

Regelrådet är ett särskilt beslutsorgan inom Tillväxtverket vars ledamöter utses av regeringen. Regelrådet ansvarar för sina egna beslut. Regelrådets uppgifter är att granska och yttra sig över kvaliteten på konsekvensutredningar till författningsförslag som kan få effekter av betydelse för företag.

Finansdepartementet

Yttrande över Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål, SOU 2018:44

Regelrådets ställningstagande

Regelrådet finner att konsekvensutredningen uppfyller kraven i 6 och 7 §§ förordningen (2007:1244) om konsekvensutredning vid regelgivning.

Innehållet i förslaget

Betänkandet innehåller förslag till ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, ändring i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet med flera.

Det föreslås ett enklare och flexiblare regelverk. Detta inkluderar bland annat att en upphandlande myndighet eller enhet ska få ha en dialog med en eller flera leverantörer i en pågående upphandling. Dialogen får omfatta rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av anbud eller andra handlingar som leverantörerna har gett in. En upphandlande myndighet eller enhet ska vidare vara fri att utforma förfarandet vid upphandlingen med lämpliga anpassningar utifrån upphandlingens art, komplexitet och värde. Det finns även förslag kopplade till bland annat direktupphandling och en högre direktupphandlingsgräns för sociala tjänster och andra särskilda tjänster. Det föreslås också att det införs en ansökningsavgift om 7 500 kronor och processkostnadsansvar vid överprövningsmål.

Skälen för Regelrådets ställningstagande

Bakgrund och syfte med förslaget

Av betänkandet framgår att utredningens huvudsakliga uppdrag är att lämna förslag till lagstiftning i två delar. Den första delen handlar bland annat om hur reglerna om upphandling under EU:s tröskelvärden och sociala tjänster och andra särskilda tjänster kan göras enklare och flexiblare. Den andra delen handlar om att utredningen ska överväga vilka åtgärder som kan vidtas för att minska antalet överprövningsmål och lämna förslag till regler om ansökningsavgift i överprövningsmål samt om skyldighet för den förlorade parten att ersätta motpartens processkostnader.

I betänkandet anges att ett nytt regelverk bör vara enklare till såväl utformning som innehåll. En målsättning bör vara att möjliggöra för upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer att göra goda och sunda affärer med varandra. Regelverket bör utgå från de grundläggande principerna för upphandling och ange ramarna för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme, samtidigt som det innehåller nödvändiga skyddsregler för leverantörerna.

Regelrådet finner redovisningen av bakgrund och syfte med förslaget godtagbar.

Alternativa lösningar och effekter av om ingen reglering kommer till stånd

I konsekvensanalysen anges att utredningen under arbetet har övervägt en rad alternativa utformningar av de föreslagna reglerna. Detta anges gälla såväl förenklingarna av regelverket som förslagen om införande av ansökningsavgifter och processkostnadsansvar. Överväganden redovisas i respektive kapitel i betänkandet. Det framgår även att det icke direktivsstyrda regelverket har byggts ut successivt. Tillägg har bland annat skett i samband med att de direktivsstyrda bestämmelserna i lagarna har ändrats och utökats med fler förfaranden och metoder för upphandling.

I betänkandet anges att utredningen anser att om lagarna disponerades i avdelningar skulle det kunna ge tydligare, mer överskådliga och mer lättillgängliga lagar. En sådan disposition är enligt utredningen mycket lämplig just för rättsområdet upphandlingsrätt, som så utpräglat består av olika regelsystem och nivåer, vilka delvis ska tillämpas separat, delvis gemensamt. Utredningen har dock valt att inte lägga fram sitt förslag i den formen, bland annat av tidsskäl.

Det framgår även överväganden i fråga om ansökningsavgiftens storlek. Utredningen redogör för olika sätt som avgiften skulle kunna differentieras. Enligt utredningen är dock ett uppenbart problem med att fastställa avgiftens storlek till något annat än ett fast och enhetligt belopp att själva beräkningen av avgiften kan bli tvistig. Att uppskatta upphandlingens värde anges heller inte vara helt enkelt i många fall. Vidare anges att utredningen är medveten om att en fast enhetlig avgift riskerar att medföra att avgiften antingen sätts så högt att de negativa konsekvenserna riskerar att särskilt verka avhållande på små företags vilja att ansöka om överprövning, eller att avgiften sätts så lågt att den inte får någon handlingsdirigerande effekt. I betänkandet resonerar utredningen även kring några ytterligare åtgärder som kan minska antalet överprövningsmål eller i vart fall minska de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad.

