

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling

fi.remissvar@regeringskansliet.se

Möjligt, tillåtet och tillgängligt SOU 2018:44

Upphandlingsmyndigheten får härmed yttra sig över rubricerat betänkande av Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler (fortsättningsvis benämnd "utredningen").

Upphandlingsmyndigheten yttrar sig utifrån uppdraget att utveckla och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter samt att stödja de leverantörer som deltar i sådan upphandling. Myndighetens uppdrag är att verka för rättssäkra, effektiva och hållbara upphandlingar till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling. Myndigheten ska också ge vägledning i statsstödsfrågor till kommuner och landsting.

Remissvaret inleds med en sammanfattning och myndighetens allmänna utgångspunkter. Därefter kommenteras de förslag som utredningen lämnat i den ordning och under de rubriker som anges i betänkandet, om inget annat anges särskilt.

I remissvaret hänvisas till LOU och LUF. Det som anges avser i tillämpliga delar även LUFS och LUK. LUFS och LUK behandlas även särskilt under avsnitt 19.

Sammanfattning

Upphandlingsmyndigheten ser positivt på många av de förslag som utredningen presenterat och bedömer att flera av förslagen utgör förenklningar till nytta för såväl upphandlande myndigheter och enheter som för leverantörer.

Vad gäller icke direktivstyrda upphandlingar delar Upphandlingsmyndigheten utredningens bedömning att de även fortsättningsvis ska vara reglerade. Myndigheten tillstyrker bl.a. förslaget att upphandlande myndigheter och enheter ska vara fria att

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

utforma förfarandet och tillämpa olika metoder vid upphandlingen. Det är vidare positivt att möjligheten till dialog föreslås utökas. Myndigheten har dock vissa synpunkter på regleringen.

Upphandlingsmyndigheten delar inte utredningens bedömning att CPV-koder inte ska behöva användas. Detta inte minst mot bakgrund av behovet av statistik på området för offentlig upphandling.

Upphandlingsmyndigheten avstryker vidare förslaget att direktupphandling ska tillämpas vid upphandling av sociala och andra särskilda tjänster under tröskelvärdena. Myndigheten anser att upphandling av sådana tjänster bör regleras av de föreslagna bestämmelserna i 19 kap. LOU och LUF.

Vad gäller de förslag som avser direktupphandling är Upphandlingsmyndigheten positiv i flera delar. Myndigheten tillstyrker förslagen att det ska införas ett nytt kapitel för direktupphandling, att definitionen av direktupphandling ska justeras, att direktupphandlingsgränserna ska anges i nominella belopp, att bestämmelser om täckningsköp ska införas samt att de särskilda reglerna för beräkning av direktupphandling ska utgå. Myndigheten avstyrker dock förslaget om att det ska införas en s.k. nationell princip.

Upphandlingsmyndigheten avstyrker förslaget om att det ska införas ett processkostnadsansvar i upphandlingsmål. Däremot anser myndigheten att det kan finnas skäl att införa ansökningsavgifter. Ansökningsavgiftens storlek bör dock begränsas till 2 800 kr, dvs. motsvarande den avgift som gäller för tvistemål.

Upphandlingsmyndigheten anser att regleringen i LOU, LUF, LUF5 och LUK bör vara enhetlig. De ändringar som införs i LOU, LUF och LUF5 bör även införas i LUK. I den mån regleringen i LUK anses vara enklare eller flexiblare bör istället motsvarande reglering införas i övriga lagar.

Allmänna utgångspunkter

Upphandlingsmyndigheten välkomnar ambitionen i utredningens arbete och är positiv till utgångspunkten att offentlig upphandling bör göras enklare och flexiblare. Det utrymme som upphandlingsdirektiven ger för nationell reglering och ökad handlingsfrihet bör tas tillvara. Ett enkelt och flexibelt regelverk främjar en god konkurrens och möjliggör ett kostnadseffektivt användande av skattemedel.

Regelverket för offentlig upphandling har varit föremål för omfattande förändringar vid ett flertal tillfällen de senaste åren. Det tar tid och kraft för marknadens aktörer att lära sig och anpassa sig till nya regler. Förändringarna har även resulterat i att regelverket i viss mån saknar enhetlighet. I och med detta har regelverket blivit onödigt svårt att tillämpa. Upphandlingsmyndigheten befarar att brist på helhetssyn vid genomförande av regelförändringar riskerar att försvåra snarare än förenkla tillämpningen av upphandlingslagstiftningen. Mot denna bakgrund finner

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

Upphandlingsmyndigheten det olyckligt att det inte har tagits ett större helhetsgrepp vad gäller utformningen av regelverket för offentlig upphandling.

Enligt Upphandlingsmyndigheten är det viktigt att nya regler på området utformas på ett sådant sätt att de kan förväntas gälla oförändrade under lång tid framöver. Att införa enhetliga och konsekventa regler är också en förenkling i sig. Införandet av regler som frångår detta bör därför endast genomföras då det är särskilt motiverat.

Upphandlingsmyndigheten önskar vidare betona att ett minskat antal regler inte nödvändigtvis innebär en förenkling. Flera av utredningens förslag innebär att nuvarande bestämmelser tas bort från lag trots att dess innebörd fortfarande avses gälla. Detta riskerar att göra reglerna mer svårtillgängliga.

Upphandlingsmyndighetens generella utgångspunkt är att centrala bestämmelser ska framgå av lag och inte flyttas till förordning. Kompletterande detaljreglering kan framgå av förordning. Myndigheten anser vidare att bestämmelser inte bör tas bort när det innebär att upphandlande myndigheter och enheter regelmässigt istället måste ange innebörden av bestämmelsen i de enskilda upphandlingsdokumenten. I linje med utredningens utgångspunkt att allt som är tillåtet över tröskelvärdena också är tillåtet under tröskelvärdena, ser Upphandlingsmyndigheten inga hinder mot att regler som ger uttryck för detta tas bort.

Upphandlingsmyndigheten saknar en analys av förvaltningslagens effekt på offentlig upphandling. Eftersom förvaltningslagen är subsidiär kan förvaltningslagens bestämmelser komma att gälla vid offentlig upphandling när upphandlingsregelverket förenklas. En analys bör genomföras för att säkerställa att utredningens förslag inte innebär att förvaltningslagen kommer att träffa upphandlingar på ett sätt som kan försvåra och komplicera upphandlingarna eller få andra negativa effekter.

Avslutningsvis noterar Upphandlingsmyndigheten att utredningen uppmärksammat upphandlingslagstiftningens korruptionsmotverkande syfte och funktion. Att värna om förtroendet för det allmänna är av central betydelse av flera anledningar. En naturlig utgångspunkt för Upphandlingsmyndigheten är därför att utredningens förslag om förenklingar av dagens regelverk inte får resultera i en ökad risk för korruption eller på annat sätt äventyra förtroendet för det allmänna. Detta gäller inte minst med hänsyn till de mål som ställts upp inom ramen för Agenda 2030 respektive den nationella upphandlingsstrategin (NUS).

Del 1 – Enklare och flexiblare upphandlingsregler

4.2 Upphandlingarna ska även fortsättningsvis regleras

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att icke direktivstyrda upphandlingar även fortsättningsvis ska vara reglerade. Myndigheten vill särskilt framhålla att ett regelverk som lämnar icke direktivstyrda upphandlingar oregerade

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

inte bara möjliggör korruption i större utsträckning, utan även riskerar att ge ett olyckligt signalvärde. Det skulle i sig kunna vara förtroendeskadligt för det allmänna.

I övrigt instämmer myndigheten i vad utredningen har anfört avseende riskerna med att inte reglera icke direktivstyrda upphandlingar, inte minst vad gäller regelverkets betydelse utifrån ett rättssäkerhets- och samhällsekonomiskt perspektiv.

4.4 Formen för ett förenklat regelverk

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att icke direktivstyrd upphandling i nuläget inte bör regleras i en eller flera separata lagar. En sådan ordning skulle riskera att göra upphandlingslagstiftningen svårare att överblicka.

9 Principer för upphandling

9.1 De grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling ska gälla för annonspliktiga upphandlingar

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag att de EU-rättsliga principerna för upphandling ska tillämpas för icke direktivstyrd upphandling som ska annonseras. Upphandlingsmyndigheten delar också bedömningen att principerna är av så central betydelse att de lämpligen kan anges genom en uttrycklig bestämmelse i 19 kap. LOU och LUF.

Upphandlingsmyndigheten delar inte utredningens bedömning att 4 kap. 2-3 §§ inte behövs. Inte minst den s.k. börregeln i 4 kap. 3 § LOU och LUF har fortfarande en viktig roll att spela. Att ta bort bestämmelserna skulle ge ett felaktigt signalvärde och minska incitamenten för upphandlande myndigheter och enheter att integrera miljöhänsyn och sociala hänsyn i sina upphandlingar.

9.2 En skyldighet att ta till vara konkurrensen vid direktupphandling

Upphandlingsmyndigheten avstyrker förslaget om att införa en s.k. nationell princip för direktupphandling.

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens uppfattning att även direktupphandlingar bör styras av vissa grundläggande bestämmelser. I likhet med utredningen anser myndigheten också att krav på saktighet, opartiskhet och att konkurrensen ska utnyttjas i rimlig omfattning i och för sig är rimliga utgångspunkter vid direktupphandling.

