

Remissyttrande

Datum 2019-02-05

Diarienummer RS 2018-05080

Yttrande över betänkandet **Möjligt, tillåtet och tillgängligt** (SOU 2018:44)

Västra Götalandsregionen (VGR) har fått tillfälle att yttra sig över betänkandet och vill föra fram följande synpunkter. VGR har fokuserat på utredningens förslag till ändringar i LOU, då det är den lagen som styr merparten av VGR:s upphandlingar.

Sammanfattning:

- Västra Götalandsregionen (nedan VGR) anser att det övergripande syftet med utredningen - regelförenkling på upphandlingsområdet samt att minska antalet överprövningsmål - är positivt. VGR anser dock att som förslaget är utformat uppnås inte enklare och flexiblare upphandlingsregelverk fullt ut.
- VGR ställer sig positiv till uppdelningen i 19 kap. respektive 19 a kap. LOU eftersom det nuvarande 19 kap. är svårläst och innehåller mycket paragrafhänvisningar. Samtidigt föreslås vissa nya regler och begrepp i kapitlen som går i motsatt riktning då dessa innebär ytterligare tolkning och administrativ börda för upphandlingar under EU:s tröskelvärden samt för upphandlingar enligt bilaga 2.
- VGR avstyrker förslagen att införa en bestämmelse om *begränsat gränsöverskridande intresse* samt *den nationella principen*. Dessa förslag uppnår inte regelförenkling; tvärtom. VGR ser hellre att LOU klargör att de grundläggande EU-rättsliga principerna som redan är väl inarbetade ska tillämpas utifrån vad som är proportionerligt med hänsyn till den enskilda upphandlingens värde och karaktär.
- VGR ställer sig mycket positiv till att lagfästa rätten att göra täckningsköp för anskaffning av behov som uppstår till följd av att en upphandling blir överprövad. VGR är dock kritisk till att förslaget innebär att rätten till täckningsköp kopplas till tröskelvärdena samt ska räknas samman med huvudavtalet. I praktiken kommer bestämmelsen därför mycket sällan kunna tillämpas av upphandlande myndigheter.
- VGR ser både för- och nackdelar med att införa ett processkostnadsansvar. VGR ställer sig dock bakom förslaget då ett processkostnadsansvar sannolikt har en avhållande effekt när det gäller benägenheten att ansöka om överprövning, särskilt när det gäller ”taktiska” överprövningar.

- VGR är positiv till att införa ansökningsavgift i överprövningsmål men anser att den föreslagna ansökningsavgiften på 7 500 kronor är för låg för att ha någon avskräckande effekt på det stora flertalet leverantörer. VGR anser att det vore både effektivare och mer rättssäkert att införa differentierade ansökningsavgifter som står i relation till upphandlingens värde.
- VGR vill i sammanhanget även föra fram att en effektiv åtgärd för att minska antalet överprövningsmål samtidigt som man renodlar målen och förkortar domstolarnas handläggningstider vore att införa preklusionsfrister. VGR vill i denna del hänvisa till den så kallade Överprövningsutredningens förslag (Överprövning av upphandlingsmål m.m. [SOU 2015:12]).

Del 1 Enklare och flexiblare upphandlingsregler

4.4.2 Ska LOU och LUF disponeras om i avdelningar?

På frågan om LOU bör disponeras om i avdelningar – vilket Finland, Norge och Danmark har i sin lagstiftning – konstaterar utredningen att en sådan disposition vore ”mycket lämplig”. VGR anser att en omdisponering i avdelningar skulle bidra till användarvänlighet och överblick. Det är därför olyckligt att utredningen med hänsyn till tidsbrist avfärdar sitt eget förslag. Det viktigaste för alla parter torde vara att ändringarna leder till ett enklare och mer överskådligt regelverk; inte att ändringarna genomförs ett visst datum om detta sker på bekostnad av en väl genomarbetad lagstiftning.

