

Regeringskansliet
Finansdepartementet
103 33 Stockholm

Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44)

(Ert dnr Fi2088/02531/OU)

Sammanfattning

Migrationsverket välkomnar utredningens förslag avseende förändringar av 19 kapitlet Lagen om offentlig upphandling (2016:1145) LOU samt nytt 19 a kapitel. Förslagen kan underlätta och effektivisera upphandling inom det icke direktivstyrda området.

Migrationsverket avråder från genomförande av utredningens förslag avseende införande av en avgift för ansökan om överprövning av upphandling i domstol. Migrationsverket anser att införande av ansökningsavgift skulle hämma framförallt små leverantörers möjligheter att tillvarata sin rätt i upphandlingar.

Migrationsverket avråder från genomförande av utredningens förslag avseende införande av processkostnadsansvar. Förslaget riskerar att medföra att små och medelstora företag som lämnar anbud i offentliga upphandlingar missgynnas i förhållande till större och ekonomisk starkare leverantörer.

Migrationsverket anser att eventuella rättsliga hinder mot ett genomförande av förslaget avseende processkostnader i SOU 2015:12, **Överprövning av upphandlingsmål m.m. (Överprövningsutredningen) bör utredas vidare.** Överprövningsutredningen föreslog att en regel införs genom vilken processkostnader i överprövningsmål inte ska anses utgöra ersättningsgill skada. Förslaget bör utredas ytterligare i ljuset av senare tillkommen rättspraxis.

Migrationsverkets synpunkter på förslagen

Del 1 – Enklare och flexibla upphandlingsregler

Migrationsverket välkomnar utredningens förslag att införa ett nytt kapitel 19a för reglering av direktupphandlingar under tröskelvärdena. Migrationsverket välkomnar även utredningens förslag till förändringar av kapitel 19. Förslagen innebär större tydlighet och kommer att avsevärt förenkla upphandling inom det icke direktivstyrda området. Migrationsverket välkomnar särskilt förslaget om täckningsköp under pågående överprövningsmål. Migrationsverket lämnar därför inga synpunkter på förslagen i utredningens del 1.

Del 2 – Vissa regler om överprövningsmål

Avsnitt 21. Införande av processkostnadsansvar

Utredningen föreslår att ett processkostnadsansvar i överprövningsmål införs i upphandlingslagarna. Migrationsverket anser inte att förslaget bör genomföras, utan skulle hellre se ett genomförande av förslaget i SOU 2015:12 Överprövning av upphandlingsmål mm, Överprövningsutredningen, med innebörden att parterna i överprövningsmål ska stå sina egna kostnader samt att processkostnader i överprövningsmål inte ska anses utgöra ersättningsgill skada.

Migrationsverket delar visserligen utredningens slutsats att införande av processkostnadsansvar troligen skulle komma att minska antalet överprövningsmål i domstol, men menar att förslaget främst kommer att påverka möjligheten för små och ekonomiskt svagare leverantörer att tillvarata sin rätt, medan större och ekonomiskt starkare leverantörer kommer att förbli relativt opåverkade. Små leverantörer saknar ofta egen kompetens i upphandlingsrättsliga frågor, och har dessutom sämre ekonomiska resurser för att anlita externa juridiska ombud. De har därmed redan från början ett sämre utgångsläge vid en överprövningsprocess, eftersom leverantörer som anlitar juridiskt ombud, enligt den rapport från Upphandlingsmyndigheten som utredningen refererar till på sidan 426, vinner målen betydligt oftare än leverantörer som inte anlitar ombud. Migrationsverket menar därför att införande av ett processkostnadsansvar missgynnar de små och ekonomiskt svagare leverantörerna. Det kan ifrågasättas om det kan anses förenligt med den nationella upphandlingsstrategins delmål att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar.

