

Stockholm 2021-03-29

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning,
Enheten för offentlig upphandling
Fi 2020/05179

Famnas, Forums och Fremias remissvar till utkast till lagrådsremiss "En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar"

I utkastet till lagrådsremiss lämnas flera förslag för att uppnå effektivare överprövningar av offentliga upphandlingar. Våra närmare kommentarer kring förslagen framgår av det följande.

Om undertecknande organisationer

Famna är riksorganisationen för idéburen välfärd. Famna har för närvarande 99 medlemmar från Skåne i söder till Västerbotten i norr. Nationellt är några av våra största medlemmar Ersta Diakoni, Stockholms Sjukhem, Bräcke diakoni, Stockholms Stadsmission, Stiftelsen Stora Sköndal, Röda Korset och Rädda Barnen.

Forum - idéburna organisationer med social inriktning samlar nära 40 medlemsorganisationer som i sin tur består av flera tusen lokala föreningar. Forum arbetar för civilsamhällets möjligheter att verka, där frågeställningar som rör demokrati, välfärd och idéburen organisering står i centrum. Bland Forums medlemmar finns exempelvis kvinno- och tjejjourer, Riksföreningen Sveriges Stadsmissioner, Svenska Röda Korset och Rädda Barnen.

Våra medlemsorganisationer lämnar regelbundet anbud i offentliga upphandlingar och bidrar dagligen till att utveckla välfärden i Sverige.

Fremia företräder 5 600 medlemsorganisationer som gemensamt har cirka 150 000 anställda. Medlemmarna är i huvudsak organisationer inom idéburen välfärd, civilsamhällesorganisationer samt kooperativa och värderingsstyrda företag.

1. Sammanfattning och övergripande kommentarer

I utkastet till lagrådsremiss finns en samlad bedömning över Överprövningsutredningens och Förenklingsutredningens förslag avseende överprövningar. Vi tillstyrker samtliga förslag som lämnas i utkastet. I avsnitt 2 kommenteras förslagen om 1) handläggningstider i domstol, 2) preklusionsfrist, och 3) ansökningsavgifter och processkostnadsansvar särskilt.

Vi vill därutöver tillägga följande.

Flera av våra medlemsorganisationer deltar regelbundet i offentliga upphandlingar – framför allt på välfärdsområdet. Den grundläggande drivkraften för våra medlemmars medverkan i välfärdsarbetet

är att bidra till samhällsnytta. Våra medlemsorganisationer överprövar sällan upphandlingar. Av Domstolsverkets statistik framgår dock att det till förvaltningsrätterna under 2020 inkom 3594 LOU-mål (2850 mål prövades under 2018 och 3111 mål under 2019).¹ De empiriska studier som finns på området indikerar att leverantörer i stor omfattning har utnyttjat de mekanismer som står till buds och att Sverige (i absoluta tal) har det högsta antalet överprövningsprocesser i första instans inom EU.² Vi anser att denna utveckling är negativ ur ett samhällsekonomiskt perspektiv, liksom för de idéburna eller små aktörer som i princip aldrig överprövar upphandlingar. De samhällsekonomiska konsekvenserna behöver därför ges större betydelse i de överväganden som görs när lagstiftaren överväger att effektivisera överprövningsprocesserna.

Av praxis från EU-domstolen framgår att EU-domstolen dels har godtagit begränsningar i möjligheten att klaga, dels krävs att leverantörerna själva ska visa omsorg och inte utnyttja klagomöjligheterna annat än när det finns ett tydligt samhällsintresse. EU-domstolen har i sin tolkning av rättsmedelsdirektivet ställt sig mycket negativ till en processbenägenhet under upphandlingsförfarandet som förfelar syftet med direktivet. Den har till exempel klargjort att skyndsamhets- och effektivitetsmålen i rättsmedelsdirektiven inte är uppfyllda, när en leverantör inte ansöker om prövning när fel upptäckts utan i stället klagar på det slutliga tilldelningsbeslutet.³ Även Överprövningsutredningen anlade ett liknande perspektiv (mer om detta i avsnitt 2 nedan). Visserligen är reglerna om överprövning nödvändiga, men varken samhället eller parterna i en upphandlingsprocess vinner på långdragna handläggningsprocesser eller att mindre obetydliga formaliafel (eller s.k. "dead papers") får prövas i domstol. I sammanhanget ska påpekas att än så länge har ingen statlig utredning haft i uppdrag att utreda samhällskostnaderna för överprövningar eller för den delen övervägt åtgärder till följd av en sådan analys.

