Regionrådsberedningen

SKRIVELSE
2019-01-23

LS 2018-0992

Regionstyrelsen

Yttrande över Betänkande Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44)

Föredragande regionråd: Irene Svenonius

Ärendebeskrivning

Region Stockholm, har genom remiss inbjudits till att lämna synpunkter på Förenklingsutredningens betänkande Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44).

Förslag till beslut

Regionrådsberedningen föreslår att regionstyrelsen beslutar följande.

Yttrande över Förenklingsutredningens betänkande Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44) ska avges i enlighet med landstingsdirektörens förslag till yttrande.

Beslutet om att avge yttrande justeras omedelbart.

Regionrådsberedningens motivering

Konkurrensutsättning genom upphandling är ett viktigt verktyg för staten, kommuner och regioners möjlighet att tillhandahålla invånarna samhällsservice av god kvalitet och samtidigt ta till vara den kunskap och innovationskraft som finns hos privata leverantörer, vinstdrivande såväl som ideella.

För att till fullo kunna nyttja den potential som finns hos dessa är det viktigt att regelverken för hur inköpen ska göras är ett hjälpmedel för alla upphandlande myndigheter och enheter så att man får rätt kvalitet till bästa

möjliga pris och att de samtidigt bidrar till ett högt förtroende för den offentliga affären hos såväl potentiella leverantörer som hos medborgarna.

Under flera år har man kunnat se en oroväckande trend att det genomsnittliga antalet anbudsgivare per upphandling minskat. Samtidigt har andelen upphandlingar med endast en anbudsgivare ökat (Upphandlingsmyndighetens och Konkurrensverkets rapport Statistik om offentlig Upphandling 2018). Om den utvecklingen fortsätter riskerar bristande konkurrens att drabba skattebetalarna med sämre kvalitet och högre priser. Därför välkomnar Region Stockholm utredningens uppdrag och ambition att skapa förenklingar och ökad flexibilitet i upphandlingsregelverken.

Region Stockholm anser att utredningen är ambitiös och innehåller många goda förslag i vilka Regionen fullt ut kan instämma. Om offentlig upphandling ska kunna användas som verktyg för att förverkliga politiska målsättningar och göra goda affärer för skattebetalarna, behövs regelverk som är lätta att tillämpa, uppmuntrar till förhandlingar och inte skapar onödig byråkrati eller stelbenthet. Härtill behövs en mer effektiv och skyndsam handläggning av domstolsprocesser kopplade till offentlig upphandling liksom väsentligen förbättrade möjligheter för upphandlande myndigheter och enheter till täckningsköp under den tid som överprövningar pågår.

För att syftet med förenkling och flexibilitet fullt ut ska uppnås och nuvarande problem med många och långa överprövningar bättre ska kunna omhändertas, föreslår dock Region Stockholm i vissa delar fördjupad utredning, förändrade skrivningar eller att föreslagna skrivningar utgår.

Beslutsunderlag

Landstingsdirektörens tjänsteutlåtande
Förslag till yttrande
Sammanfattning av Förenklingsutredningens betänkande Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44).

Irene Svenonius

Gustaf Drougge

Landstingsstyrelsen
Landstingsstyrelsens förvaltning
SLL Inköp
Ragna Forslund

TJÄNSTEUTLÅTANDE
2018-12-14

LS 2018-0992

Regionstyrelsen

Yttrande över Betänkandet Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44)

Ärendebeskrivning

Stockholms läns landsting –har genom remiss inbjudits till att lämna synpunkter på Förenklingsutredningens betänkande Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44).

Beslutsunderlag

Landstingsdirektörens tjänsteutlåtande
Förslag till yttrande
Sammanfattning av Förenklingsutredningens betänkande Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44)

Förslag till beslut

Regionstyrelsen beslutar följande.

1. Yttrande till Finansdepartementet över Förenklingsutredningens betänkande Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44) ska avges i enlighet med landstingsdirektörens förslag till yttrande.

2. Beslutet om att avge yttrande ska justeras omedelbart.

Förvaltningens förslag och motivering

Sammanfattning
Stockholms läns landsting, har genom remiss inbjudits till att lämna synpunkter på Förenklingsutredningens betänkande Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44).

Syftet med utredningen har varit att se över möjligheter till förenkling av upphandlingslagstiftningen för upphandlingar under EU:s tröskelvärden och för sociala och andra särskilda tjänster. Utredningen har även haft till uppdrag att föreslå regler avseende processkostnadsansvar och ansökningsavgifter för överprövningsmål.

Stockholms läns landsting anser att utredningen är ambitiös och innehåller många goda förslag i vilka landstinget fullt ut kan instämma. För att syftet med förenkling och flexibilitet fullt ut ska uppnås och nuvarande problem med många och långa överprövningar bättre ska kunna omhändertas, föreslår dock Stockholms läns landsting i vissa delar fördjupad utredning, förändrade skrivningar eller att föreslagna skrivningar utgår.

Bakgrund
Regeringen tillsatte sommaren 2017 en särskild utredare med uppgift att göra en översyn av de bestämmelser i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) som reglerar upphandlingar under EU:s tröskelvärden (icke-direktivstyrda), i syfte att utreda hur regelverket kan göras enklare och mer flexibelt. Uppdraget omfattade även förslag till förenklingar avseende sociala och andra särskilda tjänster enligt lagarnas bilaga 2.

Utredningen har även haft i uppdrag att föreslå regler om skyldighet för den förlorande parten att ersätta motpartens processkostnader och om avgifter för att ansöka om överprövning.

Utredningen slutfördes sommaren 2018 genom överlämnandet av betänkandet Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44).

Stockholms län landsting inbjöds genom remiss i september 2018 att avge yttrande över betänkandet.

Betänkandets huvudsakliga innehåll
Utredningen har velat förenkla regelverket både vad gäller utformning och innehåll. Den effekt man har velat uppnå är att upphandlande myndigheter/enheter (nedan gemensamt kallade upphandlande myndigheter) och leverantörer ska kunna göra goda och sunda affärer med varandra. Utredningen har strävat efter att ha så enhetliga regler som möjligt för att undvika gränsdragningsproblem och tvister. De förenklade icke-direktivstyrda reglerna föreslås av utredningen inarbetas i befintliga lagar.

För alla upphandlingar oavsett värde ska de EU-rättsliga grundläggande principerna om likabehandling, proportionalitet, icke-diskriminering, transparens (öppenhet) och ömsesidigt erkännande gälla så snart en upphandling är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, det vill säga när den kan vara av intresse för någon leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat.

När det gäller direktupphandlingar som saknar ett sådant gränsöverskridande intresse föreslår utredningen att det istället ska gälla en nationell princip. Utredningen antar att detta är fallet för de flesta direktupphandlingar. Den nationella principen skulle innebära att de konkurrensmöjligheter som finns ska utnyttjas. Kostnaderna för att genomföra upphandlingen ska dock stå i rimlig proportion till upphandlingens uppskattade värde. Den upphandlande myndigheten ska även genomföra upphandlingen på ett sakligt och opartiskt sätt.

Utredningen föreslår vidare frihet vad gäller att utforma förfarandet vid icke direktivstyrd upphandling och sociala/andra särskilda tjänster, så länge som de grundläggande principerna följs och det är tydligt i upphandlingsdokumenten vad som gäller.

Dialog lyfts fram både vad gäller skriftligt och muntligt informationsutbyte och förslaget innebär att rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av anbud tillåts. Även dialog i form av förhandling om allt utom minimikrav och tilldelningskriterier ska vara tillåtet.

Direktupphandlingsgränserna föreslås anges i nominella belopp som sätts till nuvarande nivåer: 600.000 kronor för LOU och 1.100.000 kronor för LUF.

I syfte att lösa akuta behov till följd av att en upphandling är föremål för överprövning föreslås en ny bestämmelse om täckningsköp, dock begränsat till gränsen för tröskelvärdet.