Migrationsverket befarar vidare att förslaget inte kommer att leda till minskning av sådana överprövningsmål som brukar betecknas som ”okynnesöverprövningar”. Med detta avses överprövningar som syftar till att blockera upphandlande myndigheters möjlighet att slutföra upphandlingar genom tecknande av kontrakt, för att i stället låta befintlig leverantör fortsätta att leverera enligt tidigare kontrakt så länge målet inte är avgjort. Det är Migrationsverkets erfarenhet att denna typ av överprövningar förekommer främst i upphandlingar där kontraktsvärdet är mycket stora och där leverantörerna räknar med att intäkterna klart överstiger processkostnaderna i domstol. Det rör sig om ett segment stora leverantörsföretag för vilka

processkostnadsansvar inte kommer att påverka ett beslut om att ansöka om överprövning.

Migrationsverket menar att förslaget även riskerar att medföra att upphandlande myndigheter kommer att ta större hänsyn till större och ekonomiskt starkare anbudslämnarens synpunkter på upphandlingsunderlag och tilldelningsbeslut före en ansökan om överprövning, än man kommer att göra i förhållande till små och ekonomisk svagare anbudslämnarens synpunkter. Upphandlande myndigheter kan komma att kalkylera med anbudslämnarens beredskap att ta på sig kostnader för överprövningen, beroende på dennes ekonomiska styrka och den aktuella upphandlingens värde. Denna synpunkt gör sig även gällande beträffande förslaget om införande av ansökningsavgifter.

Som utredningen påpekar kan det möjligen finnas rättsliga hinder mot ett genomförande av Överprövningsutredningens förslag. Migrationsverket anser dock att den frågan behöver utredas vidare, särskilt med tanke på den utveckling av rättspraxis som skett sedan utredningen presenterade sitt slutbetänkande. Skulle det i en sådan utredning konstateras att rätten till en rättvis rättegång förutsätter att en enskild som vinner ett mål mot staten under vissa förutsättningar medför rätt till ersättning för rättegångskostnader, kan man på nytt överväga införande av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål.

Migrationsverket skulle även välkomna ett genomförande av det tidigare framförda utredningsförslaget att begränsa handläggningstiden i förvaltningsrätterna till 90 dagar.

Migrationsverket anser vidare att ett införande av processkostnadsansvar kan komma att hämma utvecklingen av upphandlingsinstrumentet som ett strategiskt verktyg för upphandlande myndigheter att utveckla och effektivisera sin verksamhet. Det finns en uppenbar risk att man kommer att välja att aktivt minimera riskerna i genomförda upphandlingar för att undvika eventuella förluster i domstol. Utvecklingen av kravställningsarbete och modeller för utvärdering av anbud riskerar att hämmas. Migrationsverket gör bedömningen att förslaget därmed kan komma att leda till ökande anbudspriser samt färre upphandlingar som syftar till innovation och utveckling, särskilt inom komplexa upphandlingsområden som byggsektorn och IT-sektorn.

Avsnitt 22. Ansökningsavgifter i överprövningsmål

Migrationsverket anser inte att ansökningsavgifter för ansökan om överprövning bör införas.

Förslagets syfte är enbart att minska antalet överprövningsmål. Migrationsverket menar att förslaget sannolikt endast marginellt kommer att påverka viljan att ansöka om överprövning. Den utgör däremot en ekonomisk belastning för små leverantörer med begränsade ekonomiska resurser, som troligen inte gör sig gällande för större och ekonomiskt starkare leverantörer.

Utredningen menar att ansökningsavgiften utgör ett incitament för anbudslämnare att tidigt påpeka eventuella brister och felaktigheter i upphandlingsdokumenten och stimulerar till tidig dialog. Migrationsverkets befarar att sådan dialog, och framför allt kanske de upphandlande myndigheternas beredvillighet att tillmötesgå eventuella påpekanden och fel och brister snarare riskerar att minska. Skälen för detta redovisas under det avsnitt som behandlar förslaget om processkostnadsansvar.

Detta yttrande har beslutats av undertecknad generaldirektör efter föredragning av upphandlingsjuridiska experten Charlotte Lilliestierna Ehrén. I den slutliga beredningen har avdelningschefen Willis Åberg deltagit.

Mikael Ribbenvik