

Regelrådet är ett särskilt beslutsorgan inom Tillväxtverket vars ledamöter utses av regeringen. Regelrådet ansvarar för sina egna beslut. Regelrådets uppgifter är att granska och yttra sig över kvaliteten på konsekvensutredningar till författningsförslag som kan få effekter av betydelse för företag.

Finansdepartementet

Yttrande över Utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar

Regelrådets ställningstagande

Regelrådet finner att konsekvensutredningen inte uppfyller kraven i 6 och 7 §§ förordningen (2007:1244) om konsekvensutredning vid regelgivning.

Innehållet i förslaget

I remissen ingår förslag till ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling och i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna. Det ingår också förslag till ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner och i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I sak anges förslaget innebära bland annat följande. I mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet ska det införas dels ett skyndsamhetskrav, dels preklusionsfrister i både förvaltningsrätten och kammarrätten. Ett skyndsamhetskrav föreslås även i mål om utlämnande av kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen. Vidare föreslås att fristen för att väcka talan om skadestånd vid fel och brister i en upphandling ska ändras för att överensstämja med EU-rätten. Det ska även införas tidsgränser på fem och tre år vid beslut om uteslutning av en leverantör på grund av brott respektive missförhållanden i övrigt. I fråga om icke-direktivstyrda upphandlingar föreslås att upphandlande myndigheter och enheter inte ska behöva efterannonsera upphandlingar under 100000 kr. Reglerna om efterannonsering ska vidare gälla för samtliga upphandlingar av sådana välfärdstjänster som anges i bilaga 2 a till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Samtliga reglerade annonser om sådana upphandlingar ska också publiceras i en registrerad annonsdatabas. När en upphandlande myndighet eller enhet har publicerat en icke-direktivstyrd efterannons i en registrerad annonsdatabas, ska ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att annonsen publicerades.

Skälen för Regelrådets ställningstagande

Bakgrund och syfte med förslaget

I remissen anges övergripande vad som har föreslagits av två utredningar på området offentlig upphandling: Överprövningsutredningen och Förenklingsutredningen¹. Det anges också att Finansdepartementet den 10 februari 2020 remitterade promemorian Ändringar i upphandlingsförordningen och förordningen om kollektivtrafik med anledning av regleringen om upphandlingsstatistik. Promemorian innehåller bl.a. förslag till bestämmelser om vilka uppgifter annonser på det icke-direktivstyrda området ska innehålla. Regeringen beslutade den 17 juni 2020 förordning om ändring i upphandlingsförordningen (2016:1162). Under beredningen av denna anges det ha uppmärksammats att det finns behov av ytterligare författningsändringar, bl.a. i fråga om efterannonsering av resultatet av genomförda upphandlingar. Vidare anges att Europeiska kommissionen i en formell underrättelse den 25 januari 2019 har ifrågasatt Sveriges genomförande av bl.a. artikel 38.10 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet) och artikel 57.7 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet) om tidsgränser vid utslutning av en leverantör på grund av vissa angivna brott eller missförhållanden i övrigt (Fi2019/00268).

Det anges kunna konstateras att förslagen i Överprövningsutredningens och Förenklingsutredningens betänkanden har uppenbara beröringspunkter med varandra. I Förenklingsutredningens betänkande anförs också att i den mån Överprövningsutredningens förslag leder till lagstiftning skulle det kunna påverka såväl behovet som effekterna av att införa ansökningsavgifter och processkostnadsansvar i överprövningsmål. Mot den nu angivna bakgrunden bedömer förslagsställaren det lämpligt att i ett sammanhang behandla Överprövningsutredningens och, i relevanta delar, Förenklingsutredningens förslag och bedömningar. Vidare föreslås vissa bestämmelser, bl.a. avseende preklusion, som modifierar eller kompletterar de remitterade förslagen. Avslutningsvis lämnas också förslag om tidsgränser vid beslut om utslutning av en leverantör samt vissa mindre följdändringar och kompletteringar av de icke-direktivstyrda bestämmelserna, bl.a. fråga om efterannonsering.

Regelrådet finner redovisningen av bakgrund och syfte med förslaget godtagbar.