Sedan utredningen lämnade sitt förslag har Högsta förvaltningsdomstolen tydliggjort innebörden av de EU-rättsliga principerna vid direktupphandling genom HFD 2018 ref. 60. Av domen framgår att relevansen och innebörden av principerna varierar med hänsyn till varje enskilt upphandlingsärendes karaktär och föremål liksom av upphandlingens värde. I målet angav domstolen att det aktuella förfrågningsunderlaget inte öppnade för godtyckliga eller osakliga bedömningar och att det därmed inte hade utformats i strid med de EU-rättsliga principerna.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

Högsta förvaltningsdomstolens dom innebär inte att de EU-rättsliga principernas innebörd vid direktupphandling är helt klarlagd. Avgörandet bekräftar dock att det finns en stor handlingsfrihet för upphandlande myndigheter och enheter att genomföra direktupphandlingar på ett enkelt och flexibelt sätt. Det kan därför inte anses nödvändigt att införa en ny nationell princip för direktupphandlingar i förenklande syfte.

Att införa en nationell princip skulle snarast innebära en onödig komplexitet vid offentlig upphandling. Upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer skulle behöva förhålla sig till delvis olika, delvis överlappande principer. Det kan också konstateras att den exakta innebörden av en nationell princip skulle vara oklar, i vart fall under en övergångsperiod. Den innebörd Högsta förvaltningsdomstolen ger de EU-rättsliga principerna vid direktupphandling synes också ligga nära utredningens förslag om nationell princip.

En nationell princip skulle vidare få ge vika för de EU-rättsliga principerna när det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse i en upphandling. Som Upphandlingsmyndigheten framfört i tidigare remissyttrande¹ är det komplext att genomföra en bedömning av om det föreligger ett sådant intresse och bedömningen måste göras i varje enskilt fall. Av den anledningen kan det vara lämpligt att regelmässigt tillämpa de EU-rättsliga principerna vid direktupphandlingar istället för en nationell princip. Detta inte minst vid direktupphandlingar som enligt utredningens förslag skulle uppgå till mycket höga värden. I utredningen anges också att direktupphandlingsgränserna bör ses över och att dessa troligen bör höjas. Höjs direktupphandlingsgränserna kommer sannolikt fler direktupphandlingar ha ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Särskilt om direktupphandling utan tillämpning av de EU-rättsliga principerna och statsstöd

Upphandlingsmyndigheten saknar en analys av vilka konsekvenser ett avskaffande av de EU-rättsliga principerna skulle ha ur ett statsstödsrättsligt perspektiv. Frågeställningen har främst betydelse vid kraftigt höjda direktupphandlingsgränser, vilket föreslås av utredningen.² En sådan analys är viktig eftersom ett avskaffande skulle kunna få avgörande betydelse för tillämpningen av statsstödsreglerna.

¹ Se Upphandlingsmyndighetens remissyttrande (UHM-2016-0240) över betänkandet Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78), s. 8f.

² Statsstödsproblematiken påverkas både av kontraktsvärden och av vilken typ av tjänst det är fråga om. Stöd som inte överstiger 200 000 euro under en treårsperiod och som uppfyller vissa villkor, anses inte påverka handeln mellan EU:s medlemsstater och utgör därmed inte statsstöd. Se kommissionens förordning (EU) nr 1407/2013 av den 18 december 2013 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse. För sociala tjänster kan det under vissa förutsättningar ges ersättning upp till 500 000 euro under en treårsperiod utan att det utgör statsstöd. Se kommissionens förordning (EU) nr 360/2012 av den 25 april 2012 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

Statsstöd är som utgångspunkt förbjudet om det inte godkänts av Europeiska kommissionen eller utformats enligt vissa undantagsregler (genomförandeförbudet).

När ett kontrakt konkurrensutsätts genom ett förfarande som följer de EU-rättsliga principerna skapas statsstödsrättsligt en presumtion om att ersättningen till leverantören är marknadsmässig och därmed inte gynnar leverantören på ett sådant sätt att ersättningen kan utgöra statsstöd.³ Detta har utredningen också beskrivit. Ett förfarande för kontraktstilldelning som inte följer de EU-rättsliga principerna skapar ingen presumtion för att ersättningen inte utgör statsstöd. Det kan innebära att oberoende värderingar eller andra marknadsundersökningar måste göras för att bedöma marknadspriset och avgöra om det är fråga om statsstöd. Det skulle knappast förenkla inköpsprocessen.

En statsstödsrättslig bedömning ska också omfatta de eventuella effekterna på handeln mellan EU:s medlemsstater av att en leverantör får en fördel i förhållande till sina konkurrenter. Det är alltså leverantörens verksamhet och inte intresset för att lämna anbud som analyseras.⁴

Om utgångspunkten ska vara att de EU-rättsliga principerna inte är tillämpliga kan det alltså komma att innebära att den upphandlande myndigheten eller enheten måste bedöma det upphandlingsrättsliga begreppet ”bestämt gränsöverskridande intresse” och kontraktets relation till marknadsvärdet *samt* stödets eventuella påverkan på handeln mellan EU:s medlemsstater.

Om en upphandlande myndighet eller enhet betalar mer än marknadspris och lämnar statsstöd i strid med genomförandeförbudet (avsiktligt eller oavsiktligt) kan det få långtgående konsekvenser, inte minst för den som mottagit stödet, eftersom den kan tvingas återbetala det. Samtidigt kan en anmälan av ett statsstöd till Europeiska kommissionen för att få ett godkännande fördröja avtalets ikraftträdande under lång tid.

Mot bakgrund av ovanstående riskerar förslaget alltså att påverka leverantörernas rättssäkerhet negativt och öka den administrativa bördan för både leverantören och den upphandlande myndigheten eller enheten.

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

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att möjligheterna att ogiltigförklara ingångna direktupphandlade avtal inte bör utökas. Som utredningen anger motiveras detta av det överhängande intresset av effektivitet och kontinuitet då det är fråga om kontrakt av mindre värden. Härvid bör nämnas att Upphandlingsmyndigheten anser att direktupphandlingsgränsen inte bör höjas till 7,1

³ Kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, EUT C 262, 19.07.2016, s. 1, p. 89.

⁴ Prop. 2012/13:84, Olagligt statsstöd, s. 12f.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

respektive 9,4 miljoner kronor för sociala och andra särskilda tjänster, se vidare under avsnitt 13.

10 Upphandlingens utformning

10.1 Förfarande och metoder vid upphandling

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslagen att upphandlande myndigheter och enheter ska vara fria att utforma förfarandet och använda olika metoder vid upphandling. Det förenklade förfarandet och urvalsförfarandet bör enligt myndigheten dock finnas kvar och vara valfria att tillämpa.

Upphandlingsmyndigheten är som utgångspunkt positiv till ökad flexibilitet vid upphandling. Ökad flexibilitet kan dock i vissa fall försvåra genomförandet av en upphandling, inte minst för den oerfarne upphandlaren. Även för den mer erfarne upphandlaren kommer osäkerhet sannolikt att uppstå kring hur detaljerad denne måste vara i beskrivningen av förfarandet. Därtill riskerar möjligheten till en friare utformning av förfaranden och metoder att försämra möjligheten för leverantörer att förutse vad som förväntas.

Enligt Upphandlingsmyndigheten överväger fördelarna med en ökad flexibilitet. Friheten att utforma förfarandet är av stort värde och möjliggör för upphandlande myndigheter och enheter att anpassa upphandlingen utifrån förutsättningarna i det enskilda fallet. Friheten ställer samtidigt krav på myndigheter och enheter att tydliggöra förutsättningarna för leverantörerna. Enligt Upphandlingsmyndigheten saknas det dock skäl att ta bort regleringen kring de två väl etablerade förfaranden som finns, det förenklade förfarandet och urvalsförfarandet. De upphandlande myndigheter och enheter som önskar kan använda sig av något av dessa förfaranden. Regleringen kan också ge upphandlande myndigheter och enheter ledning i hur de kan utforma en upphandling. När så önskas kan förfarandet anpassas efter behoven i den enskilda situationen.

10.2 Annonsering

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att upphandlingar som inte får direktupphandlas även fortsättningsvis ska annonseras i en allmänt tillgänglig databas. Annonsering är av central betydelse inte bara för att främja en god och effektiv konkurrens, utan även för att möjliggöra framtagande av statistik på området.

Av lagtexten bör framgå att anbud ska infordras genom annonsen, inte enbart att den upphandlande myndigheten eller enheten ska informera om sin avsikt att genomföra en upphandling.

Myndighetens uppfattning är vidare att det vore olyckligt att flytta bestämmelserna om var annonsering ska ske och om innehållet i annonser till förordning. I linje med vad Upphandlingsmyndigheten anfört ovan under Allmänna utgångspunkter skulle det riskera att göra bestämmelserna mindre lättillgängliga. I vart fall bestämmelsen

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

om var annons ska publiceras är av central betydelse vid upphandling och bör därför framgå av lag. Som myndigheten anför i tidigare remissyttrande⁵ medför den av utredningen valda lösningen också att det kan bli oklart vad som utgör en otillåten direktupphandling i upphandlingslagarnas mening. För de många tillämparna är dessutom den valda lösningen att behöva motläsa ett antal bestämmelser i lagarna och förordningarna alltför svåröverskådlig och komplicerad.

