



Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling
103 33 Stockholm

Remissvar – Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44)

Sammanfattning

Kollegiet håller med Utredningen om att lagstiftningen ska utformas så lättillgängligt och användarvänligt som möjligt.

Kollegiet håller med om att lagstiftningen ska styra att myndigheterna tar till vara på konkurrensen på marknaden men att detta ska göras med så låga transaktionskostnader som möjligt.

Kollegiet delar Utredningens slutsats att det inte bör tas in regler om fall då ett kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Kollegiet delar dock inte Utredningens slutsats om att undantag ska göras för direktupphandlingar.

Kollegiet delar inte Utredningens förslag om dialog i upphandlingar på så sätt som det är föreslaget.

Kollegiet förespråkar möjligheten till täckningsköp inom ramen för ramavtalet i de fall då Kollegiets upphandlingar blivit överprovade.

Kollegiet delar inte Utredningens resonemang avseende dokumentation av direktupphandling utan förespråkar rådande modell.

Kollegiet håller inte med Utredning avseende införandet av ett processkostnadsansvar.

Kollegiet håller inte med utredningen avseende införandet av en ansökningsavgift i överprövningsmål.

Kollegiet håller med Utredningen att det inte bör införas en uttrycklig skyldighet för förvaltningsdomstolarna att införa en tidsplan för handläggningen av överprövningsmål.

Kollegiet anser att det är önskvärt att domstolarna utnyttjar möjligheten till aktiv materiell processledning.

Kammarkollegiets synpunkter och kommentarer

Nedan redovisas kollegiets kommentarer med hänvisning till respektive avsnitt i Utredningen (SOU).

Avsnitt 4.5 Utredningens principiella utgångspunkter och målsättning

Kollegiet håller med Utredningen om att lagstiftningen ska utformas så lättillgängligt och användarvänligt som möjligt.

Kollegiet anser att risken för korruption ökar om det finns en del som är helt oreglerad. Kollegiet håller således med om att lagstiftningen ska styra att myndigheterna tar till vara på konkurrensen på marknaden men att detta ska göras med så låga transaktionskostnader som möjligt.

Avsnitt 8.3 Bör lagstiftningen ta höjd för ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte?

Kollegiet delar Utredningens slutsats att det inte bör tas in regler om fall då ett kontrakt är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Kollegiet delar dock inte Utredningens slutsats om att undantag ska göras för direktupphandlingar. Med hänvisning till målsättningen att lagstiftningen ska utformas så användarvänligt som möjligt, anser Kollegiet att införandet av ytterligare en princip (en nationell) jämte de befintliga EU-rättsliga principerna, motverkar denna målsättning.

Avsnitt 11.6 Utredningens förslag om dialog i upphandlingar

Kollegiet delar inte Utredningens förslag i denna del.

Precis som Utredningen påtalar i avsnitt 11.5 är det i praktiken ofta så att inlämnade anbud ofta uppvisar brister av olika slag. Detta är en realitet som varje avropande myndighet och enhet behöver förhålla sig

till. Kollegiet, som har till uppgift att upphandla samordnade ramavtal, anser dock att befintlig lagstiftning och praxis räcker för att tydliggöra gränserna för rättelse och komplettering.

Avsnitt 15.2.2 Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp)

Kollegiet anser att idén med täckningsköp i grunden är bra men med hänvisning till sidan 360 andra stycket i Utredningen riskerar instrumentet täckningsköp i praktiken endast få en mycket begränsad nytta för ett fåtal organisationer. Kollegiet anser att fler organisationer kan få nytta av instrumentet om värdet för täckningsköpet inte sätts till direktupphandlingsgränsen utan istället sätts till tillämpligt EU-tröskelvärde.

Avsnitt 15.3.2 Dokumentation av direktupphandlingar

Kollegiet delar inte Utredningens resonemang i denna del. En förenkling av förfarandet vid direktupphandling är nuvarande ordning, det vill säga dokumentationsplikt från och med 100 000 kronor. En sådan plikt för direktupphandlingar under detta värde utgör en alltför betungande administration.

Kollegiet ser även gränsdragningsproblem avseende vad som utgör ett mindre värde i de fall gränsen om 100 000 kronor tas bort. När räcker det med att behålla en faktura eller ett kvitto och när bör den upphandlande myndigheten eller enheten dokumentera direktupphandlingen på ett mera utförligt sätt? Förslaget stämmer enligt Kollegiet således inte överens med målet att förenkla.