Alternativa lösningar och effekter av om ingen reglering kommer till stånd

I konsekvensutredningen saknas en samlad beskrivning av alternativa lösningar och effekter av om ingen reglering kommer till stånd. I de avsnitt där skälen för regelgivarens förslag beskrivs finns emellertid i flera fall beskrivningar av möjliga alternativa utformningar av regelverket.

Regelrådet gör följande bedömning. För det första är det enligt Regelrådets uppfattning svårt att se att de syften som förslaget ska uppnå kan göras på annat sätt än med någon form av ändringar i reglering. Därför är det inte någon brist att en beskrivning av alternativa lösningar i form av exempelvis ekonomiska styrmedel eller andra åtgärder inte har gjorts. När det gäller de beskrivningar som finns av för- och nackdelar med olika utformningar av förslag, hade det kunnat vara tydligare beskrivet hur olika alternativ väntas påverka företag med olika förutsättningar, exempelvis mindre företag som kan väntas ha svårare att delta i upphandling. Överlag finns ändå information om för- och nackdelar med

¹ Det kan noteras att betänkande från Överprövningsutredningen, SOU 2015:12 har granskats av Regelrådet, se Regelrådets yttrande ärendenummer RR 2015:000139. Betänkande från Förenklingsutredningen, SOU 2018:44 har också granskats av Regelrådet, se Regelrådets yttrande ärendenummer RR 2018-273. Den refererade promemorian har också remitterats till Regelrådet, som emellertid saknade möjlighet att behandla ärendet inom den angivna svarstiden och därför avstod från att yttra sig i ärendet.

utformningen av förslagen som kan anses tillräcklig, även om redovisningens kvalitet skulle ha kunnat höjas med en bättre transparens när det gäller konsekvenser för företag. Det går att sluta sig till att förslagsställaren bedömt att konsekvenserna av om ingen reglering skulle komma till stånd skulle bli ett problem som finns i dagens situation blir bestående. Det skulle visserligen ha gjorts konsekvensutredningen tydligare om en bedömning av effekter om reglering inte kommer till stånd hade gjorts mer explicit och gärna även innehållit en bedömning av en kontrafaktisk utveckling över tid. Inget av detta är emellertid obligatoriskt och även den befintliga beskrivningen kan anses tillräcklig.

Regelrådet finner redovisningen av alternativa lösningar och effekter av om ingen reglering kommer till stånd godtagbar.

Förslagets överensstämmelse med EU-rätten

I konsekvensutredningen anges att delförslaget om att sätta en tidsgräns för hur länge en leverantör kan uteslutas syftar till ett korrekt genomförande av bestämmelser i 2014-års upphandlingsdirektiv och bedöms således förenligt med EU-rätten. Även de övriga delförslagen anges vara förenliga med EU-rätten. Även i andra delar av remissen beskrivs hur förslag och bedömningar förhåller sig till EU-rätten, i flera fall detaljerat.

Regelrådet finner redovisningen av förslagets överensstämmelse med EU-rätten godtagbar.

Särskild hänsyn till tidpunkt för ikraftträdande och behov av speciella informationsinsatser

I remissen anges att förslagen om skyndsam handläggning, tidsgränser vid beslut om uteslutning av en leverantör och ändringarna av reglerna om annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar ska träda i kraft den 1 januari 2022. Bestämmelserna om preklusionsfrist ska inte tillämpas i mål om överprövning där ansökan har getts in till förvaltningsrätten före ikraftträdandet. Bestämmelserna om tidsfrist för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet ska inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. De nya bestämmelserna om tidsfristen för att väcka talan om skadestånd ska inte tillämpas i de fall då tiden för att väcka talan om skadestånd redan har gått ut vid lagens ikraftträdande.

Vidare anges att de flesta av författningsförslagen syftar till att göra upphandlingsförfarandet enklare och mer effektivt för parterna. Utgångspunkten anges vara att förslagen bör träda i kraft så snart som möjligt. Med beaktande av den tid som krävs för remittering samt för den fortsatta beredningen inom Regeringskansliet och riksdagen bedöms förslagen kunna träda i kraft tidigast den 1 januari 2022. De ändringar som föreslås i upphandlingslagarna är förhållandevis små och kräver endast vissa mindre utbildningsinsatser, men i övrigt inga tekniska åtgärder eller andra anpassningar för parterna eller domstolarna. Den förberedelsetid som återstår fram till ikraftträdandet bör därför vara tillräcklig för såväl parter som domstolar.