Mot denna bakgrund, samt då våra medlemsorganisationer uppfattar att överprövningar i ett inte obetydligt antal fall används i strategiskt syfte av andra leverantörer, anser vi att förslagen i utkastet bör genomföras. Om förslagen i utkastet genomförs bör regeringen, om något år, utvärdera förslagets inverkan på antalet överprövningar. För det fall effekten är marginell eller obetydlig bör det övervägas att genomföra förslag i linje med de som lämnades av Förenklingsutredningen avseende exempelvis processkostnadsansvar.

I tillägg till ovan får följande nämnas. Vi ser positivt på att regeringen har aviserat ytterligare en remiss som avser ökad flexibilitet i och förenklingar av upphandlingsreglerna. Redan 2018 föreslog Förenklingsutredningen att en höjning av direktupphandlingsgränsen för välfärdstjänster är något som kan genomföras för att underlätta upphandlande myndigheters möjligheter att vända sig direkt till idéburna aktörer. Även utredningen Idéburen välfärd (SOU 2019:56) anser att denna möjlighet bör genomföras i nationell rätt. Det är hög tid att upphandlingslagstiftningen anpassas till den miniminivå som EU kräver, och att vår nationella lagstiftning inte går utöver vad EU-rätten kräver.

¹ Domstolsstatistik 2020, Domstolsverket, s. 30.

² Se Morawetz, F, *Avbrutna upphandlingar – Ansvar i gränlandet mellan privat och offentlig rätt*, Lunds universitet 2019, s. 261.

³ Hettne, J., *Aksamhet och omsorg i upphandlingsprocessen: om frånvaron av preklusionsfrister i LOU*, *Upphandlingsrättslig tidskrift* 2016, s. 201.

2. Särskilda kommentarer i vissa delar

Avsnitt 5 - Handläggningen i domstol

En invändning mot att införa ett skyndsamhetskrav är att skyndsamt handläggning inte ska få ske på bekostnad av kvaliteten i domstolarnas prövning av målen. Visserligen hanteras många överprövningsmål redan nu relativt skyndsamt i jämförelse med andra måltyper i de allmänna förvaltningsdomstolarna. Av Domstolsverkets statistik framgår dock att under 2020 inkom 778 LOU-mål till kammarrätterna.⁴ Det innebär att nästan vart femte mål som inkommer till förvaltningsrätterna överklagas till nästa instans. Detta blir särskilt bekymmersamt vad gäller de välfärdstjänster som våra medlemmar i regel tillhandahåller. Det är därför av särskild vikt att överprövningsmål hanteras skyndsamt och effektivt utan onödiga dröjsmål och utan avkall på kvaliteten. Överprövningsprocesser som drar ut på tiden påverkar inte enbart parternas möjlighet att ingå avtal, utan får även en negativ samhällsinverkan på de som ska ta del av tjänsterna.

Vi tillstyrker därför förslaget om ett lagstadgat skyndsamhetskrav i överprövningsmål samt i mål som rör avtals giltighet.

Avsnitt 6 - Preklusionsregler

Av praxis från EU-domstolen framgår en skyldighet för leverantörer att undvika att i onödan förlänga upphandlingsförfarandet och öka kostnaderna för den offentliga budgeten. Deras rätt att klaga på oegentligheter måste alltid vägas mot det allmänna intresset av ett skyndsamt och effektivt upphandlingsförfarande.⁵ Detta är också i linje med allmänna skadeståndsrättsliga principer om aktsamhet och skyldighet att begränsa sin egen skada.

