

Handläggare
Kommunstyrelseförvaltningen
Jenny Börselius Erngren
jenny.borselius@tyreso.se
jenny.borselius@tyreso.se

Handlingstyp
Tjänsteskrivelse

Datum
2021-02-18

Sida
1 (8)
Diarienummer
2020/KS 0339 006

Mottagare
Kommunstyrelsen

Svar på lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar

Kommunstyrelseförvaltningen förslag till kommunledningsutskottet för beslut till kommunstyrelsen

Kommunstyrelseförvaltningens skrivelse antas som Tyresö kommuns svar på lagrådsremissen om en effektivare överprövning av offentliga upphandlingar.

Kommunstyrelseförvaltningen

Stefan Hollmark
Kommundirektör

Elin Waltersson
Chef Stöd- och servicekontoret

Sammanfattning

Finansdepartementet har genom remiss bjudit in Tyresö Kommun ”Tyresö” att lämna synpunkter på utkast till lagrådsremiss, En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar. Remissvaret ska besvaras senast den 31 mars 2021.

Utkastet innehåller en samlad bedömning av överprövningsutredningens och förenklingsutredningens förslag avseende överprövning av upphandlingsmål. Förslagen syftar till att upphandlingsmålen ska kunna avgöras snabbare och att domstolsprocessen ska bli mer förutsägbar för parterna.

Kommunstyrelseförvaltningen bedömning

Kommunstyrelseförvaltningen delar i huvudsak de förslag och bedömningar som utkastet till lagrådsremiss föreslår. Syftet med förslaget är en ökad effektivitet i upphandlingsprocessen.

Kommunstyrelseförvaltningen övergripande uppfattning är att utkastet innehåller väl genomarbetade förslag inom ramen för det uppdrag som tilldelats och instämmer i bedömning.

Kommunstyrelsen ställer sig särskilt positiv till utkastets förslag om skyndsamt handläggning i domstolsprocessen. Detta då konsekvensen av överprövningar många gånger leder till fördröjningar och förseningar för både myndighet och leverantör. Men även svårigheten i att kunna tillhandahålla varor och tjänster för allmänheten

Dock delar inte Kommunstyrelseförvaltningen utkastets bedömning om att avstå från att föreslå avgifter för domstolsprövning av upphandlingsmål. Kommunstyrelseförvaltningen anser att införandet av avgifter för överprövningen av upphandlingsmål torde minska antalet överprövningsmål och effektivisera upphandlingsförfarandet.

Vidare saknar kommunstyrelseförvaltningen en redogörelse kring huruvida utkastet har eller inte har beakta den obalans som skapas mellan parterna när enbart den ena parten kan få ersättning för tillvaratagande av sin rätt. Detta då utkastet i sitt förslag bedömer att ersättning för rättegångskostnader i mål om överprövning ska utgöra en ersättningsgill skada.

Kommunstyrelseförvaltningen har tagit fram ett förslag till yttrande över remissen i vilken kommunstyrelseförvaltningen valt att koncentrera sitt svar till att enbart bemötande utkastets förslag av kostnaderna för ansökningsavgifter samt efterfrågan av ytterligare utredning gällande obalansen som uppstår kring ersättning för rättegångskostnader vid skadeståndskrav.

Beskrivning av ärende

Bakgrund

Överprövningar är en viktig del vid upphandlingar. Inte bara för att stärka den enskilda leverantörens rättssäkerhet och öppna upp för konkurrens, utan även för att syftena med upphandlingsregelverket ska uppnås och öka kvalitén i upphandlingsförfarandet med möjlighet till goda affärer.

Konsekvensen av dessa överprövningar kan dock leda till fördröjningar och förseningar genom ökade kostnader och inkomstförluster, eftersom varken leverantören eller myndigheten kan vara säkra på när och om kontraktet kan

undertecknas. Men även svårigheter i att kunna tillhandahålla varor och tjänster för allmänheten

Lagrådsremiss

Förslagen i utkastet syftar till att upphandlingsmålen ska kunna avgöras snabbare och att domstolsprocessen ska bli mer förutsägbar för parterna.