När det gäller bestämmelserna om preklusionsfrist anges det med hänsyn till parternas rättssäkerhet vara nödvändigt att samma regler gäller under hela överprövningsprocessen. I likhet med vad Överprövningsutredningen föreslår anges det därför behövas särskilda övergångsbestämmelser i denna del. Något hinder mot att bestämmelserna tillämpas vid överprövning av upphandlingar vilka har påbörjats före ikraftträdandet finns dock inte. Till skillnad från vad utredningen anser, görs i den nu aktuella remissen bedömningen att det är tillräckligt att domstolen inte tillämpar bestämmelserna om preklusionsfrist i sådana mål som har inletts vid domstolen före ikraftträdandet. Det anges att Överprövningsutredningen också föreslog att ändringen av tidsfristen för att väckatalan om skadestånd inte ska gälla för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella ändringen

anges emellertid vara en direkt följd av EU-domstolens praxis och syfta till att säkerställa leverantörernas tillgång till effektiva rättsmedel. Det anges därför vara angeläget att ändringen får genomslag i svensk rätt så fort som möjligt. Enligt förslagsställaren bör därför de nya reglerna om tidsfrist tillämpas i alla upphandlingar oavsett när upphandlingen påbörjades. De upphandlande myndigheterna och enheterna bör emellertid kunna räkna med att sådana avtal för vilka fristen redan har löpt ut vid lagens ikraftträdande inte kan bli föremål för en talan om skadestånd. Ett beslut om uteslutning av en leverantör på grund av brott eller missförhållanden i övrigt får fattas när som helst under upphandlingsförfarandet. Något skäl för särskilda övergångsbestämmelser i denna del finns därför inte. Detsamma anges gälla ändringarna av de icke-direktivstyrda annonseringsreglerna i lagen om offentlig upphandling. I fråga om vilka frister som ska gälla vid en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet anges det vara viktigt att det inte råder någon tvekan om vad som gäller. Av rättssäkerhetsskäl bör denna bestämmelse därför inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Inget anges om behov av speciella informationsinsatser.

Regelrådet gör följande bedömning. Det framgår vilka överväganden som har gjorts vid valet av föreslagen tidpunkt för ikraftträdande. Det anges att leverantörernas tillgång till effektiva rättsmedel är en aspekt som har beaktats. Det finns tillräcklig information om hänsyn till tidpunkt för ikraftträdande. Det anges behövas vissa mindre utbildningsinsatser men inga större anpassningar eller åtgärder i övrigt för parterna. Detta skulle såvitt Regelrådet kan förstå också kunna uppfattas som att behovet av informationsinsatser bedöms vara begränsat. Det kan däremot inte anses vara tydligt beskrivet, om så är fallet och frågan borde ha blivit belyst explicit.

Regelrådet finner redovisningen av särskild hänsyn till tidpunkt för ikraftträdande godtagbar.

Regelrådet finner redovisningen av behov av speciella informationsinsatser bristfällig.

Berörda företag utifrån antal, storlek och bransch

Det saknas beskrivning av berörda företag.

Regelrådet gör följande bedömning. Det är visserligen möjligt att utifrån beskrivningen av förslaget dra slutsatsen att alla företag som väljer att delta i en offentlig upphandling i princip skulle kunna beröras. Offentlig upphandling har emellertid tillämpats i olika former under lång tid. Det borde vara möjligt att ange explicit om det finns statistik på hur många upphandlingar som görs per år, ange om det finns någon information om det generellt sett är små, medelstora eller stora företag som deltar i upphandlingar och/eller vinner anbud. Om det är en korrekt bedömning som förslagsställaren gör, att förslaget gör förfarandet enklare för parterna så är det troligt att detta skulle kunna ha proportionellt störst betydelse för mindre företag. Förslagsställaren anger själv information i konsekvensutredningen som indikerar detta (mer om detta nedan). Av dessa skäl borde det ha funnits åtminstone explicit information om att förslaget berör alla företag – vilket Regelrådet förmodar är fallet – och med fördel någon information om hur populationen företag som anlitas av statliga aktörer sett ut vid någon någorlunda aktuell tidpunkt. Att det inte finns någon beskrivning överhuvudtaget är en väsentlig brist.

