



Yttrande
2021-03-23

Diarienummer
1.4.3-2020-34026

Regeringen
Finansdepartementet
fi.remissvar@regeringskansliet.se

Utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar

(Ert dnr Fi2020/05179)

Migrationsverket lämnar härmed följande svar på remiss av rubricerat utkast till lagrådsremiss.

Sammanfattning

Migrationsverket anser att majoriteten av förslagen skulle medföra en förbättring av det nuvarande regelverket och instämmer i flera av förslagen. Vad gäller de uttryckliga tidsgränserna för uteslutning av en leverantör förordar dock Migrationsverket längre tider. Förslagen i övrigt hade i några fall kunnat vara mer långtgående och bland annat innehålla ett krav på tidsfrist för måls avgörande samt en möjlighet till täckningsköp under pågående överprövning.

Synpunkterna nedan är numrerade i enlighet med utkastet till lagrådsremiss.

5.2 Mål om överprövning ska handläggas skyndsamt.

5.3 En tidsfrist för måls avgörande bör inte införas

Migrationsverket hade föredragit om utkastet föreslagit genomförande av Förenklingsutredningens förslag om en tidsgräns för prövning, i vart fall avseende första instans/ förvaltningsrätt. Som förslaget redovisar var den genomsnittliga tiden för mål som prövas i sak 3,9 månader i förvaltningsrätten. Det innebär att en stor andel av målen om överprövning har betydligt längre handläggningstider än så. Som exempel hade Migrationsverket under 2020 ett överprövningsmål som initierades i slutet av mars och dom i förvaltningsrätten meddelades i slutet av oktober. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har nyligen fattat beslut så att avtal har kunnat tecknas, men har ännu inte beslutat om avskrivning. Formellt är alltså handläggningen i målet inte avslutad, drygt 11 månader sedan ansökan om överprövning kom in. Inte vid något tillfälle har de mål som Migrationsverket har varit motpart i och som sakprövats i förvaltningsrätt under 2020 haft en handläggningstid under tre månader. Det normala är snarare runt 4,5 månader. Ett allmänt skyndsamhetskrav är troligen inte tillräckligt för att på allvar korta handläggningstiderna.

Migrationsverket

Avdelningen för verksamhetsstöd, Upphandling och inköpsenheten

Besöksadress Hotellgatan 5 **Postadress** 601 70 Norrköping

Telefon 0771-235 235 **Telefax** 011-108155

E-post migrationsverket@migrationsverket.se **Webbplats** www.migrationsverket.se **Organisationsnr** 202100-2163

Vissa av de tidigare remissinstanserna har påpekat risken för att mål inte blir tillräckligt utredda och att kvaliteten i domstolarnas arbete skulle kunna påverkas negativt av ett krav på längsta handläggningstid. Detta kan ifrågasättas. De utdragna handläggningstiderna verkar inte bero på att domstolarna ägnar mycket tid och resurser åt utredning av målen, utan snarare på att de blir liggande utan åtgärder under lång tid, på grund av andra prioriteringar. I exemplet ovan har domstolen uppgett att skriftväxlingen i ärendet var avslutad redan i maj månad, men att ärendet fått ligga på grund av dels (lagstadgade) förtursmål, dels domstolens prioriteringar i övrigt. I detta kanske något extrema exempel hade ett allmänt skyndsamhetskrav haft i vart fall någon positiv effekt. Migrationsverket betvivlar dock att handläggningen hade blivit kvalitativt sämre om domstolen haft en tidsgräns att förhålla sig till. Ett allmänt skyndsamhetskrav medför möjligen en annorlunda prioritering, men om resurser saknas, vilket Domstolsverket återkommande framhåller, kommer det inte att medföra någon reell skillnad.

Ett av de mest allvarliga problem som upphandlande myndigheter har att brottas med är bristen på förutsebarhet i samband med överprövningar. Det gäller för övrigt även för anbudslämnande leverantörer. När tidsomfånget för överprövning är okänd kan det bli problematiskt för leverantörerna att vara bundna av sina anbud, och för upphandlande myndighet att hålla potentiellt vinnande anbud giltiga (vilket de måste vara, annars får avtal inte tecknas). Avhopp under pågående överprövning förekommer, särskilt när det drar ut på tiden.

Ett ytterligare problem är hur upphandlande myndigheter tillgodoser sina behov av varor och tjänster, under pågående överprövningstid, särskilt om det som upphandlas kan betraktas som verksamhetskritiskt. Med en fastslagen tidsfrist ökar planeringsmöjligheterna och risken för att tvingas till otillåten direktupphandling för att göra täckningsköp minskar betydligt. (Det är därför extra olyckligt att utkastet dessutom inte föreslår att täckningsköp kan göras, se vidare punkten 8.3.)

Som förslaget nu är utformat är det ändå bättre än nuvarande regelverk.

Migrationsverket noterar att utkastet inte nämner om skyndsamhetskravet ska gälla även för överprövning av avbrytandebeslut men utgår från att sådana mål inte omfattas.