Antalet överprövningsmål i Sverige ligger relativt högt jämfört med andra länder inom EU och utredningen bedömer att detta sannolikt beror på en rad omständigheter, som till exempel den ekonomiska tröskeln för domstolsprövning, många affärsmöjligheter kopplade till offentlig verksamhet och den svenska offentlighetsprincipen.

Utredningen lämnar enligt sina direktiv ett förslag om processkostnadsansvar i överprövningsmål, där förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader. I enlighet med direktiven föreslås också att en avgift om 7.500 kronor införs i mål om överprövning av upphandling eller avtals giltighet.

Beträffande domstolars handläggningstider föreslår utredningen ingen reglering men framhåller domstolarnas ansvar för aktiv materiell processledning och att det är värdefullt om tidplaner för handläggningen av mål upprättas.

Överväganden
Stockholms länslandsting ställer sig bakom utredningens uppdrag och ambition att skapa förenklingar och ökad flexibilitet i regelverket. Om offentlig upphandling ska kunna användas som ett verktyg för att förverkliga politiska målsättningar och göra goda affärer för skattebetalarna, behövs ett regelverk som är lätt att tillämpa, uppmuntrar förhandlingar och inte skapar onödig byråkrati eller stelbenthet. Härtill behövs en mer effektiv och skyndsam handläggning av domstolsprocesser kopplade till offentlig upphandling liksom väsentligt förbättrade möjligheter för upphandlande myndigheter och enheter till täckningsköp under den tid som överprövningar pågår.

Stockholms läns landsting anser att utredningen är ambitiös och innehåller många goda förslag. För att syftet med förenkling och flexibilitet fullt ut ska uppnås och nuvarande problem med många och långa överprövningar bättre ska kunna omhändertas, föreslår dock Stockholms läns landsting i vissa delar fördjupad utredning, förändrade skrivningar eller att föreslagna skrivningar utgår.

Samtliga inköpsansvariga inom Stockholms läns landsting har beretts möjlighet att delta i utarbetandet av förslaget till yttrande. Förutom juridisk

och upphandlingsrättslig kompetens från SLL-juridik har i viss utsträckning kompetens deltagit från hälso- och sjukvårdsförvaltningen, Södersjukhuset och trafikförvaltningen.

Ekonomiska konsekvenser av beslutet
Detta beslut om att avge yttrande föranleder i sig inga ekonomiska konsekvenser.

Malin Frenning
Landstingsdirektör

Ragna Forslund
t.f. Inköpsdirektör

Beslutsexpediering
Akt
Finansdepartementet

Godkänd av Malin Frenning, 2018-12-14

Regionstyrelsen

YTTRANDE
2019-01-29

LS 2018-0667

Finansdepartementet
Fi2018/02531/OU

Yttrande över betänkandet SOU 2018:44 Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål

Sammanfattning

Stockholms läns landsting – Region Stockholm (nedan kallat ”Region Stockholm”) har beretts möjlighet att yttra sig över betänkandet SOU 2018:44 Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål.

Region Stockholm ställer sig helt bakom utredningens uppdrag och ambition att skapa förenklingar och ökad flexibilitet i regelverket. Om offentlig upphandling ska kunna användas som ett verktyg för att förverkliga politiska målsättningar och göra goda affärer för skattebetalarna, behövs ett regelverk som är lätt att tillämpa, uppmuntrar förhandlingar och inte skapar onödig byråkrati eller stelbenthet. Härtill behövs en mer effektiv och skyndsam handläggning av domstolsprocesser kopplade till offentlig upphandling liksom väsentligt förbättrade möjligheter för upphandlande myndigheter/enheter (nedan omfattar begreppet ”upphandlande myndigheter” även begreppet upphandlande enheter) till täckningsköp under den tid som överprövningar pågår.

Region Stockholm anser att utredningen är ambitiös och innehåller många goda förslag. För att syftet med förenkling och flexibilitet fullt ut ska uppnås och nuvarande problem med många och långa överprövningar bättre ska kunna omhändertas, föreslår dock Region Stockholm i vissa delar fördjupad utredning, förändrade skrivningar eller att föreslagna skrivningar utgår.

Del 1: Enklare och flexiblare upphandlingsregler

Avsnitt 8: Bestämt gränsöverskridande intresse
Region Stockholm motsätter sig förslaget som rör införande av en uttrycklig reglering i svensk nationell lagstiftning av direktupphandlingar som kan vara av intresse för någon leverantör som är etablerad i annan medlemsstat. Skyldigheten att beakta de grundläggande principerna vid upphandlingar där det kan finnas ett bestämt gränsöverskridande intresse finns redan.

Förslaget skulle innebära en onödig kodifiering av praxis. Enligt Region Stockholm riskerar den föreslagna skrivningen även att skapa osäkerhet och leda till försvåring istället för förenkling i den praktiska tillämpningen. Bedömningen skulle, såvitt Region Stockholm förstår förslaget, behöva göras för alla direktupphandlingar från den första kronan och kriterierna för bedömningen är inte tillräckligt tydliga för att skapa den klarhet som är önskvärd. Frågan om vem som har bevisbördan i denna bedömning är inte heller tydlig. Förslaget skulle därmed skapa inte bara rättslig osäkerhet utan även en oproportionerlig arbetsbörda för upphandlande myndigheter.

Det ligger i en upphandlande myndighets eget affärsmässiga intresse att skapa god konkurrens och i relevanta fall även göra direktupphandlingar kända genom till exempel annonsering. Däremot bör en upphandlande myndighet inte känna sig tvungen att annonsera direktupphandlingar i onödan, bara för att på grund av osäker rättstillämpning av lagtext vara på den säkra sidan.

Om lagstiftaren anser att det behövs en skärpning vad gäller tillämpningen av de grundläggande principerna vid upphandlingar där det finns ett gränsöverskridande intresse, förordar Region Stockholm att Konkurrensverket inom ramen för sin tillsynsverksamhet utreder eventuella brister.

Avsnitt 9: Principer för upphandling
Region Stockholm motsätter sig förslaget i följande delar:

19a kap. 2 § Jämfört med dagens reglering är förslaget en skärpning som direkt strider mot utredningens syfte att uppnå ökad flexibilitet. Om en upphandlande myndighet frivilligt väljer att annonsera en direktupphandling för att utnyttja konkurrensen, bör detta inte leda till ett tvång att följa de betydligt mer omfattande krav som följer av 19 kap. Förslaget skulle, enligt vad Region Stockholm befarar, direkt motverka upphandlande myndigheters goda intentioner vad gäller konkurrens och

öppenhet i fråga om direktupphandlingar. Paragrafen bör därför enligt Region Stockholm utgå helt.

19 a kap. 3 § Region Stockholm ställer sig som utgångspunkt bakom att införa en ny nationell princip för direktupphandlingar. Syftet med principen skulle, såvitt Region Stockholm uppfattat, vara dels att uppmuntra upphandlande myndigheter att tillvarata konkurrensen även i situationer där rätt att genomföra direktupphandling finns, dels att skapa förutsättningar för ny rättspraxis som inte bygger på den EU-rättsliga.

Region Stockholm motsätter sig dock förslaget om en ny nationell lagstadgad princip som kan uppfattas som att det införs ett tvång att utnyttja befintliga konkurrensmöjligheter när rätt till direktupphandling finns. Visserligen ska enligt förslaget en proportionalitetsbedömning göras av kostnaderna för en konkurrensutsättning av upphandlingen jämfört med upphandlingens värde, men förslagets formulering riskerar ändå att leda till en onödigt sträng rättstillämpning eller i vart fall skapa osäkerhet kring vad som gäller och därmed medföra ineffektivitet och onödiga kostnader för den offentliga sektorn. Förslaget skulle till exempel kunna uppfattas som att *alla* (till skillnad från exempelvis *tillräckliga*) konkurrensmöjligheter ska utnyttjas om värdet är tillräckligt högt, vilket kan leda till en orimlig börda för den upphandlande myndigheten.

