

Remissyttrande

En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar (Utkast till lagrådsremiss)


Sveriges Allmännyttas synpunkter

Allmänt

Sveriges Allmännyttas har cirka 300 medlemmar som ägs av kommunen. De allmännyttiga bostadsföretagen finns över hela Sverige och är av skiftande storlek med allt från 80 till 28 000 lägenheter. De är lokalt och nationellt viktiga aktörer på den svenska bostadsmarknaden. Tillsammans äger och förvaltar medlemmarna fler än 800 000 lägenheter och den samlade lokalytan uppgår till över 12 miljoner kvadratmeter.

Sveriges Allmännyttas medlemmar vilka anses omfattas av lagen om offentlig upphandling, LOU, upphandlar såväl nya bostadshus som underhåll av sina fastigheter och andra tjänster inom framförallt fastighetsförvaltning. Det är vanligt med överprövningar på området. Dessa rör dock mycket sällan frågor som utvecklar området utan fördröjer i regel endast byggnationer av nya bostäder och renoveringar av befintliga byggnader. Något fokus på goda affärer till nytta för det allmänna eller hyresgästerna finns inte i en överprövning. Fokus i överprövningar ligger i regel på detalj- och formaliafrågor vilket leder till att projekt blir dyra och inte kan genomföras i tid.

Sveriges Allmännyttas har i tidigare remissvar gett uttryck för att tidigare lämnade förslag alltför ensidigt beaktat enskilda leverantörers rättigheter, även i de fall dessa används på ett sätt som innebär att skattemedel går till spillo och domstolarnas resurser överutnyttjas. Detta gäller även utkastet till lagrådsremiss. Sveriges Allmännyttas uppfattning är att många leverantörer inte vill delta i offentliga upphandlingar på grund av överprövningarna. Leverantörer väljer att stå utanför eller endast delta i direktupphandlingar där överprövningarna är mycket få, om alls några. Sveriges Allmännyttas föreslår ånyo att regeringen i beredningen av förändringar på upphandlingsområdet kommer med förslag som begränsar möjligheterna att överpröva icke direktivstyrda upphandlingar när möjligheten finns. Förslag som förenklar upphandlingsregelverket på det icke direktivstyrda området är något som också är mycket efterfrågat.



Utredningen om bättre konkurrens i bostadsbyggandet konstaterar i sitt slutbetänkande Bygg och bo till lägre kostnad – förslag till bättre konkurrens i bostadsbyggandet (SOU 2020:75) att det innebär en företagsekonomisk nackdel för allmännyttan att behöva tillämpa upphandlingsreglerna. Sedan upphandlingsreglerna infördes har villkoren för de allmännyttiga företagen ändrats påtagligt, genom att de nu ska följa affärsmässiga principer, vilket skulle kunna motivera att frågan om allmännyttans upphandlingsskyldighet borde bli föremål för utredning. Allmännyttan följde självkostnadsprincipen när upphandlingsregelverket genomfördes.

Enligt lag (2010:879) om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag (Allbolagen) ska bolagen bedriva verksamheten enligt affärsmässiga principer istället för att tillämpa självkostnadsprincipen som enligt 2 kap. 6 § kommunallagen (2017:725) gäller för kommunal verksamhet. Lagen om allmännyttiga kommunala bostadsaktiebolag tillkom för att inte snedvrیدا konkurrensen på hyresmarknaden och göra förutsättningarna mer lika de som gäller för privata fastighetsägare. I samarbete med utredningen Bättre konkurrens i byggandet har vi fått möjlighet att analysera statistiken kring allmännyttans byggande utifrån upphandling, pris och byggtid jämfört med privata byggherrar. Vi kan konstatera att allmännyttan har generellt tio procent högre byggpriser än privatvårdar. Prisskillnaden tolkas som en konsekvens av att allmännyttan måste tillämpa upphandlingslagstiftningen. Byggtiden är också väsentligt längre för allmännyttan jämfört med privata byggherrar. (Tio år med Allmännyttans Kombohus – Fördjupad analys av byggpriser och hyror). Sveriges Allmännytta anser därför att de allmännyttiga kommunala bostadsföretagen inte ska behöva tillämpa LOU. Regeringen bör skyndsamt utreda hur detta kan åstadkommas så att de allmännyttiga bostadsföretagen får samma förutsättningar som privata fastighetsägare i enlighet med Allbolagens syfte.