Det föreslås bland annat att det i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet ska införas ett skyndsamhetskrav, en preklusionsfrist (en skyldighet för leverantörer att redan under anbudstiden påtala fel eller brister) 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 överensstämma 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 100 000 kronor. 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.

I utkastet görs även bedömningar i fråga om bl.a. införande av dels en tidsfrist för överprövningsmålen handläggning, dels en ansökningsavgift och ett ömsesidigt processkostnadsansvar.

Skyndsamhetskrav

Förslag: Det föreslås bland annat att det i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet ska införas ett uttryckligt krav på skyndsamt handläggning i domstol men inte något lagförslag på särskild tidsfrist, krav på tidsplan eller något på domstolen för materiell processledning.

Vidare föreslås ett skyndsamhetskrav i mål om utlämnanden av kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen.

Kommentar: Kommunstyrelseförvaltningen stödjer förslaget om att ett skyndsamhetskrav är bra och instämmer i utkastets bedömning om att det föreligger en risk

att kvaliteten i handläggningen av dömandet skulle kunna påverkas på ett negativt sätt om snabbare avgöranden tvingades fram genom lag för att hålla tidsfrister och tidplaner.

Preklusionsfrist

Förslag: I utkastet finns även ett förslag om preklusionsfrist i både förvaltningsrätten och kammarrätten som begränsar den sökande leverantörens möjlighet att i domstol åberopa nya fel och brister efter en viss tidpunkt. Nya grunder eller bevis får inte heller tas upp i kammarrätt enligt förslaget. Huvudregelns ska gälla så länge det inte finns giltiga skäl.

En Leverantör som ansökt om överprövning av en upphandling har dock fortfarande möjligheten att ändra sin talan till att avse överprövning av ett avtals giltighet utan att behöva ge in en ny ansökan. En sådan taleändring föreslås fortsatt vara tillåten och undantagen från preklusionsreglerna.

Kommentar: Kommunstyrelseförvaltningen stödjer förslaget och bedömer att en preklusionsfrist enligt p 6.3 kan medföra både kortare handläggningstid i domstol och effektivare processföring genom att förmå parterna att slutföra sin talan i ett tidigt skede. Förslag kan även komma att öppna upp för tidigare dialoger, mellan leverantören och upphandlande myndighet, redan i upphandlingsprocessen. Vidare instämmer kommunstyrelseförvaltningen i utkastets bedömning om att införa en preklusionsregel (6:2) under anbudsstiden eller innan tilldelningsbeslut inte bör införas. En sådan regel om krav på anmälning- eller påtalandeskyldighet i under en begränsad tid skulle enbart hämma rättssäkerheten då leverantören tvingas fullgöra sin påtalandeskyldighet redan i anbudsskedet för att inte gå miste om möjligheten till att kunna överpröva upphandlingen.

Ansökningsavgift och processkostnadsansvar

Förslag: att varken en ansökningsavgift eller ett processkostnadsansvar bör införas i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet. Bakgrund till bedömning är att leverantörernas rättssäkerhet skulle påverkas alltför negativt kontra den eventuella minskningen av obefogade överprövningar.

Kommentar: Kommunstyrelseförvaltningen delar utkastet bedömning om att ett processkostnadsansvar inte bör införas i överprövningsmål. Ett införande av processkostnadsansvar skulle enligt Kommunstyrelseförvaltningens uppfattning innebära såväl ytterligare skriftväxling i målen, som komplicerade överväganden vilket skulle få motsatt effekt med förlängda handläggningstider i domstolarna

Däremot instämmer kommunstyrelseförvaltningen inte i utkastets bedömning utan anser att avgifter för ansökan om överprövning bör införas och förslagsvis vara kopplad till antingen storleken på företagets omsättning eller upphandlingens värde.