Mot ovanstående bakgrund motsätter sig Region Stockholm den föreslagna formuleringen, men ser gärna att förslaget omarbetas till en mer kort och kärnfull formulering och föreslår följande formulering av första meningen i tredje paragrafen: *”En upphandlande myndighet ska genomföra direktupphandling på ett sakligt och objektivt sätt och bör i rimlig utsträckning eftersträva en effektiv konkurrens. Ovidkommande hänsyn får inte tas.*”

I enlighet med vad som anförts ovan om avsnitt 8 anser Region Stockholm att det tredje stycket bör utgå.

Avsnitt 10: Upphandlingens utformning
Region Stockholm instämmer i huvudsak i förslagen och lämnar för egen del förslag på vissa tillägg.

Region Stockholm är mycket positiv till och instämmer i förslaget om full frihet vad gäller att utforma förfarandet för upphandlingar, så länge som de grundläggande EU-rättsliga principerna följs och tydlig information om förfarandet ges i upphandlingsdokument.

Utformningen av 19 kap. 3 § skulle med fördel kunna bli ännu mer av en generalklausul som inleds med att allt som är tillåtet över tröskelvärdena också är tillåtet vid upphandlingar enligt 19 kap. och därefter ett uttryckligt omnämnande av friheten enligt vad som nu står i det första stycket.

Enligt Region Stockholm skulle det räcka om exemplifieringen av vad som är olika metoder, tekniker och utformningar stod med i förarbetena. Andra stycket i 3 § kan i så fall utgå. Vad gäller olika metoder, tekniker och utformningar borde man i förarbetena inte bara räkna upp exempel som ramavtal och dynamiska inköpssystem utan även ange att den upphandlande myndigheten alltid har möjlighet att förhandla och att det inte finns någon formell längsta ramavtalstid. Region Stockholm efterfrågar även att man i LOU 19 kap. inför möjligheten till användning av kvalificeringssystem som ersättning för annonsering (jämför vad som idag gäller enligt LUF). Annars blir den nya regleringen av det icke-direktivstyrda området begränsande i detta hänseende.

Härtill vore det önskvärt om det tydliggjordes att det är tillåtet med geografisk uppdelning av en upphandling och att en upphandlande myndighet även får besluta att en anbudsgivare inte får lämna mer än ett anbud per område i en upphandling eller på en hel upphandling. För att underlätta för små- och medelstora företag och för att inte gynna system av kringgående, borde det även införas en regel om att en upphandlande myndighet får besluta att regeln om maximalt ett anbud/anbudsgivare inte får kringgås genom att en koncern lämnar flera olika anbud i en och samma upphandling (eller område inom en upphandling) eller genom att leverantörer går ihop och sinsemellan åberopar varandras kapacitet på ett sätt som ökar deras chanser att vinna genom att flera anbud kan lämnas av de samarbetande bolagen tack vare att den formella anbudsgivaren skiljer sig åt från ett anbud till ett annat. Sådana anbudsarrangemang försvårar idag verklig konkurrens i vissa upphandlingar där man som upphandlande myndighet försöker att underlätta för små och medelstora företag eller helt nya aktörer att delta. Det handlar då om arrangemang som inte är förbjudna enligt konkurrenslagen, men likväl påverkar konkurrenssituationen i offentliga upphandlingar.

Texten om upphandlingsdokument i 19 kap. 7 § behöver nyanseras för att passa även vid ett två-stegsförfarande eller konkurrenspräglad dialog där upphandlingsdokumenten tillkommer i en successiv process. Region Stockholm föreslår följande formulering: ”*En upphandlande myndighet ska ge direkt och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras eller, om dokumenten uppkommer i ett senare skede i upphandlingsprocessen, så snart som möjligt.*”

Avsnitt 11: Dialog i upphandlingar
Region Stockholm är mycket positiv till förslaget. Det är bra med ett tydliggörande av att dialog i olika former är en värdefull del av en upphandlingsprocess. Att upphandlande myndigheter ska ha rätt (men inte skyldighet) att begära in rättelser, förtydliganden och kompletteringar är viktigt och möjliggör förbättrad konkurrens.

Avsnitt 13: Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster
Region Stockholm instämmer delvis i förslaget. Det är positivt med en så enhetlig reglering av tjänsterna som möjligt. Det är också bra att gränsen för direktupphandlingar höjs till tröskelvärdet (7,1 miljoner kronor), att de särskilda reglerna om annonsering och dokumentation m.m. tas in direkt i kapitlet samt att kraven på att ange tekniska specifikationer tas bort. Allt detta förenklar och ger större handlingsutrymme för de upphandlande myndigheterna.

Region Stockholm är dock tveksam till förslaget i ***19 kap 20 §*** som anger att deltagandet får reserveras för vissa organisationer, då bestämmelserna kan ge upphov till stora tolkningssvårigheter. Frågor som uppkommer gäller till exempel om det är hela vinsten som ska återinvesteras och vad som menas med ”…aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter”.

Vidare ställer sig Region Stockholm undrande över vilken effekt i praktiken som den tre-åriga gränsen i kombination med förbudet för att tilldela samma organisation ytterligare ett kontrakt för den berörda tjänsten kommer att få. Ambitionen att öka små och medelstora företags samt idéburna organisationers möjligheter att delta i upphandling är lovvärd. I den utsträckning som regleringen skulle användas som en möjlighet att bygga upp en konkurrenskraftig verksamhet för att senare kunna delta i upphandling av samma tjänst skulle regleringen tjäna sitt syfte väl. Region Stockholm ser dock en risk för att regleringen skulle kunna feltolkas och i praktiken leda till kringgående.

Avsnitt 15: Direktupphandling
Region Stockholm instämmer delvis i förslaget.

19 a kap. 1 § Region Stockholm instämmer i förslaget till renodlad definition av direktupphandling och ser även förslaget om ett fast angivet belopp som positivt och förenklande.

Region Stockholm hade härtill gärna sett ett förslag om höjd beloppsgräns. Enligt Region Stockholm skulle gränsen för direktupphandling enligt LOU rimligen kunna vara densamma som den enligt LUF.

I sammanhanget noteras att Högsta förvaltningsdomstolen under remisstiden har klargjort frågetecken kopplade till gränsdragning av vad som ska anses vara en upphandlande myndighet inom en kommun.

19a kap 6 § Region Stockholm instämmer delvis i förslaget till täckningsköp. Regleringen är i sig välkommen och förenklande.

Avgränsningen i att täckningsköpet inte får avse längre tid eller större omfattning än nödvändigt är en viktig förutsättning, som även gör att täckningsköp enligt Region Stockholm bör kunna tillåtas även i fall där ett avtal har förklarats ogiltigt. Även i ett sådant fall kan det finnas ett mycket angeläget behov som behöver tillgodoses. Region Stockholm efterfrågar därför en omformulering av förslaget så att täckningsköp ska kunna ske även när avtal förklarats ogiltiga förutsatt att – i likhet med vad som gäller i överprövningsfallen – det finns ett angeläget behov och att köpet inte blir större eller löptiden längre än nödvändigt.

I detta sammanhang är det viktigt att notera att det avtal som ogiltigförklarats kan ha varit ett omfattande eller långt avtal och att täckningsköpet, som ska ersätta det, endast får omhänderta ett angeläget behov under en interimsperiod, där den upphandlande myndigheten typiskt sett genomför en konkurrensutsatt upphandling för det mer omfattande och långsiktiga behovet.