10.3 Upphandlingsdokumenten

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag att en upphandlande myndighet eller enhet ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras eller den senare dag som anges i annonsen.

Upphandlingsmyndigheten anser att bestämmelser om upphandlingsdokumentens innehåll ska framgå av lag och inte flyttas till förordning. Detta mot bakgrund av bestämmelsens helt centrala och grundläggande betydelse.

11 Dialog i upphandlingar

11.6 Utredningens förslag om dialog i upphandlingar

Upphandlingsmyndighetens erfarenhet är att såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer upplever att den begränsade möjligheten att tillåta ändringar av brister i anbud är otillfredsställande. Detta får negativa konsekvenser på den effektiva konkurrensen då leverantörer som rent faktiskt kan leverera diskvalificeras på grund av misstag eller missförstånd i anbuden. Det innebär också att offentlig upphandling upplevs som onödigt formalistisk, vilket i sig kan minska intresset för att lämna anbud.

Mot denna bakgrund är Upphandlingsmyndigheten positiv till förslag som innebär att möjligheten att tillåta ändringar av brister i anbud utökas, i den mån det finns utrymme i förhållande till de grundläggande EU-rättsliga principerna.

Vad beträffar utformningen av utredningens förslag anser Upphandlingsmyndigheten att det är oklart på vilket sätt bestämmelsen verkligen utökar möjligheten till ändring av brister i anbud. Även om formuleringen skiljer sig från den nuvarande regleringen är det otydligt om och i sådant fall i vilken utsträckning innebörden av den nya bestämmelsen skulle tolkas annorlunda och mer tillåtande än nuvarande reglering. Upphandlingsmyndigheten ställer sig med andra ord tveksam till i vilken mån förslaget faktiskt kommer att innebära en förändring av rättsläget. En ny utformning av regleringen skulle visserligen innebära att bestämmelsen skulle behöva prövas på nytt, bl.a. utifrån det syfte som framgår av förarbetena till lagen. På så vis skulle ändringen ge domstolarna möjlighet att ompröva den relativt strikta praxis som finns på området. Upphandlingsmyndigheten anser dock att regleringen bör förtydligas.

⁵ Se Upphandlingsmyndighetens remissyttrande (UHM-2017-0248) över DS 2017:48 Statistik på upphandlingsområdet, s. 2f.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

Utredningen föreslår vidare att upphandlande myndigheter och enheter ska ange i upphandlingsdokumenten om man avser att använda sig av dialog och vad dialogen kan omfatta. Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att detta är lämpligt då det gäller dialog i meningen förhandling. Som utredningen anger är det kostnadsdrivande och tidskrävande för en leverantör att delta i förhandlingar, varför den informationen bör vara känd för leverantören inför anbudsgivning.

Vad däremot gäller möjligheten att tillåta rättelse av fel, förtydliganden och komplettering anser Upphandlingsmyndigheten, liksom utredningen, att detta är något som en upphandlande myndighet eller enhet som regel bör ha möjlighet att tillämpa. Härvid kan konstateras att det innan ett anbud kommit in inte rimligen går att förutse huruvida rättelse av fel, förtydliganden och kompletteringar kommer att vara nödvändiga i det enskilda fallet. Att som upphandlande myndighet eller enhet regelmässigt behöva förbehålla sig denna rätt ter sig därför som en märklig ordning. En sådan ordning skulle bli problematisk i de fall myndigheten eller enheten av misstag underlåter att göra förbehållet i upphandlingsdokumenten. Det skulle också innebära mer omfattande upphandlingsdokument, något som i sig kan avhålla leverantörer från att delta i offentliga upphandlingar och därför bör undvikas. Mot denna bakgrund anser Upphandlingsmyndigheten att denna möjlighet istället bör framgå av lag.

12 Nödvändiga förfarandebestämmelser

12.1 Tillämpningsområdet för icke direktivstyrd upphandling

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag att en inledande paragraf om tillämpningsområdet för icke direktivstyrd upphandling införs i 19 kap. samt 19 a kap. i LOU och LUF. Härigenom tydliggörs tillämpningsområdet. Myndigheten ser dock vissa risker med att LUK inte regleras på motsvarande sätt. Avsaknaden av en motsvarande reglering kan leda till oklarheter och därmed inte utgöra en förenkling.

12.2 Ramar för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att förfarandet som huvudregel alltjämt ska vara skriftligt, men att muntlig kommunikation ska kunna användas som ett komplement i en upphandling när myndigheten eller enheten bedömer det som lämpligt och om den dokumenterar sådana uppgifter som är av betydelse för upphandlingen.

Myndigheten delar också utredningens bedömning att det inte bör föreskrivas något krav på att använda allmänt tillgängliga elektroniska medel. Inte desto mindre anser Upphandlingsmyndigheten att upphandlande myndigheter och enheter även fortsättningsvis bör uppmuntras att som utgångspunkt kommunicera elektroniskt.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

Myndigheten delar vidare utredningens bedömning att det i nuläget inte behövs någon skärpning vad gäller tidsfrister för att inkomma med ansökningar respektive anbud.

12.3 Skyddsregler för leverantörer

12.3.1 Rätten att delta i en upphandling

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag att en grupp av leverantörer ska få delta i en upphandling, samt att en leverantör vid behov ska få åberopa ett annat företags kapacitet.

Som utredningen påpekat är dessa regler av central betydelse, särskilt för mindre leverantörer. Bestämmelserna är i många fall av avgörande betydelse för en leverantörs möjlighet att delta i en upphandling. Utan dessa skyddsregler riskeras därför den effektiva konkurrensen.

I det här sammanhanget kan erinras om att EU-domstolen i domen *Strong Segurança*⁶ uttalade att rätten för en leverantör att åberopa ett annat företags kapacitet inte är ett utflöde av principerna om likabehandling och öppenhet, utan snarare ett utflöde av den allmänna princip om effektiv konkurrens som direktivet vilar på. Domen kan innebära att dessa skyddsregler för leverantörer riskerar att inte bli tillämplbara på icke direktivstyrda upphandlingar, om det inte uttryckligen anges i lag att reglerna ska gälla även för sådana upphandlingar.

Vad gäller de bestämmelser om rätten att delta i upphandlingar som utredningen anser ska tas bort får Upphandlingsmyndigheten framhålla följande. I de fall bestämmelserna gäller utan att de anges i lag ser Upphandlingsmyndigheten inga hinder mot att de tas bort. Bestämmelserna bör dock inte tas bort i den mån det innebär att upphandlande myndigheter och enheter regelmässigt istället måste ange innebörden av bestämmelsen i de enskilda upphandlingsdokumenten.

12.3.2 Kommuniceringsskyldighet inför beslut om uteslutning

Upphandlingsmyndigheten delar inte utredningens bedömning att det inte bör föreskrivas en skyldighet eller möjlighet för upphandlande myndigheter och enheter att utesluta leverantörer på grund av bristande lämplighet. Uteslutningsregler bör även fortsättningsvis finnas i någon form. En annan ordning skulle inte minst ge ett olyckligt signalvärde och riskera att ge uppfattningen att det offentliga inte är angelägna om att eftersträva god kvalitet och leverantörer som följer regelverken.

Samtidigt är dagens reglering kring uteslutning komplicerad att tillämpa, varför en förenklad form bör övervägas. Ett alternativ att överväga är att föreskriva att en upphandlande myndighet eller enhet ska eller får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten får kännedom om dennes bristande lämplighet. En sådan ordning skulle innebära att skyldigheten att kontrollera lämpligheten i varje enskild upphandling tas bort.

⁶ EU-domstolens dom i mål C-95/10 *Strong Segurança*, ECLI:EU:C:2011:161.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

Vad gäller kommunikeringskyldighet inför beslut om uteslutning tillstyrker Upphandlingsmyndigheten utredningens förslag att upphandlande myndigheter och enheter som överväger uteslutning ska ge anbudssökanden eller anbudsgivaren tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över skälen för uteslutning.

Särskilt om LUFSS

Vad gäller regleringen i LUFSS anser Upphandlingsmyndigheten att uteslutningsregler bör finnas kvar och att lämpligheten ska kontrolleras i varje enskild upphandling. Det rör sig i dessa fall om känsliga upphandlingar där det måste ställas höga krav på leverantörerna, bl.a. ur säkerhetssynpunkt, vilka också bör kontrolleras.

12.3.3 Kommuniceringskyldighet vid onormalt låga anbud

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att det inte bör finnas någon författningsreglerad skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att agera om ett anbud förefaller onormalt lågt. Detsamma gäller utredningens bedömning att det inte heller bör finnas en författningsreglerad skyldighet att förkasta ett anbud som är onormalt lågt. Däremot anser Upphandlingsmyndigheten att det ska anges i lag att upphandlande myndigheter och enheter får förkasta ett anbud om de finner att priset är onormalt lågt.

Som bl.a. framgår av HFD 2016 ref. 3 är det i många fall svårt och betungande för upphandlande myndigheter och enheter att bedöma om ett anbud är onormalt lågt och när det i så fall föreligger en skyldighet att utesluta ett sådant anbud. Det bör enligt Upphandlingsmyndigheten därför vara tillräckligt att överlåta åt den upphandlande myndigheten eller enheten att själv avgöra hur den bör agera i sådana situationer för att försäkra sig om att den som tilldelas kontraktet kommer att prestera det som utlovas. Det kan dock konstateras att det är av stor betydelse att den upphandlande myndigheten eller enheten säkerställer att de anbud som antas i upphandlingar är seriösa.

