

Finansdepartementet
Regeringskansliet
103 33 Stockholm

Remissyttrande angående SOU 2018:44 ”Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblere upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål”

Förvaltningsrätten i Uppsala har fått ovanstående SOU 2018:44 på remiss.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten tillstyrker utredningens förslag avseende förändringar av 19 kapitlet samt nytt 19 a kapitel i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) samt förändringar i 15 kap. och ett nytt 15 a kap. i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS). Förslagen kommer sannolikt att leda till ett enklare förfarande. Förslaget om en nationell princip för direktupphandling i 19 a kap. 3 § LOU och LUF, respektive 15 a kap. 3 § LUFS avstyrks dock.

Förvaltningsrätten avråder i nuläget från genomförande av utredningens förslag avseende införande av processkostnadsansvar. Förslaget riskerar att medföra att små och medelstora företag avhåller sig från att ansöka om överprövning. Vidare riskerar förslaget att medföra stora kostnader för upphandlande myndigheter/enheter. Förslaget kan också medföra tillämpningssvårigheter i domstolarna, då det kan vara svårt att avgöra vem som är vinnande respektive förlorande part.

Förvaltningsrätten tillstyrker utredningens förslag avseende införande av en avgift för ansökan om överprövning av upphandling i domstol. Förvaltningsrätten pekar dock på risken för att de som avhålls från att ansöka om överprövning är de små och resurssvaga leverantörerna och ställer sig tveksam till om nivån på avgiften kommer att få avsedd effekt.

Förvaltningsrätten tillstyrker i övrigt utredningens förslag. Förvaltningsrättens synpunkter redovisas nedan.

Förvaltningsrättens synpunkter på förslagen

Del 1 – Enklare och flexiblare upphandlingsregler

Allmänt

Förvaltningsrätten anser liksom utredningen att icke direktivstyrd upphandling även fortsättningsvis ska lagregleras, bl.a. för att undvika en ökning av korruption men också för att behålla förutsebarhet och rättssäkerhet för upphandlande myndigheter/enheter och leverantörer.

Förvaltningsrätten instämmer i utredningens förslag att det förenklade regelverket för den icke direktivstyrda upphandlingen, om förslaget ska genomföras, bör arbetas in i befintliga upphandlingslagar istället för att regleras i en eller flera separata lagar. Eftersom det nyligen har gjorts en översyn av upphandlingslagstiftningen och då det alltför ofta pågår ett flertal utredningar får det anses vara mer lämpligt att eventuellt framöver göra en större översyn av lagstiftningen och hur de olika regelverken kan och bör se ut.

Utökade möjligheter till dialog

Förvaltningsrätten ställer sig positiv till utredningens förslag angående utökade möjligheter till dialog under upphandlingsförfarandet. Syftet är enligt utredningen bl.a. att lagstiftningen ska möjliggöra rättelse och kompletteringar av anbud och anbudsansökningar när så kan ske utan att de grundläggande principerna för upphandling träds för när. Förvaltningsrätten instämmer i att en sådan lösning, där oklarheter och eventuella problem kan lyftas fram och redas ut tidigare under processens gång, bör kunna resultera i att antalet överprövningar minskar utan att parternas rättssäkerhet äventyras. En viss farhåga finns då det kan riskera att bli gränsdragningsfrågor mellan vad som är en tillåten komplettering eller ändring och vad som inte är tillåtet. Det bör dock uppvägas av ett minskat behov av överprövning om bestämmelserna införs.

Den nationella principen

Utredningen anser att det inte behövs några regler i upphandlingslagarna avseende kontrakt som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, med ett undantag. Undantaget anses vara nödvändigt eftersom utredningen föreslår att en nationell princip ska gälla för direktupphandlingar istället för att endast hänvisa till de EU-rättsliga grundläggande principerna om bl.a. likabehandling, transparens och öppenhet. För det fall ett kontrakt som ska direktupphandlas har ett bestämt gränsöverskridande intresse anser utredningen dock att det måste finnas en regel som anger att de EU-rättsliga principerna ska gälla. Den nationella principen innebär att de konkurrensmöjligheter som finns ska utnyttjas. Kostnaderna för att genomföra upphandlingen ska dock stå i rimlig proportion till upphandlingens uppskattade värde och upphandlingen ska genomföras på ett sakligt och opartiskt sätt. Den nationella principen finns i 3 § i det föreslagna 19 a-kapitlet avseende direktupphandlingar i LOU och LUF, samt i det föreslagna 15 a kap. 3 § LUF5.

Förvaltningsrätten vill lyfta frågan hur utredningens förslag i denna del förhåller sig till Högsta förvaltningsdomstolens dom den 19 oktober 2018 i mål nr 3830-17 (Tekniska verken). Utredningen konstaterar att det är oklart vad de EU-rättsliga principerna

konkret innebär för en upphandlande myndighets handlingsutrymme vid direktupphandlingar. Sedan utredningen lämnade sitt förslag har som nämnts ovan HFD i mål nr 3830-17 tagit ställning till frågan vilka regler som är tillämpliga vid överprövning av en direktupphandling samt vilken innebörd de allmänna principerna för upphandling har vid en sådan överprövning. HFD har i domen bl.a. uttalat att de allmänna principerna om likvärdighet, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas, då dessa principer i svensk upphandlingslagstiftning har getts generell tillämplighet. Dessa allmänna principer är enligt HFD hämtade från unionsrätten och bestäms därmed av EU-domstolens praxis. Detta gäller enligt HFD oavsett om den upphandling som det är fråga om i sig faller utanför eller innanför unionsrättens tillämpningsområde och EU-domstolens uttolkning av principerna får genomslag även vid upphandlingar som ligger under tröskelvärdena och saknar gränsöverskridande intresse. En annan sak, konstaterar HFD, är att relevansen och den faktiska innebörden av de olika principerna naturligen varierar med hänsyn till varje enskilt upphandlingsärendes karaktär och föremål.

