



Staffanstorps
kommun

Datum: 2021-03-02

Ärendenummer: 2020-KS-796

Yttrande avseende utkast till lagrådsremiss - En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar (Fi2020/05179)

Sammanfattning

Staffanstorps kommun (nedan Kommunen) vill inledningsvis klargöra att Kommunen anser att det är bra att det görs en översyn av regelverket kopplat till överprövning av offentliga upphandlingar. Som så många andra upphandlande myndigheter upplever Kommunen att överprövningar av offentliga upphandlingar förekommer relativt ofta. Att överprövningar förekommer ofta behöver i sig inte vara negativt utan givetvis ska upphandlingar kunna överprövas för att såväl tillse att lagstiftning och unionsrättsliga principer följs som för att i rättspraxis klargöra såväl oklarheter i enskilda upphandlingar som oklarheter inom gällande regelverk och rättstillämpning. Detta medför också att rättsområdet utvecklas och konsekvent klargörs ytterligare vilket torde vara bra för såväl den offentliga beställarsidan som för leverantörssidan. Dock är det för var och en klarlagt att Sverige har en ovanligt, för att inte säga oproportionerligt, hög andel överprövningar av offentliga upphandlingar jämfört med andra länder inom den Europeiska unionen. Kommunen kan också, som många andra upphandlande myndigheter, vittna om att överprövningar ibland verkar grunda sig i affärsstrategiska beslut för leverantörer snarare än att de facto begära överprövning av ett tilldelningsbeslut mot bakgrund av att det faktiskt begåtts fel i upphandlingen, eller tilldelningen, som därmed bör rättas eller medföra att upphandlingen görs om. Inte sällan begär en upphandlande myndighets nuvarande leverantör överprövning av en upphandling eller tilldelningsbeslut i en upphandling för framtida avtal som leverantören inte vunnit. Ofta, så klart, med vetskapen om att den upphandlande myndigheten med största sannolikhet kommer att förlänga det tidigare avtalet med leverantören under överprövningsprocessen resulterande i att leverantören, trots att denne förlorat upphandlingen för kommande avtal, fortsatt kommer att sälja varor eller tjänster till den upphandlande myndigheten trots att ordinarie avtal löper ut. Häri torde det således ligga affärsmässiga och ekonomiska avvägningar för leverantören att överpröva snarare än att faktiskt pröva huruvida upphandlingen, eller dess tilldelningsbeslut, faktiskt strider mot gällande regelverk, principer eller rättspraxis. Detta då överprövningen ifråga kan innebära förhållandevis lite kostnader för leverantören samtidigt som vinsten från ett tidigare avtal fortsatt kan löpa under överprövningsprocessen.

När ett tidigare upphandlat avtal löper ut under en pågående överprövningsprocess innebär det också, rent upphandlingsrättsligt, att den upphandlande myndigheten oftast kommer att behöva lösa en framtida ”avtalslös” period, under överprövningen, med en direktupphandling. Även en förlängning av tidigare avtal är rent upphandlingsrättsligt att se som en direktupphandling om inte avtalet ifråga uttryckligen medger en upphandlad möjlighet till sådan förlängning. Risken är stor att denna typ av direktupphandlingar kan komma att utgöra så kallade otillåtna direktupphandlingar – beroende av bland annat värdet av direktupphandlingen. En dylik direktupphandling kan således bli föremål för en ogiltighetstalan samt också medföra såväl konkurrensskadeavgift för den upphandlande myndigheten som ev skadestånd till annan leverantör. Av denna anledning är det också önskvärt att lagstiftaren tar hänsyn till denna problematik då lagstiftningen avseende överprövningar ses över.

Kommunen är således mån om att lagstiftaren gör sitt yttersta för att tillse att regelverket kring överprövningar fyller det reella syftet med överprövningar och således också bidrar till att stävja ”okynnesöverprövningar” samt effekterna av utdragna rättsprocesser.

Konkreta synpunkter baserat på utkastet till lagrådsremiss

Utkastet till lagrådsremissen omfattar förslag till lagändringar i samtliga upphandlingslagar, det vill säga lagen om offentlig upphandling, lagen om tilldelning av koncessioner, lagen om upphandling inom försörjningssektorn och lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

De synpunkter som Kommunen valt att belysa och kommentera är koncentrerade till förslagen som berör lagen om offentlig upphandling då det främst är denna lagstiftning som påverkar Kommunens verksamhet. Kommunen vill dock klargöra att de synpunkter som anges också ska tolkas gälla för eventuella motsvarande lydelse och motiveringar i övrig upphandlingslagstiftning, när så är tillämpligt, då synpunkterna är av generell karaktär.

Avsnitt 5.2: Skyndsamhetskravet samt 5.3 En tidsfrist för målens avgörande bör inte införas

I utkastet till lagrådsremissen föreslås att det ska införas ett lagstadgat skyndsamhetskrav för mål om överprövning av upphandling och i mål om ett avtals giltighet.