Region Stockholm ser vidare ingen anledning att begränsa rätten att genomföra täckningsköp till situationer där värdet av upphandlingen inte överstiger det tröskelvärde som finns i 5 kap. 1 §. En sådan begränsning förtar mycket av den positiva effekten med bestämmelsen. Om en upphandlande myndighet på grund av en domstolsprocess eller dom/beslut är förhindrad att på ursprungligen avsett sätt omhänderta ett angeläget behov av en tjänst eller vara, är det ett skyddsvärt behov som inte blir mindre bara för att värdet på upphandlingen är stort. Region Stockholm vill framhålla att hur som helst är det enda värde som är logiskt att beakta värdet av själva täckningsköpet – inte den i normalfallet mycket större affär som är under överprövning, etc.
Att det införs ett tak för täckningsköp är mot bakgrund av ovanstående helt omotiverat och Region Stockholm motsätter sig den delen av förslaget. I detta sammanhang vill Region Stockholm betona följande. Genom kravet på angeläget behov i kombination med att ett täckningsköp aldrig får bli

större eller mer utdraget i tiden än nödvändigt, får man anses ha gjort en intresseavvägning som innebär att det är motiverat med en direktupphandling och då bör det enligt Region Stockholm inte sättas någon ytterligare ram för den i form av ett i förväg bestämt värde som aldrig får överstigas. Vad som är en godtagbar storlek på täckningsköpet måste istället rimligen avgöras i det enskilda fallet utifrån de enskilda omständigheterna. Enligt Region Stockholm kan en jämförelse göras med grunden ”synnerliga skäl” för direktupphandling där det inte finns något tak.

Region Stockholm skulle gärna se att Upphandlingsmyndigheten tar fram mallar för täckningsköp. Mallarna skulle exempelvis innehålla förslag på bestämmelser som möjliggör en smidig uppsägning av täckningsköp så att det inte i onödan skapas en inlåsning mot ett täckningsköp i ett läge där det finns tillgång till ett konkurrensutsatt kontrakt.

Region Stockholm vill särskilt tillstyrka utredningens förslag att värdet av direktupphandlingar ska beräknas på grundval av det enskilda kontraktet och inte även tjänster varor av motsvarande slag under en viss period. Vad gäller regleringen av direktupphandlingar i övrigt se även Region Stockholms synpunkter ovan under avsnitt 9, Principer för upphandling.

Del 2 Vissa regler om överprövningsmål

Avsnitt 21: Processkostnader i överprövningsmål

Region Stockholm instämmer med någon tvekan i förslaget.

Det stora antalet överprövningar av offentliga upphandlingar i Sverige och situationen med utdragna handläggningstider i domstol är bekymmersam och skapar stora problem för såväl offentlig sektor som många leverantörer. Region Stockholm är därför positiv till viljan att hitta effektiva lösningar på situationen.

Region Stockholm har vägt behovet av effektivisering till förmån för såväl offentliga som privata aktörer mot den demokratiaspekt som det innebär att en leverantör idag kan överpröva en upphandling utan att riskera att behöva betala den upphandlande myndighetens processkostnader om leverantören förlorar. Efter en sammanvägd bedömning och med beaktande av den jämkningsmöjlighet som lagen erbjuder domstolarna är Region Stockholm mer positiv än negativ till förslaget.

Det finns även andra åtgärder som Region Stockholm tror skulle ha en positiv effekt, till exempel om en preklusionsfrist infördes av innebörd att en missnöjd leverantör måste klaga på eventuell bristande transparens eller proportionalitet i själva upphandlingsdokumenten inom viss tid från att bristen kommit dem till känna. Idag är det inte sällan så att den typ av brister regelmässigt lyfts i en överprövning utan att det finns tecken på att den påverkat själva anbudslämningen, det vill säga bristerna görs gällande först när leverantören inte tilldelats kontraktet. För alla inblandade parters skull vore det bättre om den typen av brister som verkligen skapar osäkerhet för leverantörerna inför anbudslämning också behövde påtalas tidigt i processen, det vill säga före tilldelningsbeslut.

En preklusionsfrist skulle i praktiken sannolikt få till effekt att frågor- och svarsperioden under anbudstiden skulle användas än mer aktivt och effektivt än idag och kunna leda till förbättringar av upphandlingsdokument i tid inför anbudslämningen. Det skulle inte bara förbättra själva underlagen och kunna leda till bättre affärer och anbud, utan även styra bort från vissa överprövningar och onödiga transaktionskostnader för alla inblandade parter.

Vidare föreslår Region Stockholm att man inom ramen för den fortsatta utredningen, eller genom en helt ny utredning, undersöker möjligheten att samla överprövningsmålen hos ett par domstolar (specialdomstolar). Detta skulle sannolikt kunna avhjälpa problemet med dagens spretiga rättstillämpning som inte gynnar rättssäkerheten. En mindre långtgående variant är att man åtminstone ser till att upphandlingsmålen hamnar hos specialiserade rotlar hos förvaltningsdomstolarna.

Tidplaner för handläggningen av upphandlingsmål i domstol vore också välkommet och skulle exempelvis kunna innebära värdefull hjälp när täckningsköp behövs och omfattningen måste beslutas av den upphandlande myndigheten.

Avsnitt 22: Ansökningsavgifter i överprövningsmål
Region Stockholm motsätter sig förslaget helt då det bedöms innebära onödig byråkrati utan någon avhållande effekt.

Sammanfattning

Utredningens huvudsakliga uppdrag kan sammanfattande beskrivas med att utredningen ska lämna förslag till lagstiftning i två delar. I den första delen ska utredningen lämna förslag om hur reglerna i LOU och LUF om upphandling under EU:s tröskelvärden och om upphandling av de tjänster som anges i lagarnas bilaga 2 (sociala tjänster och andra särskilda tjänster) kan göras enklare och flexiblare. De upphandlingarna regleras i 19 kap. LOU och LUF. I betänkandet benämns dessa upphandlingar icke direktivstyrda upphandlingar. Utredningen ska vidare överväga om de regler som utredningen föreslår för LOU och LUF också ska tas in i LUK och LUFS. Denna del av uppdraget redovisas i betänkandets del 1.

I den andra delen av uppdraget ska utredningen överväga vilka åtgärder som kan vidtas för att minska antalet överprövningsmål, och lämna förslag till regler om ansökningsavgift i överprövningsmål samt om skyldighet för den förlorande parten att ersätta motpartens processkostnader. Denna del av uppdraget redovisas i betänkandets del 2. I betänkandets del 3 finns överväganden som är gemensamma för de båda föregående delarna.

Del 1 – Ett enklare och flexiblare regelverk

Upphandlingsregler förr och nu

Sverige har under lång tid haft regler för upphandling. Den första lagen som genomförde EU-rättsliga upphandlingsregler var 1992 års LOU. Sedan den lagen har upphandlingslagarna blivit fler till antalet, och de har kommit att innehålla ett allt mer omfattande regelverk. Detta gäller även för den icke direktivstyrda regleringen, som allt sedan 1992 års LOU har tagits in i särskilda kapitel i respektive upphandlingslag. I 19 kap. LOU respektive LUF finns 34 paragrafer.

Det görs också många hänvisningar till andra bestämmelser i lagen. Det finns hänvisningar till hela kapitel, delar av kapitel och enskilda paragrafer. Hänvisningarna finns främst samlade i en ”katalogparagraf” i kapitlets inledning men det görs även hänvisningar i flera av de följande paragraferna i kapitlet.

I det senaste större lagstiftningsärendet genomfördes tre upphandlingsdirektiv från 2014 genom att tre nya lagar beslutades – LOU och LUF, som ersatte 2007 års LOU och LUF, och en helt ny lag, LUK. Lagrådet ansåg då att den valda lagstiftningstekniken i 19 kap. LOU och LUF gör regleringen svåröverskådlig och otymplig. Utredningen instämmer i Lagrådets synpunkter.

Ett enklare och flexiblare regelverk

Ett sätt att förenkla de icke direktivstyrda upphandlingarna kan vara att lämna dem oreglerade, eller helt eller delvis undanta sådana upphandlingar från upphandlingslagarna.

