



SVENSKT NÄRINGSLIV

Finansdepartementet
Offentlig förvaltning

Vår referens/dnr:
SN 171/2018

103 33
Stockholm

Er referens/dnr:
Fi2018/02531/OU

2019-01-25

Remissvar

Möjligt, tillåtet och tillgängligt – *förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål* – SOU 2018:44

I utredningens direktiv ligger en inneboende motsättning, att förenkla lagstiftningen och samtidigt minska antalet överprövningsmål. Svenskt Näringsliv vill inledningsvis understryka att utredningen har åstadkommit en gedigen analys av regelverket under tröskelvärdet. Problemet är dock att förenkling i lag i praktiken inte innebär en förenkling. Enligt EU-kommissionens syn på saken innebär förenkling förtydliganden av den rättspraxis som ändå gäller. Genom att förenkla lagstiftningen, med färre bestämmelser, finns en uppenbar risk att otydligheterna och överprövningarna blir fler. Det finns också en risk att antalet anbud minskar när reglerna blir färre eftersom förutsägbarheten minskar. Enligt Svenskt Näringsliv mening ska det vara lätt att göra rätt!

Höjd direktupphandlingsgräns för sociala- och andra tjänster

Risken för korruption och jäv vid offentliga upphandlingar ska inte underskattas. Sverige har redan idag en av EU-ländernas högsta direktupphandlingsgränser, Svenskt Näringsliv välkomnar därför utredningens förslag om att endast "jämna till" direktupphandlingsgränsen till 600 000 kr resp. 1 100 000 kr. Däremot avstyrker Svenskt Näringsliv förslaget om höjd direktupphandlingsgräns för sociala och andra tjänster (artikel 74, bilaga XIV) till 7,1 miljon kr. Förslaget innebär att upphandlingar som inte omfattas av direktivet i princip lämnas oreglerade i svensk rätt, vilket är en kraftig ändring jämfört med nuvarande regler och vad som gällt tidigare för de s.k. B-tjänsterna. Inom ramen för de s.k. B-tjänsterna återfinns en rad olika tjänster, bl.a. sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster, cateringtjänster, restaurangtjänster, post- och budtjänster, regummering av däck, smedtjänster, tjänster för festivaler och festarrangemang samt anordnande av mässor och utställningar. Det finns ingen anledning att kraftigt öka möjligheterna till direktupphandlingar för denna typ av tjänster, i synnerhet som konkurrensutsättning och insyn är ett viktigt verktyg mot korruption. Effekterna av höjd direktupphandlingsgräns för dessa övriga tjänster är en sämre konkurrens eftersom färre leverantörer ges insyn och kännedom om upphandlingarna. Förslaget riskerar att cementera befintliga avtalsrelationer och begränsa nystartade och små företags

Svenskt Näringsliv Confederation of Swedish Enterprise

Postadress/Address: SE-114 82 Stockholm Besök/Visitors: Storgatan 19 Telefon/Phone: +46 (0)8 553 430 00
www.svensktnaringsliv.se Org. Nr: 802000-1858

möjligheter att ta sig in på den offentliga marknaden. Svenskt Näringsliv anser att direktupphandlingsgränsen för sociala tjänster och andra tjänster bör ligga på 600 000 kr. Tilläggas ska också att regeringen så sent som i prop. 2017/18:158 slog fast att annonseringskrav är av betydelse för förtroendet för det allmänna, öppnar konkurrensen och medför en kontroll av förfarandets opartiskhet. Vidare lyfter regeringen fram risken för att en upphandlande myndighet vänder sig direkt till utvalda leverantörer och på så sätt i princip utesluter andra leverantörer.

Dialog

Svenskt Näringsliv välkomnar förslaget att en upphandlande myndighet ges möjlighet att föra dialog med leverantörer i en pågående upphandling. Dialogen får – utöver förhandling – omfatta rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av anbud eller andra handlingar som leverantören har gett in. Effekterna av förslaget ska dock inte överskattas eftersom detta endast gäller under tröskelvärdet.

Svenskt Näringsliv vill i detta sammanhang understryka betydelsen av att föra dialog med leverantörsmarknaden generellt. Upphandlande myndigheter och enheter måste skaffa sig en god marknadskännetid i alla upphandlingar och säkerställa att förfrågningsunderlagen håller hög kvalitet. Samt svara på frågor och svar i annonsverktyget. Många överprövningar beror på de upphandlande myndigheternas nonchalans att inte svara på de frågor som ställs av leverantörerna och respektera de synpunkter de får in.

Kompletteringsköp under tröskelvärdet

Svenskt Näringsliv är försiktigt positiv till förslaget att upphandlande myndigheter och enheter ska kunna göra kompletteringsköp under pågående upphandlingsprocess. Grundproblemet som den föreslagna bestämmelsen är avsedd att åtgärda är emellertid de långa handläggningstiderna i domstol. Om handläggningstiderna kunde begränsas till tre månader skulle denna typ av förslag vara överflödiga. Svenskt Näringsliv vill understryka vikten av att denna typ av bestämmelse inte ska användas för att åtgärda bristande planering hos den upphandlande myndigheten. Det är också viktigt att myndigheterna gör noggranna avvägningar i utarbetandet av upphandlingsdokumenten för att minska risken för överprövningar.

