Stockholms läns landsting

Landstingsrådsberedningen

SKRIVELSE
2015-05-20

LS 2015-0611

Landstingsstyrelsen

Yttrande över betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12)

Föredragande landstingsråd: Torbjörn Rosdahl

Ärendebeskrivning

Finansdepartementet har genom remiss bjudit in Stockholms läns landsting att lämna synpunkter på betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12).

Förslag till beslut

Landstingsrådsberedningen föreslår landstingsstyrelsen besluta

att avge yttrande till Finansdepartementet över Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12) enligt landstingsdirektörens förslag till yttrande.

att omedelbart justera beslutet.

Landstingsrådsberedningens motivering

Överklaganden i upphandlingsmål skapar ofta såväl fördyringar som förseningar av offentliga upphandlingar. Därför är översynen av reglerna för överprövning av upphandlingsmål välkommen. Det är viktigt för samtliga offentliga aktörer som är bundna av reglerna kring offentlig upphandling att kunna få en mer överskådlig och förutsebar process.

Förslagen i betänkandet är ett steg i rätt riktning och bidrar enligt landstingsstyrelsens bedömning till en effektivisering av upphandlingsprocessen. Det är exempelvis positivt att förvaltningsrätten föreslås få en tidsfrist inom vilken upphandlingsmål måste avgöras, samt att stöd ges i författning för att sådana mål ska hanteras skyndsamt.

Det är däremot landstingsstyrelsens uppfattning att avgifter för överprövning av upphandlingsmål bör införas, eftersom ett införande av

avgifter för överprövningen av upphandlingsmål skulle medföra ytterligare effektivisering av upphandlingsförfarandet.

Beslutsunderlag
Landstingsdirektörens tjänsteutlåtande den 5 maj 2015
Förslag till yttrande
Sammanfattning av betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12)

Torbjörn Rosdahl

Carl Rydingstam

Landstingsstyrelsens förvaltning
SLL Juridik och upphandling

TJÄNSTEUTLÅTANDE
2015-05-05

LS 2015-0611

Ankom
Stockholms läns landsting
2015 -05- 13
Dnr LS 2015-0611
Rotel I

Landstingsstyrelsen

Yttrande över betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12)

Ärendebeskrivning

Finansdepartementet har berett Stockholms läns landsting tillfälle att lämna synpunkter på betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12).

Beslutsunderlag

Landstingsdirektörens tjänsteutlåtande den 5 maj 2015
Förslag till yttrande avseende SOU 2015:12
Sammanfattning av Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12)

Förslag till beslut

Landstingsstyrelsen föreslås besluta

att överlämna yttrande till Finansdepartementet över betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12) i enlighet med landstingsdirektörens förslag till yttrande.

Förvaltningens förslag och motivering

Sammanfattning
Förvaltningen anser att förslagen i betänkandet i huvudsak bidrar till en effektivisering av upphandlingsprocessen. Förvaltningen tillstyrker författningsförslaget om att införa en tidfrist om 90 dagar inom vilken förvaltningsrätten måste avgöra upphandlingsmål samt att det författningsregleras att dessa mål ska hanteras skyndsamt. Förvaltningen tillstyrker förslaget att införa den så kallade påtalandeskyldigheten. Dock delar inte förvaltningen utredningens bedömning att avstå från att föreslå

avgifter för domstolsprövning av upphandlingsmål. Förvaltningen anser att införandet av avgifter för överprövningen av upphandlingsmål torde effektivisera upphandlingsförfarandet.

Bakgrund
Den offentliga upphandlingen är både omfattande och mångfasetterad och omsätter årligen uppskattningsvis mellan 550 och 600 miljarder kronor. I den tidigare Upphandlingsutredningen (SOU 2013:12) konstaterades att antalet överprövningar och domstolarnas handläggningstid ansågs vara de främsta hindren för den goda affären. Överprövningsutredningen har i huvudsak fått i uppdrag att se över rättsmedlen i upphandlings-lagstiftningen.