Skyndsamhetskravet ersätter det tidigare förslaget från Överprövningsutredningen om att införa ett skyndsamhetskrav kombinerat med tidsfrist om att ett mål i förvaltningsrätten ska avgöras inom 90 dagar.

Kommunen är mycket positiv till att det föreslås införas ett skyndsamhetskrav vid överprövningsmål. Detta med tanke på att Domstolsverket uttryckt sig vara positiva till en dylik lagändring och att de ser fördelar med utformningen av regleringen. Förutsatt att skyndsamhetskravet de facto leder till kortare och, tidsmässigt, mer förutsägbara överprövningsprocesser kan Kommunen lättare arbeta med tidsramar för

upphandlingsprojekt, i förhållande till befintliga avtals avtalsperioder, som således också kan omfatta potentiella överprövningsprocesser.

I den bästa av världar är förutbestämda tidsramar, i denna typ av frågor, att föredra – likt det som föreslagits i Överprövningsutredningen. Kommunen anser dock att Domstolsverkets remissvar och yttranden i detta avseende måste anses väga förhållandevis tungt i den samlade bedömningen och Kommunen är också mån om att ett skyndsamhetskrav inte ska leda till forcerade överprövningsprocesser där ”kvaliteten” på den juridiska eller sakliga bedömningen blir lidande. Mot bakgrund av detta lutar Kommunen på att skyndsamhetskravet ska kunna uppfylla sitt syfte utan en stadgad tidsfrist. Kommunen vill dock poängtera att syftet med skyndsamhetskravet torde vara nära besläktat med ett önskvärt tydliggörande av ett regelverk avseende rätten för upphandlande myndigheter att direktupphandla varor och tjänster under en längre pågående överprövningsprocess. Därav är Kommunens positiva hållning till utformningen av skyndsamhetskravet också beroende av det Kommunen anför nedan under avsnitt ”8.3, *Temporär direktupphandling*”.

Avsnitt 8.3: Temporär direktupphandling

I utkastet till lagrådsremiss föreslås att det **inte** införs en ny regel som möjliggör att upphandla utan föregående annonsering under en pågående överprövning. Förslaget från Överprövningsutredningen var i motsats till detta att införa en särskild möjlighet till direktupphandling när en upphandling överprövas, så kallade *täckningsköp*. Detta har inte beaktats i utkastet till lagrådsremiss.

Kommunen beklagar att regler om täckningsköp inte beaktats i kommande lagförslag. Det är Kommunens uppfattning att det behövs regler om möjligheten att genomföra direktupphandlingar vid långdragna överprövningsprocesser och att sådana regler bör ses i ljuset av- och vara ett komplement till det föreslagna skyndsamhetskravet.

Så kallade täckningsköp behövs allt som oftast när en överprövningsprocess pågår under en längre tid – det vill säga när överprövningsprocessen är längre än vad som är rimligt att anta vid planeringen av upphandlingen. En lagstadgad möjlighet till täckningsköp bör därför införas då en överprövningsprocess pågår under en tidsperiod som överskrider ett fastslaget antal dagar. Förslagsvis kan denna tidsgräns sättas till då överprövningen överstiger 90 dagar. På så sätt skulle en fastslagen tidsram – kopplat till skyndsamhetskravet enligt vad som angetts ovan – ändå kunna existera medförande att upphandlande myndigheter får en tydlig tidsram att beakta vid planeringen av framtida upphandlingar och vid upprättande av upphandlingsplaner.

Om lagstiftaren inte bedömer det vara önskvärt att en dylik möjlighet till täckningsköp ska finnas generellt sett anser Kommunen i vart fall att ett dylikt förfarande bör införas avseende varor och tjänster där behovet av att leveransen av varan eller tjänsten inte upphör är kritiskt för Kommunen och/eller dess invånare. Vad som i rättspraxis och i domslut från Sveriges förvaltningsrättsliga underrätter kan anses utgöra *synnerlig brådska*, avseende möjligheten att direktupphandla vid utdragna överprövningsprocesser, får anses

innebära att kraven för synnerlig brådska är relativt högt ställda. En lagändring, likt den som föreslås av Kommunen ovan avseende täckningsköp, bör således medföra att det bör finnas en möjlighet att direktupphandla under rådande omständigheter även för sådant som i en Kommuns hänseende kan anses utgöra kritiska tjänster (så som exempelvis färdtjänst, sophämtning/renhållning, telefonabonnemang med mera) men som eventuellt i en "ordinarie" domstolsbedömning avseende synnerlig brådska inte skulle nå upp till de krav som får anses gälla idag avseende detta begrepp.