Av praxis från EU-domstolen framgår att EU-domstolen dels har godtagit begränsningar i möjligheten att klaga, dels krävs att leverantörerna själva ska visa omsorg och inte utnyttja klagomöjligheterna annat än när det finns ett tydligt samhällsintresse. EU-domstolen har i sin tolkning av rättsmedelsdirektivet ställt sig mycket negativ till en processbenägenhet under upphandlingsförfarandet som förfelar syftet med direktivet. Den har till exempel klargjort att skyndsamhets- och effektivitetsmålen i rättsmedelsdirektiven inte är uppfyllda, när en leverantör inte ansöker om prövning när fel upptäckts utan i stället klagar på det slutliga tilldelningsbeslutet.⁶ Även Överprövningsutredningen anlade ett liknande perspektiv:

”Systemet med upphandlingar inklusive överprövningssystemet handlar, som utredningen ser det, inte bara om att skydda den leverantör som anser sig förfördelad under något stadium i upphandlingsförfarandet utan också om att man ska kunna tillhandahålla varor och tjänster för allmänheten på ett bra sätt. Konsekvensen av ett system där överprövningar stoppar upp och fördröjer upphandlingar under en längre period drabbar ytterst allmänheten. En lång process kan exempelvis innebära att ett antal personer inte får den livsnödvändiga medicin de skulle behöva.”⁷

Det behöver således alltid göras en avvägning mellan enskilda och allmänna intressen. En leverantörs intresse att kunna klaga och fördröja en upphandling kan i ett sådant perspektiv inte vara oinskränkt, utan måste vägas mot intresset av ett skyndsamt och effektivt upphandlingsförfarande. Många EU-länder har löst frågan genom införandet av just

⁴ Domstolsstatistik 2020, Domstolsverket, s. 38.

⁵ Se exempelvis SAG EIV Solensko (C-599/10) och eVigilio (C-538/13).

⁶ Hettne, J., Aktsamhet och omsorg i upphandlingsprocessen: om frånvaron av preklusionsfrister i LOU, *Upphandlingsrättslig tidskrift 2016*, s. 201.

⁷ Se SOU 2015:12, Överprövning av upphandlingsmål m.m., s. 14.

preklusionsregler. Även Sverige bör utnyttja denna möjlighet i syfte att uppnå effektivare överprövningar.

Vi tillstyrker därför förslaget om en preklusionsfrist i överprövningsmål.

Avsnitt 7 - Ansökningsavgift och processkostnadsansvar

I utkastet görs bedömningar i fråga om införandet av ansökningsavgift i mål rörande överprövning och överprövning av ett avtals giltighet samt processkostnadsansvar. I de båda fallen, dvs. ansökningsavgift och processkostnadsansvar, får konstateras att mindre leverantörer skulle missgynnas i förhållande till ekonomiskt starkare leverantörer.

Mot denna bakgrund tillstyrker vi förslaget om att inte införa ansökningsavgifter i mål som rör överprövning och i mål som rör överprövning av ett avtals giltighet.

Samtidigt vill vi tillägga följande.

För det fall det skulle visa sig att det s.k. skyndsamhetskravet avseende handläggningen av överprövningsmål samt införandet av en preklusionsfrist inte skulle få avsedd effekt bör regeringen på nytt överväga huruvida ansökningsavgift och processkostnadsansvar ska införas. Vår samlade uppfattning är att det i nuläget är för billigt att begära överprövning samtidigt som samhällets kostnader är enorma.

Stockholm den 2021-03-29

Ulrika Stuart Hamilton

Ulrika Stuart Hamilton, generalsekreterare Famna – Riksorganisationen för idéburen välfärd

Maria Alsander

Maria Alsander, kanslichef Forum – idéburna organisationer med social inriktning

Petter Skogar

Petter Skogar, VD Fremia