Regelrådet gör följande bedömning. Det är utifrån befintlig hänvisning i konsekvensanalysen inte möjligt att med enkelhet hitta uppgifterna avseende alternativa lösningar. Regelrådet kan likväl konstatera att det för exempelvis ansökningsavgiften tydligt framgår vilka lösningar som har beaktats och finner därmed att redovisningen sammantaget är tillräcklig. Det hade varit önskvärt med en tydligare redovisning i konsekvensutredningen avseende effekter av om ingen reglering kommer till stånd. Redovisningen som framgår av betänkandet och utredningsdirektivet är likväl tillräcklig.

Regelrådet finner redovisningen av alternativa lösningar och effekter av om ingen reglering kommer till stånd godtagbar.

Förslagets överensstämmelse med EU-rätten

I konsekvensanalysen anges att utredningen bedömer att förslagen om ett enklare och flexibla regelverk uppfyller de krav som följer av unionsrätten. Detta bland annat genom doktrinen om gränsöverskridande intressen. Utredningen bedömer även att förslagen om en ansökningsavgift och processkostnadsansvaret uppfyller de krav som följer av unionsrätten.

I betänkandet redogörs för bland annat följande. Att upphandlingar under tröskelvärden inte omfattas av EU:s upphandlingsregler innebär inte att de alltid faller utanför unionsrätten. Detta eftersom EU-domstolen har utvecklat ett antal grundläggande principer som i vissa fall också gäller för sådana upphandlingar. Dessa principer är direkt grundade på Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt bestämmelser och principer, särskilt principerna om likabehandling och icke-diskriminering och därav

den följande skyldigheten att lämna insyn som ska iaktas när det finns ett gränsöverskridande intresse för kontrakt.

Regelrådet gör följande bedömning. Redovisningen i konsekvensanalysen är kortfattad, särskilt avseende ansökningsavgiften och processkostnadsansvaret. Det framgår likväl ett tydligt ställningstagande, vilket i kombination med den information som finns i betänkandet medför att redovisningen sammantaget är tillräcklig.

Regelrådet finner redovisningen av förslagets överensstämmelse med EU-rätten godtagbar.

Särskild hänsyn till tidpunkt för ikraftträdande och behov av speciella informationsinsatser

Utredningen föreslår att samtliga författningsförslag ska träda i kraft den 1 juli 2019. Förslagen om att införa en ansökningsavgift och ett processkostnadsansvar i överprövningsmål ska tillämpas i mål vid de allmänna förvaltningsdomstolarna som har inletts från och med tidpunkten för ikraftträdande. För tillämpningen av dessa bestämmelser saknar det således betydelse när upphandlingen har påbörjats eller när avtalet har ingåtts.

I konsekvensanalysen anges att Konkurrensverket enligt sin instruktion i lämplig omfattning ska informera företag och andra berörda om bland annat tillämpningen av upphandlingslagarna. Utredningen bedömer att eventuella kostnader till följd av informationsinsatser ryms inom nuvarande ram. Det framgår även att de föreslagna förändringarna sannolikt kommer medföra en viss ökad efterfrågan på stöd från Upphandlingsmyndigheten.

Regelrådet gör följande bedömning. Det hade varit önskvärt om behovet av speciella informationsinsatser hade beskrivits ur ett företagsperspektiv för att tydliggöra om det finns särskilda grupper som kan komma att vara i behov av speciella informationsinsatser. Trots det angivna anser Regelrådet att befintlig redovisning är tillräcklig i detta fall.

Regelrådet finner redovisningen av särskild hänsyn till tidpunkt för ikraftträdande och behov av speciella informationsinsatser godtagbar.

Berörda företag utifrån antal, storlek och bransch

I konsekvensanalysen anges, enligt statistik från Upphandlingsmyndigheten, att av alla anbud som lämnas i upphandlingar under tröskelvärdet lämnas 54 procent av små företag, inklusive mikroföretag, och att ungefär 56 procent av de anbud som lämnas av små företag lämnas i upphandlingar under tröskelvärdet. Det framgår också att totalt leder 23 procent av överprövningarna som görs av stora företag till att domstolen beslutar om ett ingripande i upphandlingen. Motsvarande siffra för mikroföretag är 14 procent och för små företag 12 procent. Det anges inte finnas några egentliga skillnader mellan olika kategorier av företag avseende hur stor andel av anbud i upphandlingar som leder till kontrakt. Det framgår också uppgifter om områden som bör få störst minskning av antalet överprövningar. Detta är baserat på redovisade antaganden och statistik.

