

2019-01-31
Fi2018/02531/OU

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling
Kansliråd
Jonatan Wahlberg

Sveriges Byggindustriers yttrande: Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44)

Sveriges Byggindustrier är de enskilda byggföretagens bransch- och arbetsgivarorganisation och organiserar ca 3600 bygg-, anläggnings- och specialföretag. Sveriges Byggindustrier har tagit del av rubricerad remiss och vill framföra nedanstående synpunkter.

Sammanfattning

Trots att förslaget del 1 – Enklare och flexiblare upphandlingsregler – är både välformulerat och mer lättillgängligt än nuvarande reglering avseende upphandlingar under tröskelvärdet *avstyrker* Sveriges Byggindustrier detsamma. Under de generella synpunkterna nedan kommer framgå att Sveriges Byggindustrier visserligen är positiv till delar av förslaget, men bedömningen är att förslaget i stort inte innebär en förbättring för medlemsföretagen. Förenkling och flexibilitet måste balanseras mot en ökad risk för sämre förutsebarhet och osund konkurrens. Många medlemsföretag vittnar om problem kopplade till bristande förutsebarhet i upphandlingar. Det finns en skepsis kring hanteringen av upphandlingar i stort och vilka faktorer som leder till ett vinnande anbud. Färre regler är inte nödvändigtvis något som förenklar för företag som vill lämna anbud i en upphandling. Och det är definitivt inte något som underlättar för de upphandlande myndigheter som redan har svårt att navigera rätt när nya förfrågningsunderlag tas fram och upphandlingar genomförs. De rapporter Sveriges Byggindustrier får indikerar att upphandlande myndigheter snarare behöver tydligare regler än ett ökat svängrum med ramar. Sveriges Byggindustrier hyser således en oro för att förslaget inte gör att man kommer tillrätta med de problem som finns och samtidigt skapar nya. Särskilt kritisk är Sveriges Byggindustrier till förslaget att inte ställa krav på upphandlande myndighet att agera vid, och i förlängningen förkasta, onormalt låga anbud. Frågan är känslig och den nya regleringen riskerar att underlätta för osund konkurrens och skada förtroendet för upphandlingsinstitutet.

Vad gäller förslaget del 2 – Vissa regler om överprövningsmål - *avstyrker* Sveriges Byggindustrier föreslagna regleringar för överprövningsmål – införandet av en ansökningsavgift respektive ett processkostnadsansvar - i dess helhet. Sveriges Byggindustrier är av skäl som kommer redogöras för mer utförligt nedan skeptisk till föreslagen ansökningsavgift och mycket kritisk till det

Sveriges Byggindustrier

VÄXEL/FAX 08-698 58 00/08-698 59 00 ADRESS Storgatan 19, Box 50 54, 102 42 Stockholm WEBB
www.sverigesbyggindustrier.se

föreslagna processkostnadsansvaret. En grundläggande förutsättning för föreslagna regleringar måste vara att rättssäkerheten inte drabbas. Något som också framhölls särskilt av civilministern Ardan Shekarabi i det pressmeddelande som publicerades avseende utredningen den 22 juni 2017. Vikten av en rättssäker upphandling betonas också i den Nationella upphandlingsstrategi som föregående regering har tagit fram. Föreslagna regleringar för överprövningsmål går dock stick i stäv med rättssäkerheten. Bland annat då majoriteten av de medlemsföretag Sveriges Bygginstrumenter har tillfrågat uppger att risken för ett processkostnadsansvar skulle få företagen att helt avstå från att begära överprövning oavsett skäl härför. För de mindre företagen skulle även ansökningsavgiften få denna effekt. Ett fåtal företag har meddelat att de fortfarande skulle kunna komma att begära överprövning, men enbart om målets utgång inte bara är sannolikt positiv utan uppenbarligen fördelaktig för företaget. Detta lär vara högst sällsynt och rimligen borde det i dessa fall vara en framkomlig väg att vända sig direkt till upphandlande myndighet istället för till domstol. Det är med andra ord inte i dessa fall behovet av en överprövning lär vara som störst och förhållningssättet bidrar inte till en god rättsutveckling.