Regelrådet finner redovisningen av berörda företag utifrån antal, storlek och bransch bristfällig.

Påverkan på berörda företags kostnader, tidsåtgång och verksamhet

I konsekvensutredningen anges att för leverantörerna innebär förslaget om preklusionsfrister något högre krav på förmågan att föra en överprövningsprocess. I vissa fall anges det kunna medföra ett

behov av att anlita juridiskt biträde, med ökade kostnader som följd. Den omständigheten att överprövningsprocessen blir snabbare och mer förutsägbar torde dock generellt minska kostnaderna för såväl den sökande leverantören som för övriga leverantörer i en upphandling. Kortare handläggningstider i domstol anges också ge leverantörerna bättre förutsättningar att planera sin verksamhet, med lägre anbudspriser som följd och ökade möjligheter att kunna stå fast vid sina anbud under hela överprövningsförfarandet. Detta bör enligt förslagsställaren särskilt gynna mindre företag som har svårt att erbjuda anbud med lång giltighetstid. Eventuella ökade kostnader för processföringen bör därmed kompenseras av de positiva effekterna av förslagen. En exakt beräkning av kostnader och besparingar för leverantörerna som helhet respektive för leverantörer i olika branscher och av olika storlek är dock mycket svår att göra.

För leverantörerna innebär förslaget om ändrad tidsfrist för talan om skadestånd en tidsmässigt ökad möjlighet att väcka talan om skadestånd för fel och brister i en upphandling. Ändringen bedöms inte medföra några ökade kostnader för dem jämfört med den nuvarande regleringen. När det gäller den föreslagna begränsningen i skyldigheten att efterannonsera direktupphandlingar anges leverantörerna påverkas på så sätt att de flesta kontrakt under 100000 kronor inte kommer efterannonseras löpande, vilket medför något sämre möjligheter för leverantörerna att ta till vara sin rätt genom en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet. Mot bakgrund av att förslaget endast avser upphandlingar till låga belopp bedömer förslagsställaren emellertid effekterna för leverantörerna bli små. Den föreslagna bestämmelsen om att även upphandlingar av icke-direktivstyrda välfärdstjänster ska annonseras i registrerade annonsdatabaser, anges innebära att utbudet av annonser blir mer tillgängligt för leverantörerna. Detta anges gynna deras möjligheter att både delta i upphandlingar och ta till vara sin rätt genom en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet. Förslaget bedöms inte medföra några ökade kostnader för leverantörerna.

Det anges vidare att förslaget innebär att tiden för leverantörerna att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet efter en icke-direktivstyrd upphandling blir betydligt kortare i de fall myndigheten har publicerat en efterannons i en registrerad annonsdatabas. Samtidigt innebär det nya kravet på efterannonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar, som träder i kraft den 1 januari 2021, att insynen för leverantörerna ökar, vilket anges gynna deras möjligheter att ta tillvara sin rätt genom överprövning av ett avtals giltighet. Förslaget bedöms därför inte försämra leverantörernas rättssäkerhet i någon större utsträckning. Det bedöms inte heller medföra några ökade kostnader för dem.

Införandet av fasta tidsgränser vid tillämpningen av uteslutningsgrunderna anges innebära att regelverket blir tydligare och mer förutsägbart för såväl de upphandlande myndigheterna och enheterna som leverantörerna. Några ökade kostnader för parterna med anledning av förslaget bedöms inte uppkomma.