I betänkandet framgår uppgifter om antal inkomna och avgjorda överprövningsmål mellan år 2012 och år 2017. Det anges bland annat att andelen överprövade upphandlingar skiljer sig ganska kraftigt åt mellan olika branscher och upphandlande myndigheter och enheter. Vidare anges att upphandlingar över tröskelvärdet överprövades oftare än upphandlingar under tröskelvärdet. Överprövningar anges också vara vanligare ju fler leverantörer som lämnar anbud i upphandlingen.

Regelrådet gör följande bedömning. Det går inte att hitta en samlad beskrivning av berörda företag utifrån antal och storlek. Utifrån betänkandet som helhet går det likväl att utläsa uppgifter om antal överprövade mål samt vissa uppgifter kopplade till storlek. Vidare finns det vissa uppgifter kopplat till vilka branscher som kan få den största minskningen av antalet överprövningar. Det saknas dock uppgifter kopplade till antal berörda företag i konsekvensutredningen. Enligt Regelrådet bör det om det inte varit möjligt eller relevant att redovisa uppgifter om antal berörda företag likväl anges och motiveras i konsekvensutredningen.

Regelrådet finner redovisningen av berörda företag utifrån antal bristfällig men att redovisningen avseende storlek och bransch är godtagbar.

Påverkan på berörda företags kostnader, tidsåtgång och verksamhet

Administrativa kostnader

I konsekvensanalysen anges att utredningen gör bedömningen att de föreslagna förenklingarna av regelverket, särskilt de förbättrade möjligheterna till dialog i form av rättelser och kompletteringar av fel i anbud, bör medföra att fler företag ser den offentliga upphandlingen som en attraktiv affärsmöjlighet. De ökade möjligheterna till direktupphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster bedöms kunna underlätta för lokala och små företag att delta i upphandlingarna och erhålla kontrakt.

I konsekvensanalysen framgår bland annat att införande av avgifter medför att förvaltningsdomstolar behöver införa rutiner. Förslaget anges medföra ett visst administrativt merarbete avseende varje enskilt överprövningsmål som dock inte förväntas uppgå till mer än ett antal minuter per mål.

Regelrådet gör följande bedömning. Det framgår vissa uppgifter kopplade till förslagets påverkan på domstolens administrativa börda. Det saknas dock uppgifter avseende hur förslaget kan komma att påverka företagens administrativa kostnader. Enligt Regelrådet borde åtminstone kvalitativ information ha lämnats i konsekvensutredningen för att tydliggöra förslagets eventuella konsekvenser. Det gäller exempelvis hur möjligheten till ökad dialog kan påverka företagens administrativa börda. Regelrådet anser att avsaknaden av uppgifter därmed är en brist.

Regelrådet finner redovisningen av förslagets administrativa kostnader bristfällig.

Andra kostnader och verksamhet

I konsekvensanalysen anges att det har efterlysts förbättrade möjligheter till dialog i syfte att rätta till olika brister i inkomna anbud och anbudsansökningar. Anbud från mindre leverantörer eller sådana som inte tidigare har deltagit i upphandlingsförfaranden torde oftare vara behäftade med sådana brister. Större möjligheter att korrigera brister bör, enligt utredningen, leda till att den offentliga upphandlingen upplevs som mer affärsmässig och mindre byråkratisk bland sådana leverantörer och därmed komma att betraktas som en mer attraktiv affärsmöjlighet.

En högre direktupphandlingsgräns för de sociala tjänsterna och andra särskilda tjänster anges få gynnsamma effekter för små lokala företag. Effekterna beror emellertid på om och hur de upphandlande myndigheterna och enheterna väljer att använda sig av sitt handlingsutrymme. Företag som inte har resurser att sätta sin in i komplexa förfrågningsunderlag eller utarbeta omfattande anbud kan gynnas av förslaget. Oavsett vilka företag som deltar i sådana direktupphandlingar bör förslaget i denna del medföra att det går åt mindre arbetstid att färdigställa anbud. Själva upphandlingsförfarandet kommer också gå fortare. Enligt utredningen ger detta sammantaget bättre möjligheter för företagen att styra sina resurser.

