

Svar på remiss från Finansdepartementet: En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar

Förslag till beslut

Inköps- och upphandlingsnämnden översänder förvaltningens tjänsteutlåtande som sitt remissvar gällande utkast på utkast till lagrådsremiss – En effektivare överprövning av offentlig upphandling, till Finansdepartementet.

Sammanfattning

Inköp och upphandling lämnar svar på utkast till lagrådsremiss (nedan utkastet) till Finansdepartementet. Inför remissvar har dialog förts med Stadsledningskontoret.

Lagförslagen som föreslås i utkastet kan sammanfattas enligt nedan.

Skyndsamhetskrav och preklusionsregler

I utkastet föreslås att det i mål av överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet ska införas ett skyndsamhetskrav, dels preklusionsfrister (att leverantören efter viss tidpunkt inte får anföra nya fel och brister) i både förvaltningsrätt och kammarrätt. Även om de flesta domstolarna redan handlägger överprövningsmålen med förtur, innebär skyndsamhetskravet enligt utkastet att handläggningen av målen måste prioriteras i något högre utsträckning än vad som är fallet i dag. Preklusion i förvaltningsrätten innebär att en leverantör, senast två veckor efter ansökan, måste ha presenterat alla omständigheter som görs gällande för ansökan. I kammarrätten innebär preklusionen att nya omständigheter som huvudregel inte får beaktas.

Frister för skadestånd

Det föreslås att fristen för att väcka skadestånd vid fel och brister i en upphandling ändras för att överensstämja med EU-rätten. Ändringen innebär att talan om skadestånd ska väckas inom ett år från det att leverantören fick kännedom eller borde fått kännedom om att avtalet slutits. Till skillnad från nuvarande regler som innebär att tidsfristen börjar löpa vid tidpunkten när avtal sluts.

Tidsfrister vid uteslutning av leverantör

I utkastet föreslås att det ska införas tidsgränser på fem respektive tre år vid beslut om uteslutning vid obligatoriska respektive frivilliga uteslutningsgrunder.

Efterannonsering samt tidsfrister för överprövning vid icke-direktivstyrd upphandling

Förslagen innebär att upphandlande myndigheter och enheter inte ska behöva efterannonsera upphandlingar under 100 000 kr, vilket är en åtgärd för att komma till rätta med en otydlighet som uppstod i samband med införandet av en nyligen införd lag om upphandlingsstatistik. Samtidigt innebär en publicering av efterannonseringen att en ansökan om överprövning av avtals giltighet ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30

dagarna har gått från det att annonsen publicerats. Tidsfristen innebär en förkortning mot huvudregeln på 6 månader.

I utkastet bedöms även att ett antal förslag som föreslagits i de underliggande utredningarna inte ska införas.

Bedömning ur ekonomisk dimension

Förslagen innebär att det varken ska införas någon ansökningsavgift, något processkostnadsansvar eller att leverantörens möjlighet att genom skadestånd få ersättning för sina ombudskostnader begränsas genom lag. Trösklarna för en leverantör att ansöka om överprövning är därmed låga och förslagen kommer därmed knappast bidra till någon minskning av antalet överprövningar. De kostnader som är kopplade till överprövningar kommer sannolikt att ligga kvar på samma nivå som tidigare.

Bedömning ur ekologisk och social dimension

Förvaltningen har, på samma sätt som framgår av konsekvenser i utkastet, inte funnit några särskilda aspekter på frågan utifrån dessa dimensioner.

Samverkan

Någon partssamverkan med fackliga organisationerna har inte skett.

Ärendet

Göteborgs kommun är remissinstans och remisstiden löper till den 31 mars 2021.

Nämnden har från kommunstyrelsen fått en begäran om yttrande direkt till Finansdepartementet över Utkast till lagrådsremiss - En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar (dnr 1697/20) inom den angivna svarstiden. Lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 januari 2022.

Förvaltningens bedömning

Inköp och upphandling ser positivt på alla lagförslag som kan bidra till en mer effektiv överprövningsprocess. Det finns, vilket de underliggande utredningarna visar på, ett påtagligt behov av att införa bestämmelser i LOU för att effektivisera överprövningsprocessen. Inköp och upphandling anser dock att de förslag som nu presenteras – i flera delar – kunde varit mer långtgående.

Bör det införas ett lagstadgat skyndsamhetskrav för upphandlingsmål?