Utredningen anser emellertid att såväl samhällsekonomiska aspekter som enskilda leverantörers intressen starkt talar för att de icke direktivstyrda upphandlingarna även fortsättningsvis bör vara reglerade. Ett grundläggande regelverk behövs för att tillgodose allmänhetens och leverantörernas krav på insyn och förutsebarhet i upphandlingar. Vidare talar rättssäkerhetsskäl samt det övergripande intresset att minska risken för korruption för att det ska finnas regler som styr hur konkurrensutsättning ska genomföras vid de aktuella upphandlingarna.

Ett nytt regelverk bör vara enklare till såväl utformning som innehåll. En målsättning bör vara att möjliggöra för upphandlande myndigheter och enheter och leverantörer att göra goda och sunda affärer med varandra. Regelverket bör utgå från de grundläggande principerna för upphandling och ange ramarna för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme, samtidigt som det innehåller nödvändiga skyddsregler för leverantörerna.

En målsättning bör också vara att inom respektive lag ha så få olika regelsystem och nivåer som möjligt, för att undvika gränsdragningsproblem och tvister.

Utredningen anser att det förenklade regelverket för den icke direktivstyrda upphandlingen bör arbetas in i befintliga upphandlingslagar. Utredningen förordar således inte alternativet att den icke direktivstyrda upphandlingen regleras i en eller flera separata lagar.

Utredningen anser däremot att om lagarna disponerades i avdelningar skulle det kunna ge tydligare, mer överskådliga och mer lättillgängliga lagar. En sådan disposition är enligt utredningen mycket lämplig just för rättsområdet upphandlingsrätt, som så utpräglat består av olika regelsystem och -nivåer, vilka delvis ska tillämpas separat, delvis gemensamt. Utredningen har dock valt att inte lägga fram sitt förslag i den formen, bl.a. av tidsskäl. Det förslag som utredningen lägger innebär alltså att de förenklade icke direktivstyrda reglerna arbetas in i lagarna med bibehållen struktur.

Principiella utgångspunkter för utredningens förslag

Utredningen har utformat sina författningsförslag med följande principiella utgångspunkter.

- Det finns en mängd andra regler, utöver upphandlingsreglerna, som styr och påverkar hur upphandlande myndigheter och enheter samt deras anställda får och kan agera i upphandlingar.
- Den absoluta merparten av de upphandlande myndigheterna och enheterna vill göra rätt, och vill söka upp konkurrens för att få till stånd en sund och god affär.
- Den absoluta merparten av leverantörerna till offentlig sektor strävar efter en sund och god affär.

Upphandlingsregler i några andra stater

Utredningen har undersökt hur den icke direktivstyrda upphandlingen är reglerad i ett flertal EU- och EES-stater. Utredningen kan konstatera att det inte finns någon enhetlighet i regleringen de undersökta staterna emellan. Tvärtom är det påfallande hur stor variation som uppvisas, redan vid en jämförelse mellan de valda lösningarna i våra nordiska grannländer.

Det kan antas att en betydande del av den samlade upphandlingen inom EU och EES-området genomförs med tillämpning av dessa

olika regelverk. Om ökad enhetlighet kunde uppnås, borde det kunna gynna och öka den gränsöverskridande handeln inom unionen. Vägen dit synes emellertid vara lång.

Däremot går det att hämta inspiration från andra stater. Utredningen har i detta avseende särskilt funnit regleringen i Norge intressant, såväl när det gäller författningarnas innehåll som hur författningarna är strukturerade. Även Finland och Danmark har lösningar som är intressanta.

Andra regler som har betydelse för upphandling

Utredningen har inventerat och översiktligt beskrivit vilka regler utöver själva upphandlingsreglerna som de upphandlande myndigheterna och enheterna har att följa när de genomför sina upphandlingar. Utredningen konstaterar att det finns en mängd sådana bestämmelser. Olika regler gäller emellertid för olika kategorier av upphandlande myndigheter och enheter. Tillämpning av de olika bestämmelserna aktualiseras också vid olika stadier av en upphandlingsprocess och tar sikte på olika aspekter av organisationens verksamhet. Utredningen konstaterar att många av dessa regler delvis överlappar dem som återfinns i upphandlingslagstiftningen.

En annan reflektion i denna del är att många av de krav på offentlig verksamhet som redovisas ovan i det praktiska upphandlingsarbetet har fått stå tillbaka för de mer detaljerade kraven som återfinns i upphandlingslagstiftningen. Likaså står de krav som följer av andra regelverk än upphandlingslagstiftningen sällan i förgrunden när den regleringen av den offentliga upphandlingen diskuteras. En del av de krav som utredningen beskriver ovan utgör förvisso mer allmänna målsättningsstadganden än rättsregler avsedda att tillämpas det i dagliga upphandlingsarbetet eller (över)prövas i domstol.

Ett regelverk som motverkar korruption

Det har inte ingått i utredningens uppdrag att göra någon övergripande översyn av upphandlingsreglerna ur korruptionssynpunkt. Utredningens utgångspunkt är emellertid att översynen av de nationella upphandlingsreglerna inte ska medföra sådana förändringar som kan innebära att risken för korruption i sådana upphandlingar

ökar. Den offentliga upphandlingen framstår som ett riskområde för korruption, även om omfattningen av sådan korruption är svår att få någon närmare uppfattning om.

Utredningens slutsats i denna del är att korruption i offentliga upphandling främst bör motverkas på andra sätt än genom regelreformering. Utredningen framhåller att det är av vikt att offentlig sektor aktivt verkar för att förbättra bilden av den offentliga upphandlingen i allmänhet och dess motståndskraft i synnerhet – och detta oavsett hur stort problemet med korruption i offentlig upphandling faktiskt är. Utredningen konstaterar vidare att regelförenkling i sig kan motverka riskerna för korruption i offentlig upphandling genom att minska incitamentet till överträdelse av regelverket.

Bestämt gränsöverskridande intresse

Att upphandlingar under tröskelvärden inte omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv innebär inte att de alltid faller utanför unionsrätten. EU-domstolen har nämligen utvecklat ett antal grundläggande principer som i vissa fall gäller också för sådana upphandlingar. Dessa principer är direkt grundade på EUF-fördragets bestämmelser och principer, särskilt principerna om likabehandling och icke-diskriminering, och den därav följande skyldigheten att lämna insyn. Principerna ska iakttas i upphandlingar när kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Med detta förstås att upphandlingen kan vara av intresse för en leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat.

Utredningen anser att det inte behövs några regler i lagarna om fall då kontrakt är av bestämt gränsöverskridande intresse, med ett undantag. Undantaget är nödvändigt då utredningen föreslår att en nationell princip ska gälla för direktupphandlingar, i stället för som i dag de EU-rättsliga grundläggande principerna för upphandlingar. För det fall att ett kontrakt som ska direktupphandlas är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, måste det emellertid finnas en regel som anger att de EU-rättsliga principerna ska gälla. I den regeln bör dock det abstrakta begreppet bestämt gränsöverskridande intresse inte användas. I stället bör regeln mer konkret ange att om upphandlingen kan vara av intresse för någon leverantör som är

etablerad i en annan medlemsstat eller EES-stat, ska den genomföras i enlighet med de grundläggande principerna.

Några särskilda regler utöver detta behövs dock inte. Enligt utredningen bör en förenklad lagstiftning nämligen kunna utformas med utgångspunkt från två förhållanden. Dels att ett bestämt gränsöverskridande intresse normalt inte finns för direktupphandlade kontrakt, dels att i de fall det faktiskt finns ett sådant intresse har den upphandlande myndigheten eller enheten normalt vetskap om detta. Det ligger då – även utan uttryckliga regler – i myndighetens eller enhetens intresse att se till att utforma upphandlingen utifrån detta, t.ex. i fråga om att offentliggörandet bör ske på ett sådant sätt att de utomlands etablerade leverantörerna ges möjlighet att informeras om upphandlingen.

Principer för upphandling

Utredningen anser att för sådan icke direktivstyrd upphandling som ska annonseras ska de EU-rättsliga grundläggande principerna för upphandling gälla även fortsättningsvis.