Avsnitt 21.3 Utredningens överväganden om införandet av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål

I likhet med de flesta av de intressenter som Utredningen varit i kontakt med anser Kollegiet att ett införande av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål innebär fler negativa effekter än det förmodade positiva syftet lagstiftningen önskar uppnå.

Kollegiet vill erinra om det ansvar gentemot medborgarna och skattebetalarna som det offentliga har. Dessa har ett intresse av att få insyn i det offentligas arbete. Kollegiet anser det således problematiskt

att eventuellt införa åtgärder som skulle kunna påverka denna rätt att begära överprövning negativt. Samtidigt är Kollegiet väl medveten om att denna rättighet ibland utnyttjas på ett sätt som har negativ inverkan på både myndigheter och andra leverantörer eller anbudsgivare. Ett införande av ett processkostnadsansvar är dock ett alldeles för trubbigt verktyg. Användandet av ett processkostnadsansvar som ett medel att få ner antalet överprövningar kan leda till att små och medelstora samt ideella företag oftare avstår från att ansöka om överprövning vilket riskerar medföra att det inom upphandlingsområdet kommer att uppstå ett A- och ett B-lag av leverantörer. En sådan uppdelning kan i längden bidra till att konkurrensen minskar eftersom små och medelstora företag ibland i mer eller mindre utsträckning är beroende av offentliga kontrakt för att gå runt.

Ytterligare en aspekt av ett införande av processkostnadsansvar är den ökade arbetsbörda som domstolarna kommer att behöva hantera. Ett exempel på en sådan aspekt är att Utredningen lagt över ansvaret på domstolarna att vid handläggningen av de enskilda målen bedöma vilka parter som är vinnare i ett mål med flera parter.

Utifrån här ovan förda diskussion föreslår Kollegiet därför följande lösning för att komma tillrätta med antalet överprövningsprocesser utan att införa trösklar i form av processkostnadsansvar. Kollegiet vill uppmuntra anbudsgivare att vara mer aktiva i ett tidigare skede av upphandlingen än vad som är fallet idag. Detta förslag är delvis redan möjligt. Den finska högsta förvaltningsdomstolen har i dom KHO:2017:12 inte gett en leverantör rätt att få överpröva ett tilldelningsbeslut, då domstolen ansett att leverantören väntat med ansökan om överprövning till efter att tilldelningsbeslut meddelats. Domstolen hänvisar bland annat till EU-domen C-230/02 Grossmann samt till bland annat Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling. I enlighet med syftet med direktiven och därigenom de krav på skyndsamhet och effektivitet, särskilt i det skede där överträdelsen fortfarande kan rättas till, finns således redan en inbyggd mekanism om att talan inte bör kunna föras efter meddelande om tilldelningsbeslut för diskriminerande villkor som kan upptäckas under annonseringstiden. Den leverantör som sålunda väntar med att ansöka om överprövning agerar sålunda inte i överensstämmelse med målen i direktiv 89/665/EG,

varför detta har en negativ effekt på tillämpningen av gemenskapens direktiv om offentlig upphandling.

Kollegiet föreslår dessutom följande ur ett processekonomiskt perspektiv. Eftersom överprövningsprocessen sker i förvaltningsdomstol, bör möjligheten till domstolarnas aktiva materiella processledning utnyttjas mer än vad som är fallet idag. På så sätt kan domstolarna leda vilka kärnfrågor som domstolen önskar utreda, vilket leder till att parternas men även domstolarnas processkostnader samt handläggningstider hålls nere. Dessutom anser Kollegiet att en överprövande part måste bestämma sig för vilken påföljd den önskar, det vill säga rättelse eller omgörelse. På detta sätt undviks spekulativt processande.