Sveriges Bygginstrumenter ansluter sig i huvudsak till Svenskt Näringslivs remissvar, men med de tillägg och ändringar som framgår nedan.

Generella synpunkter

Ett enklare och flexibla regelverk

Utredningen har frångått flertalet av de hänvisningar till kapitel, delar av kapitel och enskilda paragrafer som återfinns i reglerna kring upphandlingar under tröskelvärdet. Detta ser Sveriges Bygginstrumenter som något positivt då korshänvisningar gör regelverket svårtillgängligt vilket är till nackdel för alla tillämpare. Målsättningen att inom respektive lag ha så få olika regelsystem och nivåer som möjligt, för att undvika gränsdragningsproblem och tvister, är enligt Sveriges Bygginstrumenter god. Men att ta bort bestämmelser och förlita sig på att upphandlingens parter strävar efter en sund och god affär och således på bästa sätt kan hantera processen är mindre lyckosamt. Även om antagandet är korrekt så är risken stor att effekten inte blir sund och god med otydliga förutsättningar och krav. Här ska särskilt framhållas att givet att tröskelvärdet för byggtreprenader uppgår till 52 620 561 kr så är det många upphandlingar och stora värden som det "förenklade" regelverket skulle kunna komma att reglera. Många av Sveriges Bygginstrumenters medlemsföretag framhåller vikten av tydlighet och transparens vad gäller de krav som ställs i förfrågningsunderlagen, de utvärderingsmodeller som tillämpas och det regelverk som gäller. Dessa behov tillgodoses inte genom ett enklare och flexibla regelverk. Och samtidigt är dessa behov givetvis av ännu större vikt för det fall företagets möjligheter att tillvarata sin rätt genom överprövning kommer begränsas ytterligare. Även om intentionen är god och det nya lagförslaget är mer lättillgängligt än nuvarande bedömer Sveriges Bygginstrumenter således inte att det skulle resultera i en förbättring.

Regelförenkling kan i sig motverka korruption

Utredningen drar slutsatsen att enklare regler skulle göra upphandlande myndigheter mer benägna att upphandla i enlighet med reglerna och således minska risken för korruption. Detta må vara riktigt. Men det förutsätter också att det i praktiken är enklare att använda och att göra rätt med stöd av reglerna. Baserat på rapporter från medlemsföretag bedömer Sveriges Bygginstrumenter att ramar inte räcker för att upphandlande myndigheter ska hamna rätt. I tillägg till detta kan en mer flexibel lagstiftning också tänkas medföra en ökad risk för korruption. Utredningen tycks mena att denna risk hanteras genom att krav ställs på upphandlande myndighet att tydligt ange vad som gäller i upphandlingen. Sveriges Bygginstrumenter är tveksam till om detta är tillräckligt. Kravet på tydlighet skulle även med fördel kunna tydliggöras direkt i

lagtexten istället för i förordning. Återigen ställs detta på sin spets om förslaget del 2, med en kraftigt begränsande tillgång till överprövningsinstitutet, skulle bli verklighet. Ett större svängrum kombinerat med en begränsad risk att bli ifrågasatt riskerar att bidra till osund konkurrens snarare än att minska risken för korruption.