När en upphandlande myndighet eller enhet använder direktupphandling, och upphandlingen inte kan vara av intresse för någon leverantör etablerad i annan EU- eller EES-stat, ska dock en nationell princip gälla. Principen innebär att de konkurrensmöjligheter som finns ska utnyttjas. Kostnaderna för att genomföra upphandlingen ska dock stå i rimlig proportion till upphandlingens uppskattade värde. Den upphandlande myndigheten ska även genomföra upphandlingen på ett sakligt och opartiskt sätt.

Genom den föreslagna principen för direktupphandlingar uppnås enligt utredningen en rimlig balans mellan å ena sidan intresset av att inköp görs efter en tillräckligt omfattande konkurrensutsättning och å andra sidan de upphandlande myndigheternas och enheternas, och de berörda leverantörernas, intresse av effektivitet och flexibilitet. Det ligger i sakens natur att det normalt bör ställas högre krav på omfattningen av det konkurrensuppsökande arbetet ju högre värde direktupphandlingen har.

Upphandlingens utformning

Utredningen anser att såväl utformningen som tillämpningen av det icke direktivstyrda upphandlingsregelverket bör kunna vila på synsättet att allt som – inom ramen för de grundläggande principerna – är möjligt, tillåtet och tillgängligt genom den tämligen utförliga regleringen på det direktivstyrda området är möjligt, tillåtet och tillgängligt också vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området. Det behövs inte detaljerade bestämmelser i lagen som anger detta.

Sådana upphandlingar som inte på grund av värdet eller av andra skäl får direktupphandlas, ska även fortsättningsvis konkurrensutsättas genom annonsering i en allmänt tillgänglig databas.

De upphandlande myndigheterna och enheterna ska vara fria att utforma förfarandet vid upphandling. De ska då också fritt kunna använda sig av olika metoder för upphandling, som exempelvis ramavtal eller dynamiska inköpssystem. Allt under förutsättning att de grundläggande principerna för upphandling iakttas.

En viktig förutsättning för att de upphandlande myndigheterna och enheterna ska kunna ges detta handlingsutrymme är att myndigheten eller enheten tydligt informerar i upphandlingsdokumenten i varje upphandling om hur upphandlingen ska genomföras. På så sätt ges leverantörerna möjlighet att bedöma om en upphandling är affärsmässigt intressant. Det gör det också möjligt för såväl leverantörer som tillsynsmyndigheten att reagera för det fall genomförandet av en upphandling i något avseende skulle strida mot de grundläggande principerna för upphandling.

Dialog i upphandlingar

Vid utredningens externa kontakter har företrädare för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer i princip genomgående hållit fram det otillfredsställande i att det är så begränsade möjligheter att tillåta ändringar av brister i anbud med nuvarande bestämmelser om rättelse av fel, förtydligande och komplettering och den stränga praxis som finns kring bestämmelserna. Utredningen har därför ägnat denna fråga särskild uppmärksamhet.

Utredningen föreslår en bestämmelse om dialog i upphandlingar, som är inspirerad av norska bestämmelser om detta. Syftet är bl.a. att lagstiftningen ska möjliggöra rättelser och kompletteringar av

anbud och anbudsansökningar när så kan ske utan att de grundläggande principerna för upphandling träds för när. Inlämnade anbud och anbudsansökningar i upphandlingar uppvisar ofta brister av olika slag. Det är enligt utredningen nödvändigt att lagstiftningen förhåller sig till denna realitet.

Förfarandebestämmelser för icke-direktivstyrd upphandling

Utöver bestämmelser om upphandlingens utformning (val av förfarande, annonsering och upphandlingsdokumentens innehåll), samt den föreslagna bestämmelsen om dialog i upphandlingar, behövs det vissa förfarandebestämmelser för att ge ramar för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme, och nödvändigt skydd för leverantörerna.

Ramarna för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme ges genom bestämmelser om kommuniceringsformer, tidsfrister, skyldighet att informera om vissa beslut och en skyldighet att dokumentera upphandlingen.

När det gäller kommuniceringsformer ska förfarandet alltjämt som huvudregel vara skriftligt. Utredningen anser dock att muntlig kommunikation ska kunna användas som ett komplement i en upphandling när myndigheten eller enheten bedömer det som lämpligt och om den dokumenterar sådana uppgifter som är av betydelse för upphandlingen. Det innebär en viss lättnad och framför allt en enklare regel än i dag. Utredningen anser vidare att det varken är lämpligt eller behövligt med en regel som påbjuder att kommunikation ska ske med användning av allmänt tillgängliga elektroniska medel.

I fråga om tidsfrister för att lämna in anbud och anbudsansökningar har utredningen övervägt att föreslå en skärpning, med hänsyn till vad utredningen erfarit om att många leverantörer upplever att dessa frister många gånger sätts alltför kort. Utredningen har emellertid stannat för att det i nuläget inte behövs någon skärpning och att regeln alltså fortfarande ska föreskriva att anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud.

Som skyddsregler för leverantörer föreslår utredningen bestämmelser om rätten för leverantörer att få lämna anbud i grupp, och rätten för leverantörer att åberopa andra företags kapacitet. Vidare

föreslås bestämmelser om en skyldighet för de upphandlande myndigheterna och enheterna att kommunicera med en deltagande leverantör i vissa fall – nämligen inför ett eventuellt beslut om uteslutning på grund av bristande lämplighet, och när myndigheten eller enheten överväger att utesluta ett anbud på grund av att det är onormalt lågt.

I fråga om bestämmelsen om onormalt låga anbud anser utredningen således att det inte, till skillnad från i dag, bör finnas en författningsreglerad skyldighet för de upphandlande myndigheterna och enheterna att agera om ett anbud förefaller vara onormalt lågt. Det ligger nämligen i myndighetens eller enhetens eget intresse att göra det. Detta är en tillräcklig garanti för att så också sker när det är befogat. De upphandlande myndigheterna och enheterna kan anförtros att göra denna bedömning. En föreskriven skyldighet kan däremot ge upphov till utdragna överprövningar i frågan om myndigheten eller enheten gjorde en felaktig bedömning när den ansåg att skyldigheten inte inträdde. Av samma skäl bör det inte heller föreskrivas någon skyldighet för de upphandlande myndigheterna och enheterna i fråga om förkastande av onormalt låga anbud.

Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

De sociala tjänsterna och de andra särskilda omfattas bara av ett fåtal regler i direktiven, det s.k. enklare systemet. De har också ett eget tröskelvärde – 750 000 euro i LOU-direktivet (cirka 7,1 miljoner kronor) och 1 000 000 euro i LUF-direktivet (cirka 9,4 miljoner kronor). Dessa tjänsterna anges i bilaga 2 till LOU och LUF och regleras i lagarnas 19 kap.

Det rör sig främst om sådana tjänster som i direktivens skältexter kallas personliga tjänster, t.ex. vissa sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster. Dessa tjänster har på grund av sin natur fortfarande en begränsad gränsöverskridande dimension. Detta gäller också för vissa andra, särskilda tjänster, som därför också omfattas av det enklare systemet, exempelvis hotell- och restaurangtjänster, vissa juridiska tjänster, räddningstjänster samt undersöknings- och bevakningstjänster.

Regeringen har i prop. 2017/18:158 lämnat förslag om särskilda regler i LOU för upphandling av välfärdstjänster – hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och utbildningstjänster. Dessa tjänster är en del av de sociala tjänster och särskilda tjänster som omfattas av utredningens uppdrag och förslag.

Utredningen föreslår att alla sociala tjänster och särskilda tjänster ska regleras på samma sätt, dvs. utan någon åtskillnad mellan exempelvis välfärdstjänster och andra tjänster. Utredningen föreslår också att reglerna ska tas in i både LOU och LUF.

