

Finansdepartementet

Remissyttrande över utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar

– Fi2020/05179

Region Gotland som getts tillfälle att lämna synpunkter på utkastet till lagrådsremiss *En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar* får anföra följande.

Inledning

Inledningsvis noterar Region Gotland att den samlade svenska implementeringen av upphandlingsdirektiven inneburit att en leverantörs intresse att utan risk och med alla medel få processa om ett kontrakt getts en väsentlig större tyngd än en medborgares intresse av skydd- och service i form av offentliga tjänster. Många frågor har överlämnats till rättspraxis, dock utan synbar framgång eller annan vunnen klarhet. I betänkandet betonas t.ex. vikten av materiellt riktiga avgöranden å ena sidan men å andra sidan anses de inte vinna rättskraft. Ett sådant lösligt ansvar för dömandet främjar knappast materiellt riktiga avgöranden. Vad gäller synnerliga skäl förekommer hos domstolar och tillsynsmyndigheter en idealiserad syn på upphandlande myndigheters möjligheter att förutse och hantera plötsligt uppkommande behov i följd av t.ex. pandemier. Region Gotland anser därför att lagstiftaren behöver ta ett större ansvar för den övergripande balansen mellan medborgare och leverantör. Även konkurrensintresset skulle vinna på att den inlåsning som följer av att en leverantör utan risk kan kriga sig kvar för att bevara sitt monopol upphör. Med detta sagt får följande synpunkter på utkastets överväganden och förslag lämnas.

Avsnitt 5.2 Mål om överprövning ska handläggas skyndsamt

Förslaget innehåller inga konsekvenser. Det är därmed en s.k. lex imperfecta. Region Gotland antar att domstolarna redan handlägger målen efter bästa förmåga och regeringsformens krav (2:11). Kravet på skyndsamhet kommer, om regionens antaganden är riktiga, därför inte att leda till någon snabbare målgenomströmning. Utan någon klar rättsföljd av ett dröjsmål, tjänar således förslaget inget nyttigt ändamål och avstyrks därför. Alternativet med 90 dagar med innebörden att därefter föreligger synnerliga skäl bör istället övervägas vidare.

Avsnitt 6.2 En preklusionsfrist under anbudstiden bör inte införas

Region Gotland anser att en preklusionsfrist under anbudstiden bör införas. En sådan regel skulle göra att eventuella brister i underlaget blir tydliga tidigare i processen vilket leder till bättre och tydligare förfrågningsunderlag och därmed bättre anbud. Det skulle även kunna minska överprövningar som sker för att en befintlig leverantör som med överprövningen ser en möjlighet att förlänga sitt avtal under handläggningstiden.

Avsnitt 6.3 Preklusionsfrister i mål om offentlig upphandling

Region Gotland tillstyrker att en preklusionsfrist införs i och för sig. Regionen anser dock att den bör utformas utefter det mönster som gäller i mål om laglighetsprövning enligt kommunallagen (13:7). Denna reglering är förvaltningsdomstolarna redan vana att tillämpa och torde därför inte väcka några särskilda tillämpningsproblem. Den preklusion som gäller för en vanlig medborgares rätt att få lagligheten av ett beslut prövat måste med vederbörlig ändring skäligen anses vara mer än tillräcklig för en leverantör i ett överprövningsmål.

Avsnitt 7.1 Ansökningsavgift

Region Gotland förordar att en ansökningsavgift tas ut. Frågan bör beredas vidare. Det kan t.ex. framhållas att i miljömål är ansökningsavgifter vanligt förekommande. Dessa kan naturligtvis vara avhållande för små aktörer men anses ändå kunna tillämpas. En annan jämförelse är va-målen som tidigare handlades av Statens va-nämnd utan ansökningsavgift men där ansökningsavgift numera tas ut sökanden i mark- och miljödomstolen.

Det bör särskilt beaktas att i mål om överprövning av avtals giltighet behöver sökanden inte ens lida skada. Det är knappast ägnat att avhålla från okynnesmål.

Avsnitt 7.2 Ett ömsesidigt processkostnadsansvar och avsnitt 9.1 Ersättning för rättegångskostnader

Region Gotland anser att det råder en obalans mellan parterna då en leverantör under vissa förhållanden kan få sina rättegångskostnader ersatta såsom för skadestånd. Det göder tvister i det att den riskbenägne leverantören tillsammans med sin riskbenägne advokat kan ha incitament att driva tvister in absurdum för en eventuell kompensation för rättegångskostnader i ett senare skede. Överprövningsprocessen uppfyller således inte kraven på ett kontradiktoriskt förfarande på lika villkor.

Ett annat problem med nuvarande rättstillämpning är att det i skadeståndsmålet är en annan domstol än den som dömde i överprövningsmålet som ska ta ställning till om rättegångskostnaderna för överprövningsprocessen är skäligen. Det finns å andra sidan problem med ett ömsesidigt kostnadsansvar såsom att det ytterligare skulle tynga processen i förvaltningsrätten.

Ett alternativ som kan övervägas är en reglering där huvudregeln är att parterna ska stå sina egna rättegångskostnader i överprövningsmålen men under vissa förhållanden kan en part åläggas kostnadsansvar. Så är det t.ex. reglerat i 56 b–e §§ lagen (2016:412) om allmänna vattentjänster. Då blir frågan om rättegångskostnader avgjord i ett sammanhang och med bästa bevisning om skäligheten i yrkade kostnader. Tillåtna kostnader skulle även kunna normeras i tariffer såsom för offentlig biträde för att underlätta handläggningen.

Region Gotland anser sammanfattningsvis att den förekommande obalansen mellan parternas möjlighet att få ersättning för rättegångskostnader behöver upplösas och att frågan därför behöver beredas vidare.

Avsnitt 10 Annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar

Region Gotland förordar att någon annonseringsskyldighet inte ska föreligga under direktupphandlingsgränsen. Nyttan står inte i proportion till det administrativa merarbete det skulle medföra.

Eva Nypelius
ordförande Regionstyrelsen

Peter Lindvall
regiondirektör