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag att en upphandlande myndighet eller enhet som avser att förkasta ett anbud som förefaller onormalt lågt ska ge leverantören tillfälle att yttra sig. Rätten att yttra sig är en viktig skyddsregel för leverantörer och förhindrar att anbudssökande och anbudsgivare godtyckligt utesluts.

12.4 Förfarandebestämmelser som inte behövs

Som Upphandlingsmyndigheten angivit ovan innebär en minskning av regelmassan inte nödvändigtvis en förenkling av regelverkets tillgänglighet och tillämplighet. I vissa fall kan en sådan minskning snarare få motsatt effekt. Detta bör hållas i minnet vid bedömningen av om förfarandebestämmelser är nödvändiga.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

12.4.1 Förbud mot uteslutning på grund av företagsform

Upphandlingsmyndigheten ser inga hinder mot utredningens bedömning att det inte behövs bestämmelser om förbud mot uteslutning på grund av företagsform. Detta då innebörden får anses följa av de grundläggande principerna och gälla ändå.

12.4.2 Om en anbudssökande eller anbudsgivare deltagit i förberedelserna

Upphandlingsmyndigheten ser inga hinder mot utredningens bedömning att det inte behövs bestämmelser om vad som ska gälla om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling. Detta då innebörden får anses följa av de grundläggande principerna och gälla ändå.

12.4.3 CPV-nomenklaturen

Upphandlingsmyndigheten delar inte utredningens bedömning att det inte behövs bestämmelser som innebär att alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för en upphandling ska göras med användning av CPV-koder.

CPV-systemet har stor betydelse ur flera aspekter. Systemet gör det möjligt att beskriva föremålet för upphandling på ett standardiserat sätt. Genom framförallt prenumeration på vissa CPV-koder gör systemet det också möjligt för leverantörer att hitta relevanta upphandlingar, vilket förbättrar förutsättningarna för en effektiv konkurrens. Systemet är dessutom en förutsättning för framställning av statistik som beskriver vilka kategorier av varor, tjänster och byggtreprenader som upphandlas. Att genomföra en sådan ändring som utredningen föreslår skulle således försämra förutsättningarna för framställning av statistik och därmed möjligheterna att analysera, utvärdera och styra den offentliga upphandlingen.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att i princip inga upphandlingar som annonseras av svenska upphandlande myndigheter och enheter saknar CPV-kod. Som utredningen påpekat finns det exempel på upphandlingar där CPV-koder inte anges på ett helt korrekt sätt. Upphandlingsmyndigheten har dock svårt att se några omfattande brister i annonseringen i relation till CPV-koder. Under alla förhållanden utgör sådana brister inte skäl att avskaffa systemet med CPV-koder. Utredningen har inte heller redogjort för något alternativ som skulle tillgodose de syften som systemet avser att främja på motsvarande sätt. Upphandlingsmyndigheten anser därmed att CPV-koderna är lämpliga att använda även för icke direktivstyrd upphandling. Det kan däremot vara motiverat att se över möjligheterna att utveckla det stöd som Upphandlingsmyndigheten tillhandahåller till upphandlande myndigheter och enheter vad gäller annonsering och hur CPV-koder ska anges på ett korrekt sätt.

12.4.4 Begränsad kontroll

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att det inte behövs några bestämmelser som klargör att upphandlande myndigheter och enheter har möjlighet att använda så kallad begränsad kontroll vid icke direktivstyrd upphandling. Detta då det inte behövs uttryckliga regler för att det ska kunna tillämpas.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

12.4.5 Öppnande och prövning av anbudsansökningar och anbud

Upphandlingsmyndigheten delar i huvudsak bedömningen att det inte behövs några bestämmelser om öppnande och prövning av anbudsansökningar och anbud. Härvid kan särskilt erinras om fördelarna med elektronisk kommunikation som säkerställer spårbarhet av hanteringen. Myndigheten anser dock att bestämmelser om att upphandlande myndigheter och enheter inte får ta del av innehållet i anbudsansökningar och anbud förrän tidsfristen gått ut även fortsättningsvis bör gälla. Detta för att minska risken för korruption och för att bibehålla ett högt förtroende för det allmänna.

12.4.6 Tilldelningskriterier

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att det inte behövs några bestämmelser om att den upphandlande myndigheten eller enheten ska använda sig av tilldelningskriterier vid tilldelning av kontrakt.

Enligt Upphandlingsmyndigheten bör det däremot framgå av lag att upphandlande myndigheter och enheter ska ange hur kontraktet kommer att tilldelas i upphandlingsdokumenten. Bestämmelsen är av central och grundläggande betydelse vid all upphandling. Myndigheten delar alltså inte utredningens bedömning att detta kan framgå av förordning.

13 Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

13.3.1 Samma regler för alla sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker i och för sig förslaget att sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska regleras på samma sätt, dvs. utan någon åtskillnad mellan exempelvis välfärdstjänster och andra tjänster och att reglerna tas in i LOU och LUF. Myndigheten har dock synpunkter på den föreslagna regleringen, se nedan avsnitt 13.3.4.

Som Upphandlingsmyndigheten framfört i tidigare remissvar⁷ ser myndigheten positivt på att det utrymme för egen reglering och ökad handlingsfrihet som upphandlingsdirektiven ger utnyttjas. Samtidigt finns det en risk att regelverket blir svåröverskådligt och att lagtillämpningen försvåras. Av den anledningen framförde myndigheten att förslagen kring välfärdstjänster borde beredas samordnat med den här aktuella utredningens arbete. Detta skulle ha gett förutsättningar för att skapa ett sammanhållet, enhetligt och väl avvägt regelverk för upphandling av välfärdstjänster och sådana tjänster som är undantagna direktiven. Som tidigare nämnts är det myndighetens uppfattning att det är en förenkling i sig att det införs så enhetliga regler som möjligt.

⁷ Se Upphandlingsmyndighetens remissyttrande (UHM-2016-0240) över betänkandet Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78) samt remissyttrandet (UHM-2017-0224) över promemorian Vissa förslag till ändringar i lagen om offentlig upphandling med anledning av Välfärdsutredningens förslag (Fi2017/03767/OU).

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

13.3.2 Annonsspliktiga upphandlingar

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdena ska regleras av bestämmelserna i 19 kap. LOU och LUF, med de tillägg som följer av direktiven vad gäller annonsering, dokumentation och tillgång till kontrakt.

Upphandlingsmyndigheten delar också utredningens bedömning att det inte behöver införas några bestämmelser om tekniska specifikationer och att det kan vara mer ändamålsenligt att så inte sker.

Välfärdsutredningen föreslog ett nytt regelverk för upphandling av välfärdstjänster vars värde uppgår till minst tröskelvärdet. Reglerna skulle införas i ett nytt 19 a kap. i LOU. Regeringen ansåg att förslaget i denna del borde samordnas med förslagen från denna utredning, och avsåg att återkomma i frågan.

Som tidigare nämnts anser Upphandlingsmyndigheten att det bör införas så enhetliga regler som möjligt. Mot den bakgrunden, och mot bakgrund av det flexibla regelverket som nu föreslås vad gäller upphandling enligt 19 kap. i LOU och LUF, anser Upphandlingsmyndigheten att det saknas anledning att ha särskilda regler för välfärdstjänster över tröskelvärdena.

13.3.4 Direktupphandlingar

Upphandlingsmyndigheten avstyrker förslaget att direktupphandling ska få användas vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster under tröskelvärdena.

Sedan den 1 januari 2019 gäller nya regler för upphandling av välfärdstjänster under tröskelvärdet. Vid sådan upphandling gäller endast ett fåtal regler i LOU. Bland annat ska upphandlingen annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, upphandlande myndigheter ska informera berörda leverantörer om resultatet av en upphandling samt dokumentera dess genomförande. Vidare gäller reglerna om rättsmedel och tillsyn. De EU-rättsliga principerna för upphandling gäller enbart om upphandlingen har ett bestämt gränsöverskridande intresse. För upphandlingar vars värde understiger 28 procent av tröskelvärdet görs undantag från annonseringsplikten.

Den här aktuella utredningen föreslår att sociala tjänster och andra särskilda tjänster (inbegripet välfärdstjänster) vars värde understiger tröskelvärdena, ska få direktupphandlas. Det innebär bl.a. att det inte ska vara obligatoriskt att annonsera upphandlingen och att den föreslagna nationella principen ska iakttas. Förslaget avser både LOU och LUF.