Synpunkter på förslagen


5.2 Mål om överprövning ska handläggas skyndsamt

Sveriges Allmännytta tillstyrker förslaget att det ska införas ett lagstadgat skyndsamhetskrav för mål om överprövning av en upphandling och i mål om överprövning av ett avtals giltighet. Sveriges Allmännytta anser att handläggningstiderna är långa och oförutsebara och välkomnar samtliga förslag som innebär att handläggningstiderna kan minska.

Sveriges Allmännytta har inget att erinra mot förslaget om ett lagstadgat skyndsamhetskrav för mål om utlämnande av kontrakt enligt lagen om offentlig upphandling.

5.3 En tidsfrist för målens avgörande bör inte införas

Sveriges Allmännytta delar inte bedömningen att en tidsfrist inte bör införas för avgörande av ett mål om överprövning av en upphandling. En förutsebar



handläggningstid ökar effektiviteten och förutsebarheten för bägge parter vilket är efterfrågat. Vissa mål, dock inte majoriteten, är juridiskt komplicerade. Det är dock inte skäl för att inte införa en tidsfrist. Många upphandlingar rör samhällsviktig verksamhet som inte kan invänta resultatet av ett beslut i domstol. Om handläggningen blir mer förutsebar ökar möjligheterna för upphandlande myndigheter och även leverantörerna att planera sin verksamhet. Som Överprövningsutredningen på ett tydligt sätt redogör för i avsnitt 5.10.5 överväger fördelarna med en kort fast tidsfrist nackdelarna. Sveriges Allmännyttan anser alltså att Överprövningsutredningens förslag, att om inte synnerliga hinder finns ska förvaltningsrätten avgöra mål om överprövning av upphandling innan 90 dagar har gått från det att ansökan om överprövning kom in till rätten, ska införas i LOU.

5.4 Ett krav på tidsplan för målens avgörande bör inte införas


Sveriges Allmännyttan instämmer i bedömningen att det inte bör införas ett lagstadgat krav på tidsplan för avgörande av mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet. Ett krav på tidsplan skulle troligen endast leda till att öka administrationen i domstolarna och inte till att förkorta handläggningstiderna.

5.5 Domstolens ansvar för materiell processledning bör inte förtydligas i lag

Sveriges Allmännyttan instämmer i bedömningen att domstolens ansvar för materiell processledning inte bör förtydligas i lag eftersom sådana möjligheter står till buds i nu gällande lagstiftning.

6.2 En preklusionsfrist under anbudstiden bör inte införas

Sveriges Allmännyttan delar inte bedömningen att en preklusionsfrist under anbudstiden inte bör införas. En sådan frist kan som anges i utkastet leda till svårigheter men skulle samtidigt vara en markering från lagstiftaren och uppmuntra till dialog så att oklarheter i upphandlingsdokumenten kan redas ut så tidigt som möjligt. Det finns en viss risk med att leverantörer skulle anse sig tvingade att anmärka också på små tveksamheter för att inte förlora sin möjlighet att ansöka om överprövning. Det kan då leda till mer arbete för både upphandlare och leverantörer. Samtidigt är det så att mycket få om ens någon överprövning sker tidigt i en upphandling. Leverantörerna avvaktar tilldelningsbeslutet och överprövar om de inte vunnit, inte i andra fall. Sveriges Allmännyttan anser dock inte att en preklusionsfrist skulle vara mer problematisk för mindre resursstarka leverantörer, exempelvis små företag. Upphandlingslagstiftningen är komplicerad och den innehåller mycket formalia och den är således problematisk för såväl små upphandlande myndigheter med få resurser som för små leverantörer. En preklusionsfrist skulle kunna leda till bättre upphandlingsunderlag och därmed bättre anbud. Så som överprövningar kommit att användas leder dessa inte till bättre upphandlingar. Mycket talar för att det kan vara värt att pröva om en preklusionsfrist kan leda till att överprövningarna minskar och till bättre upphandlingsunderlag och anser därmed att en preklusionsfrist under anbudstiden bör införas. Sveriges Allmännyttan anser



att en preklusionsfrist under anbudstiden enligt Överprövningsutredningens förslag bör införas.