Bestämt gränsöverskridande intresse och principer för upphandling

Sveriges Bygginstrumenter anser att det är positivt att det tydligt och utan hänvisning framkommer vilka de grundläggande principerna är och att de som huvudregel gäller även för upphandlingar under tröskelvärdet. Sveriges Bygginstrumenter är mer tveksam till nyttan av undantaget och den särskilda princip som ska gälla för flertalet direktupphandlingar. Framförallt med hänsyn till den eventuella gränsdragningsproblematik detta kan ge upphov till. Att flertalet direktupphandlingar ska göras med tillvaratagande av konkurrensen och med beaktande av kostnad i proportion till upphandlingens värde kan tyckas rimligt. Men som utredningen konstaterat kan ju denna princip mot bakgrund av EU-domstolens praxis inte gälla för alla direktupphandlingar då EUF-fördragets bestämmelser i vissa fall slår igenom. Det begrepp som har etablerats i praxis och i doktrin för att beskriva när detta aktualiseras – d.v.s. när det finns ett *bestämt gränsöverskridande intresse* – undviks i lagtexten. Utredningen konstaterar att begreppet bestämt gränsöverskridande intresse är för komplext för detta förenklade regelverk. Istället refereras till huruvida en direktupphandling kan vara av intresse för en leverantör i annan EES-stat eller medlemsstat. Bedömningen för när detta är fallet liksom hur detta ska hanteras lämnas med varm hand över till upphandlande myndigheter. Detta är motsägelsefullt. Avvägningen blir knappast lättare att göra för att begreppet bestämt gränsöverskridande intresse undviks. Det bör vara mer ändamålsenligt att låta bli att införa en ny princip och istället hänvisa till de grundläggande principerna även vid direktupphandling. Låt vara att principernas innebörd kommer att variera något beroende på upphandlingens karaktär och föremål.

Kommuniceringsskyldighet vid onormalt låga anbud

Enligt utredningen bör det inte finnas någon skyldighet för upphandlande myndigheter att agera om ett anbud förefaller onormalt lågt eller någon skyldighet att förkasta aktuell typ av anbud. Eftersom det ligger i myndighetens eget intresse att agera kan det hela enligt utredningens slutsats hanteras på myndighetens initiativ. I förslaget införs endast en säkerhetsventil till skydd för de företag som riskerar att få sitt anbud förkastat. Detta motiveras bland annat av att risken för utdragna prövningar i fråga om myndigheten gjort rätt eller fel undanröjs. Att begränsa skyldigheter för att undvika risk för ifrågasättande är enligt Sveriges Bygginstrumenter ett oacceptabelt argument i denna kontext. Onormalt låga anbud – d.v.s. en prissättning som saknar legitim grund - står i strid med allt vad offentlig upphandling ska stå för tillika samtliga sju inriktningsmål i den nationella upphandlingsstrategin. För Sveriges Bygginstrumenter - som aktivt verkar för en sund konkurrens - liksom för våra medlemsföretag - är frågan om onormalt låga anbud något som väcker starka känslor. Det är direkt olämpligt att utgå från att upphandlande myndigheter kommer agera mot onormalt låga anbud på eget initiativ. Tvärtom måste kraven på upphandlande myndighet i detta avseende vara glasklara och verktygen lättanvända.

Direktupphandling vid lågt värde

Sveriges Bygginstrumenter anser att det är positivt att det sätts nominella direktupphandlingsgränser framgent. Denna förändring leder till ett mer lättillämpat regelverk och eventuella konsekvenser lär vara försumbara.

Processkostnadsansvar i överprövningsmål

Frågan om processkostnadsansvar i upphandlingsmål är sedan tidigare utredd och på flertalet goda grunder avfärdad¹. Men trots att detta inte är längesedan är frågan nu återigen uppe på bordet. Flertalet argument mot ett processkostnadsansvar lär vara konstanta. Men med hänvisning till att antalet överprövningar av upphandlingsmål faktiskt minskade under 2017 kan ifrågasättas om incitamentet för förslaget, nämligen att minska antalet överprövningar är detsamma.² Det främsta argumentet mot ett processkostnadsansvar är dock alldeles oavsett incitament att förslaget inte är rättssäkert och därtill att det bidrar till en ökad skepsis mot upphandlingsinstitutet.