I konsekvensanalysen anges att en ansökningsavgift och ett processkostnadsansvar medför kostnader för de företag som väljer att ansöka om överprövning. Kostnaden är emellertid frivillig i den meningen att företagen själva kan ta ställning till om de vill ansöka om överprövning och därigenom riskera att ådra sig de kostnader som det skulle kunna medföra. Dessa effekter är även beroende av vilka belopp som parterna faktiskt kommer att yrka ersättning för liksom hur domstolarna kommer att bedöma dessa yrkanden. Enligt utredningens uppskattningar kan det i genomsnitt medföra 23 000 kronor i processkostnader plus ansökningsavgiften om 7 500 kronor. Om leverantören i stället vinner ett överprövningsmål har de egna processkostnaderna uppskattats till i genomsnitt 60 000 kronor som då ersätts. Samtidigt anges att en ansökningsavgift och ett processkostnadsansvar troligtvis leder till att leverantörer i större utsträckning anmärker mot fel och brister innan ett tilldelningsbeslut har meddelats eller under avtalsspärren. Enligt utredningen bör det bidra till en bättre dialog mellan upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer samt till att fel och brister rättas till eller missförstånd klaras upp utan domstolsprövning.

Det framgår även uppskattningar av kostnadsminskningar till följd av den uppskattade minskningen av antalet överprövningsmål. En uppskattning av effekterna fördelat per bransch är vidare möjlig att göra utifrån den statistik som finns kring antalet och andelen överprövade upphandlingar i olika branscher. Den största minskningen av antalet överprövningar av upphandlingar antas avse bland annat kontorsmaskiner, datorer samt kontors- och datautrustning, utom möbler och programvara. Det anges dock att upphandlingar av byggentreprenader i dag leder till ingripanden i något fler fall än upphandlingar av varor och tjänster. Enligt utredningen säger uppgifterna dock inget om i vilken utsträckning leverantörerna i dessa branscher vinner eller förlorar överprövningsmål eller hur stora kontrakten är.

I betänkandet framgår även uppskattade uppgifter om den genomsnittliga handläggningstiden från det att ett tilldelningsbeslut meddelas i upphandlingen till att ett avgörande har meddelats i sista instans. Den genomsnittliga överprövningstiden har uppgått till cirka 125 dagar. Vidare framgår uppskattningar av leverantörernas kostnader förknippade med en ansökan om överprövning, även om det i dag inte finns några ansökningsavgifter eller något processkostnadsansvar i sådana mål.

Regelrådet gör följande bedömning. De kvalitativa uppgifterna i kombination med vissa uppskattningar av förslagets kostnader medför att redovisningen får anses som tillräcklig.

Regelrådet finner redovisningen av förslagets andra kostnader och verksamhet godtagbar.

Påverkan på konkurrensförhållandena för berörda företag

I konsekvensanalysen anges att förslagen inte bedöms få några negativa konsekvenser för konkurrensen i stort och att regelförändringarna inte påverkar konkurrensförutsättningarna mellan olika kategorier av företag. De upphandlande myndigheterna och enheterna ska enligt förslaget konkurrensutsätta direktupphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster i rimlig utsträckning. Detta skulle, enligt utredningen, kunna innebära att företag och organisationer förlorar möjligheten att konkurrera om vissa kontrakt av lägre värden när den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att inte göra någon konkurrensutsättning, utan i stället endast vänder sig till en leverantör. Utredningen bedömer dock att dessa konsekvenser blir marginella. Förslagen påverkar inte heller i sig förutsättningarna för olika företag. Konkurrensen på marknaden bedöms därmed inte snedvridas till följd av förslaget.

Det anges dock att en del små företag kan komma att uppleva att införandet av ett processkostnadsansvar gynnar större leverantörer. Det kan innebära att små företag avstår från att

lämna anbud i offentliga upphandlingar vilket skulle kunna inverka negativt på konkurrensen. Vidare framgår att större företag i större utsträckning använder ombud i överprövningsprocesser vilket troligen bidrar till att större företag vinner en större andel mål. Det anges att det därmed inte är orimligt att små leverantörer i något större utsträckning än i dag avhåller sig från att begära överprövningar av upphandlingar eftersom de mer sällan än andra företag tycks ha skäl för sina invändningar mot hur upphandlingen genomförs.