6.3 Preklusionsfrister i mål om offentlig upphandling

Sveriges Allmännyttas tillstyrker förslaget att omständigheter som leverantörer åberopat till grund för sin talan senare än två veckor från det att ansökan om in till förvaltningsrätten endast ska få beaktas om leverantören gör sannolikt att den inte kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars har giltig ursäkt för att inte göra det. Tillsammans med skyndsamhetskravet kan möjligen handläggningstiderna förkortas något men troligen inte mer än marginellt. Alla förslag som kan leda till kortare handläggningstider välkomnas.

Sveriges Allmännyttas tillstyrker förslaget att reglerna om preklusion inte ska gälla vid en överprövning av ett avtals giltighet på yrkande av en leverantör under en pågående överprövning av en upphandling. Det är rimligt att den föreslagna regeln inte ska gälla i de fall en upphandlande myndighet under en pågående överprövning ingår ett avtal i strid med bestämmelserna om avtalsspärr.


Sveriges Allmännyttas tillstyrker förslaget att reglerna om preklusion inte ska gälla sådana omständigheter som åberopas till grund för att ett avtal ska bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

7.1 Ansökningsavgift

Sveriges Allmännyttas delar inte bedömningen att ansökningsavgifter inte bör införas i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet. Sveriges Allmännyttas har i sitt svar på Förenklingsutredningens förslag tillstyrkt förslaget att ansökningsavgift ska införas. En avgift kan leda till att leverantörer påpekar fel och brister i en upphandling i ett tidigt skede och därmed till bättre upphandlingar. En avgift kan vidare innebära att en leverantör gör en noggrannare avvägning av om denne ska överpröva eller inte. Sveriges Allmännyttas bedömde dock att den föreslagna avgiftsnivån om 7 500 kr var för låg för att verka avhållande och föreslog att avgiften skulle relateras till upphandlingens storlek. Vidare förde Sveriges allmännyttas i detta sammanhang fram att ett effektivt sätt att minska antalet överprövningar på hade varit att undanta de icke direktivstyrda upphandlingarna från rättsmedlen. Det skulle innebära en avsevärd förenkling med inte bara färre överprövningar utan också bättre förutsägbarhet och även minskade handläggningstider.

7.2 Ett ömsesidigt processkostnadsansvar

Sveriges Allmännyttas delar bedömningen att det inte bör införas ett ömsesidigt processkostnadsansvar i mål om överprövning av en upphandling eller vid överprövning av ett avtals giltighet. Sveriges Allmännyttas anser, vilket framfördes i yttrandet på



Förenklingsutredningens förslag, att nackdelarna överväger fördelarna med ett sådant ansvar. Skulle ett processkostnadsansvar införas finns en betydande risk att det kommer att leda till mindre flexibla upphandlingar, att upphandlingarna tyngs än mer av juridik istället för att fokusera på att göra bra affärer till nytta för medborgarna samt även leda till färre innovativa upphandlingar. Därutöver riskeras att transaktionskostnaderna ökar.

8.1 Reglerna om förlängd avtalsspärr bör inte ändras

Sveriges Allmännyttiga delar bedömningen att reglerna om förlängd avtalsspärr i upphandlingslagarna inte ska ändras. Om förvaltningsrätterna skulle behöva fatta beslut i varje upphandling skulle detta innebära merarbete som därmed skulle påverka handläggningstiderna negativt.

Sveriges Allmännyttiga delar också bedömningen att förlängd avtalsspärr i kammarrätten inte ska införas.


8.2 Ett ingående av avtal bör även i fortsättningen förhindra överprövning av en upphandling

Sveriges Allmännyttiga delar bedömningen att ett ingånget avtal även i fortsättningen bör förhindra överprövning av en upphandling. Det är viktigt att det finns förutsebarhet i systemet så att parterna som har tecknat ett civilrättsligt giltigt avtal kan sätta igång med leverans av de varor, tjänster eller byggtreprenader som avtalet avser utan att behöva riskera en överprövningsprocess.