Avgiften tas ut vid överklaganden i en rad europeiska länder och som exempel kan nämnas våra grannländer Norge, Finland och Danmark där det även visat sig att avgiften har resulterat i minskat antal överprövningsmål.

Kommunstyrelseförvaltningen uppfattning är att ett införande av ansökningsavgift skulle leda till noggrannare analys av rättsläget innan en ansökan om överprövning ges in. Sådana överväganden skulle i sin tur kunna öppna upp för effektivare och bättre dialoger mellan leverantörer och myndigheter och därigenom höja kvalitén på upphandlingarna, men även för att minska antalet överprövningar med svaga rättsliga grunder. Som exempel kan nämnas de ”Okynnesöverprövningar” som enbart inges för att fördröja ett avtalstecknande så att befintliga avtalet ska kunna fortsätta att generera intäkter under ytterligare tid framöver.

Kommunstyrelseförvaltningen föreslår ytterligare utredning i saken.

Övriga frågor rörande överprövning

Förslag: Utkastet föreslår att reglerna om förlängd avtalsspärr i upphandlingslagarna inte bör ändras. Och att ett ingånget avtal även i fortsättningen bör förhindra överprövning av en upphandling. Vidare föreslår utkastet att en överprövningsprocess av en upphandling, inte får återopas som stöd till att övergå till ett för ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid en temporär upphandling. Det föreslås även att ansökan om överprövning av ett avtals giltighet måste komma in till förvaltningsrätten inom 30 dagar från det en icke-direktivstyrd efterannons i en registrerad annonsdatabas.

Kommentar: Kommunstyrelseförvaltningen instämmer i utkastets förslag och finner förslagen väl genomarbetade och avvägda. Tyresö har därmed inget att tillägga.

Skadestånd

Förslag: att rättegångskostnader enligt upphandlingslagstiftningen inte bör undantas från en upphandlande myndighet skadeståndsskyldighet när en leverantörs utsatts för skada. Samt att fristen för att få ansöka om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att ett avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Kommentar: Kommunstyrelseförvaltningen instämmer i utkastets bedömning beträffande ersättning för rättegångskostnader i de fall där det föreligger en tillräckligt klar överträdelse av lagen d v s där det skett en tydlig avvikelser från de grundläggande principerna, och inte vid en bagatellartad överträdelse.

Rekommendation: Det Kommunstyrelseförvaltningen dock saknar är en redogörelse kring huruvida utkastet har eller inte har beakta den obalans som

skapas mellan parterna när enbart den ena parten kan få ersättning för tillvaratagande av sin rätt. Många gånger lägger den upphandlande myndigheten ner stora kostnader på tillvaratagande av sin rätt och går många gånger vinnande ur dessa mål utan att ersättas för de kostnader som uppstått i och med försening av ett avtals ikraftträdande.

Annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar

Förslag: att efterannonsering inte ska behöva göras vid upphandlingar som understiger 100 000 kr.

Kommentar: Kommunstyrelseförvaltningen instämmer i utkastets bedömning och har inget att tillägga.

Tidsgränser vid uteslutning av en leverantör

Förslag: att upphandlande myndighet eller enhet inte ska få låta en dom som är äldre än fem år eller händelser som är äldre än tre år ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör på grund av brott respektive missförhållanden i övrigt.

Kommentar: Kommunstyrelseförvaltningen instämmer med utkastets bedömning och ser en tidsbegränsning som en objektiv åtgärd i de fall där myndigheten själva inte klarar att göra en bedömning om att införa en tidsbegränsning.

Remissvaret har inga ekonomiska konsekvenser.

Remissvaret har inga konsekvenser för barnets bästa och därför har ingen regelrätt prövning av barnets bästa gjorts

Remissvar från Tyresö Kommun

Sammanfattning

Tyresö Kommun ”Tyresö” vill härmed överlämna detta remissvar avseende utkast till lagrådsremiss, En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar, Fi2020/05179.