Avsnitt 6.2 En preklusionsfrist under anbudstiden bör inte införas och Avsnitt 6.3: Preklusionsregler överprövningsmål

Kommunen är positiv till förslaget att omständigheter som en leverantör åberopar till grund för sin talan, senare än två veckor efter att ansökan kommit till förvaltningsrätten, endast ska få beaktas i särskilda fall. Om målet överprövas till kammarrätten ska grundregeln vara att parterna inte får åberopa och tillföra målet något nytt som inte hanterats i förvaltningsrätten. Lagändringen torde medföra att överprövningsprocesser kan kortas i tid, medföra minskad omfattning av handlingar, underlag och korrespondens mellan parterna och domstolen som innefattas i processen samt torde gagna det övergripande syftet med det lagstiftaren önskar åstadkomma med föreslagna lagändringar.

Förslaget innebär att vid överprövningar kommer fokus att ligga på det som inledningsvis kommuniceras till förvaltningsrätten, inom ramen för processen, vilket torde resultera i det som angetts ovan. Kommunen menar att det är positivt om tiden för överprövningar kortas ned, i enlighet med vad som anförts ovan.

Kommunen noterar dock att lagförslaget inte innefattar Överprövningsutrednings förslag att åberopanden av sådana fel och brister i det konkurrensuppsökande skedet som inte har påtalats innan halva tiden för att lämna anbud har gått ut, inte ska få beaktas vid en överprövning av en upphandling.

Detta anser Kommunen är beklagligt.

Som anförts ovan upplever Kommunen, som många andra upphandlande myndigheter, att överprövningar av upphandlingar ibland verkar vara affärsstrategiska beslut snarare än en vilja att de facto pröva något i en upphandling eller ett tilldelningsbeslut som leverantören anser är fel. Därav torde en lagreglering, likt den som föreslås av Överprövningsutredningen enligt ovan, bidra till just att reducera möjligheten till denna typ av överprövningar. Kommunen är dock mån om att leverantörer i möjligaste mån ska kunna tillvarata sin rätt, för att säkerställa rättssäkra processer, vilket innebär att det eventuellt borde finnas med en reglering som gör gällande att det är förvaltningsrätten som ska bedöma huruvida något som åberopas i en överprövning redan i förvaltningsrätten borde lyfts under anbudstiden eller inte. Det kan gälla sådant som måste varit uppenbart för den aktuella leverantören under anbudstiden men som ändå inte lyfts under "frågor- och svar" under anbudstiden. Kommunens uppfattning är att en dylik reglering skulle avhjälpa en del av den upplevda problematiken med "okynnesöverprövningar".

Avsnitt 7 Ansökningsavgift och processkostnadsansvar

Som nämnts inledningsvis har Sverige en ovanligt, för att inte säga oproportionerligt, hög andel överprövningar av offentliga upphandlingar jämfört med andra länder inom den Europeiska unionen.

I olika Europeiska länder tillämpas ansökningsavgifter och då också med differentierade belopp.

Kommunen vill klargöra att vi ser en rättssäkerhetsproblematik, generellt sett, kopplat till förekomsten av en dylik avgift i domstol som kan behöva betalas av en leverantör för att denne ska kunna hävda sin rätt. Att frågan således är svår och problematisk är Kommunen mycket medveten om. Kommunen är också mån om att inte göra det svårare för mindre företag att delta i offentliga upphandlingar på lika villkor med större företag, vilket en dylik ansökningsavgift eventuellt skulle kunna leda till.

Kommunen anser dock att frågan förtjänar att belysas ytterligare innan den helt förkastas. I utkastet till lagrådsremiss anges det att en differentierad ansökningsavgift skulle innebära betydande administrativt merarbete för domstolarna. Kommunen önskar att en utredning av detta, med exempel från hur detta förfarande hanteras i andra europeiska länder, och hur konsekvenserna i dessa länder, rent administrativt, hanteras i deras domstolar hade presenterats för de som ombetts svara på det aktuella utkastet till lagrådsremiss.

Frågan gällande en ansökningsavgift torde vara viktig att grundligt utreda då det är något som potentiellt skulle kunna ha stor effekt på förekomsten av affärsstrategiska ”okynnesöverprövningar”. Givetvis måste dock alltid rättssäkerheten och rätten till likabehandling sättas i första rummet.

I avsaknad av möjligheten att använda sig av en ansökningsavgift – och med syfte att värna om rättssäkerhet och stävja ”okynnesöverprövningar” torde därmed även frågan gällande ömsesidigt processkostnadsansvar vara intressant att utreda ytterligare.

Kommunen beklagar att så inte skett. Kommunen anser, i enlighet med Förenklingsutredningen, att ett skäligt processkostnadsansvar skulle kunna medföra positiva effekter för att minska antalet överprövningar. Kommunen vill dock betona att processkostnadsansvaret i så fall hade behövts regleras med en modell som tillser att ansvaret inte skulle få avskräckande effekt för mindre företag att delta i offentliga upphandlingar eller deras möjlighet att tillvarata sin rätt. Således bör skäligheten i hur stor del av en processkostnad en leverantör skulle kunna komma att behöva betala efter en förlorad överprövningsprocess ställas i relation till företagets storlek/ekonomi.