8.3 Temporär direktupphandling

Sveriges Allmännyttiga delar inte bedömningen att det inte bör införas en ny möjlighet att upphandla utan föregående annonsering med anledning av att en tidigare annonserad direktivstyrd upphandling har blivit stoppad i en överprövningsprocess. Denna möjlighet bör enligt Sveriges Allmännyttiga utnyttjas. Vad som förs fram om möjligheterna att göra direktupphandlingar på det direktivstyrda området kan dessvärre tolkas som att det i stort sett inte är möjligt. Det är olyckligt eftersom det är förenligt med upphandlingslagstiftningen redan idag. Sveriges Allmännyttiga har i tidigare remissvar gett uttryck för att det är en olycklig utveckling att upphandlingsreglerna i Sverige har kommit att tolkas på ett så restriktivt sätt att upphandlande myndigheter hindras från att tillhandahålla samhällsservice till medborgarna. Sveriges Allmännyttiga anser att en lösning kan vara att inte ha nationella regler under EU:s tröskelvärden eller att höja beloppsgränsen för direktupphandling betydligt. Införs något av detta minskar möjligen behovet av täckningsköp något.

8.4 Tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet



Sveriges Allmännyttatillstyrker förslaget att när en upphandlande myndighet 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. Ogiltigförklaring av ett avtal är en mycket ingripande åtgärd och det är av stor vikt att upphandlande myndigheter kan försäkras om att en upphandling inte kan bli föremål för en process om ogiltighetstalan från en leverantör.

9.1 Ersättning för rättegångskostnader

Sveriges Allmännyttatillstyrker har inget att invända mot bedömningen att rättegångskostnader inte bör undantas från en upphandlande myndighets skadeståndsskyldighet enligt upphandlingslagstiftningen.

9.2 Fristen för att ansöka om skadestånd bör anpassas till EU-rätten

Sveriges Allmännyttatillstyrker avstyrker förslaget att talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då leverantören fick kännedom eller borde ha fått kännedom om att ett avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. **Sveriges Allmännyttatillstyrker** att för avtal som har förklarats ogiltigt ska talan om skadestånd få väckas inom ett år från den tidpunkt då avgörandet fick laga kraft.

Skälen till att den ändrade tidsfristen avstyrks är att så som bestämmelsen formulerats saknas det en borte gräns för när en skadeståndstalan kan göras. Den innebär att en leverantör som idag får kännedom om ett avtal som träffades för sju åtta år sedan, har ett år på sig att ansöka om skadestånd. Det kan inte vara avsikten med bestämmelsen och det kan inte heller ha varit EU-domstolens avsikt i de två åberopade målen. Det är inte rimligt att upphandlande myndigheter och leverantörer ska leva i ovisshet i flera år. EU-domstolens avgörande i C-406/08 Uniplex rörde om det fanns ett utrymme för skönsmässig bedömning att förlänga fristerna för att göra en ansökan om prövning, här en överprövning av ett tilldelningsbeslut. Svaret som EU-domstolen ger på den frågan är att rättsmedelsdirektivet (artikel 1.1 i direktiv 89/665) utgör hinder för en nationell bestämmelse att en ansökan om prövning ska göras snarast och vilken innebär att en nationell domstol, efter en skönsmässig bedömning, kan avvisa en ansökan om att det ska fastställas att det har skett en överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling eller om att det ska utges skadestånd såsom prekluderad. Bestämmelsen i nu gällande 20 kap. 21 § första stycket LOU är tillräckligt precis, klar och förutsebar och lämnar inget utrymme för skönsmässig bedömning. Någon ändring av bestämmelsen behövs därför inte.

Den föreslagna ändringen av andra stycket, skadeståndstalan vid ogiltighet av avtal, innehåller däremot en borte gräns och kan därför godtas.



10 Annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar

Sveriges Allmännyttas avstyrker förslaget att efterannonsering inte ska behöva göras vid upphandlingar under 100 000 kr. **Sveriges Allmännyttan anser att** efterannonseringskravet endast ska omfatta upphandlingar som överstiger beloppsgränsen för direktupphandlingar. Det får anses vara tillräckligt med det dokumentationskrav för direktupphandlingar som finns i 19 kap. 30 § LOU. Eftersom upphandlande myndigheter och enheter gör andra inköp som inte omfattas av upphandlingslagstiftningen är dylik statistik av begränsat värde och överväger inte den ökade administrativa börda som förslaget innebär.

11 Tidsgränser vid uteslutning av en leverantör

Sveriges Allmännyttan har inget att invända mot förslaget om att införa tidsgränser om uteslutning av leverantörer på grund av brott.

Stockholm den 5 mars 2021

Anders Nordstrand
Vd