Inköp och upphandling tillstyrker förslaget om ett lagstadgat skyndsamhetskrav.

Som framgår av utkastet, samt de tidigare utredningarna, är osäkerhetsfaktorn kring en överprövnings handläggningstid en av de mest kritiska faktorerna både för upphandlande myndigheter som leverantörer. En myndighet behöver i sin planering ta höjd för en överprövningsprocess för att kunna ha en möjlighet att ingå ett temporärt avtal för nödvändiga leveranser vid händelse av en utdragen överprövningsprocess. Utan ledning i frågan om handläggningstid (som kan variera betydligt) är det svårt för myndigheten att avgöra vad som ska anses vara tillräcklig tid för att myndigheten inte själv på grund av bristande planering ska anses ha försatt sig i brådskan. Utan en uppskattning av handläggningstiden är det därför mycket svårt att göra en väl avvägd planering med osäkerhet som följd. Även leverantörer drabbas, genom exempelvis lång bundenhet för anbuden, som en följd av osäkerheten kring hur lång tid myndigheten behöver ha i sin tidsplan för en eventuell överprövning. Därtill kan leverantörer drabbas av ekonomisk osäkerhet för priser och allokering av resurser om myndigheten behöver genomföra en upphandling långt innan avtalet ska börja gälla.

Mot denna bakgrund är det välkommet med ett skyndsamhetskrav som förhoppningsvis får en motsvarande effekt som en tidsfrist för handläggningen, eller i vart fall bidrar till en mer enhetlig och förutsägbar överprövningsprocess. Effekterna av skyndsamhetskravet bör dock tydligt följas upp. Om det visar sig att handläggningstiderna inte blir kortare, bör bestämmelsen kompletteras med en lagreglerad tidsfrist inom vilken ett avgörande ska ha meddelats, i vart fall för upphandlingar som rör verksamhetskritiska varor och tjänster.

Bestämmelsen behöver kombineras med den föreslagna processuella preklusionen för att undvika att nya grunder anförs sent i skriftväxlingen som påverkar målets handläggningstid.

Inköp och upphandling har inget att erinra mot att skyndsamhetskravet även omfattar mål som rör utlämnande av kontrakt. Samtidigt noteras att inget särskilt nämns om skyndsamhetskravet även gäller överprövningsmål om avbrytande. Inköp och upphandling utgår från att även mål som rör avbrytanden omfattas av skyndsamhetskravet, men det bör klargöras.

Ingen tidsfrist för handläggningen, ingen materiell handledning och inget krav på tidsplan för målens avgörande föreslås

Inköp och upphandling lämnar följande synpunkter kring ställningstagandet att inte införa någon tidsfrist för handläggningen i förvaltningsrätten, ingen materiell handledning och inget krav på tidsplan för målens avgörande.

I de utredningar som förslagen baseras på har det varit tydligt att ett stort problem är själva oförutsebarheten kring handläggningen av överprövningen. Ett skyndsamhetskrav utan någon bortre tidsfrist (som den på 90 dagar som Överprövningsutredningen föreslog) är därför inte fullt tillräcklig ur ett förutsebarhetsperspektiv.

En tydlig bortre gräns för handläggningen är också i princip en förutsättning för att kunna införa en tillämpbar bestämmelse om täckningsköp (som förmodas föreslås i kommande lagrådsremiss senare under året). Den upphandlande myndigheten behöver, för att kunna ”ta höjd” för en tillräcklig planering kring överprövningen kunna ha en tidsgräns att förhålla sig till. Rent praktiskt behöver en upphandlande myndighet planera för att ha en viss tid mellan tilldelning och planerad avtalsstart som förutom implementering vid leverantörsbyte även innehåller tid för en eventuell överprövning. Som det är nu är det svårt att förhålla sig till denna tidssättning. Det den upphandlande myndigheten vet är att 16 månader är tillräcklig tid (jfr HFD 2019 ref. 65) men däremot råder en stor osäkerhet om hur kort tid som är tillräcklig för att myndigheten ska anses ha planerat i tillräckligt god tid. Det går inte att förhålla sig till otydliga tidsbegrepp som relateras till det enskilda fallet. För att få en rättssäker tillämpning av en förväntad bestämmelse om täckningsköp (under tröskelvärdet) och en rimlig tillämpning av synnerlig brådska (för direktivstyrd direktupphandling vid utdragen överprövning) behöver det finnas en klart definierad och generell tid för vilken planering som myndigheten behöver göra för överprövning. Avsaknaden av sådan tidsangivelse gynnar inte en god affär utan riskerar i stället att skapa orimligt lång framförhållning. Det får i sig en påverkan med långa tider för anbudens giltighet och risk för att senaste teknik inom områden med snabb utveckling inte beaktas i upphandlingen då upphandlingen måste genomföras med orimliga tidsmarginaler.