Upphandlingsmyndigheten har i tidigare remissyttrande⁸ avseende de nya reglerna för välfärdstjänster anfört att upphandlingar som understiger tröskelvärdet bör omfattas

⁸ Se Upphandlingsmyndighetens remissyttrande (UHM-2017-0224) över promemorian Vissa förslag till ändringar i lagen om offentlig upphandling med anledning av Välfärdsutredningens förslag (Fi2017/03767/OU), s. 2f.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

av bestämmelser som säkerställer öppenhet och rättssäkerhet. Enligt myndighetens uppfattning är krav på offentliggörande, information till leverantörer och en dokumentationsskyldighet exempel på lämpliga krav för att uppnå dessa syften. Upphandlingsmyndigheten har också anfört att det, i förenklingssyfte, bör råda en presumtion att det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Enligt såväl den nya regleringen av välfärdstjänster som utredningens förslag har upphandlande myndigheter och enheter givits ett stort utrymme att utforma upphandlingen på ett sätt som kan framstå som osakligt konkurrensbegränsande i de fall det inte finns ett bestämt gränsöverskridande intresse. Det kan innebära att risken för korruption ökar, vilket kan leda till ett minskat förtroende för det allmänna och det aktuella regelverket. Enligt såväl den nya regleringen som utredningens förslag överläts vidare bedömningen av om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte till de upphandlande myndigheterna och enheterna i varje enskild upphandling. Detta innebär enligt Upphandlingsmyndighetens mening inte en förenkling.

Möjligheten att ifrågasätta en upphandling genom överprövning är vidare enligt såväl de nya reglerna om välfärdstjänster som utredningens förslag mycket starkt begränsad. Enligt reglerna om välfärdstjänster ska upphandlingen visserligen annonseras, men då förfarandet inte är närmare reglerat och då några principer inte gäller för detta är möjligheterna till rättsmedel i princip verkningslösa. Den här aktuella utredningens förslag innebär att tjänsterna ska direktupphandlas, vilket i sin tur innebär att upphandlingen ofta är avslutad och möjligheterna till överprövning har upphört när en leverantör får kännedom om eventuella fel som har begåtts.

För att skapa ett enklare regelverk menar Upphandlingsmyndigheten att det bör utformas så enhetligt som möjligt. Att frångå detta och införa olika regler för olika typer av upphandlingar bör ha starkt vägande skäl. Upphandlingsmyndigheten anser därför, som utredningen också framhåller, att en enhetlig reglering av sociala tjänster och andra särskilda tjänster, inbegripet välfärdstjänster, har stora fördelar. Upphandlingsmyndigheten menar dock att möjligheten att direktupphandla dessa tjänster för värden upp till 7,1 respektive 9,4 miljoner kronor skulle äventyra öppenheten och rättssäkerheten. En lämpligare ordning är enligt Upphandlingsmyndigheten att de nationella reglerna i 19 kap. LOU och LUF utformas så enkelt och flexibelt som möjligt att reglerna kan gälla för samtliga upphandlingar som är undantagna direktiven och som inte omfattas av reglerna för direktupphandling.

Var gränsen för direktupphandling ska gå vad gäller välfärdstjänster respektive övriga sociala tjänster och andra särskilda tjänster bör utvärderas för att säkerställa lämpliga nivåer som möjliggör effektiva upphandlingar.

Mot bakgrund av att det nu föreslås en ny, flexiblere, reglering för upphandlingar under tröskelvärdena förordar Upphandlingsmyndigheten därmed att upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster, inbegripet välfärdstjänster, även under

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

tröskelvärdena bör omfattas av dessa regler. Härigenom säkerställs öppenhet och rättssäkerhet i upphandlingen av dessa tjänster. Möjligheterna att ifrågasätta och begära överprövning av dessa upphandlingar säkerställs därmed också.

Om en enhetlig reglering av sociala tjänster och andra särskilda tjänster, inbegripet välfärdstjänster, inte införs i enlighet med vad Upphandlingsmyndigheten anför ovan menar Upphandlingsmyndigheten att det finns skäl att särreglera välfärdstjänsterna. Skäl att undanta flertalet av de tjänster som anges i bilaga 2 från de nationella upphandlingsreglerna saknas. Här ingår bl.a. hotell och restaurangtjänster, juridiska tjänster samt undersöknings- och säkerhetstjänster, dvs. tjänster som säljs på en fungerande marknad och som regelmässigt upphandlas av upphandlande myndigheter och enheter. Att utvidga undantagen från de nationella upphandlingsreglerna skulle kunna få negativ påverkan på marknaden och äventyra förtroendet för det allmänna.

Vid höjda direktupphandlingsgränser påverkas också möjligheterna att samla in statistik. Regeringen har i departementspromemorian Statistik på upphandlingsområdet (Ds 2017:48) konstaterat att statistiken på upphandlingsområdet behöver förbättras i syfte att öka kunskaperna om den offentliga upphandlingen, vilket bl.a. kan förbättra möjligheterna till en strategisk styrning samt uppföljning och utvärdering. Regeringen har föreslagit att statistik om offentlig upphandling i huvudsak ska baseras på uppgifter i annonser och efterannonser om upphandlingar. Eftersom direktupphandlingar undantas från annonseringsskyldighet skulle ingen data eller information om dessa upphandlingar kunna samlas in ur annonsdatabaser. Om direktupphandlingsgränserna ska höjas till de höga värden som utredningen föreslår bör det utredas vilken information om direktupphandlingar som är relevant för statistikinsamling samt hur denna ska kunna samlas in.

Slutligen anser Upphandlingsmyndigheten att det är lämpligt att de EU-rättsliga principerna för upphandling gäller även vid direktupphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster, inbegripet välfärdstjänster. Se avsnitt 9.

13.3.3 En möjlighet att reservera upphandlingen av vissa tjänster

Den 1 januari 2019 trädde nya regler ikraft som i sak motsvarar utredningens förslag om reserverade upphandlingar. Upphandlingsmyndigheten har tidigare tillstyrkt att möjligheten att reservera deltagande i upphandlingar införs i svensk rätt.⁹

Upphandlingsmyndigheten är positiv till att en definition av begreppet CPV-kod tas in i lagarna i förtydligande syfte.

⁹ Se Upphandlingsmyndighetens remissyttrande (UHM-2016-0240) över betänkandet Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78), 9f.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531/OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

14 Projekttävlingar

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag om projekttävlingar och delar utredningens bedömning i denna del.

15 Direktupphandling

Utredningens förslag att införa ett nytt kapitel för direktupphandlingar innebär enligt Upphandlingsmyndigheten en förenkling. Det blir lättare att hitta och förstå bestämmelserna när de samlas.

15.1 Definitionen av direktupphandling

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag att med direktupphandling ska avses upphandling utan obligatorisk annonsering. Genom en sådan definition framgår det som främst utmärker förfarandet.

Upphandlingsmyndigheten anser vidare att det bör övervägas om det formkrav som finns att kontraktet ska vara skriftligt ska tas bort för direktupphandling vid låga värden (1 kap. 15 § LOU respektive 1 kap. 14 § LUF). Skäl att kräva detta saknas ofta, jämför med bestämmelsen om dokumentationsplikt.

15.2.1 Direktupphandling vid lågt värde

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att direktupphandlingsgränserna ska anges i nominella belopp.

Förändringen innebär en förenkling och att regelverket görs mer lättillgängligt. Att värdet inte revideras per automatik vid tröskelvärdesförändringar kan visserligen få till följd att det kommer att krävas justeringar av det nominella beloppet. De andelar av tröskelvärdena som ska utgöra direktupphandlingsgräns är dock inte, och kommer inte kunna vara, framräknade enligt en exakt vetenskap eftersom uträkningarna bl.a. baseras på uppskattningar av transaktionskostnader. Kontinuerliga revideringar framstår därmed inte som nödvändiga. I syfte att förenkla revideringar kan det dock övervägas om beloppen bör anges i förordningen istället för i lag.

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att det är lämpligt att bestämma direktupphandlingsgränserna till 600 000 kr respektive 1 100 000 kr.

15.2.2 Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp)

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag om täckningsköp.

Som konstaterats av bl.a. Överprövningsutredningen¹⁰ kan konsekvenserna av att en upphandling överprövas bli långtgående och upplevas som mycket frustrerande av såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer. Under en överprövningsprocess finns det i många fall ett trängande verksamhetsbehov, men

¹⁰ SOU 2015:12 Överprövning av upphandlingsmål m.m.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

inga legala förutsättningar för att fylla det. En upphandlande myndighet eller enhet kan i sådana fall till och med känna sig nödgad att frångå upphandlingsregelverket. En sådan ordning är olycklig. Upphandlingsmyndigheten ser därmed positivt på möjligheten att minska de negativa konsekvenserna av en överprövning genom att tillåta täckningsköp.

Upphandlingsmyndigheten ser en del tillämpningsproblem med den föreslagna bestämmelsen, vilket utvecklas nedan, men ser likväl att dessa är svåra att lösa. Som utredningen anger är det inte heller möjligt att tillämpa bestämmelsen på det direktivstyrda området, varför de negativa konsekvenserna av överprövning kvarstår för en stor andel av upphandlingarna.

Den föreslagna bestämmelsen innehåller ett flertal rekvisit, såsom ”anskaffning som är nödvändig”, ”ett angeläget behov” och att kontraktet inte ska vara längre och mer omfattande än ”nödvändigt”. Den närmare innebörden av dessa rekvisit är inte given och kommer att behöva klargöras genom praxis. Upphandlingsmyndigheten anser dock att bestämmelsen är välvägd.

