

En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar

Sveriges Kommuner och Regioner (SKR) har beretts tillfälle att yttra sig över rubricerade utkast till lagrådsremiss och framför med anledning därav följande.

Sammanfattning

- SKR tillstyrker förslaget om införande av skyndsamhetskrav i mål om överprövning av upphandling och har ingen invändning mot det förslaget när det gäller mål om överprövning av avtals giltighet respektive mål om utfående av kontrakt.
- SKR anser att förvaltningsdomstolarna ska tillföras mer resurser och att det ska införas en tidsfrist inom vilken upphandlingsmål normalt ska avgöras.
- SKR tillstyrker förslaget om införande av preklusionsfrist i förvaltningsrätt och kammarrätt men anser att sådan frist ska gälla också under anbudstiden.
- SKR avstyrker utformningen av förslaget till preskription avseende skadeståndstalan.
- SKR godtar förslagen om tidsgräns vid beslut om uteslutning av leverantör på grund av brott respektive missförhållanden.
- SKR avstyrker utformningen av förslaget beträffande efterannonsering vid låga värden.
- SKR har inget i sig att invända mot förslagen att upphandling av välfärdstjänster ska annonseras i registrerad annonsdatabas och efterannonseras.
- SKR tillstyrker förslaget om att tidsfristen för ansökan om överprövning av avtals giltighet på det icke-direktivstyrda området anges till 30 dagar från efterannonsering.
- SKR har inget att invända mot bedömningarna beträffande ansökningsavgift och ömsesidigt processkostnadsansvar men anser att den nu rådande så kallade obalansen mellan parterna i överprövningsmål måste rättas till.
- SKR avstyrker utformningen av förslaget beträffande ikraftträdande- och övergångsbestämmelser.

Sveriges Kommuner och Regioners synpunkter

Skyndsamhetskrav och tidsfrist för måls avgörande

SKR tillstyrker förslaget om skyndsamhetskrav i mål om överprövning av upphandling, även om effekten av förslaget bara kan förväntas bli marginell. Det vore enligt SKR bättre att införa en tidsfrist inom vilken upphandlingsmål normalt ska avgöras och tillföra förvaltningsdomstolarna resurser så att tidsfristerna kan hållas. Detta skulle dels medföra samhällsekonomiska vinster genom förkortad tidsutdräkt på grund av överprövning av upphandling, dels att upphandlande myndigheter i överprövningssituationer skulle få en hållpunkt för bedömningen om det går att upphandla utan konkurrensutsättning enligt 6 kap 15 § och 19 kap 7 § LOU.

Preklusionsfrist

SKR tillstyrker de föreslagna preklusionsreglerna. SKR menar att de kan bidra till att överprövningsmål avgörs snabbare. I sig är de väl avvägda mot bakgrund av att det i överprövningsmål är leverantören som genom sin ansökan om överprövning i mångt och mycket sätter ramen för processen. Dock är de inte tillräckliga. Problemet att leverantörer begär överprövning av påstått oproportionerliga krav inte när de tar del av kraven i upphandlingsdokumenten, utan efter tilldelningsbeslutet och då beroende på om de tilldelats kontraktet eller inte, åtgärdas inte. SKR menar att någon form av preklusion också under anbudstiden skulle förstärka dialogen mellan leverantörer och upphandlande myndighet och ge ökad trovärdighet åt offentlig upphandling.

Preskription av skadeståndstalan

SKR delar uppfattningen att dagens nationella reglering måste ändras med hänsyn till EU-rätten. SKR avstyrker emellertid utformningen av den föreslagna regeln om preskription av skadestånd. Som framgår uttryckligen nederst på sidan 74 i utkastet kommer det med förslaget inte att finnas någon bestämd tidpunkt när risken att få betala skadestånd för fel eller brister i en upphandling upphör. En sådan ordning är enligt SKR oacceptabel. Det finns inget rimligt skäl att det ska kunna gå att föra en skadeståndsprocess 50 år eller 100 år efter det att avtal slutits. Dessutom står förslaget i strid med det synsätt som framgår högst upp på sidan 62 beträffande ogiltighetstalan, dvs. att upphandlande myndigheter vid någon tidpunkt ska kunna veta vad som gäller. SKR menar att förslaget i denna del bör kompletteras med en yttersta tidsgräns om 10 år (ordinär preskription) från det att avtal sluts. I den mån det är osäkert huruvida en sådan begränsning står i strid med EU-rättens effektivitets- och likvärdighetsprinciper bör frågan utredas vidare.

Uteslutning av leverantör på grund av brott eller missförhållanden

SKR har inget att invända mot bedömningen att förslaget är nödvändigt med hänsyn till EU-rätten och godtar därför detsamma.