De förslag som funnits i de bakomliggande utredningarna om en mer aktiv processledning och tidsplan för processen anser Inköp och upphandling kan hanteras inom ramen för förvaltningsprocesslagen. Det bör därför inte, precis som föreslås i utkastet, införas särskilda processregler för överprövningsmålen i dessa delar, då det snarare är fråga om en tillämpningsfråga än lagstiftningsfråga.

Bör det införas preklusion i förvaltningsrätten respektive kammarrätten?

Inköp och upphandling tillstyrker förslaget om processuell preklusion i förvaltningsrätt, men har synpunkter på utformningen, och kammarrätt.

Det är viktigt att det införs en preklusionsfrist i överprövningsprocessen. Den preklusion som föreslås i utkastet innebär att klaganden ska ha två veckor på sig att slutligen presentera sina grunder. Inköp och upphandling anser att regeln hade kunnat utformas något mer begränsande så att grunderna ska vara angivna redan i samband med ansökan (dvs. inom tiden för avtalsspärren). Som förslaget är nu finns det risk att det uppstår korsvis kommunikering om inte tvåveckorsfristen och kommunikeringen av den ursprungliga ansökan sammanfaller, vilket inte bidrar till effektivitet.

De farhågor som angetts i remissvar kring tidigare förslag av preklusionsfrister är sannolikt överskattade. Inköp och upphandling är av åsikten att leverantörskollektivet är intresserade av affären, inte av att driva utdragna överprövningsprocesser. Den leverantör som anser att det finns en brist i upphandlingen, som hindrat affärsmöjligheten, känner till detta redan vid ansökan. Att ett överprövningsmål sväller med nya grunder är snarare att hänföra till processtaktiska skäl, vilket inte är något skyddsvärt intresse.

Det som verkligen skulle bidra till effektivitet vore om praxis kring skaderekvisitet tog hänsyn till den klagandes aktivitet avseende fel i det konkurrensuppsökande skedet. Om en leverantör väljer att lämna anbud utan att på förhand ha några anmärkningar under anbudstiden på sådana frågor som sedan i en överprövningsprocess påstås påverkat anbudsförutsättningen negativt (som ramavtalstid eller takvolym) borde skaderekvisitet helt enkelt inte var uppfyllt. Om praxis i framtiden kan komma att se ut på detta sätt återstår att se men Högsta förvaltningsdomstolen har i vart fall beviljat prövningstillstånd i ett mål som rymmer den frågeställningen (se HFD:s beslut om prövningstillstånd 2021-02-02 i mål nr 6151—6159-20).

Det är lämpligt att preklusion i förvaltningsrätten endast rör den klagande leverantören. Det bör exempelvis – inte mist av processekonomiska skäl – var möjligt för en upphandlande myndighet att lägga till ytterligare grund för varför ett anbud ska förkastas.

Inköp och upphandling har inget att invända mot den föreslagna preklusionen i kammarrätten. Det är tillräckligt att nya omständigheter avser omständigheter, inte bevis. Den föreslagna preklusionsregeln i kammarrätten skulle helt klart bidra till ökad effektivitet i processen. För det första koncentreras processen till första instans. För det andra undviks återförvisningar – som är det absolut sämsta ur effektivitetssynpunkt – av nya omständigheter som framförts först i kammarrätten (vilket blivit en inte ovanlig effekt i praktiken efter HFD 2013 ref. 5).

Hur bör en bestämmelse kring tidsfrister i uteslutning utformas?

Inköp och upphandling tillstyrker förslaget om tidsfrister för uteslutningsgrunder, dock med nedanstående synpunkter kring frivillig uteslutning och förslag på en korrigerande i föreslagen lagtext till ”relevant händelse”.

Vad gäller frivillig uteslutning finns det, såvitt Inköp och upphandling förstått saken, inget som hindrat att Sverige skulle infört en längre tidsfrist (se skäl 101 i LOU-direktivet: ” Det bör i nationell rätt föreskrivas en längsta tid för sådan uteslutning”) än den treårsfrist som anges i artikel 57.7. Treårsfristen får ses som den frist som gäller om inget annat reglerats i nationell rätt.