Majoriteten av de medlemsföretag Sveriges Byggindustrier tillfrågat³ uppger att ett processkostnadsansvar skulle få företagen att avstå från att begära överprövning oavsett skäl härför. Prislappen för att söka rättvisa blir helt enkelt för hög och risken för stor. I synnerhet för de mindre företagen. Det råder redan utan ett processkostnadsansvar en stor obalans mellan mindre företags och upphandlande myndigheters ekonomiska muskler att processa. För vissa medlemsföretag är upphandlande myndighet dessutom den främsta arbetsgivaren på orten som företagen av naturliga skäl drar sig för att hamna på kant med. Det går inte att bortse från att upphandlingsmål inte är mål mellan två jämbördiga parter. I tillägg till detta tar en överprövning i många avseenden; tid, resurser och ekonomi, fokus från företagets faktiska verksamhet. Redan utan ett processkostnadsansvar finns således flertalet faktorer som fungerar avhållande från att begära överprövning. Medlemsföretag vittnar om att okynnesöverprövningar är ett problem på marginalen. Istället är det bristande förfrågningsunderlag och dålig hantering av upphandlingar som får flertalet företag att överväga överprövningar. Mot denna bakgrund kan företags avstående från att begära överprövning inte anses rättssäkert. Och precis som angetts i sammanfattningen ovan är vikten av en rättssäker upphandling något som bland annat betonades då utredningen drog igång såväl som i den nationella upphandlingsstrategin.

Förutom rättssäkerhet lyfts i den nationella upphandlingsstrategin ytterligare ett antal inriktningsmål som processkostnadsansvaret står i strid med. Nämligen den goda affären respektive en väl fungerande konkurrens. Processkostnadsansvaret slå allra hårdast mot de mindre företagen. De som redan idag tvekar till att delta i offentliga upphandlingar. För dessa företag riskerar processkostnadsansvaret att bli spiken i kistan för anbudsgivandet. Och detta i en tid då upphandlande myndigheter, givet ett minskat antal anbud i upphandlingar rent generellt, skulle behöva värna extra mycket om småföretagen. De samhällsekonomiska konsekvenserna av att konkurrensen sätts ur spel genom att färre företag har möjlighet att få sin rätt prövad och verka för bättre förfrågningsunderlag och således låter bli att delta i upphandlingar lär vara mycket större än konsekvenserna av antalet överprövningar.

Sammanfattningsvis är överprövningar handlingsdirigerande för upphandlande myndigheter och av yttersta vikt för rättssäkerheten tillika för en sund konkurrens och en god affär. Den minskning av antalet överprövningar som ett processkostnadsansvar skulle ge upphov till kan mot denna bakgrund inte vara eftersträvansvärd.

Ansökningsavgifter i överprövningsmål

¹ SOU 2013:12 s. 364 ff. respektive SOU 2015:12 s. 119 ff.

²

https://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/rapporter/statistikrapport_2018_webb.pdf

³ Tillfrågade företag utgör ett för organisationen representativt urval av stora, medelstora och mindre medlemsföretag.

Till skillnad från vad gäller processkostnadsansvaret uppger flertalet tillfrågade medlemsföretag att en ansökningsavgift om 7 500 kr inte skulle få dem att avstå från att begära överprövning. En del bolag har uppgett att avgiften skulle få dem att tänka till en extra gång, vilket möjligen är önskvärt givet utredningens uppdrag. Samtidigt är Sveriges Byggindustriers erfarenhet att medlemsföretagen oavsett ansökningsavgifter tänker till både en och två gånger innan de lägger ner den tid, den energi och de ekonomiska resurser som krävs för en överprövning. Precis som framhållits i avsnittet ovan tar ju detta fokus från företagets affärer. Alldeles oavsett är en ansökningsavgift om 7 500 kr av stor betydelse för många mindre företag och flera av dessa uppger att de helt skulle avstå från att ansöka om överprövning om avgiften infördes. Avsikten med att införa en ansökningsavgift kan rimligen inte vara att utestänga mindre aktörer från möjligheten att få sin rätt prövad. Men det är den effekt som avgiften tycks få samtidigt som den inte verkar avskräcka eller ens ha betydelse för de lite större aktörerna. En ansökningsavgift hör enligt Sveriges Byggindustriers uppfattning inte hemma i förvaltningsprocessen. Men om en ansökningsavgift ska införas så borde den rimligen vara densamma som i tvistemålsprocessen och i vart fall inte högre. Vidare borde den förenas med en tillförsäkran om en mer effektiv rättslig prövning än vad som är fallet idag.

Frågor med anledning av detta remissvar kan ställas till
Rakel Frölich, 08-698 58 52

SVERIGES BYGGINDUSTRIER

Catharina Elmsäter-Svärd
Verkställande direktör