Upphandlingar över tröskelvärdet ska göras enligt de föreslagna reglerna för annonspliktiga upphandlingar, med vissa särskilda regler som följer av krav i direktiven, framför allt beträffande annonsering på unionsnivå.

Upphandlingar under tröskelvärdet ska enligt utredningens förslag få göras med användning av direktupphandling. De upphandlande myndigheterna och enheterna ska då iaktta den nationella principen om konkurrensutsättning.

De viktigaste skillnaderna mellan utredningens förslag och förslagen i nämnda proposition beträffande upphandling av välfärdstjänster enligt LOU är att det genom utredningens förslag om direktupphandling inte görs obligatoriskt att annonsera upphandlingarna i en allmänt tillgänglig databas. Det blir alltså upp till den upphandlande myndigheten att själv avgöra hur konkurrensutsättning bäst sker i varje upphandling. Som nyss nämnts ska upphandlingen också genomföras med iakttagande av en nationell princip som innebär ett krav att ta tillvara konkurrensen i rimlig utsträckning. Enligt regeringens förslag ska några principer i motsvarande fall inte gälla vid genomförandet av upphandlingen.

Utredningen anser att dess förslag är ändamålsenligt och innebär en rimlig balans mellan intresset av en flexibel reglering och intresset av att konkurrensutsättning sker i tillräcklig omfattning. Förslaget ger goda förutsättningar för små och lokala företag samt idéburna aktörer att, trots deras ofta begränsade administrativa resurser, delta i upphandlingarna samt att faktiskt också erhålla de kontrakt det är fråga om.

Direktupphandling

Enligt utredningens förslag ska direktupphandlingsgränserna anges i lagarna i nominella belopp. Gränsen ska bestämmas till 600 000 kronor vid upphandling som omfattas av LOU och 1 100 000 kronor vid upphandling som omfattas av LUF. Direktupphandling ska få användas i samma utsträckning som enligt gällande lagar.

Utredningen förslår vidare en ny bestämmelse om täckningsköp – direktupphandling i samband med överprövning. Bestämmelsen innebär ökade möjligheter för upphandlande myndigheter och enheter att lösa akuta behov av inköp, som har uppstått till följd av att en upphandling är överprövad i domstol och därför stoppad. Av unionsrättsliga skäl måste dock tillämpningen begränsas på så sätt att värdet av upphandlingen inte får överstiga tillämpligt tröskelvärde.

Direktupphandlingar ska dokumenteras, på samma sätt som tidigare. Utredningen föreslår dock, av förenklingsskäl, att den nuvarande nedre gränsen för dokumentationskravet om 100 000 kronor tas bort.

Rätten att ansöka om överprövning

Utredningen anser att leverantörers rätt att ansöka om överprövning av upphandlingar och av avtals giltighet vid icke direktivstyrd upphandling ska vara oförändrad. Rättsläget ska vara oförändrat även beträffande i vilka fall allmän förvaltningsdomstol får besluta om upphandlingsskadeavgift.

LUFS ska ändras, men inte LUK

Utredningen bedömer att det är både möjligt och lämpligt att införa motsvarande regler som föreslås för LOU och LUF i LUFS. Vissa skillnader är dock nödvändiga och motiverade av att LUFS reglerar upphandling på försvars- och säkerhetsområdet och därför har särskilda direktivstyrda regler om undantag från upphandlingsskyldighet i vissa fall. Vidare är tjänster i LUFS alltjämt indelade i s.k. A-

och B-tjänster – i LUFS finns alltså inte det enklare system för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster som infördes genom 2014 års LOU-, LUF- och LUK-direktiv.

När det gäller LUK föreskriver regleringen för icke direktivstyrd upphandling i 15 kap. LUK endast ett minimum av bestämmelser. Utredningen anser att det inte finns skäl att föreslå ändringar beträffande den lagen i syfte att förenkla eller öka flexibiliteten.

Följdändringar i MBL

Utredningen anser att det är en förbryllande ordning, enligt nuvarande regler i MBL, att utrymmet för den fackliga vetorätten är mindre vid upphandlingar på det direktivstyrda området än vad det är vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området.

Den fackliga vetorätten bör kunna grundas på omständigheter som medför att en leverantör *ska* eller *får* uteslutas, vid upphandlingar både på det direktivstyrda och icke direktivstyrda området. I alla händelser anser utredningen att utrymmet för den fackliga vetorätten bör vara detsamma, oavsett om upphandlingen är direktivstyrd eller inte.

Del 2 – Vissa regler om överprövningsmål

Fakta om överprövningar

Av tillgänglig statistik kan utläsas att *antalet* överprövade upphandlingar har varit relativt konstant under flera år, och *andelen* överprövade upphandlingar har till och med minskat något under samma tid. Enligt Domstolsverkets prognos kommer det komma in ungefär 3 300 överprövningsmål per år under de närmaste åren. Utredningen konstaterar att det knappast finns anledning att utgå från att antalet överprövningsmål eller överprövade upphandlingar kommer att öka under överskådlig tid. Tillgängliga uppgifter tyder enligt utredningen snarare på motsatt utveckling. Detta skulle givetvis kunna komma att förändras om konjunkturen skulle vika eftersom fler företag då kan förväntas intressera sig för och delta i offentliga upphandlingar. Utredningen noterar att statistiken även påverkas av hur målen registreras av domstolarna.

Utredningen konstaterar vidare i den utsträckning antalet överprövningsmål i Sverige verkligen är högre än i andra medlemsstater, vilket i vart fall statistiken från kommissionen tyder på, är det sannolikt en rad omständigheter som bidragit till denna situation. Frånvaron av såväl processkostnadsansvar som avgifter för överprövning har sannolikt bidragit till att den ekonomiska tröskeln för en leverantör att begära domstolsprövning i Sverige är lägre än i många andra länder. Vidare är Sverige i dag ett land där en betydande del av det offentligas verksamhet kommit att utföras av privata utförare. Detta förhållande kan även ha fått till följd att fler leverantörer uppmärksammar inte bara de affärsmöjligheter offentlig sektor erbjuder utan även nyttjar möjligheterna till överprövning av de beslut som påverkar dessa affärsmöjligheter. Utredningen vill också lyfta fram betydelsen av den svenska offentlighetsprincipen, som i upphandlingsärenden sannolikt bidrar till att leverantörer uppmärksammar fler fel och brister i upphandlingar än i andra medlemsstater. Därtill har sannolikt affärskultur och synen på relationen mellan offentlig och privat sektor i de olika medlemsstaterna bidragit till systemen har utformats på olika sätt och nyttjas i olika utsträckning.

Utredningen konstaterar vidare att överprövningsmålen naturligtvis medför kostnader för de allmänna förvaltningsdomstolarna, för upphandlande myndigheter och enheter och för leverantörer. Domstolsverket har uppskattat styckkostnaderna för handläggningen av överprövningsmål till 12 361 kronor i förvaltningsrätt, 11 691 kronor i kammarrätt och 18 463 kronor i Högsta förvaltningsdomstolen. Utredningen har vidare utifrån tillgängliga siffror uppskattat snittkostnaden för ett överprövningsmål till cirka 23 000 kronor för den upphandlande myndigheten eller enheten och cirka 60 000 kronor för en leverantör. Uppskattningarna är emellertid förknippade med stora osäkerheter och varierar dessutom givetvis mellan olika mål.

Ett processkostnadsansvar i överprövningsmål

Utredningen lämnar enligt sina direktiv ett lagförslag om ett processkostnadsansvar i överprövningsmål och anser att ett sådant bör införas i alla fyra upphandlingslagar.

Ett processkostnadsansvar skulle innebära ett betydande incitament för leverantörer att tänka igenom sitt beslut att ansöka om

överprövning. Det kan stimulera en utveckling mot att leverantörerna väljer alternativa sätt att komma till rätta med upplevda fel och brister i upphandlingarna. Ett sådant alternativ kan vara att vända sig till den upphandlande myndigheten eller enheten innan tilldelningsbeslut har meddelats och påpeka felen och bristerna. En konstruktiv dialog i tidiga skeden av upphandlingarna är positiv för alla inblandade aktörer.