Regleringen innebär vidare att värdet av den upphandling som överprövats helt eller delvis kan komma att urholkas i och med eventuella täckningsköp. Den överprövade upphandlingen kan därmed behöva avbrytas då behovet redan har täckts. En bedömning måste då göras om det finns sakliga skäl för avbrytandet. Att ett upphandlat kontrakt kan komma att minska i värde då behovet delvis täcks genom ett täckningsköp kan också behöva anges i upphandlingsdokumenten. Fråga uppkommer också vilken leverantör den upphandlande myndigheten eller enheten ska genomföra täckningsköpet från. Det kan t.ex. ske från den leverantör som har vunnit upphandlingen, den klagande leverantören som har kontrakt idag eller en leverantör som inte deltagit i upphandlingen. Eftersom anbud lämnats i upphandlingen är situationen delvis en annan än vid annan direktupphandling. Den upphandlande myndighetens eller enhetens val av leverantör måste kunna motiveras.

Sammanfattningsvis anser Upphandlingsmyndigheten att den föreslagna bestämmelsen visserligen inte kan tillämpas vid direktivstyrd upphandling och att det finns en risk för vissa tillämpningsproblem, framför allt innan praxis etablerats på området. Upphandlingsmyndighetens uppfattning är dock att bestämmelsen bör kunna minska de negativa konsekvenserna av överprövningar och är därmed positiv till förslaget.

Det föreslagna författningsförslaget verkar inte tillåta täckningsköp enligt 20 kap. 10 §. En sådan möjlighet bör föreligga.

15.2.3 Direktupphandling i andra särskilda situationer

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att direktupphandling ska få användas när förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda eller om det finns särskilda skäl.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

Upphandlingsmyndigheten delar vidare utredningens bedömning att de nuvarande bestämmelserna är relativt svårtillgängliga och att det är lämpligt att dessa tydliggörs. Myndigheten anser också att det lagförslag som lämnas innebär en förenkling. Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning bör dock även en reglering motsvarande den i 6 kap. 13 § LOU respektive 6 kap. 6 § LUF framgå av den föreslagna bestämmelsen. En relativt vanlig frågeställning är vad som ska anses vara en olämplig ansökan respektive ett olämpligt anbud samt när ett anbud kan anses vara ogiltigt eller inte acceptabelt.

I de nyss nämnda bestämmelserna i LOU och LUF, som idag är tillämpliga vid direktupphandling genom hänvisning från 19 kap., anges när en ansökan respektive ett anbud är olämpligt. Bestämmelsen ger inte uttömmande svar på aktuella tillämpningsproblem, men ger viss vägledning. Om bestämmelsen inte görs tillämplig för direktupphandling uppkommer också frågan om det innebär att den inte gäller i den typen av upphandlingar.

Vad gäller författningsförslaget anges i punkt 2 a att endast anbudsgivare som "inte ska uteslutas på grund av bristande lämplighet" får delta. I motsvarande bestämmelse över tröskelvärdet hänvisas till 13 kapitlet. Det kapitlet ska inte tillämpas för icke direktivstyrda upphandlingar enligt förslaget, varför en hänvisning dit inte är möjlig. Det kan dock innebära en otydlighet att tala om bristande lämplighet. Jämför t.ex. 19 kap. 20 § LOU där begreppet har en annan innebörd samt proposition 2015/16:195 s. 288.

15.3.1 Information om beslut vid direktupphandling

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att det även fortsättningsvis bör gälla en underrättelseskyldighet vid direktupphandling när flera anbud lämnats. Utredningens förslag att någon avtalsspärr inte ska gälla samt att detta ska framgå av bestämmelsen om underrättelseskyldighet tillstyrks också.

15.3.2 Dokumentation av direktupphandlingar

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att upphandlande myndigheter och enheter även fortsättningsvis ska dokumentera genomförandet av en direktupphandling. Mot bakgrund av att det är oklart hur omfattande det nuvarande kravet är motsätter sig Upphandlingsmyndigheten dock att det görs tillämpligt för alla direktupphandlingar. I såväl den nuvarande som den föreslagna bestämmelsen framgår att dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. Utredningen anger att dokumentationsplikten många gånger kan uppfyllas genom en hänvisning till ett kvitto eller en faktura. Dessa handlingar utgör dock enbart en dokumentation av värdet, vilket kan, men inte måste, utgöra motiv för beslutet att direktupphandla. Sådana handlingar kan dock inte anses motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

15.3.3 Riktlinjer

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att upphandlande myndigheter och enheter även fortsättningsvis ska besluta riktlinjer för direktupphandling. Som Konkurrensverket angivit i sin rapport 2016:11 är det viktigt för att säkerställa att upphandlande myndigheter och enheter har ett korrekt och strategiskt förhållningssätt vid direktupphandling. Kravet på riktlinjer skulle även få en större betydelse vid höjda direktupphandlingsgränser.

15.4 Frivillig förhandsannonsering

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag att möjligheten att annonsera om avsikten att genomföra en direktupphandling ska finnas kvar. Myndigheten är dock tveksam till benämningen "frivillig förhandsannonsering" då det kan skapa oklarhet. Jämför i detta sammanhang rubriken till 10 kap. 5 § som för motsvarande reglering över tröskelvärdena talar om "annons om tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering". Begreppet "förhandsannons" används också i ett annat sammanhang och har en annan betydelse i regleringen över tröskelvärdena. Upphandlingsmyndigheten anser att enhetliga och tydliga begrepp bör tas fram och användas.

15.5 Förfaranderegler som inte behövs

Upphandlingsmyndigheten delar i huvudsak utredningens bedömning att det inte bör gälla några regler om kommuniceringsformer och att det inte bör införas några regler om tidsfrister vid direktupphandlingar. En upphandlande myndighet eller enhet bör ha stor frihet att utforma upphandlingarna på ett flexibelt sätt, anpassat efter den aktuella direktupphandlingen.

Om utredningens förslag antas i den delen att det ska vara möjligt att direktupphandla sociala tjänster och andra särskilda tjänster för värden upp till 7,1 respektive 9,4 miljoner kronor, anser myndigheten dock att det kan vara problematiskt om förfarandet genomförs muntligt. Förfarandet ska visserligen dokumenteras, men vid något värde går det en gräns för när skriftlighet som huvudregel är att föredra. Den reglering som föreslås gälla för upphandling enligt 19 kapitlet framstår då som lämplig. Motsvarande frågeställning uppkommer vad gäller tidsfrister vid direktupphandling. Upphandling till lågt värde föranleder andra ställningstaganden än direktupphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster för värden upp till 7,1 respektive 9,4 miljoner kronor. Upphandlingsmyndigheten anser dock inte att lösningen är att införa bestämmelser om kommuniceringsformer och regler om tidsfrister vid direktupphandling, utan att upphandling av dessa tjänster som huvudregel omfattas av bestämmelserna i 19 kap. Lämpliga nivåer för direktupphandling bör utvärderas och analyseras, bl.a. med beaktande av att regler om kommuniceringsformer och tidsfrister inte finns vid direktupphandling.

15.6 Om myndigheten eller enheten väljer att inte direktupphandla

Upphandlingsmyndigheten avstyrker förslaget. Den föreslagna regeln bör inte krävas lagtekniskt. Att alternativet till direktupphandling inte är helt underlåta att

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

tillämpa upphandlingsreglerna måste också framstå som självklart, varför bestämmelsen inte heller behövs av informativa skäl.

15.7.1 De särskilda reglerna om principer för beräkning vid direktupphandling utgår

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att de direktivstyrda bestämmelserna om beräkning av en upphandlings värde ska tillämpas för alla upphandlingar.

Som utredningen anger är det otillfredsställande att lagarna innehåller två olika sätt att beräkna värdet av det som ska upphandlas. En upphandlande myndighet eller enhet kan i vissa fall behöva genomföra två beräkningar, och då också riskera att komma till olika slutsatser kring vilka regler som ska tillämpas för den aktuella upphandlingen. Detta blir särskilt tydligt om gränsen för direktupphandling är densamma som tröskelvärdet. Den nuvarande bestämmelsen om "samma slag" föranleder också regelmässigt tillämpningsproblem. Högsta förvaltningsdomstolens dom HFD 2017 ref. 74 har inte inneburit att tillämpningsproblemen upphört. Mot denna bakgrund anser Upphandlingsmyndigheten att den reglering som föreslås är rimlig.

Ska regleringen för tröskelvärdesberäkning läggas till grund för en bedömning av om direktupphandling får genomföras kommer regleringen att tillämpas av upphandlande myndigheter och enheter i mycket större omfattning än tidigare. Regleringen är oklar och upphandlande myndigheter och enheter kommer sannolikt att behöva stöd i tolkningen och tillämpningen av bestämmelserna.

15.7.2 Självständiga separata operativa enheter ska få direktupphandla

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att värdet av en upphandling ska få uppskattas särskilt för en separat operativ enhet.

Som utredningen anger finns en osäkerhet kring begreppet separat operativ enhet. Detsamma gäller begreppet upphandlande myndighet, vilket dock till viss del klarlagts genom Högsta förvaltningsdomstolens dom HFD 2018 ref. 67. Innebörden av begreppet separat operativ enhet bör dock klarna i takt med att praxis skapas på området. En separat operativ enhet kan genomföra sina upphandlingar självständigt enligt regleringen för tröskelvärdesberäkningen. Motsvarande bör gälla den separata operativa enhetens direktupphandlingar.