4.4.3 Nya kapitel i LOU och LUF

VGR instämmer i att det förenklade regelverket ska arbetas in i de befintliga upphandlingslagarna, genom en ny lydelse av 19 kap. LOU samt ett helt nytt 19 a kap. LOU.

VGR ställer sig bakom utredningens ambition att förenkla det svårlästa och röriga 19 kap. LOU. VGR anser att paragrafhänvisningar i möjligaste mån bör undvikas. 19 kap. LOU upplevs i dag som svåröverskådligt och det är svårt att bedöma när kapitlet får tillämpas. Detta kan leda till att man ”för säkerhets skull” i stället tillämpar övriga LOU och därmed lägger mer administration och arbete på upphandlingen än vad lagen egentligen kräver.

8 Bestämt gränsöverskridande intresse (BGI)

VGR avstyrker förslaget att införa BGI. VGR ser inte att det finns behov av att lagfästa principen om BGI och anser att det framstår som oproportionerligt utifrån de berörda upphandlingarnas begränsade värde.

När upphandling sker under direktupphandlingsgränsen ska man som regel kunna utgå från att kontraktet inte är av intresse för leverantörer som är etablerade i en annan EU-stat. I dessa fall har man ju från EU-håll gjort avvägningen att sådana upphandlingar inte behöver konkurransutsättas på samma sätt som upphandlingar över direktupphandlingsgränsen.

Som upphandlande myndighet gör VGR alltid en marknadsanalys – inte bara lokalt utan utifrån relevant marknad – i syfte att få till stånd den bästa affären och vid behov öppna upp för konkurrens utanför den nationella marknaden. Men det torde *inte*, som görs gällande på s. 281 i utredningen, förhålla sig så att upphandlande myndighet normalt har vetskap om huruvida det kan finnas en leverantör i något annat medlemsland som anser sig ha intresse i en viss upphandling.

Förslaget väcker frågor om när och hur BGI ska tillämpas, vad det betyder i praktiken och vem som ska ha bevisbördan. Förslaget riskerar att leda till en större administrativ börda i värdemässigt små upphandlingar och risk för processer där – om vi får spekulera – myndigheten kommer åläggas bevisbörda för att det *inte* finns BGI.

9.2 En skyldighet att ta till vara konkurrensen vid direktupphandling (den nationella principen)

VGR anser inte att den så kallade nationella principen ska införas. Det finns en risk att denna kommer uppfattas som ytterligare ett ”tillägg” till de grundläggande principerna. VGR ser hellre att LOU anger att man för alla upphandlingar har att förhålla sig till de redan väletablerade grundläggande principerna på sätt som är ändamålsenligt och proportionerligt i förhållande till den enskilda upphandlingens värde och karaktär.

9.2.2 Ska domstol kunna pröva om ett direktupphandlat avtal har ingåtts i strid med tillämpliga principer?

VGR instämmer i att det inte ska införas någon rätt att begära överprövning av om ett direktupphandlat avtal ingåtts i strid med gällande principer. Det hade ökat antalet överprövningar, vilket vore orimligt i förhållande till det mycket begränsade ekonomiska värde denna typ av avtal har.

11.6 Utredningens förslag om dialog i upphandlingar

Det är positivt att införa bestämmelser om att dialog får ske, då det idag råder delade meningar om huruvida myndigheter alls får föra dialog. VGR delar även uppfattningen att det är otillfredsställande att det finns så begränsade möjligheter att tillåta ändringar av brister i anbud, särskilt med beaktande av den stränga domstolspraxis som utvecklats. VGR ställer sig därför bakom förslaget men har vissa synpunkter och frågetecken som behöver ses över.

- VGR ser farhågor att leverantörer kommer ”kräva” dialog och förhandling. Därför är det viktigt att betona att upphandlande myndighet *får* men inte måste tillåta kompletteringar.
- VGR ser en risk för överprövningsprocesser med grunden att Leverantör 1 begärt dialog medan Leverantör 2 inte ”fått delta i dialog” och därmed anser sig missgynnad. VGR önskar lagstiftarens vägledning. Får upphandlande myndighet föra dialog med bara en leverantör? Hur säkerställer upphandlande myndighet att dialog inte medför att principen om lika-behandling träds förnär? Hur ska myndigheten förhålla sig till muntlig dialog och hur ska sådan dokumenteras?