Kommunen tror dock att ett väl infört processkostnadsansvar skulle kunna reducera antalet ”okynnesprövningar” kraftigt. Det skulle också leda till att upphandlande myndigheter tvingas kvalitetssäkra såväl sina upphandlingsunderlag som sina processer vid risken för eventuell överprövning av ett tilldelningsbeslut i större utsträckning än vad som kanske sker idag. Om det funnits ett processkostnadsansvar och en leverantör, efter att ett tilldelningsbeslut skickats ut, kontaktat den upphandlande myndigheten och redogjort för varför de anser att ett tilldelningsbeslut bör ändras eller att upphandlingen bör göras om hade den upphandlande myndigheten förmodligen rannsakat sin upphandling och sitt beslut på ett annat sätt än vad som eventuellt görs idag och därmed

kanske ändrat sitt beslut eller avbrutit upphandlingen för att annonsera en ny, rättad upphandling, om något bedöms vara fel snarare än att lite slentrianmässigt gå vidare till en överprövningsprocess med en förhoppning om att det hela ska gå igenom ändå.

Mot bakgrund av detta anser Kommunen att även processkostnadsansvaret borde utredas ytterligare.

Avsnitt 11: Tidsgränser vid uteslutning av en leverantör

För att anpassa nationell lagstiftning till EU-praxis föreslås det regler om att en dom som är äldre än fem år inte får ligga till grund för uteslutning av en leverantör på grund av brott. Händelser som är äldre än tre år får inte beaktas vid ett beslut om uteslutning av en leverantör på grund av missförhållanden i övrigt. De regler som finns i Sveriges nuvarande lagstiftning om uteslutning av en leverantör innehåller inte någon tidsgräns vilket har kritiserats av EU-kommissionen.

Ett införande av fasta tidsgränser innebär att domar och händelser som inträffat som är äldre än vad som anges i tidsgränserna inte ska tas med och beaktas i bedömningen om en leverantör ska kunna uteslutas från upphandlingen eller inte.

Kommunens uppfattning är att det hade varit önskvärt att det skulle vara möjligt med flexibla bedömning av dessa grunder som också står i proportion till upphandlingsföremålet, brottet ifråga osv.

Kommunens verksamhet och således de områden som omfattas av offentliga upphandlingar spänner över en rad områden. Staffanstorps kommun är också en kommun som har en stor del av den verksamhet som i många andra kommuner bedrivs i egen regi utlagd på externa leverantörer – exempelvis inom tjänster som omfattar äldrevård med mera. Det är viktigt att förtroendet för Kommunen är högt, speciellt inom verksamhetsområden som omfattar Kommunens brukare inom äldrevård, LSS med mera. Det är därmed lika viktigt att förtroendet för externa leverantörer inom dessa områden, och dess företrädare som utför dessa tjänster, är högt. Kommunen har, liksom många andra myndigheter och kommuner, sett ett ökat intresse för en del dylika tjänster från den organiserade brottsligheten – exempelvis inom taxibranschen som vanligtvis är den bransch som också ansvarar för utförande av färdtjänst för äldre och brukare med funktionshinder. Kommunens uppfattning är att med så här korta tidsgränser finns det en risk att det försvårar för Kommunen, och andra upphandlande myndigheter, att utesluta olämpliga personer från att driva verksamheter inom sådan kommunal verksamhet som kräver ett extra högt förtroende bland Kommunens invånare. Kommunen hade således önskat att en dylik reglering kunde varit mer flexibel och proportionerlig i förhållande till såväl upphandlingsobjekt som brott.



Staffanstorps
kommun

Datum: 2021-03-02

Ärendenummer: 2020-KS-796

Yttrande avseende utkast till lagrådsremiss - En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar (Fi2020/05179)

Sammanfattning

Staffanstorps kommun (nedan Kommunen) vill inledningsvis klargöra att Kommunen anser att det är bra att det görs en översyn av regelverket kopplat till överprövning av offentliga upphandlingar. Som så många andra upphandlande myndigheter upplever Kommunen att överprövningar av offentliga upphandlingar förekommer relativt ofta. Att överprövningar förekommer ofta behöver i sig inte vara negativt utan givetvis ska upphandlingar kunna överprövas för att såväl tillse att lagstiftning och unionsrättsliga principer följs som för att i rättspraxis klargöra såväl oklarheter i enskilda upphandlingar som oklarheter inom gällande regelverk och rättstillämpning. Detta medför också att rättsområdet utvecklas och konsekvent klargörs ytterligare vilket torde vara bra för såväl den offentliga beställarsidan som för leverantörssidan. Dock är det för var och en klarlagt att Sverige har en ovanligt, för att inte säga oproportionerligt, hög andel överprövningar av offentliga upphandlingar jämfört med andra länder inom den Europeiska unionen. Kommunen kan också, som många andra upphandlande myndigheter, vittna om att överprövningar ibland verkar grunda sig i affärsstrategiska beslut för leverantörer snarare än att de facto begära överprövning av ett tilldelningsbeslut mot bakgrund av att det faktiskt begåtts fel i upphandlingen, eller tilldelningen, som därmed bör rättas eller medföra att upphandlingen görs om. Inte sällan begär en upphandlande myndighets nuvarande leverantör överprövning av en upphandling eller tilldelningsbeslut i en upphandling för framtida avtal som leverantören inte vunnit. Ofta, så klart, med vetskapen om att den upphandlande myndigheten med största sannolikhet kommer att förlänga det tidigare avtalet med leverantören under överprövningsprocessen resulterande i att leverantören, trots att denne förlorat upphandlingen för kommande avtal, fortsatt kommer att sälja varor eller tjänster till den upphandlande myndigheten trots att ordinarie avtal löper ut. Häri torde det således ligga affärsmässiga och ekonomiska avvägningar för leverantören att överpröva snarare än att faktiskt pröva huruvida upphandlingen, eller dess tilldelningsbeslut, faktiskt strider mot gällande regelverk, principer eller rättspraxis. Detta då överprövningen ifråga kan innebära förhållandevis lite kostnader för leverantören samtidigt som vinsten från ett tidigare avtal fortsatt kan löpa under överprövningsprocessen.