Vad gäller kostnader samt "vinnare" och "förlorare" i överprövningsprocesser har Kollegiet följande att anföra. Generellt kan sägas att en omgörelse av en upphandling innebär kostnader för samtliga inblandade parter. En upphandlande myndighet eller enhet tvingas göra om upphandlingen med allt vad det innebär. Samtliga anbudsgivare behöver i sin tur lägga ner ytterligare tid och energi för att lägga ett nytt anbud. För små och medelstora företag kan detta vara nog så stora ingrepp i den dagliga verksamheten. Inte sällan överprövas upphandlingar av leverantörer som redan har avtal med en upphandlande myndighet eller enhet men har förlorat den nya upphandlingen. Genom överprövning kan de som oftast fortsätta att leverera till det offentliga och det ligger således i deras intresse att förhålla en överprövningsprocess. Sett till ett processkostnadsansvar ger det nu anförda ytterligare en dimension vad gäller storleken på kostnaden som en part kan tänkas bli ansvarig för. I längden riskerar detta leda till att färre leverantörer blir villiga att lämna anbud i offentliga upphandlingar med konsekvensen att konkurrensen minskar. Ur ett SME-perspektiv är detta förödande.

Skulle dock ett processkostnadsansvar införas i svensk rätt anser Kollegiet – i motsats till *Fidelio*-domen – att även upphandlande myndigheter och enheter ska få möjlighet att få sina processkostnader ersatta.

Avsnitt 22 Ansökningsavgifter i överprövningsmål

Kollegiet framför följande sammanfattade synpunkter på Utredningens förslag i denna del.

Enligt Utredningen ska rätten avvisa en ansökan om överprövning om inte sökanden följer ett föreläggande att betala ansökningsavgiften. Kollegiet anser det inte vara rättssäkert att en leverantörs rätt till överprövning ska vara beroende av en betalningstransaktion.

Oaktat storleken på ansökningsavgiften eller att andra EU-länder använder sig av ansökningsavgifter, anser Kollegiet att en sådan inte ska tas ut. Kollegiet baserar sin ståndpunkt på det som Kollegiet anför ovan under avsnitt 21.3. I enlighet med Överprövningsutredningen är det enligt Kollegiet ett tungt vägande argument att en myndighets beslut ska gå att kunna pröva. Försiktighet bör därför tillämpas i införandet av åtgärder som begränsar detta syfte. Förutsatt att en sådan möjlighet införs ger en ansökningsavgift inget incitament för leverantörer att ansöka om överprövning i ett tidigt skede i upphandlingen – se resonemang under punkt 21.3 ovan - och detta hämmar i sin tur kraven i direktiven på skyndsamhet och effektivitet.

Vad gäller storleken på Kollegiets upphandlade ramavtal bedöms en ansökningsavgift på 7 500 kronor inte ha någon avskräckande effekt. Införandet av en ansökningsavgift kommer således inte att påverka antalet överprövningar för Kollegiets del.

Skulle en ansökningsavgift införas, anser Kollegiet att den inte ska vara ersättningsgill.

Avsnitt 23.2 Bör det införas ett krav på tidsplan för handläggningen av överprövningsmål?

Kollegiet håller med Utredningen att det inte bör införas en uttrycklig skyldighet för förvaltningsdomstolarna att införa en tidsplan för handläggningen av överprövningsmål.

Kollegiet vill däremot uppmärksamma Utredningen på att Kollegiet, i enlighet med sitt remissvar till betänkandet SOU 2015:12, anser att förvaltningsrätten ska avgöra mål om överprövning, om inte synnerliga hinder föreligger, inom 90 dagar från att ansökan om överprövning inkom.

Ett alternativ till det nyss sagda är att domstolen är mer aktiv i sin materiella processledning - då har även parterna bättre information om

tidsaspekterna i målet. I sådant fall skulle det också vara lämpligt med en maximal frist (förslagsvis 90 dagar) för när en dom måste meddelas efter att domstolen förklarat målet vara klart för avgörande.

Avsnitt 23.3 Domstolens ansvar för materiell processledning

I likhet med det som Kollegiet anfört ovan, är det önskvärt att domstolarna utnyttjar möjligheten till aktiv materiell processledning i större utsträckning. Detta för att ”bidra till att omfattningen av processmaterialet hålls nere och att överprövningsprocesserna inriktas på väsentligheter”.¹

Detta remissvar har beslutats av avdelningschefen Anna Clara Törnvall Wittgren. Upphandlingsjuristen Thomas Mora har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har även chefsjuristen Elisabeth Hammar deltagit.



Anna Clara Törnvall Wittgren



Thomas Mora

¹ Sidan 499 i betänkandet.