Landstinget har i remissyttrande till tidigare utredningar[1] påtalat att de långa handläggningstiderna för överprövningar av upphandlingar är ett problem för upphandlande myndigheter.

Syftet med utredningen är att öka effektiviteten i upphandlings-förfarandena genom att finna sätt att komma till rätta med de problem som orsakas, både samhällsekonomiskt och för berörda parter, av att upphandlingar stoppas när de begärs överprövade i domstol.

Överväganden
Förvaltningen anser att utredningen på ett bra sätt beaktat synpunkter och slutsatser från tidigare utredningar. Huvuddelen av utredningens bedömningar och förslag är väl utredda och avvägda. Förvaltningen tillstyrker förslaget att införa den så kallade påtalandeskyldigheten, vilken innebär att leverantören måste påtala upplevda brister i upphandlingsförfarandet till den upphandlande myndigheten inom viss tid. Denna skyldighet torde kunna bidra till att korta handläggningstiderna något. Utredningens förslag om att förvaltningsrätten ska avgöra mål om överprövning av upphandling inom 90 dagar samt att det ska författningsregleras att upphandlingsmål ska handläggas skyndsamt är ändamålsenliga förslag som välkomnas och tillstyrks av förvaltningen. Förvaltningen instämmer också i utredningens bedömning att reglerna om den förlängda avtalsspärren samt att ingående av avtal beskär möjligheten att överpröva upphandlingsbeslut ska fortsätta att gälla även i framtiden. Dock anser förvaltningen att ansökningsavgift för överprövning i domstol bör införas. En differentierad modell för uttagande av ansökningsavgift i

[1] Bl.a. i remisyttrandet till betänkandet Goda affärer- en strategi för hållbar upphandling, SOU 2013:12, återges i SOU 2015:12 s. 174.

upphandlingsmålen är möjlig att genomföra genom att två olika nivåer på avgifter införs.

Utveckling av synpunkter och överväganden redogörs för i bifogat yttrande.

Ekonomiska konsekvenser av beslutet

De föreslagna reglerna borde innebära att handläggningstiderna i domstolarna förkortas vilket torde det leda till minskade kostnader för landstinget främst avseende färre temporära lösningar under överprövningstiden.

Miljökonsekvenser av beslutet

I enlighet med landstingets Miljöpolitiska program 2012-2016 har hänsyn till miljön beaktats och slutsatsen är att det inte är relevant med en miljökonsekvensbedömning i detta ärende.

Toivo Heinso
Landstingsdirektör

Anne Rundquist
Chefsjurist

Landstingsstyrelsen

YTTRANDE
2015-06-02

Diarienummer
LS 2015-0611

Finansdepartemenet

Yttrande över betänkandet, Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12)

- Stockholms läns landsting (nedan landstinget) instämmer inte i utredningens bedömning utan anser att avgifter för ansökan om överprövning bör införas.
- Landstinget tillstyrker utredningens förlag om att införa den så kallade påtalandeskyldigheten.
- Landstinget instämmer i utredningens bedömning att en regel som innebär att förlorande part ska betala processkostnaderna inte bör införas i upphandlingslagarna under förutsättning av att en avgift införs.
- Landstinget tillstyrker utredningens förslag om undantag för temporär direktupphandling med ett tillägg i författningstexten.
- Landstinget tillstyrker utredningens förslag att det ska författningsregleras att förvaltningsrätten ska avgöra mål om överprövning av upphandling inom 90 dagar från det att ansökan om överprövning kom in till rätten samt att upphandlingsmål ska handläggas skyndsamt.
- Landstinget instämmer i utrednings bedömning att frist för ansökan om upphandlingsskadeavgift inte bör ändras. Landstinget avstyrker dock utredningens förslag att ändra fristen för att väcka talan om skadestånd.