När ett tidigare upphandlat avtal löper ut under en pågående överprövningsprocess innebär det också, rent upphandlingsrättsligt, att den upphandlande myndigheten oftast kommer att behöva lösa en framtida ”avtalslös” period, under överprövningen, med en direktupphandling. Även en förlängning av tidigare avtal är rent upphandlingsrättsligt att se som en direktupphandling om inte avtalet ifråga uttryckligen medger en upphandlad möjlighet till sådan förlängning. Risken är stor att denna typ av direktupphandlingar kan komma att utgöra så kallade otillåtna direktupphandlingar – beroende av bland annat värdet av direktupphandlingen. En dylik direktupphandling kan således bli föremål för en ogiltighetstalan samt också medföra såväl konkurrensskadeavgift för den upphandlande myndigheten som ev skadestånd till annan leverantör. Av denna anledning är det också önskvärt att lagstiftaren tar hänsyn till denna problematik då lagstiftningen avseende överprövningar ses över.

Kommunen är således mån om att lagstiftaren gör sitt yttersta för att tillse att regelverket kring överprövningar fyller det reella syftet med överprövningar och således också bidrar till att stävja ”okynnesöverprövningar” samt effekterna av utdragna rättsprocesser.

Konkreta synpunkter baserat på utkastet till lagrådsremiss

Utkastet till lagrådsremissen omfattar förslag till lagändringar i samtliga upphandlingslagar, det vill säga lagen om offentlig upphandling, lagen om tilldelning av koncessioner, lagen om upphandling inom försörjningssektorn och lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

De synpunkter som Kommunen valt att belysa och kommentera är koncentrerade till förslagen som berör lagen om offentlig upphandling då det främst är denna lagstiftning som påverkar Kommunens verksamhet. Kommunen vill dock klargöra att de synpunkter som anges också ska tolkas gälla för eventuella motsvarande lydelse och motiveringar i övrig upphandlingslagstiftning, när så är tillämpligt, då synpunkterna är av generell karaktär.

Avsnitt 5.2: Skyndsamhetskravet samt 5.3 En tidsfrist för målens avgörande bör inte införas

I utkastet till lagrådsremissen föreslås att det ska införas ett lagstadgat skyndsamhetskrav för mål om överprövning av upphandling och i mål om ett avtals giltighet.

Skyndsamhetskravet ersätter det tidigare förslaget från Överprövningsutredningen om att införa ett skyndsamhetskrav kombinerat med tidsfrist om att ett mål i förvaltningsrätten ska avgöras inom 90 dagar.

Kommunen är mycket positiv till att det föreslås införas ett skyndsamhetskrav vid överprövningsmål. Detta med tanke på att Domstolsverket uttryckt sig vara positiva till en dylik lagändring och att de ser fördelar med utformningen av regleringen. Förutsatt att skyndsamhetskravet de facto leder till kortare och, tidsmässigt, mer förutsägbara överprövningsprocesser kan Kommunen lättare arbeta med tidsramar för

upphandlingsprojekt, i förhållande till befintliga avtals avtalsperioder, som således också kan omfatta potentiella överprövningsprocesser.

I den bästa av världar är förutbestämda tidsramar, i denna typ av frågor, att föredra – likt det som föreslagits i Överprövningsutredningen. Kommunen anser dock att Domstolsverkets remissvar och yttranden i detta avseende måste anses väga förhållandevis tungt i den samlade bedömningen och Kommunen är också mån om att ett skyndsamhetskrav inte ska leda till forcerade överprövningsprocesser där ”kvaliteten” på den juridiska eller sakliga bedömningen blir lidande. Mot bakgrund av detta litar Kommunen på att skyndsamhetskravet ska kunna uppfylla sitt syfte utan en stadgad tidsfrist. Kommunen vill dock poängtera att syftet med skyndsamhetskravet torde vara nära besläktat med ett önskvärt tydliggörande av ett regelverk avseende rätten för upphandlande myndigheter att direktupphandla varor och tjänster under en längre pågående överprövningsprocess. Därav är Kommunens positiva hållning till utformningen av skyndsamhetskravet också beroende av det Kommunen anför nedan under avsnitt ”8.3, *Temporär direktupphandling*”.