Efterannonsering vid låga värden

SKR välkomnar att det tydliggörs att inte alla anskaffningar oavsett belopp behöver efterannonseras. SKR avstyrker emellertid utformningen av förslaget. I ljuset av hur många av SKR:s medlemmar bedriver sitt inköpsarbete kommer det att orsaka administrativt merarbete och därigenom kostnader om efterannonsering måste göras under direktupphandlingsgränsen. Direktupphandling utan annonsering handhas många gånger ute på kommuners och regioners förvaltningar utan inblandning av specialiserad upphandlingsfunktion (centrala upphandlingsenheter). En konsekvens av förslaget skulle bli att det ofta kommer att bli nödvändigt att anlita sådan specialiserad upphandlingsfunktion bara för att efterannonsera en upphandling. SKR kan inte se att värdet av ytterligare statistik uppväger det merarbete och administrativa krångel som kommer att uppstå hos kommuner och regioner. SKR menar att frågan istället bör regleras så att gränsen för skyldigheten att efterannonsera sammanfaller med direktupphandlingsgränsen.

Efterannonsering av välfärdstjänster

SKR har inget i sig att invända mot förslagen att upphandling av välfärdstjänster i tillämpliga fall ska annonseras i registrerad annonsdatabas och efterannonseras. Däremot gäller vad som har anförts under rubriken närmast ovan (Efterannonsering vid låga värden) också beträffande välfärdstjänster, dvs. SKR vänder sig mot att upphandlingar under direktupphandlingsgränsen ska behöva efterannonseras.

Överprövning av avtals giltighet på det icke direktivstyrda området

SKR delar de bedömningar som ligger till grund för förslaget och tillstyrker detsamma.

Ansökningsavgift, ömsesidigt processkostnadsansvar och ersättning för processkostnad i form av skadestånd

SKR har inget att invända mot de bedömningar som görs i utkastet till lagrådsremiss när det gäller ansökningsavgift och ömsesidigt processkostnadsansvar. SKR delade dessa bedömningar i sitt remissvar över SOU 2015:12 (Överprövningsutredningen). SKR menar dock fortfarande att den rådande ordningen, att leverantörer men inte upphandlande myndigheter kan få processkostnader ersatta i form av skadestånd, är djupt otillfredsställande.

SKR har viss förståelse för argumentet att frågan (än så länge) inte har visat sig vara ett stort praktiskt problem. Inte desto mindre anser SKR att den bör åtgärdas genom att det klargörs att en leverantörs processkostnad inte är en ersättningsgill skada i LOU:s mening. Skälen härtill är flera. För det första är det stötande för rättskänslan att parterna inte processar på lika villkor. För det andra finns det en risk för att stora leverantörer med ekonomiska muskler att processa och ligga ute med medel får ett indirekt påtryckningsmedel i förhållande till upphandlande myndigheter som mindre leverantörer många gånger i praktiken kan antas sakna. Och för det tredje riskerar den

rådande ordningen att bli processdrivande på sikt. Om fler leverantörer än idag tar till vara på möjligheten att rikta ersättningskrav för processkostnader mot upphandlande myndigheter, kan det antas leda dels till fler överprövningsmål eftersom incitamentet att begära överprövning ökar, dels till fler skadeståndsmål i allmän domstol.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

SKR avstyrker utformningen av förslaget när det gäller ikraftträdande- och övergångsbestämmelser. Beträffande preklusionsfrist förefaller det enligt SKR märkligt att tillämpningen av bestämmelserna kan bli beroende av när – under en och samma avtalsspärr – som en leverantör ansöker om överprövning. Om två leverantörer ansöker om överprövning i en och samma upphandling kommer de att processa enligt olika regler om en av ansökningarna kommer in till förvaltningsrätten före ikraftträdandet. Beträffande tidsgränserna för uteslutning av leverantör förefaller det likaledes märkligt och kan medföra tillämpningssvårigheter att ett i en upphandling redan fattat korrekt uteslutningsbeslut kan bli felaktigt senare (efter ikraftträdandet) under upphandlingen. Avslutningsvis kan det inte uteslutas att upphandlande myndigheter beträffande redan ingångna avtal skulle ha agerat annorlunda om de hade vetat att en längre frist för skadeståndstalan skulle komma att gälla än den som gällde vid avtalets ingående. Preskriptionsfristen för skadeståndstalan kan vara en parameter som beaktas vid beslut att tillämpa ett rättligt osäkert undantag som t.ex. upphandling mellan upphandlande myndigheter (3 kap 17 § LOU). I alla tre ovanstående fall förefaller det enligt SKR mer lämpligt att undanta upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet från den nya regleringen. När det gäller frist för skadeståndstalan kan ett annat alternativ vara att låta de nya reglerna träffa enbart avtal som har ingåtts efter ikraftträdandet.

Sveriges Kommuner och Regioner

Staffan Isling

Germund Persson