Efter rubrikerna nedan anges punkterna som respektive rubrik har enligt utredningens disposition i SOU 2015:12.

Avgifter vid ansökan om överprövning bestämmelser (p. 5.3)

Landstinget instämmer inte i utredningens bedömning utan anser att avgifter för ansökan om överprövning kan vara en förutsättning för att lyckas med att korta handläggningstiderna i domstol, då inte utökade resurser för domstolarna eller andra lösningar som ger tillräcklig effekt på handläggningstiden har föreslagits. Erfarenheter från andra länder, främst Norge och Danmark visar att höjda avgifter har minskat antal mål. Dock är det av vikt att en ändamålsenlig differentiering görs för att inte ekonomiskt svagare parter ska drabbas hårdare än ekonomiskt starkare parter. Även utredningen ser en differentierad modell som en möjlig lösning, men avfärdar den på grund av att den skulle innebära administrativa kostnader av betydande belopp för domstolarna. Dock ser landstinget en möjlig modell som liknar den i allmänna domstolar, vilket innebär ett belopp under en given gräns och ett annat över. I allmänna domstolar är gränsen ett halvt prisbasbelopp. För upphandlingsmål finns en annan lämplig gräns, nämligen tröskelvärdet för direktivstyrda upphandlingar. Ansökningar om överprövning är mer än dubbelt så vanligt över detta tröskelvärde. Det kan inte bortses från att upphandlingar av stora värden medför att det finns starka ekonomiska incitament för tidigare leverantör att fördröja det nya avtalet. Upphandlingar över tröskelvärdet överprövades i 13 procent av fallen, men de upphandlingar som genomfördes som ett förenklat förfarande överprövades i 5 procent av fallen[1]. Således är det möjligt med en avgift under tröskelvärdet och en annan högre över tröskelvärdet. Avgiften över tröskelvärdet kan alternativt bestämmas till en procentsats av kontraktvärdet.

Ersättning för processkostnad (p. 5.4)

Landstinget instämmer i utredningens bedömning att en regel som innebär att förlorande part ska betala processkostnaderna inte bör införas i upphandlingslagarna (LOU, LUF och LUFS), under förutsättning att någon form av avgift för ansökan istället införs enligt ovan. Landstinget tillstyrker även utredningens förslag att en regel införs i upphandlingslagstiftningen som innebär att processkostnader i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada. Detta är nödvändigt för att återställa den obalans som skapades efter *Fidela* målet[2]. Domen innebar att den kostnad som en anbudsgivare har ådragit sig genom att framgångsrikt driva en överprövningsprocess i vissa fall kan utgöra en ersättningsgill skada, medan

[1] SOU 2015:12, s. 108.
[2] NJA 2013 s.762.

den upphandlande myndigheten aldrig kan få sina kostnader ersatta. Genom utredningens förslag återskapas erforderlig balans mellan parterna.

Den förlängda avtalsspärren (p. 5.6)

Landstinget delar utredningens bedömning att den förlängda avtalsspärren bör kvarstå i befintlig omfattning. Konsekvensen av att införa en ändring som innebär att den förlängda avtalsspärren gäller även under kammarrättens prövning blir att vissa upphandlingar stoppas under längre tid, vilket står i strid med målsättningen att minska de negativa konsekvenserna av överprövning.

Pröva trots avtal (p. 5.7)

Landstinget delar utredningens bedömning att avtal även i fortsättningen bör avskära möjligheten att överpröva en upphandling.

Preklusionsfrist (p. 5.8)

Landstinget tillstyrker utredningens förslag om att införa den så kallade påtalandeskyldigheten. Dock anser landstinget att en preklusionsfrist torde kunna korta tiderna för handläggning i domstol än mer.

Nya omständigheter i kammarrätt (p. 5.8.10)
Landstinget tillstyrker utredningens förslag som innebär att en part i kammarrätten till stöd för sin talan får åberopa en omständighet eller bevis som inte lagts fram tidigare endast om parten gör sannolikt att detta inte kunnat åberopas vid förvaltningsrätten.