Avsnitt 8.3: Temporär direktupphandling

I utkastet till lagrådsremiss föreslås att det **inte** införs en ny regel som möjliggör att upphandla utan föregående annonsering under en pågående överprövning. Förslaget från Överprövningsutredningen var i motsats till detta att införa en särskild möjlighet till direktupphandling när en upphandling överprövas, så kallade *täckningsköp*. Detta har inte beaktats i utkastet till lagrådsremiss.

Kommunen beklagar att regler om täckningsköp inte beaktats i kommande lagförslag. Det är Kommunens uppfattning att det behövs regler om möjligheten att genomföra direktupphandlingar vid långdragna överprövningsprocesser och att sådana regler bör ses i ljuset av- och vara ett komplement till det föreslagna skyndsamhetskravet.

Så kallade täckningsköp behövs allt som oftast när en överprövningsprocess pågår under en längre tid – det vill säga när överprövningsprocessen är längre än vad som är rimligt att anta vid planeringen av upphandlingen. En lagstadgad möjlighet till täckningsköp bör därför införas då en överprövningsprocess pågår under en tidsperiod som överskrider ett fastslaget antal dagar. Förslagsvis kan denna tidsgräns sättas till då överprövningen överstiger 90 dagar. På så sätt skulle en fastslagen tidsram – kopplat till skyndsamhetskravet enligt vad som angetts ovan – ändå kunna existera medförande att upphandlande myndigheter får en tydlig tidsram att beakta vid planeringen av framtida upphandlingar och vid upprättande av upphandlingsplaner.

Om lagstiftaren inte bedömer det vara önskvärt att en dylik möjlighet till täckningsköp ska finnas generellt sett anser Kommunen i vart fall att ett dylikt förfarande bör införas avseende varor och tjänster där behovet av att leveransen av varan eller tjänsten inte upphör är kritiskt för Kommunen och/eller dess invånare. Vad som i rättspraxis och i domslut från Sveriges förvaltningsrättsliga underätter kan anses utgöra *synnerlig brådska*, avseende möjligheten att direktupphandla vid utdragna överprövningsprocesser, får anses

innebära att kraven för synnerlig brådska är relativt högt ställda. En lagändring, likt den som föreslås av Kommunen ovan avseende täckningsköp, bör således medföra att det bör finnas en möjlighet att direktupphandla under rådande omständigheter även för sådant som i en Kommuns hänseende kan anses utgöra kritiska tjänster (så som exempelvis färdtjänst, sophämtning/renhållning, telefonabonnemang med mera) men som eventuellt i en "ordinarie" domstolsbedömning avseende synnerlig brådska inte skulle nå upp till de krav som får anses gälla idag avseende detta begrepp.

Avsnitt 6.2 En preklusionsfrist under anbudsstiden bör inte införas och Avsnitt 6.3: Preklusionsregler överprövningsmål

Kommunen är positiv till förslaget att omständigheter som en leverantör åberopar till grund för sin talan, senare än två veckor efter att ansökan kommit till förvaltningsrätten, endast ska få beaktas i särskilda fall. Om målet överprövas till kammarrätten ska grundregeln vara att parterna inte får åberopa och tillföra målet något nytt som inte hanterats i förvaltningsrätten. Lagändringen torde medföra att överprövningsprocesser kan kortas i tid, medföra minskad omfattning av handlingar, underlag och korrespondens mellan parterna och domstolen som innefattas i processen samt torde gagna det övergripande syftet med det lagstiftaren önskar åstadkomma med föreslagna lagändringar.

Förslaget innebär att vid överprövningar kommer fokus att ligga på det som inledningsvis kommuniceras till förvaltningsrätten, inom ramen för processen, vilket torde resultera i det som angetts ovan. Kommunen menar att det är positivt om tiden för överprövningar kortas ned, i enlighet med vad som anförts ovan.

Kommunen noterar dock att lagförslaget inte innefattar Överprövningsutrednings förslag att åberopanden av sådana fel och brister i det konkurrensuppsökande skedet som inte har påtalats innan halva tiden för att lämna anbud har gått ut, inte ska få beaktas vid en överprövning av en upphandling.

Detta anser Kommunen är beklagligt.