Ett ömsesidigt processkostnadsansvar skulle även återställa den processuella balansen mellan parterna genom att båda parter då kan få ersättning för sina kostnader om de vinner målen. För närvarande är denna möjlighet öppen endast för leverantörer (se NJA 2013 s. 762).

För att kunna utnyttja denna möjlighet måste leverantören emellertid föra talan om skadestånd i allmän domstol. Utredningen anser att det finns en processekonomisk fördel i att alla frågor om ersättning för kostnaderna i överprövningsmål prövas där de har uppkommit, och inte i allmän domstol.

Det är slutligen viktigt att framhålla att införandet av ett processkostnadsansvar även kan stärka rättssäkerheten för leverantörer, genom att de får bättre möjligheter att få ersättning för sina processkostnader i de fall de vinner framgång med sin talan. Denna konsekvens får särskild vikt om Överprövningsutredningens förslag, att möjligheten för leverantörer att få skadestånd för sina processkostnader ska tas bort, leder till lagstiftning. Det förslaget bereds för närvarande i Regeringskansliet.

Enligt utredningens förslag får rätten, enligt vad som är skäligt, förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i mål om överprövning av en upphandling och mål om överprövning av ett avtals giltighet. Regleringen av processkostnadsansvaret omfattar även tredje parts rätt till ersättning för kostnader liksom tredje parts skyldighet att ersätta motpartens kostnader i målen. Processkostnadsansvaret införs genom nya bestämmelser i samtliga fyra upphandlingslagar.

De kostnader som kan ersättas i överprövningsmål är parts skäliga kostnader för förberedande och utförande av talan i målet, inklusive kostnad för partens arbete och tidspillan samt arvode till ombud eller biträde. Ersättningen ska även innefatta så kallad dröjsmålsränta enligt räntelagen. De kostnader som ska vara ersättningsgilla i överprövningsmål ska därmed i princip vara desamma som ersätts i tvistemål som handläggs enligt RB.

Utredningen föreslår även att det införs en regel om att en parts ombud eller biträde ska kunna göras solidariskt ansvarig med parten för motpartens kostnader i överprövningsmål.

Utredningen anser vidare att rätten på yrkande av en upphandlande myndighet eller enhet ska kunna förordna att en utländsk medborgare eller en utländsk juridisk person som ansöker om överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet ska ställa säkerhet för de rättegångskostnader som denne genom avgörandet i målet kan bli skyldig att betala. Utredningen förslår därför att lagen (1980:307) om skyldighet för utländska kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnader ska ändras i enlighet med detta.

En avgift för att ansöka om överprövning

Utredningen föreslår i enlighet med sina direktiv att det införs en avgift i mål om överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet i samtliga fyra upphandlingslagar. Utredningen anser att övervägande skäl talar för införandet av en sådan avgift.

En avgift kan stimulera en utveckling mot en ökad dialog i upphandlingarna genom att leverantörerna styrs mot att föra fram sina synpunkter direkt till den upphandlande myndigheten och enheten under upphandlingens gång, i stället för att vända sig till domstol i ett sent skede av förfarandet. En avgift av den storlek som utredningen föreslår bör också få den avsedda och önskade effekten att leverantörerna ”tänker till en gång extra” innan de beslutar sig för att ansöka om överprövning. Samtidigt är beloppet så pass lågt satt att avgiften är överkomlig även för små företag. Rättssäkerheten för de företagen hotas därför inte. Sammantaget bedömer utredningen att en ansökningsavgift om 7 500 kronor skulle leda till färre överprövningsmål utan en försämrad rättssäkerhet.

Avgiften ska betalas av leverantören innan rätten inleder handläggningen av målet, men betalning av avgiften ska inte vara ett villkor för att den förlängda avtalsspärren ska börja löpa. Om avgiften inte betalas i samband med att målet inleds ska rätten, ska rätten förelägga sökanden att erlägga ansökningsavgiften. Rätten ska avvisa en ansökan om överprövning om inte sökanden följer ett föreläggande att betala ansökningsavgiften. Utredningen anser att det inte ska gälla någon tiodagarsfrist om rätten avvisar ansökan på den

grund att ansökningsavgift inte har betalats efter föreläggande. Ett beslut om avvisning på grund av utebliven ansökningsavgiften kan överklagas med stöd av befintliga bestämmelser i FPL. Om en förvaltningsrätt överlämnar en ansökan till en annan förvaltningsrätt ska ansökningsavgiften tas ut av den förvaltningsrätt till vilken ansökan överlämnats.

Utredningen har övervägt olika alternativ till utformning av avgiften, men anser att avgiften ska utgöras av ett fast belopp. Ansökningsavgiften ska fastställas i förordning och ska vara 7 500 kronor. Avgiften ska tillfalla statskassan.

Utredningen anser att det inte ska krävas någon avgift för överklagande till högre instans i överprövningsmål.

Om det införs ett processkostnadsansvar i överprövningsmål ska detta även omfatta ansökningsavgiften, som alltså utgör en ersättningsgill processkostnad.

Domstolarnas handläggning av överprövningsmål

Utredningen har övervägt två ytterligare åtgärder som skulle kunna minska antalet överprövningsmål eller i vart fall minska de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad.

Utredningen konstaterar att varje åtgärd från förvaltningsdomstolarna som kan öka förutsebarheten angående när ett avgörande i ett överprövningsmål kan förväntas har stor betydelse för parterna i målet och övriga intressenter. Utredningen anser dock att det inte bör införas en uttrycklig skyldighet för förvaltningsdomstolarna att upprätta tidsplaner i överprövningsmål.

Utredningen anser vidare att förvaltningsdomstolarna har ett stort ansvar för aktiv materiell processledning i överprövningsmål, ett ansvar som dessutom blir av än större vikt om ett processkostnadsansvar införs. Utredningen anser däremot att domstolarnas ansvar i detta avseende för närvarande inte bör förtydligas genom lagstiftning.

Del 3 – Gemensamma överväganden

Ikraftträdande

Utredningen föreslår att samtliga författningsförslag ska träda i kraft den 1 juli 2019. Vad gäller de föreslagna förändringarna av förfarandereglerna i upphandlingslagarna kommer bör dessa att kunna tillämpas i upphandlingar som påbörjas från och med denna dag.

Vad gäller förslagen om att införa en ansökningsavgift och ett processkostnadsansvar i överprövningsmål ska dessa tillämpas i mål vid de allmänna förvaltningsdomstolarna som har inletts vid en förvaltningsrätt från och med tidpunkten för ikraftträdande. För tillämpningen av dessa bestämmelser saknar det således betydelse när upphandlingen har påbörjats eller när avtalet har ingåtts. En leverantör som den 1 juli 2019 ansöker om överprövning av en upphandling eller ett avtal ska betala en ansökningsavgift, och rätten ska tillämpa bestämmelserna om processkostnadsansvar i sådana mål.

Konsekvenser

Utredningen bedömer att förslagen som syftar till ett enklare och flexiblare regelverk för de icke direktivstyrda upphandlingarna ger flera positiva effekter och saknar egentliga negativa effekter. Flera av de föreslagna förändringarna av regelverket, till exempel de förenklade reglerna för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster, kommer sannolikt att få mindre betydelse för statliga myndigheter än för kommuner och landsting. De ökade möjligheterna till direktupphandling av sådana tjänster bedöms även kunna underlätta för lokala, små företag och idéburna organisationer att delta i upphandlingarna och erhålla kontrakt.

Förslagen avseende ansökningsavgifter och processkostnadsansvar i överprövningsmål skulle kunna minska antalet överprövningsmål, vilket har övervägande positiva effekter för staten, kommuner och landsting men kan förväntas få såväl negativa som positiva effekter för företagen, särskilt små företag.