Förvaltningsrätten anser att det mot bakgrund av HFD:s dom kan ifrågasättas om det verkligen blir en förenkling att införa den nationella princip som föreslås i aktuella upphandlingslagar, då de EU-rättsliga grundläggande principerna alltid ska iakttas. Vid ett sådant förhållande behövs det inte någon bestämmelse om gränsöverskridande intressen.

Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Förvaltningsrätten tillstyrker förslaget om att upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska regleras på samma sätt som andra tjänster som omfattas av upphandlingsdirektivens enklare system. Valfärdstjänsterna bör inte brytas ut och regleras på annat sätt än övriga tjänster inom det enklare systemet. Möjligheten att direktupphandla upp till tröskelvärdet gör regleringen flexibel och gör det lättare för små företag och idéburna aktörer att delta i upphandlingarna.

Övrigt

I övriga delar av förslaget om förenklade regler och förfarandebestämmelser har inte förvaltningsrätten några synpunkter.

Del 2 – Vissa regler om överprövningsmål

Processkostnadsansvar

Förvaltningsrätten instämmer i att ett processkostnadsansvar kan utgöra ett betydande incitament för leverantörer att tidigt påpeka eventuella fel och brister i upphandlingsdokumenten, vilket kan leda till färre överprövningsmål. Att införa ett processkostnadsansvar så som utredningen föreslår kommer dock inte att bidra till att minska handläggningstiderna i domstol, bl.a. med hänsyn till att anspråken om ersättning måste kommuniceras med parterna.

Förvaltningsrätten ser vidare ett antal tillämpningssvårigheter för domstolarna, så som att det beroende på parternas yrkanden och utgången i målet kan vara svårt att avgöra vem som faktiskt är den vinnande respektive förlorande parten, t.ex. vid avbruten upphandling, eller vid överprövning av avtals giltighet då domstolen i och för sig anser att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda men till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse låter avtalet bestå. Det kan också uppstå svårigheter i bedömningen

av hur en eventuell tredje part ska behandlas. Om domstolen tar in vinnande anbudsgivare som part riskerar denne att få betala i vart fall en del av vinnande parts processkostnader. Det saknas regler om förlikning, vilket talar för att respektive part bör stå för sina processkostnader. Det finns vidare en risk för att det blir nya separata processer om kostnadsansvaret. Samtliga dessa invändningar riskerar att leda till nya tillämpningsproblem och nya tolkningsfrågor, vilket står i strid med utredningens syfte att förenkla förfarandet och minska antalet överprövningar.

Införandet av ett processkostnadsansvar riskerar således att medföra vissa svårigheter för domstolarna. Det föreslagna processkostnadsansvaret kan även komma att leda till stora kostnader för de upphandlande myndigheterna/enheterna och mindre resursstarka leverantörer. De senare kan komma att avhålla sig från att begära överprövning på grund av risken för att få bära allt för stora kostnader. Förslagsvis bör övriga föreslagna förenklande regler och de utökade möjligheterna till dialog först införas och utvärderas, innan det av utredningen föreslagna processkostnadsansvaret bör bli aktuellt.

Förvaltningsrätten noterar att Överprövningsutredningen har lagt ett förslag om att möjligheten för leverantörer att få skadestånd för sina processkostnader ska tas bort. Om det förslaget leder till lagstiftning kan saken komma i en annan dager, eftersom möjligheten för vinnande leverantörer att få ersättning för processkostnader då helt försvinner. Det är dock inte heller ändamålsenligt att ha parallella system.

Ansökningsavgift

Förvaltningsrätten instämmer i att en ansökningsavgift i mål om överprövning av en upphandling eller ett avtals giltighet kan stimulera en utveckling mot en ökad dialog i upphandlingarna där leverantörerna styrs mot att i ett tidigare skede föra fram sina synpunkter till den upphandlande myndigheten istället för att i ett sent skede av förfarandet vända sig till domstol. Syftet med avgiften är att minska antalet ansökningar om överprövning och inte att finansiera verksamheten. Förvaltningsrätten ställer sig frågande till om motiven för att införa avgiften är tillräckligt starka och om den föreslagna avgiftens storlek verkligen kommer att resultera i färre överprövningar. Förslaget kan möjligen avhålla några mindre resursstarka leverantörer från att ansöka om överprövning. Även om förvaltningsrätten inte avstyrker förslaget är uppfattningen att man kan uppnå målet genom andra åtgärder som t.ex. dialog och förebyggande arbete.

Detta yttrande har beslutats av rådmannen Lina Törnqvist efter beredning av förvaltningsrättsfiskalen Emma Busk.

Lina Törnqvist