Som anförts ovan upplever Kommunen, som många andra upphandlande myndigheter, att överprövningar av upphandlingar ibland verkar vara affärsstrategiska beslut snarare än en vilja att de facto pröva något i en upphandling eller ett tilldelningsbeslut som leverantören anser är fel. Därav torde en lagreglering, likt den som föreslås av Överprövningsutredningen enligt ovan, bidra till just att reducera möjligheten till denna typ av överprövningar. Kommunen är dock mån om att leverantörer i möjligaste mån ska kunna tillvarata sin rätt, för att säkerställa rättssäkra processer, vilket innebär att det eventuellt borde finnas med en reglering som gör gällande att det är förvaltningsrätten som ska bedöma huruvida något som åberopas i en överprövning redan i förvaltningsrätten borde lyfts under anbudsstiden eller inte. Det kan gälla sådant som måste varit uppenbart för den aktuella leverantören under anbudsstiden men som ändå inte lyfts under "frågor- och svar" under anbudsstiden. Kommunens uppfattning är att en dylik reglering skulle avhjälpa en del av den upplevda problematiken med "okynnesöverprövningar".

Avsnitt 7 Ansökningsavgift och processkostnadsansvar

Som nämnts inledningsvis har Sverige en ovanligt, för att inte säga oproportionerligt, hög andel överprövningar av offentliga upphandlingar jämfört med andra länder inom den Europeiska unionen.

I olika Europeiska länder tillämpas ansökningsavgifter och då också med differentierade belopp.

Kommunen vill klargöra att vi ser en rättssäkerhetsproblematik, generellt sett, kopplat till förekomsten av en dylik avgift i domstol som kan behöva betalas av en leverantör för att denne ska kunna hävda sin rätt. Att frågan således är svår och problematisk är Kommunen mycket medveten om. Kommunen är också mån om att inte göra det svårare för mindre företag att delta i offentliga upphandlingar på lika villkor med större företag, vilket en dylik ansökningsavgift eventuellt skulle kunna leda till.

Kommunen anser dock att frågan förtjänar att belysas ytterligare innan den helt förkastas. I utkastet till lagrådsremiss anges det att en differentierad ansökningsavgift skulle innebära betydande administrativt merarbete för domstolarna. Kommunen önskar att en utredning av detta, med exempel från hur detta förfarande hanteras i andra europeiska länder, och hur konsekvenserna i dessa länder, rent administrativt, hanteras i deras domstolar hade presenterats för de som ombetts svara på det aktuella utkastet till lagrådsremiss.

Frågan gällande en ansökningsavgift torde vara viktig att grundligt utreda då det är något som potentiellt skulle kunna ha stor effekt på förekomsten av affärsstrategiska ”okynnesöverprövningar”. Givetvis måste dock alltid rättssäkerheten och rätten till likabehandling sättas i första rummet.

I avsaknad av möjligheten att använda sig av en ansökningsavgift – och med syfte att värna om rättssäkerhet och stävja ”okynnesöverprövningar” torde därmed även frågan gällande ömsesidigt processkostnadsansvar vara intressant att utreda ytterligare.

Kommunen beklagar att så inte skett. Kommunen anser, i enlighet med Förenklingsutredningen, att ett skäligt processkostnadsansvar skulle kunna medföra positiva effekter för att minska antalet överprövningar. Kommunen vill dock betona att processkostnadsansvaret i så fall hade behövts regleras med en modell som tillser att ansvaret inte skulle få avskräckande effekt för mindre företag att delta i offentliga upphandlingar eller deras möjlighet att tillvarata sin rätt. Således bör skäligheten i hur stor del av en processkostnad en leverantör skulle kunna komma att behöva betala efter en förlorad överprövningsprocess ställas i relation till företagets storlek/ekonomi.

Kommunen tror dock att ett väl infört processkostnadsansvar skulle kunna reducera antalet ”okynnesprövningar” kraftigt. Det skulle också leda till att upphandlande myndigheter tvingas kvalitetssäkra såväl sina upphandlingsunderlag som sina processer vid risken för eventuell överprövning av ett tilldelningsbeslut i större utsträckning än vad som kanske sker idag. Om det funnits ett processkostnadsansvar och en leverantör, efter att ett tilldelningsbeslut skickats ut, kontaktat den upphandlande myndigheten och redogjort för varför de anser att ett tilldelningsbeslut bör ändras eller att upphandlingen bör göras om hade den upphandlande myndigheten förmodligen rannsakat sin upphandling och sitt beslut på ett annat sätt än vad som eventuellt görs idag och därmed

kanske ändrat sitt beslut eller avbrutit upphandlingen för att annonsera en ny, rättad upphandling, om något bedöms vara fel snarare än att lite slentrianmässigt gå vidare till en överprövningsprocess med en förhoppning om att det hela ska gå igenom ändå.

Mot bakgrund av detta anser Kommunen att även processkostnadsansvaret borde utredas ytterligare.

Avsnitt 11: Tidsgränser vid uteslutning av en leverantör

För att anpassa nationell lagstiftning till EU-praxis föreslås det regler om att en dom som är äldre än fem år inte får ligga till grund för uteslutning av en leverantör på grund av brott. Händelser som är äldre än tre år får inte beaktas vid ett beslut om uteslutning av en leverantör på grund av missförhållanden i övrigt. De regler som finns i Sveriges nuvarande lagstiftning om uteslutning av en leverantör innehåller inte någon tidsgräns vilket har kritiserats av EU-kommissionen.