5.4 Ett krav på tidsplan för målens avgörande bör inte införas

Vid en jämförelse med tvistemål, där tidsplan ska ges, är dessa ofta mer komplicerade än upphandlingsmål. Mot bakgrund av att utkastet inte föreslår vare sig en tidsgräns eller möjlighet till täckningsköp, hade det varit till fördel om det (såsom bl.a. Advokatsamfundet förordat) hade innehållit ett förslag att domstolen ska lämna uppgift om preliminär tidpunkt för avgörande, efter att skriftväxlingen i målet avslutats.

6.2 En preklusionsfrist under anbudsstiden bör inte införas

Utkastets förslag att inte införa en preklusionsfrist är bra. Det skulle ha missgynnats framför allt små och resurssvaga anbudsgivare om det hade införts en preklusionsfrist. Det skulle även ha medfört tolkningsproblem och en ökad utredningsbörda på domstolarna.

6.3 Preklusionsfrister i mål om offentlig upphandling

Förslaget är i grunden bra och bidrar nog till en kortare process. Det kan möjligen ifrågasättas om de 14 dagar som föreslås som preklusionsfrist för att återropa nya omständigheter i första instans är en rimlig tidsfrist. En något längre frist skulle ge möjlighet för ansökande anbudsgivare att i vart fall ta del av och bemöta den upphandlande myndighetens första yttrande till domstolen, innan preklusionen inträder. Migrationsverket har inga synpunkter avseende de föreslagna undantagen.

7.1 Ansökningsavgift bör inte införas

Migrationsverket instämmer.

7.2 Ömsesidigt processkostnadsansvar bör inte införas

Migrationsverket instämmer.

8.2 Ingående av avtal bör även i fortsättningen förhindra överprövning av en upphandling

Migrationsverket instämmer. En förändring skulle ha inneburit en oacceptabelt hög nivå av osäkerhet för såväl leverantörer som upphandlande myndigheter.

8.3 Temporär upphandling

Det är synd att utkastet inte föreslår en möjlighet till täckningsköp under pågående överprövning, särskilt som det inte heller inför någon tidsbegränsning för handläggningen av överprövningsmål i domstol. En avsevärd andel av de direktupphandlingar som görs i dag, tillåtna såväl som otillåtna, avser täckningsköp under pågående överprövning. Den osäkerhet och de risker som dagens situation medför hade kunnat åtgärdas genom en enkel reglering om att sådana direktupphandlingar får göras under överprövningen om kontraktsvärdet understiger aktuell direktupphandlingsgräns, oavsett omständigheterna i övrigt. Migrationsverket noterar dock att frågan bereds vidare.

Att utkastet heller inte föreslår någon ändring av undantagsreglerna avseende de omständigheter som kan anses utgöra synnerlig brådska har Migrationsverket inga synpunkter på. Det är en sådan fråga som bäst omhändertas genom utveckling av praxis i EU-domstolen och genom nationell rättstillämpning.

8.4 Tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet

Migrationsverket instämmer i förslaget. Det är bra med en harmonisering av regelverken för direktivstyrda och icke-direktivstyrda upphandlingar som efterannonseras.

10 Annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar

Förslaget välkomnas. Det är i dag i princip omöjligt för en myndighet av Migrationsverkets storlek att ha den administrativa kapaciteten att efterannonsera samtliga direktupphandlingar enligt 19 kapitlet lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) som myndigheten gör. Direktupphandlingar med kontraktsvärde under 100 000 kr omfattas inte av krav på dokumentation enligt LOU. Att begränsa efterannonseringsplikten till samma upphandlingar som i dag omfattas av kravet på dokumentation ger en tydlig och sammanhållen reglering, och lättar dessutom den administrativa bördan för upphandlande myndigheter väsentligt.

11. Tidsgränser för uteslutning av en leverantör

En treårsgräns innebär en väldigt kort tid för flera av uteslutningsgrunderna. Vid t.ex. ett fyraårigt ramavtal kan en leverantör ha gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövning i början av det förra upphandlade avtalet men ändå vara godkänd. Detta torde också vara ”snällare” än en del av nuvarande praxis. Migrationsverket skulle önska längre tidsgränser för i vart fall fakultativ uteslutning.

Förslaget hade också kunnat vara något tydligare utformat. Det kan komma att uppstå gränsdragningsproblem, eftersom det i förslaget inte angivits från vilken dag man ska räkna bakåt i fem respektive tre år. Det kan skilja flera månader mellan sista anbudsdagen och beslut om tilldelning av kontrakt och det kan komma att avgöra om en leverantör ska uteslutas eller inte. Det hade varit önskvärt med en tydligare gräns och den borde rimligtvis räknas från sista anbudsdagen. Då undviker man att tiden löper ut under en utredning, beträffande en anbudsgivare, som drar ut på tiden.

12 Ikraftträdande och övergångsbestämmelser

Ikraftträdande skulle med fördel kunna läggas närmre i tiden.

I detta ärende har undertecknad generaldirektör beslutat. Verksjurist Mariette Skagerö har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också t f rättschef Carl Bexelius och enhetschef Åsa Nyblom Lööv deltagit.

Mikael Ribbenvik