Då Tyresö ställer sig positiv till utkastets förslag och bedömningar är således Remissvaret begränsat till de delar av Utkast till Lagrådsremiss som avser:

5.2 Mål om överprövning ska handläggas skyndsamt

7.1 Ansökningsavgift

9.1. Ersättning för rättegångskostnader vid skadeståndskrav.

Tyresös övergripande uppfattning är att utkastet innehåller väl genomarbetade förslag inom ramen för det uppdrag som tilldelats och instämmer i bedömning

5.2 Mål om överprövning ska handläggas skyndsamt

Förslag: ett skyndsamhetskrav för att kunna bidra till en enhetligare handläggning av målen i domstolarna samt till snabbare och mer förutsägbara handläggningstider i varje enskilt mål

Kommentar: Tyresö ställer sig särskilt positiv till utkastets förslag om skyndsamt handläggning i domstolsprocessen. Detta då konsekvensen av överprövningar många gånger leder till fördröjningar och förseningar för både myndighet och leverantör. Men även svårigheten i att kunna tillhandahålla varor och tjänster för allmänheten.

7.1 Ansökningsavgift

Förslag: att ansökningsavgift inte bör införas i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet. Bakgrund till bedömning är att leverantörernas rättssäkerhet skulle påverkas alltför negativt kontra den eventuella minskningen av obefogade överprövningar

Kommentar: Tyresö delar inte utkastets bedömning om att avstå från att föreslå avgifter för domstolsprövning av upphandlingsmål. Tyresö anser att införandet av avgifter för överprövningen av upphandlingsmål torde minska antalet överprövningsmål och effektivisera upphandlingsförfarandet.

Tyresö anser att avgifter för ansökan om överprövning bör införas och förslagsvis vara kopplad till antingen storleken på företagets omsättning eller upphandlingens värde.

Avgiften tas ut vid överklaganden i en rad europeiska länder och som exempel kan nämnas våra grannländer Norge, Finland och Danmark. Där det även visat sig att avgiften har resulterat i minskat antal överprövningsmål.

Tyresös uppfattning är att ett införande av ansökningsavgift skulle leda till noggrannare analys av rättsläget innan en ansökan om överprövning ges in. Sådana överväganden skulle i sin tur kunna öppna upp för effektivare och bättre dialoger mellan leverantörer och myndigheter och därigenom höja kvalitén på upphandlingarna, men även för att minska antalet överprövningar med svaga rättsliga grunder. Som exempel kan nämnas de ”Okynnesöverprövningar” som enbart inges för att fördröja ett avtalstecknande så att befintliga avtalet ska kunna fortsätta att generera intäkter under ytterligare tid framöver.

Rekommendation: Tyresö föreslår ytterligare utredning i saken.

9.1 Ersättning för rättegångskostnader vid skadeståndskrav

Förslag: att rättegångskostnader enligt upphandlingslagstiftningen inte bör undantas från en upphandlande myndighet skadeståndsskyldighet när en

leverantörs utsatts för skada enligt 20 kap. 20 § LOU respektive LUF och 16 kap. 20 § LUK respektive LUF5.

Kommentar: Tyresö instämmer i utkastets bedömning beträffande ersättning för rättegångskostnader i de fall där det föreligger en tillräckligt klar överträdelse av lagen d v s där det skett en tydlig avvikelse från de grundläggande principerna, och inte vid en bagatellartad överträdelse.

Rekommendation: Det Tyresö dock saknar är en redogörelse kring huruvida utkastet har eller inte har beakta den obalans som skapas mellan parterna när enbart den ena parten kan få ersättning för tillvaratagande av sin rätt. Många gånger om mycket lägre den upphandlande myndigheten ner stora kostnader på tillvaratagande av sin rätt och går många gånger vinnande ur dessa mål utan att ersättas för de kostnader som uppstått i och med försening av ett avtals ikraftträdande.

Tyresö anser inte att parterna ska belastas med processkostnadsansvar enligt p. 7.2, dock hade Tyresö gärna sett en redogörelse kring den obalans som skapas i p.9.2 när enbart den ena part kan yrka ersättning för tillvaratagande av sin rätt.