16 Rätten att ansöka om överprövning

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag att leverantörers rätt att ansöka om överprövning av upphandlingar och av avtal ska vara oförändrad vid icke direktivstyrd upphandling samt att ett avtal om täckningsköp ska kunna ogiltigförklaras om det ingåtts i strid med aktuella bestämmelser. Rättsläget bör även vara oförändrat vad gäller i vilka fall allmän förvaltningsdomstol får besluta om upphandlingsskadeavgift.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

19 Ändringar i LUF S och LUK

19.1 LUF S

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker utredningens förslag att motsvarande regler som föreslås för LOU och LUF bör införas även i LUF S. Detta ligger i linje med vad myndigheten anfört inledningsvis i detta yttrande vad gäller vikten av ett enhetligt och konsekvent upphandlingsregelverk.

19.2 LUK

I motsats till utredningens anser Upphandlingsmyndigheten att de ändringar som införas i LOU och LUF även bör införas i LUK. I den mån regleringen i LUK anses vara enklare eller flexiblar bör istället motsvarande reglering införas i övriga lagar. Avsteg från en enhetlighet i lagstiftningen bör enbart tillämpas då det är särskilt motiverat. Utredningen har inte presenterat sådana särskilt vägande skäl. Det är olyckligt när lagarna skiljer sig åt trots att någon saklig skillnad inte är avsedd.

Del 2 – Vissa regler om överprövningsmål

21 Processkostnadsansvar i överprövningsmål

Utredningen har haft i uppdrag att överväga en reglering av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål. Enligt utredningen bör ett sådant ansvar införas.

Upphandlingsmyndigheten avstyrker utredningens förslag om införande av ett processkostnadsansvar i överprövningsmål. Nedan redogörs för grunderna till myndighetens inställning.

Rubriceringen i detta avsnitt följer inte betänkandets rubriker.

Bör andelen upphandlingar som överprövas minska?

Överprövningar kan innebära stora och negativa konsekvenser för såväl upphandlande myndigheter och enheter som för leverantörer. Upphandlingsmyndigheten delar därför i och för sig den i utredningen framförda uppfattningen att det är önskvärt att andelen upphandlingar som överprövas minskar. En minskad andel överprövningar är dock främst eftersträvansvärd om *behovet* av överprövning samtidigt minskar. Så skulle kunna bli fallet om regelverket förenklas och tydliggörs, om underrättspraxis blir mer enhetlig, om upphandlingsdokumenten blir mer pedagogiska och om fel påtalas tidigt.

Att minska andelen överprövade upphandlingar genom att införa ett processkostnadsansvar innebär dock inte att behovet av överprövning minskar. Införandet av ett processkostnadsansvar innebär istället att man förenar överprövningsprocessen med en betydande ekonomisk risk. Denna ekonomiska risk kommer att slå särskilt hårt mot mindre leverantörer. Ett processkostnadsansvar kan således resultera i att särskilt mindre leverantörer avhåller sig från att påtala fel.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

Tillgången till rättsmedel kan därmed bli förbehållen sådana leverantörer som har möjlighet att stå den ekonomiska risken. En sådan utveckling skulle vara olycklig. I förlängningen kan det också öka risken för att leverantörer avstår från att lämna anbud i offentliga upphandlingar.

En effektiv tillgång till rättsmedel är också en förutsättning för att vägledande praxis ska kunna utvecklas. Detta gäller inte minst upphandlingsrätten, vars lagstiftning är utformad så att tolkningen av bestämmelserna i många fall överlämnats till rättstillämpningen.

I sammanhanget vill Upphandlingsmyndigheten också lyfta fram att antalet upphandlingar som överprövades minskade år 2017, samtidigt som antalet annonserade upphandlingar var relativt oförändrat jämfört med föregående tre år.¹¹

Mot bakgrund av ovanstående ifrågasätter Upphandlingsmyndigheten om det är lämpligt att vidta så kraftfulla åtgärder som ett processkostnadsansvar skulle innebära för att åstadkomma en minskad andel överprövade upphandlingar. Detta inte minst med beaktande av de mycket stora konsekvenser det skulle få för mindre leverantörer. Upphandlingsmyndigheten anser istället att åtgärder bör vidtas för att åtgärda problematiken bakom överprövningarna och mildra konsekvenserna av dem.

Utgör mer jämställda processuella förutsättningar anledning att införa processkostnadsansvar?

I NJA 2013 s. 762, det s.k. Fidelia-målet, gavs en leverantör rätt till ersättning för de processkostnader som uppkommit i ett upphandlingsmål. Den processuella obalans som därigenom uppkommit mellan parterna i upphandlingsmål är olycklig. Rättsläget har i viss mån nyanserats genom Högsta domstolens dom i mål T 1055-18, men det råder alltså en obalans mellan parterna.

Upphandlingsmyndigheten anser att möjligheten att lagstifta om att processkostnader inte ska anses utgöra ersättningsgill skada bör utredas vidare. Om det skulle föreligga rättsliga hinder för en sådan lagstiftning anser myndigheten ändå inte att den processuella balansen bör återställas genom att det införs ett processkostnadsansvar. Den obalans som föreligger är enligt myndighetens uppfattning i dagsläget inte så påtaglig att den bör återställas genom att det införs ett processkostnadsansvar. Detta mot bakgrund av de negativa konsekvenser myndigheten anser att det medför.

Principiella invändningar mot att införa en kostnad för att föra talan mot myndighetsbeslut

Införandet av ett processkostnadsansvar skulle innebära ett frågande av den princip som länge har fått råda inom de allmänna förvaltningsdomstolarna; nämligen att det inte kostar något att föra talan mot ett myndighetsbeslut. Denna princip har troligen bidragit till det höga förtroende som finns i Sverige för myndigheter och domstolar. Det kan visserligen ifrågasättas om denna princip gör sig gällande i upphandlingsmål

¹¹ Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverkets rapport Statistik om offentlig upphandling 2018:2, s. 150, tabell 42.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

som, till skillnad från de flesta andra mål i allmän förvaltningsdomstol, har en utpräglad civilrättslig karaktär. Konsekvenserna av att drabbas av ett processkostnadsansvar kan dock vara förödande för mindre leverantörer, varför principen ändå bör kunna göras gällande och tas i beaktande. Enligt Upphandlingsmyndigheten talar även detta emot ett införande av ett processkostnadsansvar.

Tillämpningsproblem och konsekvenser

Enligt utredningens förslag ska det införas bestämmelser i upphandlingslagarna om att rätten, enligt vad som är skäligt, får förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i mål om överprövning. Några detaljerade bestämmelser om fördelningen, t.ex. vad som ska gälla när parterna både vinner och förlorar målet, när talan avvisas, etc. föreslås inte.

Utmärkande för upphandlingsmål är att ett vunnet mål inte per automatik innebär ett vunnet kontrakt. Om processkostnadsansvar införs skulle därmed en leverantör som begär överprövning tvingas ta en relativt stor ekonomisk risk för ett relativt osäkert värde.

De många situationer som kan uppkomma i en överprövningsprocess innebär vidare att det kan vara svårt att identifiera en vinnande och en förlorande part i upphandlingsmål. Det innebär också att det på förhand kan vara svårt att göra en bedömning av processkostnadsansvaret. Detta är väsentliga skillnader jämfört med tvistemål. Här följer några exempel.

Kostnadsansvaret måste fördelas mellan upphandlande myndigheter eller enheter som genomför samordnade upphandlingar och mellan leverantörer som ansöker om överprövning av samma upphandling med delvis samma argument.

Vid tredjepartsinträde måste domstolarna också fördela kostnader mellan flera olika parter som kanske delvis intar samma ståndpunkter i målet. Rättsutvecklingen kring tredjepartsinträde är vidare pågående, vilket innebär en osäkerhet kring konsekvenserna av ett processkostnadsansvar. Ett sådant ansvar kan också komma att innebära att en leverantör som i tilldelningsbeslut vunnit en upphandling mer eller mindre tvingas in i en process, som kan innebära ett kostnadsansvar.

När en upphandling avbryts under pågående överprövning ska leverantören enligt utredningen bara få ersättning för sina kostnader om avbrytandet föranletts av de brister leverantören påtalat. De av leverantören påstådda felen kan ha begåtts, men upphandlingen avbryts under pågående överprövning av, som det anförs, andra skäl än de som framförts i målet. Att en upphandling kan komma att avbrytas av andra skäl än de fel som leverantören påtalar är svårt för en leverantör att förutse. En upphandling kan avbrytas av många skäl som leverantören inte styr över eller inte känner till. Det kan också vara mycket svårt för en leverantör att visa varför en upphandling har avbrutits.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

När ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska den klagande leverantören enligt utredningen i normalfallet ses som den förlorande parten. Ett fel har alltså konstaterats i en upphandling men myndigheten eller enheten har fredat avtalet genom att anföra att det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bedömningen av om sådan hänsyn föreligger kan vara svår för en leverantör att göra inför en överprövning.

De många olika situationer som kan uppstå i upphandlingsmål innebär alltså att det kan vara svårt att identifiera en vinnande och en förlorande part i upphandlingsmål. Det kan också vara mycket svårt för en leverantör att göra en realistisk bedömning av de processrättsliga riskerna med en överprövningsprocess. Fördelningen kan också komma att uppfattas som märklig.