En bortre gräns på tre år vid frivilliga uteslutningsgrunder kan ur ett köparperspektiv i vissa fall framstå som alltför kort, särskilt om flexibiliteten i tillämpningen som finns idag försvinner genom att det blir en absolut gräns. Det kan exempelvis gälla uteslutning till följd av att ett tidigare avtal hävts (13 kap. 3 § 5 LOU). Närmare 40 procent av alla upphandlingar syftar till ramavtal. Den normala avtalstiden för ett ramavtal är fyra år. Det innebär att om en upphandlande myndighet behövt häva ramavtalet på grund av omfattande misskötsamhet och allvarliga avtalsbrott under ramavtalets första år kan samma leverantör, utan att några självförbättrande åtgärder alls vidtas, komma tillbaka i nästa ramavtalsupphandling utan möjlighet för myndigheten att utesluta leverantören. Inköp och upphandling kan därför tycka att det i samband med frågan om tidsfrister ändå

borde övervägts att infört en längre tidsfrist än tre år, exempelvis fyra år för att undvika den situation som ovan beskrivits.

Som förslaget ser ut har Inköp och upphandling en synpunkt på att direktivets ordalydelse med ”relevant händelse” inte används i lagtexten. Bestämmelsen bör få ett helt direktivnära införande så att det inte sedan uppstår tolkningar kring om den svenska lydelsen med ”händelser” avser något annat än just ”relevant händelse” i direktivtexten. EU-domstolen har i C-124/17 Vossloh Laeis, punkt 42, gjort tolkningen att när det rör sig om ett myndighetsbeslut med sanktionsåtgärd (i det fallet ett beslut från konkurrensmyndigheten) är den relevanta händelsen själva beslutet. Fristen på tre år räknas då från dagen för beslutet även om själva händelsen (i det fallet deltagande i en kartell) inträffade längre tillbaka i tiden. Detta är fullt logiskt. Ur den upphandlande myndighetens synvinkel, som är den som faktiskt ska tillämpa uteslutningsgrunden, är den ”relevanta händelsen” själva beslutet där felet framgår oavsett om handlingarna som ligger till grund för beslutet – och som den upphandlande myndigheten omöjligen kan haft kännedom om innan beslutstillfället – ligger längre tillbaka i tiden. Det är först från (tillsyns)myndighetens beslut som det finns en säkerställd och tillförlitlig kunskap om beteendet med de allvarliga felen och de omständigheter som framgår av beslutet och som gör det möjligt för en upphandlande myndighet att agera. Samma sak gäller andra myndighetsbeslut, såsom ett omprövningsbeslut från Skatteverket med skattetillegg på grund av oriktiga uppgifter eller ett beslut från Inspektionen för vård och omsorg (IVO) med vite till följd av exempelvis brister i utförarens verksamhet. Den relevanta händelsen är då myndighetsbeslutet, även om händelserna i exemplen i form av skattefel eller verksamhetsbrister inträffat en tid före beslutsdatumet. I syfte att inte skapa några oklarheter i den kommande rättstillämpningen bör lydelsen därför anpassas till direktivbestämmelsen som talar om ”relevant händelse”.

Ska tidsfristen för skadestånd ändras?

Inköp och upphandling tillstyrker förslaget om en till EU-rätten anpassad tidsfrist för skadeståndsmål enligt LOU, dock med nedanstående synpunkter om preskription.

Som regeln är formulerad framstår det som att det inte finns någon borte gräns för hur gammalt ett avtal kan vara. Det är inte rimligt och Inköp och upphandling utgår från att tanken är att allmänna preskriptionsregler ska gälla. Det bör dock klargöras, om inte annat så i författningskommentaren.

Bör efterannonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar preciseras?

Inköp och upphandling tillstyrker att det införs en bestämmelse att endast upphandlingar över 100 000 kr ska efterannonseras och att en efterannonsering medför en förkortad tid att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet.

Inköp och upphandling anser att regelverket kring efterannonsering vad gäller upphandlingar som inte annonserats är ett något omständligt sätt att få in upphandlingsstatistik. Det bör därför utvärderas om det inte på sikt, exempelvis genom en statistikdatabas, skulle kunna gå att förenkla statistikinsamlandet.

Fredrik Rogö
Upphandlingsjurist

Henrik Karlsson
Förvaltningsdirektör