- Utredningen föreslår att dialog får omfatta förhandling om alla aspekter, förutom tilldelningskriterier och *minimikrav*. VGR anser att begreppet minimikrav är svårtolkat och bör förtydligas. Detta då begreppet kan skapa tillämpningsproblem då det kan sammanblandas med begreppet obligatoriska krav.
- VGR ser vissa praktiska problem med att redan på förhand kunna förutse och skriva in i något av upphandlingsdokumenten om myndigheten kommer använda dialog samt att bedöma vad dialogen kan omfatta. Det är också oklart om utredningen avser att införa detta som ett krav i fjärde stycket 19 kap. 12 § LOU eller inte (jfr skrivningen på s. 308 med s. 52).

Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

VGR ställer sig bakom förslaget i denna del och anser att det leder till ett enklare och flexiblere regelverk. VGR tillstyrker att de sociala tjänsterna ska regleras på samma sätt då det leder till enklare tillämpning. VGR ser en fördel med att kunna hantera dessa upphandlingar friare och anpassat utifrån den enskilda upphandlingen.

När det gäller möjligheten att reservera upphandling av vissa tjänster ifrågasätter VGR varför man ska begränsa löptiden på dessa kontrakt.

15.2.2. Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp)

VGR är positiv till att det klargörs att myndigheten får genomföra täckningsköp när en upphandling blivit överprövad och förlängd avtalsspärr råder. VGR anser dock *inte* att rätten till täckningsköp ska kopplas till tröskelvärden.

Som förslaget är utformat kommer det väldigt sällan kunna tillämpas i praktiken. Detta eftersom utredningen anger att värdet på täckningsköpet dels ska kopplas till tröskelvärdet, dels ska räknas ihop med grundkontraktet. Större upphandlande enheter som VGR kommer sällan under så låga belopp.

Myndigheten kan inte styra om en viss upphandling blir överprövad eller inte. Handläggningstiderna hos förvaltningsrätten är inte heller något som upphandlande myndighet kan påverka. Även om en myndighet tar höjd för en rimlig handläggningstid i domstol kan den alltså hamna i en situation då en anskaffning måste göras för att säkerställa grundläggande behov för allmänheten. Hos VGR är exempelvis behovet ofta motiverat med hänsyn till ett tungt allmänintresse, som patientsäkerhet, som VGR är skyldig att tillgodose enligt lag.

De allt längre handläggningstiderna i överprövningsmålen i kombination med en hög benägenhet att ansöka om överprövning leder till att myndigheten nödgas genomföra täckningsköp för att tillgodose behoven i väntan på domstolens avgörande. VGR anser därför att täckningsköp som en myndighet gör under det att en överprövning pågår ska ses som en tillåten direktupphandling.

VGR anser inte att ett täckningsköp ska kunna angripas genom överprövning med avtalsspärr. Om man hårdrar det skulle en rätt att överpröva täckningsköp med automatisk avtalsspärr leda till den lätt absurda konsekvensen att myndigheten

tvingas genomföra ”täckningsköp på täckningsköpet”. Leverantörer bör i stället kunna angripa täckningsköp på annat sätt, förslagsvis genom att en upphandlande myndighet som använt täckningsköp för att kringgå bestämmelserna åläggs att betala upphandlingsskadeavgift eller skadestånd.

