86 storköksutrustning, 4,44 vägentreprenad, 3,38 serviceresor). Den sammanvägda kostnaden är 6,75 gånger större (2,42 storköksutrustning, 11,64 vägentreprenad, 6,18 service-resor). Utredningen bifogas.

SKL delar utredningens uppfattning att förvaltningsdomstolarna har ett stort ansvar för aktiv materiell processledning i överprövningsmål. SKL anser att förvaltningsdomstolarna ska upprätta tidplaner i överprövningsmål. Det bör också klargöras tydligare att målen ska handläggas med förtur.

Ansökningsavgift i överprövningsmål

Utredningen föreslår att det ska införas en ansökningsavgift på 7 500 kronor i mål om överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet i samtliga fyra upphandlingslagar. Utredningen anser att en avgift kan stimulera en utveckling mot en ökad dialog i stället för att leverantören ansöker om överprövning direkt, vilket säkert är en korrekt bedömning.

SKL ställer sig dock starkt frågande till om en ansökningsavgift som är så låg som 7 500 kronor har någon avhållande effekt på ansökningar om överprövning. Ett stort problem som är en realitet vid upphandling av stora ramavtal inom t.ex. medicintekniska produkter och livsmedel, är att befintlig leverantör begär överprövning av upphandlingen om vederbörande förlorat, för att kunna leverera även under överprövningstiden. Den typen av strategiska överprövningar kommer man inte åt med den föreslagna avgiften. Om man ska ha en ansökningsavgift bör den utformas så att den står i proportion till det tänkta kontraktsvärdet, på samma sätt som i vissa andra EU-länder. Det faktum att många leverantörer använder juridiska ombud i samband med

överprövningar tyder på att betalningsviljan många gånger är stor när man ansöker om överprövning, och då torde 7 500 kronor vara närmast försumbart i sammanhanget.

Processkostnadsansvar i överprövningsmål

Utredningen har haft i uppdrag att analysera för- och nackdelar med processkostnadsansvar och att föreslå bestämmelser om skyldighet för den förlorande parten att ersätta motpartens rättegångskostnader i överprövningsmål. Enligt SKL:s uppfattning skulle fördelarna med en sådan regel vara att antalet överprövningsmål sannolikt skulle minska.

Det finns också nackdelar med ett sådan ordning. Antalet processer skulle säkert minska, men sannolikt skulle handläggningstiderna för överprövningsmålen bli längre, vilket vore olyckligt. Man kan heller inte utesluta att ett rättegångskostnadsansvar kan leda till en ytterligare juridifiering av upphandlingar med ännu mera fokus på att upphandlingsreglerna följs till punkt och pricka, vilket skulle kunna minska benägenheten att använda t.ex. förhandlat förfarande, för att minimera risken för att den upphandlande myndigheten tvingas betala höga rättegångskostnader. Till skillnad från vad som är fallet i dispositiva tvistemål, har parterna heller ingen möjlighet att förlikas under processens gång.

En annan nackdel med förslaget är att det kan medföra att små resurssvaga leverantörer inte vågar ansöka om överprövning av rädsla för att förlora processen. Men även för den upphandlande myndigheten kan kostnaden bli mycket hög om flera leverantörer ansöker om överprövning, vilket kan drabba små upphandlande myndigheter hårt. Särskilda problem uppstår om upphandlingen avbryts under överprövningen eller tilldelningsbeslutet återkallas.

Trots dessa invändningar är SKL berett att godta utredningens förslag, eftersom förbundet anser att det stora antalet överprövningar är ett allvarligt problem. Man kan konstatera att det i Finland, Norge och Danmark finns processkostnadsansvar och i dessa länder är antalet överprövningar avsevärt lägre än i Sverige.

Om man inför ett sådant system är det dock av största vikt att följa upp effekterna av det efter ett par år och att då, förutom att analysera antalet överprövningar, även studera konsekvenserna av reglerna för små företag och små upphandlande myndigheter.

För det fall regeringen inte vill gå vidare med förslag om processkostnadsansvar, vill SKL särskilt peka det problem som förbundet lyfte redan i sitt remissvar över Överprövningsutredningen (SOU 2015:12).

Genom Högsta domstolens dom i NJA 2013 sid. 762 har det enligt förbundets mening uppstått en orimlig obalans mellan parterna i överprövningsmål. Leverantörer har, med nuvarande rättsläge och vid framgång i sådana mål, möjlighet att få processkostnader ersatta av upphandlande myndigheter i form av skadestånd. Upphandlande myndigheter har inte denna möjlighet.

Obalansen är processdrivande och kan i vissa fall hota den upphandlingsrättsliga lika-behandlingsprincipen, eftersom upphandlande myndigheter kan vara benägna att väga in risken att få betala processkostnader i form av skadestånd om resursstarka leverantörer framför mer eller mindre välgrundade synpunkter på olika frågor i en upphandling. Man ska komma ihåg att många upphandlingsrättsliga frågor är osäkra och svårbedömda. Överväganden om risk att få betala processkostnader i form av skadestånd ska enligt förbundets mening inte behöva göras när en upphandlande myndighet bedömer om en leverantörs synpunkter är rätt i sak eller inte. Det är av största vikt att denna obalans åtgärdas.

Sveriges Kommuner och Landsting

Lena Micko
Ordförande