Undantag för temporär direktupphandling (p 5.9)

Landstinget tillstyrker utredningens förslag med ett tillägg. Utredningens förslag är att införa en regel som exemplifierar att omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten inte kan utgöra skäl för direktupphandling. En sådan omständighet är att upphandlingen kommer att överprövas och att överprövningen sker minst i en instans. Dock anser landstinget att tillägget ”inom föreskriven tid” behövs för att tydliggöra att den upphandlande myndigheten efter 90 dagar passerat sedan ansökan inkom i en överprövning inte är förhindrad att använda direktupphandling för aktuell anskaffning.

Tidsfrist för förvaltningsrättens prövning och skyndsam handläggning (p. 5.10)

Landstinget tillstyrker utredningens förslag att om det inte finns synnerliga hinder, ska förvaltningsrätten avgöra mål om överprövning inom 90 dagar från det att ansökan om överprövning kom in till rätten samt att upphandlingsmål ska handläggas skyndsamt. Efter att erforderlig tid förflutit sedan införandet av denna regel bör en utvärdering göras då en beräkning på samhällsbesparing även görs på en kortare frist, lämpligen 60 dagar för att få relevant underlag.

Frister för ansökan om upphandlingsskadeavgift samt talan för skadestånd (p. 5.11)

Landstinget instämmer i utredningens bedömning att fristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift inte bör ändras. Landstinget avstyrker dock utredningens förslag att ändra fristen för att väcka talan om skadestånd för direktivstyrda upphandlingar på så sätt att fristen ska räknas från och med den dag då sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om avtalet. Såsom utredningen påtalar synes inte någon utredning ha gjorts avseende förhållandet mellan skadeståndsregeln i upphandlingslagarna och skadeståndsregeln i skadeståndslagen vid införandet. Landstinget instämmer med utredningen att det kan vara intressant att utreda dessa förhållanden innan någon ändring övervägs.

LS 2015-0611

Sammanfattning

Betänkandet innehåller författningsförslag som syftar till att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena. Förslagen påverkar i första hand dels företag som önskar delta i offentlig upphandling dels upphandlande myndigheter eller enheter men också allmänheten i form av skattebetalare och avnämare samt domstolar.

I kommittédirektiven nämns två olika strategier som utredningen bör undersöka i syfte att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena. Utredningen ska finna sätt att komma till rätta med de problem som orsakas, både samhällsekonomiskt och för berörda aktörer, av att upphandlingar stoppas när de begärs överprövade i domstol. Den ena strategin innebär att man försöker minska antalet ansökningar om överprövning genom antingen ansökningsavgifter eller processkostnadsansvar. Den andra strategin innebär att man vidtar åtgärder som minskar de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad. En given utgångspunkt för utredningen är att eventuella förändringar av regelverket inte får innebära att rättssäkerheten eftersätts.

Ansökningsavgift och processkostnadsansvar

Den strategi som innebär att man försöker minska antalet ansökningar om överprövning genom antingen ansökningsavgifter eller processkostnadsansvar och därmed antalet stoppade upphandlingar har av utredningen inte ansetts vara en framkomlig väg. Utredningen har därför inte föreslagit att ansökningsavgifter eller processkostnadsansvar bör införas. I dag är det dock i vissa situationer möjligt för en leverantör att genom skadestånd få ersättning för sina processkostnader medan den upphandlande myndigheten/enheten aldrig kan få sina kostnader ersatta, vilket enligt utredningens mening skapar en obalans mellan parterna. Utredningen föreslår därför en

regel som innebär att kostnader för ombud, biträde, utredning eller annat (processkostnader) som en part skäligen har behövt för att ta till vara sin rätt i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada. Utredningens avsikt med den föreslagna regeln är att återställa balansen mellan parterna i upphandlingsmål.