Del 2 Vissa regler om överprövningsmål

21.3 Utredningens överväganden om införandet av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål

VGR ställer sig bakom förslaget att införa ett processkostnadsansvar i överprövningsmålen. VGR anser dock, precis som utredningen, att det finns för- och nackdelar med att införa ett processkostnadsansvar. VGR vill särskilt lyfta fram följande:

Argument för att införa processkostnadsansvar

- Att införa ett processkostnadsansvar skulle sannolikt leda till en minskning av antalet överprövningsprocesser. Leverantörer skulle få incitament att ”tänka sig för” en extra gång innan de ansöker om överprövning. En leverantör som vet att den har låga utsikter att vinna en process kan idag ansöka om överprövning utan att stå någon ekonomisk risk. I vissa fall kan en leverantör som har det gamla kontraktet ansöka om överprövning då den kalkylerar med att få till stånd direktupphandlingar under överprövningstiden. Risken att få bära processkostnader om man förlorar kan förväntas minska benägenheten till sådana ”taktiska överprövningar”.
- Det framstår som rimligt att det i Sverige – liksom i samtliga undersökta EU-stater – bör finnas någon form av ekonomisk tröskel för att initiera en process om överprövning. Överprövning av upphandlingar liknar på många sätt dispositiva tvistemål snarare än övriga förvaltningsrättsliga måltyper. Det handlar ofta om två relativt jämstarka parter och om stora ekonomiska intressen.
- Det finns skäl att ifrågasätta om det är rimligt att skattemedel ska finansiera processande mot - i många fall kapitalstarka - leverantörer som anlitat juridiska ombud, särskilt som domstolen i majoriteten av överprövningsmålen inte finner skäl att ingripa mot myndigheternas beslut.
- Ett ömsesidigt processkostnadsansvar skulle rätta till ”Fidelis-obalansen” så att också det allmänna kan få ersättning för det arbete som läggs ner för att hantera överprövningar.
- Upphandlande myndighet vinner statistiskt sett 8 av 10 överprövningar - vilket talar för att det skulle få ett positivt ekonomiskt utfall för myndigheter att kunna få sina kostnader ersatta.

Argument mot att införa processkostnadsansvar

- Det finns risk för att stora, kapitalstarka leverantörer kommer fortsätta att begära överprövning medan småföretagare kan drabbas då de kanske inte längre vågar ta den ekonomiska risk en process innebär.
- Det uppstår en osäkerhetsfaktor för myndigheter som inte kommer veta hur stort det eventuella kostnadsansvaret kan bli när en upphandling överprövas. Särskilt om det rör sig om många leverantörer som begär överprövning av samma upphandling.
- Det är svårt att dra några säkra slutsatser utifrån utredningens jämförelse med andra länders system eftersom upphandlingsregelverket samt de rättsliga systemen i sig är så pass olika. Vissa länder har haft processkostnadsansvar länge och där är processkostnader i upphandlingsmål redan en etablerad del av systemet.
- Skattemedel ska inte finansiera processande mot kapitalstarka aktörer (argumentet kan användas åt båda håll).
- Processkostnaderna i sig blir ytterligare en fråga för bägge parter att argumentera kring, vilket riskerar att förlänga handläggningstiderna och tynga målen.

Trots argumenten som talar mot processkostnadsansvar ställer sig VGR bakom att införa ett processkostnadsansvar i överprövningsmålen. Detta eftersom risken att stå ett processkostnadsansvar om man förlorar en process sannolikt fungerar avhållande och därmed leder till att minska antalet överprövningsmål. I stället ges incitament för leverantörer att i ett tidigare skede av upphandlingen påpeka upplevda fel och brister, vilket VGR anser är positivt.

Det framstår dock som angeläget att man efter en tid analyserar utfallet av att införa processkostnadsansvar för att avgöra om det haft önskad effekt på antalet överprövningar.

21.4 Utformningen av utredningens förslag till processkostnadsansvar i överprövningsmål

Om ett processkostnadsansvar införs behöver det klargöras hur myndighetens eget arbete med överprövningsmål ska ersättas och med vilken beräkningsgrund. Det behöver förtydligas att inte enbart ombudskostnader för externt ombud utan även lönekostnader med mera motsvarande myndighetens kostnader ska kunna ersättas.