Regelrådet gör följande bedömning. Det finns utförliga uppgifter kopplade till förslagets påverkan på konkurrensen mellan företag av olika storlek. För att ytterligare höja konsekvensutredningens kvalitet hade det kunnat framgå om förslaget kan komma att få någon påverkan på konkurrensen inom eller mellan vissa branscher. Detta har dock inte varit avgörande för bedömningen.

Regelrådet finner redovisningen av förslagets påverkan på konkurrensförhållandena för berörda företag godtagbar.

Regleringens påverkan på företagen i andra avseenden

I konsekvensanalysen anges att ett förenklat regelverk som bygger på förutsättningarna att de upphandlande myndigheterna och enheterna dels har ett stort handlingsutrymme, dels goda möjligheter att använda upphandling för att uppnå gemensamma samhällliga mål som exempelvis miljömål, också kan bidra till att myndigheterna och enheterna vågar ställa sådana krav i större utsträckning när det är befogat.

Regelrådet finner redovisningen av regleringens påverkan på företagen i andra avseenden godtagbar.

Särskilda hänsyn till små företag vid reglernas utformning

I konsekvensanalysen anges att utredningen har konstaterat att införandet av en ansökningsavgift kan få vissa negativa effekter på små företags vilja att ansöka om överprövning. Utredningen har därför särskilt beaktat olika alternativa utformningar av en ansökningsavgift för att minska de negativa effekterna för småföretagen. Det anges dock att en utformning av avgiften som beaktar småföretagens villkor och förutsättningar, är praktiskt hanterbar för domstolarna, kan förväntas medföra en minskning av antalet överprövningsmål och därtill står i överensstämmelsen med unionsrätten, emellertid inte har varit möjlig att uppnå. Vidare anges att en del små företag kan komma att uppleva att särskilt införandet av ett processkostnadsansvar gynnar större leverantörer. Det kan innebära att de små företagen avstår från att lämna anbud i offentliga upphandlingar. Konsekvenserna för små företag förväntas dock bli som störst inledningsvis när reglerna har införts. Sammantaget gör utredningen bedömningen att det inte är orimligt att små leverantörer i något större utsträckning än i dag avhåller sig från att begära överprövningar av upphandlingar.

Regelrådet gör följande bedömning. Det framgår tydligt att en ansökningsavgift särskilt kan komma att påverka små företag. Det är också tydligt vilka alternativ som övervägts samt varför det inte bedömts vara möjligt att komma till en annan lösning. För att höja konsekvensutredningens kvalitet hade uppgifterna sett till processkostnadsansvar kunnat utvecklas ytterligare. Sammantaget anser likväl Regelrådet att redovisningen är tillräcklig.

Regelrådet finner redovisningen av särskilda hänsyn till små företag vid reglernas utformning godtagbar.

Sammantagen bedömning

Regelrådet anser att redovisningen främst brister avseende förslaget administrativa kostnader. För att ytterligare höja konsekvensutredningens kvalitet hade det kunnat framgå en mer samlad beskrivning av hur förslaget påverkar företagen framöver. Denna hade tydligare kunnat visa på vilka effekter förenklarna kan medföra för företagen. Givet att konsekvenserna för företag till följd av enklare och flexibla regelverk är beroende av i vilken omfattning myndigheter och enheter utnyttjar handlingsutrymmet är redovisningen utifrån betänkandet som helhet likväl tillräcklig.

Regelrådet finner att konsekvensutredningen uppfyller kraven i 6 och 7 §§ förordningen (2007:1244) om konsekvensutredning vid regelgivning.

Regelrådet ser gärna att strukturen i 6 och 7 §§ förordningen (2007:1244) om konsekvensutredning vid regelgivning används vid upprättande av konsekvensutredningar. Enligt Regelrådet är förslagsställarens konsekvensutredning svår att följa då den inte följer denna struktur. Detta har dock inte påverkat den sammantagna bedömningen av konsekvensutredningen.

Stöd till regelgivare i konsekvensutredningsarbetet finns i [Tillväxtverkets handledning för konsekvensutredning](#).

Regelrådet behandlade ärendet vid sammanträde den 16 januari 2019.

I beslutet deltog Claes Norberg, ordförande, Hanna Björknäs, Yvonne von Friedrichs och Lennart Renbjör.

Ärendet föredrogs av Katarina Porko.



Claes Norberg
Ordförande



Katarina Porko
Föredragande