Konsekvenserna av en överprövning kommer sannolikt också att bli svåra att överblicka för upphandlande myndigheter och enheter. Upphandlande myndigheter och enheter kommer att behöva budgetera för att eventuellt behöva stå för klagande leverantörers processkostnader. En upphandling kan överprövas av flera leverantörer och i flera omgångar. Detta innebär att konsekvenserna av en överprövning i praktiken riskerar att uppfattas som orimliga.

Enligt Upphandlingsmyndigheten bedömning kommer det att ta tid innan det klagas i praxis i vilka situationer domstolen får förordna om processkostnadsansvar och vilka kostnader som ska anses skäligen. Komplexiteten riskerar i sin tur att innebära längre handläggningstider i upphandlingsmål. Handläggningstiderna i domstol riskerar också att bli längre då förlorande part i ökad utsträckning kan komma att överklaga ett förlorat mål för att befrias från ersättningskyldigheten.

Upphandlingsmyndighetens inställning

Sammanfattningsvis avstyrker Upphandlingsmyndigheten utredningens förslag om införande av ett processkostnadsansvar i upphandlingsmål. Myndigheten delar förvisso utredningens bedömning att ett processkostnadsansvar sannolikt skulle minska antalet upphandlingsmål. Enligt myndighetens uppfattning skulle ett processkostnadsansvar dock medföra flera negativa konsekvenser. Myndigheten ser dessutom tillämpningsproblem med den föreslagna regleringen. Enligt Upphandlingsmyndigheten bör ansträngningarna därför snarare koncentreras till att minska behovet av överprövningar samt att minska de negativa konsekvenserna av dem.

Om ett processkostnadsansvar ändå införs anser Upphandlingsmyndigheten att det bör analyseras vilka utbildningsinsatser som kommer att krävas i domstolarna. Upphandlingsmyndigheten anser också att införandet bör utvärderas efter en tids tillämpning. Härvid bör framförallt processkostnadsansvarets påverkan på mindre leverantörers benägenhet att ta tillvara sin rätt utvärderas.

Om ett processkostnadsansvar införs anser Upphandlingsmyndigheten slutligen, mot bakgrund av de många olika situationer som kan uppkomma i upphandlingsmål, att

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

den föreslagna författningsbestämmelsen i och för sig är lämplig. Myndigheten delar utredningens bedömning att det inte bör införas detaljerade bestämmelser kring fördelningen av processkostnadsansvaret. Det är också rimligt att tredje part omfattas av regleringen.

22 Ansökningsavgifter i överprövningsmål

Utredningen har haft i uppdrag att överväga ansökningsavgifter i överprövningsmål. Enligt utredningen bör sådana avgifter införas.

Som angivits ovan anser Upphandlingsmyndigheten att det är önskvärt att antalet överprövningar minskar, men bara om det sker av rätt orsak och minskningen avser rätt typ av överprövningar. Enligt Upphandlingsmyndigheten kan ansökningsavgifter ha den effekten och myndigheten anser att det finns skäl att införa ansökningsavgifter. Nedan redogörs för grunderna till myndighetens inställning.

Rubriceringen i detta avsnitt följer inte betänkandets rubriker.

Bör ansökningsavgifter införas?

Utredningen har gjort en internationell utblick genom vilken det har kunnat konstateras att ansökningsavgifter används mycket ofta, ibland med mycket höga belopp. De internationella erfarenheter som inhämtats avser huvudsakligen länder som haft avgifter under en lång tid eller länder som just har infört dem. Mot den bakgrunden är det svårt att dra någon slutsats kring avgifternas effekt på måltillströmningen. Vad gäller svenska förhållanden redogör utredningen för att erfarenheten vid tvistemål är att en höjning av avgiften har haft en viss dämpande effekt på måltillströmningen. Denna effekt har emellertid huvudsakligen syns på kort sikt. Av det underlag som finns tillgängligt saknas det enligt Upphandlingsmyndigheten alltså möjlighet att dra slutsatsen att ansökningsavgifter leder till ett minskat antal överprövningsmål, i vart fall i någon mer betydande utsträckning.

Många av de fördelar och nackdelar som nämnts ovan angående processkostnadsansvar gör sig även gällande för ansökningsavgifter. En avgift riskerar t.ex. att främst påverka mindre leverantörers benägenhet att ansöka om överprövning. Det kan också nämnas att ett införande av ansökningsavgifter, i likhet med ett införande av ett processkostnadsansvar, skulle utgöra ett avsteg från principen att det inte ska kosta något att få ett myndighetsbeslut överprövat. Den föreslagna avgiften torde dock, till skillnad från ett processkostnadsansvar, inte vara så pass betungande för någon leverantör att det skulle leda till lika allvarliga konsekvenser.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar vidare att ansökningsavgifter sannolikt kommer att förlänga överprövningsprocessen, om än bara med några dagar. Detta eftersom domstolen inte kommer att vidta handläggningsåtgärder förrän ansökningsavgiften är betalad.

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

Det som anförts ovan talar alltså dels för att en ansökningsavgift inte nödvändigtvis kommer att få den avsedda effekten och dels för att ansökningsavgifter kan få vissa negativa konsekvenser.

Enligt Upphandlingsmyndighetens erfarenheter finns dock en frustration hos upphandlande myndigheter och enheter vad gäller sådana överprövningar som redan på förhand kan bedömas ha liten chans att vinna framgång. Många upphandlande myndigheter och enheter upplever att en leverantör kan ha väldigt lite att förlora på att lämna in en ansökan om överprövning. En ansökan kan med andra ord lämnas in "på vinst eller förlust" eller utan närmare överväganden. Så kan exempelvis vara fallet då en leverantör ansöker om överprövning efter att ha diskvalificerats på flera grunder och önskar få en av dessa prövade. Detta trots att en eventuell felaktig bedömning i den delen inte hade inneburit att leverantören vunnit kontraktet eftersom leverantören var diskvalificerad även på andra grunder. Enligt Upphandlingsmyndigheten ligger det nära till hands att anta att ansökningsavgifter skulle kunna leda till färre sådana ansökningar. Ett införande av ansökningsavgifter bör medföra att leverantörer funderar en extra gång innan de lämnar in en ansökan om överprövning med små chanser att vinna framgång. Det skulle i sin tur kunna leda till en effektivisering och till en besparing för upphandlande myndigheter och enheter. Detta talar enligt Upphandlingsmyndigheten för att ansökningsavgifter bör införas.

Sammantaget anser Upphandlingsmyndigheten att det finns skäl att införa ansökningsavgifter. Effekterna av ett införande bör dock utvärderas. Därvid bör framför allt avgiftens påverkan på mindre leverantörers benägenhet att ta tillvara sin rätt utvärderas.

Avgiftens utformning och nivå

Upphandlingsmyndigheten instämmer i utredningens bedömning att en fast avgift är mest ändamålsenlig. Upphandlingsmyndigheten har emellertid svårt att se varför avgiften ska avvika från det som gäller för tvistemål. Det bör inte vara en högre avgift för en ansökan om överprövning, som syftar till att rätta ett fel innan någon skada har skett, än för en stämningsansökan, som avser ersättning för redan inträffad skada. Utredningens främsta skäl till att införa en avgift om 7 500 kr är att en avgift på den nivån bör vara tillräckligt avhållande. Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning är denna uppskattning dock inte tillräckligt underbyggd för att motivera en avgift på en annan nivå än vad som gäller för tvistemål. Även en avgift på 2 800 kr bör medföra att leverantörer tänker efter en gång extra innan en ansökan om överprövning lämnas in. Samtidigt bör en avgift på den nivån inte vara allt för betungande för mindre leverantörer. Därför föreslår Upphandlingsmyndigheten att avgiften bör vara densamma som i tvistemål.

23 Domstolarnas handläggning av överprövningsmålen

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att det inte bör införas en skyldighet att upprätta tidsplaner i överprövningsmål. En sådan skyldighet skulle kunna bli betungande för allmänna förvaltningsdomstolar. Handläggningstiden i

Ert datum:
2018-09-14

Datum:
2019-01-30

Er ref:
Fi2018/02531 /OU

Diarienummer:
UHM-2018-0305

upphandlingsmål motiverar inte heller alltid att tidsplaner upprättas. Upphandlingsmyndigheten instämmer inte desto mindre i utredningens bedömning att varje åtgärd som kan öka förutsebarheten har stor betydelse för parterna i målet och övriga intressenter. Domstolars frivilliga användning av tidsplaner i upphandlingsmål och kommunikation kring förväntad handläggningstid uppmuntras därför av Upphandlingsmyndigheten.

Vad gäller domstolens ansvar för materiell processledning anser Upphandlingsmyndigheten att det i och för sig skulle vara relativt enkelt att införa i praktiken. Precis som utredningen har dock Upphandlingsmyndigheten svårt att se att detta nödvändigtvis behöver regleras genom lagstiftning. Upphandlingsmyndigheten anser således att detta även fortsättningsvis bör hanteras av domstolarna själva inom ramen för den redan existerande materiella processledningen.

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Juristen Sofia Mårtensson har varit föredragande. I handläggningen har också chefsjuristen Anders Asplund samt juristen Lena Forsmark, upphandlingsjuristen Linnea Eriksson och juristen/statsstödsexperten Magnus Lindbäck deltagit.



Inger Ek



Sofia Mårtensson