I VGR är det vanligen regionjurist som tillsammans med ansvarig personal på Koncerninköp hanterar överprövningar. Generellt sett torde lönekostnader för regionjurist/inköpare vara avsevärt lägre än motsvarande timkostnad/ kostnadsräkning för en advokat. En lösning för att ”jämna ut” denna obalans skulle kunna vara att – som i vissa andra måltyper – begränsa ersättningen till en fast timkostnadsnorm.

Man kan även tänka sig någon form av ”kostnadstak” som står i relation till upphandlingsvärdet. Det förefaller exempelvis inte rimligt att parterna ska riskera att betala en rättegångskostnad för en domstolsprocess som kan bli högre än vad själva upphandlingen är värd.

Ytterligare en faktor är att det – som utredningen går igenom på s. 435 ff – inte är helt lätt att avgöra vem som ”vunnit” ett upphandlingsmål. VGR ser också att det blir allt vanligare att myndigheten avbryter upphandlingen under pågående överprövning. Hur ska man rent praktiskt hantera en sådan situation?

VGR vill även betona det som utredningen skriver om under avsnitt 23.3 – införandet av processkostnader gör att det blir ännu viktigare att domstolen tar sitt materiella processledningsansvar och begränsar skriftväxlingen så att processkostnaderna hålls nere.

22 Ansökningsavgifter i överprövningsmål

VGR ställer sig positiv till att ansökningsavgifter införs som en ekonomisk tröskel för att ansöka om överprövning. VGR anser dock att 7 500 kr är ett för lågt belopp för att ha någon avhållande effekt. Beloppet kommer inte avskräcka särskilt många leverantörer, endast mindre och resurssvaga leverantörer. En sådan ordning förefaller varken särskilt effektiv eller rättssäker.

I stället föreslår VGR att man inför differentierade ansökningsavgifter, förslagsvis i förhållande till den överprövade upphandlingens värde. VGR förstår utredningens argument att det finns svårigheter att beräkna ett differentierat belopp. VGR anser dock att differentierade ansökningsavgifter vore ett mer ändamålsenligt och rättssäkert sätt att uppnå önskad effekt. VGR noterar även att differentierade avgifter finns i flera av de undersökta medlemsstaterna. Ett alternativ kan vara att enbart använda sig av differentierade men relativt höga ansökningsavgifter - utan att förena dessa med något processkostnadsansvar.

VGR anser till skillnad från utredningen att erlagd ansökningsavgift ska vara en förutsättning för att en förlängd avtalsspärr ska börja gälla. Det torde med dagens tekniska förutsättningar gå att ordna så att leverantörer på ett enkelt sätt kan erlagga ansökningsavgift i direkt anslutning till ansökan om överprövning.

Något om Överprövningsutredningens förslag

VGR vill slutligen erinra om att myndigheten tidigare ställt sig mycket positiv till flera förslag i Överprövningsutredningen (Överprövning av upphandlingsmål m.m., SOU 2015:12). Detta gällde exempelvis förslaget om att uttryckligen ange en tidsperiod på 90 dagar för förvaltningsrättens process i överprövningsmål. VGR anser fortfarande att man genom att införa en sådan bestämmelse skulle öka förutsebarheten i upphandlingsprocessen markant, vilket vore till fördel för alla parter. Därmed skulle man exempelvis minska behovet av täckningsköp.

VGR ser också att man sammantaget skulle kunna uppnå större effekter med avseende på minskat antal överprövningsmål genom att införa preklusionsfrister än genom att införa ansökningsavgifter och processkostnadsansvar. Detta skulle uppnå större förutsebarhet och sannolikt medföra att överprövningar kan hanteras så effektivt och smidigt som möjligt i domstolarna.

Överprövningsutredningens förslag har ännu inte genomförts i lagstiftningen utan bereds fortfarande av Regeringskansliet. VGR önskar att lagstiftaren samordnar de bägge utredningarna och prioriterar att ta ett samlat grepp om upphandlingslagstiftningen.

Datum 2019-02-05
Diarienummer RS 2018-05080

8 (8)

Vänersborg den 5 februari 2019

Johnny Magnusson
Regionstyrelsens ordförande

Ann-Sofi Lodin
Regiondirektör