Ett införande av fasta tidsgränser innebär att domar och händelser som inträffat som är äldre än vad som anges i tidsgränserna inte ska tas med och beaktas i bedömningen om en leverantör ska kunna uteslutas från upphandlingen eller inte.

Kommunens uppfattning är att det hade varit önskvärt att det skulle vara möjligt med flexiblare bedömning av dessa grunder som också står i proportion till upphandlingsföremålet, brottet ifråga osv.

Kommunens verksamhet och således de områden som omfattas av offentliga upphandlingar spänner över en rad områden. Staffanstorps kommun är också en kommun som har en stor del av den verksamhet som i många andra kommuner bedrivs i egen regi utlagd på externa leverantörer – exempelvis inom tjänster som omfattar äldrevård med mera. Det är viktigt att förtroendet för Kommunen är högt, speciellt inom verksamhetsområden som omfattar Kommunens brukare inom äldrevård, LSS med mera. Det är därmed lika viktigt att förtroendet för externa leverantörer inom dessa områden, och dess företrädare som utför dessa tjänster, är högt. Kommunen har, liksom många andra myndigheter och Kommuner, sett ett ökat intresse för en del dylika tjänster från den organiserade brottsligheten – exempelvis inom taxibranschen som vanligtvis är den bransch som också ansvarar för utförande av färdtjänst för äldre och brukare med funktionshinder. Kommunens uppfattning är att med så här korta tidsgränser finns det en risk att det försvårar för Kommunen, och andra upphandlande myndigheter, att utesluta olämpliga personer från att driva verksamheter inom sådan kommunal verksamhet som kräver ett extra högt förtroende bland Kommunens invånare. Kommunen hade således önskat att en dylik reglering kunde varit mer flexibel och proportionerlig i förhållande till såväl upphandlingsobjekt som brott.



SteiHanstoip,
kommun

MÖTESPROTOKOLL

Mötesdatum

Kommunstyrelsen

2021-03-24

§21

Remiss - Utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar (2020-KS-796)

Beslut

Kommunstyrelsen beslutar

att till Finansdepartementet avge yttrande daterad 2021-03-02 som svar på remiss Fi2020/05 1 79 av promemorian "En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar" samt

att paragrafen skall anses omedelbart justerad.

Ärendet i korthet

Staffanstorps kommun har av Finansdepartementet inbjudits att inkomma med synpunkter avseende utkast till lagrådsremiss - En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar (Fi2020/05 1 79).

Utkastet till lagrådsremissen bygger på förslag från två tidigare utredningar, Överprövningsutredningen (SOU 2015:12) och Förenklingsutredningen (SOU 2018:44). Överprövningsutredningens övergripande syfte var att se till hur effektiviteten i upphandlingsförfarandena kan öka genom att finna sätt att komma till rätta med de problem som uppstår av att upphandlingsprocesser stoppas när den bakomliggande upphandlingen begärs överprövade i domstol. Tilläggas ska att Sverige, sett till jämförelse med andra länder inom Europeiska unionen, har en mycket hög andel överprövning av offentliga upphandlingar.

Förenklingsutredningens syfte var vidare att se över möjligheter till förenkling av upphandlingslagstiftningen för upphandlingar understigande EU:s så kallade tröskelvärden och för sociala och andra särskilda tjänster (vilka har en särställning inom upphandlingsrätten genom upphandlingslagstiftningens bilaga 2 och 2a). Utredningen hade också till uppdrag att föreslå regler avseende ansvar för processkostnader och ansökningsavgifter för överprövningsmål vilket är av särskilt intresse för de frågeställningar som aktualiseras i den aktuella lagrådsremissen. I övrigt kan det också nämnas att EU-kommissionen, i en formell underrättelse, har ifrågasatt att Sverige, i sin nationella lagstiftning, inte har reglerat tidsgränser vid uteslutning av leverantörer från offentlig upphandling. I enlighet med EU:s praxis innehåller utkastet till lagrådsremiss också lydelse som syftar till att införa dylika tidsgränser i svensk lag.

Justera
ndes sign

j Utdragsbestyrkande



Statistik
Lokalt

MÖTESPROTOKOLL

Mötesdatum

Kommunstyrelsen

2021-03-24

Finansdepartementet önskar att tillsända remissinstanser inkommer med synpunkter senast den 31 mars 2021.

Yrkanden

Pierre Sjöström (S), Richard Olsson (SD) och Eric Tabich (M) yrkar bifall till kommunstyrelsens arbetsutskotts förslag till beslut.

Expedieras till

För verkställighet eller motsvarande åtgärd: Kansliet

För kännedom: Finansdepartementet

Beslutsunderlag

- Kommunstyrelsens arbetsutskotts beslut§ 29, 2021-03-09
- Tjänsteskrivelse daterad 2021-03-02
- Yttrande daterat 2021-03-02
- Utkast till lagrådsremiss
- Remissmissiv