Strategin som innebär att man vidtar åtgärder som minskar de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad har av utredningen ansetts vara en mera framkomlig väg.

Förlängd avtalsspärr

Utredningen ska enligt direktiven överväga om den förlängda avtalsspärren bör avskaffas. Om systemet skulle avskaffas måste domstolen enligt utredningens mening i stället fatta ett interimistiskt beslut, där också i och för sig en skadebedömning måste göras. Med beaktande av att det enligt praxis råder stark presumtion för att meddela interimistiskt beslut att inte låta upphandlingen fortgå anser utredningen att ett återinförande av regler som innebär att förvaltningsrätten ska fatta interimistiskt beslut inte skulle innebära att problemet med stoppade upphandlingar skulle minska nämnvärt. I stället kommer det att skapa merarbete för förvaltningsrätterna. Utredningen föreslår därför att den förlängda avtalsspärren ska kvarstå i befintlig omfattning.

Pröva efter ogiltigförklaring eller efter avtal

Utredningen anser inte att man skulle vinna något i effektivitetshänseende i upphandlingsprocessen om domstolen efter ogiltigförklaring sedan också skulle pröva upphandlingen. Utredningen bedömer att något behov inte heller finns av att vid en överprövningsprocess efter det att ett avtal har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör, vid sidan om möjligheten att ogiltigförklara avtalet, ge domstolarna möjlighet att förordna om att en upphandling ska göras om eller att ett beslut om upphandling ska upphävas.

Preklusionsfrist m.m.

Utredningen har också i uppdrag att överväga om det ska införas en preklusionsfrist innebärande att ansökan om överprövning som avser brister i det konkurrensuppsökande skedet måste göras inom en viss tid vid påföljd att frågan annars inte prövas. Utredningen har funnit att en renodlad sådan inte bör införas. Utredningen föreslår i stället en alternativ lösning, den s.k. mellanvägen. Förslaget innebär att det införs en påtalandeskyldighet (mellanväg) för leverantörer avseende fel och brister innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud i upphandlingen löpt ut. Genom den föreslagna regeln förstärks incitamenten till dialog mellan leverantörer och upphandlande myndigheter/enheter hellre än domstolsprocesser. Om dialog förs mellan parterna kan fel och brister uppdagas och rättas till i ett tidigare skede vilket skulle kunna leda till att behovet av att ansöka om överprövning minskar. Enligt utredningens mening borde upphandlingsmålen i domstol bli mer renodlade till följd av den s.k. mellanvägen vilket borde leda till en bättre och effektivare process.

Som utredningen ser det borde upphandlingsprocessen vidare bli effektivare om processen koncentreras till underrätt. Utredningen har därför föreslagit att en regel bör införas i upphandlingslagarna som innebär att en part i kammarrätten till stöd för sin talan får åberopa en omständighet eller bevis som inte lagts fram tidigare endast om parten gör sannolikt att omständigheten eller beviset inte har kunnat åberopas vid förvaltningsrätten eller att parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det.

Tidsfrist och direktupphandling

Utredningen föreslår att det ska införas en tidsfrist på 90 dagar för förvaltningsrätternas handläggning och att det också ska införas ett skyndsamhetskrav i författningstexten. Utredningen föreslår också att det i författningstexten exemplifieras att en upphandlande myndighet/enhet bör kunna förutse att en upphandling begärs överprövad och att överprövning sker i en instans. Överprövningar är en viktig del av rättssäkerheten vid upphandlingar. Samtidigt innebär en överprövning att hela upphandlingsprocessen stannar upp, eftersom varken leverantören eller myndigheten/enheten kan vara

säker på när och om kontraktet kan undertecknas. De flesta överprövningar avgörs relativt snabbt men 25 procent av överprövningarna tar längre tid än tre månader för förvaltningsrätterna att avgöra. I tre fjärdedelar av alla överprövningar slutar överprövningsprocessen när förvaltningsrätten har fattat sitt slutliga beslut. En fjärdedel av förvaltningsrättens avgörande överklagas till kammarrätt men det är dock enbart cirka fem procent av förvaltningsrättens avgörande som sakprövas i kammarrätt. I mindre än en procent av det totala antalet annonserade upphandlingar sker således en sakprövning i två instanser.