Regelrådet gör följande bedömning. Det finns kvalitativ information med exempel på kostnader som skulle kunna öka och besparingar som skulle kunna göras. För delar av förslaget finns också en explicit bedömning att kostnader inte bedöms påverkas av dessa. Allt detta är relevant och värdefull information. Regelrådet finner att det är möjligt att det är svårt att göra exakta beräkningar av kostnader och besparingar, som förslagsställaren anger. Det framgår emellertid inte om några försök har gjorts att göra någon form av uppskattningar. Om det exempelvis hade varit möjligt att redovisa vad en vanlig timkostnad är för ett juridiskt biträde av det slag som förslagsställaren anger kan komma att behöva anlitas, hade enbart denna komplettering kunnat göra redovisningen i vart fall något tydligare. Det är inte uppenbart varför en sådan uppgift skulle vara omöjlig att redovisa, och om den bedöms vara omöjlig att uppskatta eller irrelevant att visa hade detta kunnat anges och motiveras. Regelrådet finner att det finns värdefull information i befintlig beskrivning men att det inte finns någon som helst ledning om vad kostnadspåverkan blir per företag eller för företagen totalt och det är, som angetts, inte

uppenbart att det hade varit omöjligt att ytterligare precisera i vart fall något. Därför är beskrivningen inte tillräcklig.

Regelrådet finner redovisningen av påverkan på företagens tidsåtgång, kostnader och verksamhet bristfällig.

Påverkan på konkurrensförhållandena för berörda företag

Det saknas bedömning av påverkan på konkurrensförhållandena för berörda företag.

Regelrådet noterar att det allmänt sett kan väntas att ett enklare förfarande ger en proportionerligt mer betydelsefull förändring för de mindre företagen. Detta har också tagits upp av förslagsställaren, i all korthet. Resonemanget har emellertid inte utvecklats av förslagsställaren, vilket hade varit motiverat. Såvitt Regelrådet kan förstå skulle också förändringarna när det gäller upphandlingar av lägre ekonomiskt värde kunna ha större betydelse för mindre företag än större. Sådana aspekter har inte heller diskuterats av förslagsställaren. Sammantaget finns det alltför lite information om påverkan på konkurrensförhållandena för berörda företag.

Regelrådet finner redovisningen av påverkan på konkurrensförhållandena för berörda företag bristfällig.

Regleringens påverkan på företagen i andra avseenden

Inget anges om regleringens påverkan på företagen i andra avseenden.

Regelrådet finner att eftersom redovisningen av konsekvenserna för företag får sägas kännetecknas av vissa brister i tydlighet är det svårt att på förhand utesluta att det skulle kunna bli en påverkan på företagen i andra avseenden. Bristen på information blir därmed av betydelse.

Regelrådet finner redovisningen av regleringens påverkan på företagen i andra avseenden bristfällig.

Särskilda hänsyn till små företag vid reglernas utformning

Som har refererats ovan har förslagsställaren angett att små företag som har svårt att lägga anbud med lång giltighetstid bör gynnas av förslaget.

Regelrådet gör följande bedömning. Den information som finns indikerar att det finns aspekter med förslaget som gynnar små företag. Att detta klargörs är i sig värdefullt. Förslaget innehåller emellertid fler delar än just frågan om en kortare överprövningsprocess och kostnaden för ett ombud skulle kunna ha en större betydelse för de små företagen. Sammantaget är beskrivningen inte tillräcklig även om viss värdefull information finns.

Regelrådet finner redovisningen av särskilda hänsyn till små företag vid reglernas utformning bristfällig.

Sammantagen bedömning

Regelrådet finner att konsekvensutredningen i vissa avseenden håller tillräcklig kvalitet. Beskrivning av hur de berörda företagen påverkas är emellertid inte tillräckligt tydlig.

Regelrådet finner därför att konsekvensutredningen inte uppfyller kraven i 6 och 7 §§ förordningen (2007:1244) om konsekvensutredning vid regelgivning.

Stöd till regelgivare i konsekvensutredningsarbetet finns i [Tillväxtverkets handledning för konsekvensutredning](#).

Regelrådet behandlade ärendet vid sammanträde den 31 mars 2021.

I beslutet deltog Elisabeth Thand Ringqvist, ordförande, Hanna Björknäs, Hans Peter Larsson, Claes Norberg och Lennart Renbjer.

Ärendet föredrogs av Per Högström.



Elisabeth Thand Ringqvist
Ordförande



Per Högström
Föredragande