Systemet med upphandlingar inklusive överprövningssystemet handlar, som utredningen ser det, inte bara om att skydda den leverantör som anser sig förfördelad under något stadium i upphandlingsförfarandet utan också om att man ska kunna tillhandahålla varor och tjänster för allmänheten på ett bra sätt. Konsekvensen av ett system där överprövningar stoppar upp och fördröjer upphandlingar under en längre period drabbar ytterst allmänheten. En lång process kan exempelvis innebära att ett antal personer inte får den livsnödvändiga medicin de skulle behöva.

Med de föreslagna författningsändringarna avseende en tidsfrist för förvaltningsrätternas prövning samt exemplifieringen av vad upphandlande myndighet/enhet kunnat förutse vill utredningen göra upphandlingsprocessen mer förutsebar och i vissa fall göra överprövningstiden betydligt kortare än tidigare. Leverantörer och upphandlande myndigheter/enheter kan med de föreslagna ändringarna bättre planera sin verksamhet. Genom en bättre planering bör också möjligheterna till att göra en god affär förbättras.

Om en ansökan om överprövning avslås i förvaltningsrätten och därefter inte överklagas till högre instans bör kontrakt kunna slutas efter drygt tre månader. Om en ansökan om överprövning inte stannar vid förvaltningsrättens avgörande eller inte avgjorts inom den tidsfrist som anges för förvaltningsrättens prövning bör en upphandlande myndighet eller enhet kunna tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering under överprövningstiden och till dess att en ny upphandling kunnat genomföras om övriga förutsättningar för synnerliga brådska är uppfyllda. Att en upphandling begärs överprövad borde då inte få den konsekvensen att en enskild individ inte kan få sitt behov tillgodosett på grund av att en överprövning drar ut på tiden. Det blir också mer rättssäkert för

företag att ingå avtal med upphandlande myndighet eller enhet under överprövningstiden.

Tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift

Regeringen har tidigare ansett att den nuvarande tidsfristen för att ansöka om upphandlingsskadeavgift är väl avvägd. Enligt utredningens mening bör det därför komma fram skäl som medför att den bedömningen bör frångås. Konkurrensverket har pekat främst på att den korta tiden får till följd att Konkurrensverket sammanfattningsvis inte kan utreda och ansöka om påförande av avgift i alla de fall där det kan anses vara påkallat. I sin skrivelse har verket dock inte närmare redogjort för vilka alternativa möjligheter att lösa frågan verket har utrett. Det finns t.ex. inte något underlag som gör det möjligt att utreda om det problem som Konkurrensverket anser finnas skulle gå att åtgärda genom t.ex. omorganisation av verksamheten eller omfördelning av resurser. Utredningen anser mot bakgrund av det anförda att de argument som tidigare lagts fram emot en tvåårig tidsfrist väger tyngre än de skäl som Konkurrensverket framfört för en förlängning av tidsfristen. Utredningen föreslår därför ingen förändring av reglerna. Frågan bör i stället hanteras som en fråga om resursfördelning inom Konkurrensverket.

Frist för väckande av talan om skadestånd

Enligt utredningens mening har det inte kommit fram några skäl som leder till slutsatsen att fristen för att väcka talan om skadestånd bör förlängas. Utredningen föreslår därför inte att fristen för att väcka talan om skadestånd bör ändras. Däremot anser utredningen att den tidpunkt från vilken fristen för att väcka talan om skadestånd ska räknas borde ändras för att vara förenlig med unionsrätten.