Vi vill i sammanhanget påtala att det redan finns bestämmelser i upphandlingslagarna som pekar på möjligheterna som domstolen har att inte fatta interimistiskt beslut. Enligt 16 kap. 9 § finns bestämmelser som reglerar förutsättningarna för en domstol att meddela ett sådant beslut. Enligt första stycket ska rätten besluta att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts. Rätten får enligt andra stycket avstå från att fatta ett sådant beslut om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantörerna.

Bestämt gränsöverskridande intresse (BGI)

Svenskt Näringsliv avstyrker förslaget om att införa BGI-begreppet i upphandlingslagarna. Reglerna om bestämt gränsöverskridande intresse är ett begrepp från EU-domstolen som inte är särskilt tydligt, trots ett försök från utredningen att bringa någon form av klarhet av begreppet. Man skulle kunna argumentera att de flesta kommuner som ligger nära våra landsgränser inte skulle kunna tillämpa bestämmelsen eftersom det alltid finns en möjlighet

att dessa får anbud från grannlandet. Att göra en BGI-analys är resurskrävande och leder egentligen inte till någon större nytta.

Svenskt Näringsliv ser inte heller nyttan med att införa ytterligare principer för upphandling än de redan existerande grundläggande principerna. Det skulle bara leda till ytterligare förvirring och överprövningar.

Efter betänkandets överlämnande avkunnade HFD sin dom rörande de grundläggande principernas betydelse under tröskelvärdet. Denna dom bör beaktas i den fortsatta beredningen i regeringskansliet.

Dokumentationsplikt från krona 0

Utredningen föreslår att det införs dokumentationsplikt i form av kvitto från krona 0 vid direktupphandling. Svenskt Näringsliv avstyrker förslaget eftersom detta redan regleras i bokföringsbestämmelserna. Idag gäller dokumentationsplikt vid direktupphandling över 100 000 kr. Svenskt Näringsliv anser att denna bestämmelse bör bestå.

Ansökningsavgift

Utredningen föreslår att det ska införas en avgift för ansökan om överprövning till förvaltningsrätt om 7 500 kr. Svenskt Näringsliv avstyrker förslaget. Utredningens bedömning är att detta förslag skulle komma att minska antalet överprövningar med ca 5 %. Svenskt Näringslivs bedömning är att detta förslag endast medför att det allra minsta bolagen, med färre än 10 anställda (s.k. mikroföretag) kommer att drabbas. Regeringen borde i kommande beredningsarbete ta i beaktande att drygt 99 procent av alla företag i Sverige är små (mindre än 50 anställda) och hela 96 procent av företagen är mikroföretag (med mindre än 10 anställda). De flesta av dessa företag avstår redan idag från att delta i offentliga upphandlingar eftersom många av dessa uppfattar förfarandet som krångligt och tidskrävande. Införandet av en ansökningsavgift kommer hos dessa företag uppfattas som näringslivsfientligt eftersom detta hämmar deras intressen och vilja att delta i offentliga upphandlingar.

Beloppet är å andra sidan inte tillräckligt högt för att avskräcka från s.k. okynnesöverprövningar. I dessa fall finns helt andra ekonomiska överväganden som ligger bakom.

Svenskt Näringsliv anser att utredningen jämför äpplen och päron. De beskriver situationen i bl.a. de andra nordiska länderna, där det förekommer ansökningsavgifter. Men - dessa länder har, till skillnad från Sverige, särskilda prövningsorgan. Om Sverige skulle införa någon form av specialdomstol skulle kvaliteten på domarna sannolikt öka och behovet av att söka prövningstillstånd i högre instans minska.

Det finns inte heller sakliga skäl att särbehandla upphandlingsmål i förhållande till andra måltyper i allmän förvaltningsdomstol. Tvärtom, upphandlingsmål är en måltyp där klagande oftare har framgång än i andra måltyper.

Processkostnadsansvar

Utredningen föreslår att domstolen får förordna om att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i mål om överprövning. Den föreslagna bestämmelsen drabbar både upphandlande myndighet/enhet och leverantörer och innebär ett avsteg från huvudregeln att en överprövning utgör ett icke-dispositivt förvaltningsmål. Svenskt Näringsliv avstyrker förslaget.

Om förslaget skulle genomföras skulle detta få mycket negativa konsekvenser. Rättegångskostnader i dessa typer av mål är oförutsebara eftersom parter kan intervensera i processen och målet kan svälla. Huruvida parterna kommer att anlita juridiskt biträde påverkar också kostnaderna. Det finns många exempel i betänkandet som visar hur komplicerat det är att avgöra vem som är vinnare och vem som är förlorare i en överprövningsprocess. Detta i sig och det faktum att parterna inte styr över processen borde vara nog för att "lägga förslaget i byrålådan". De stora upphandlande myndigheterna och företagen kan ta risken att förlora och/eller betala självriskan i ansvarsförsäkringen. Däremot kommer de minsta myndigheterna/kommunerna och företagen kommer drabbas hårt.

För de små kommunerna kan självriskan vara en tung utgiftspost och leda till "rädda" upphandlare som hellre gör som man alltid gjort än att fokusera på verksamhetsutveckling och förnyelse genom upphandling. För de minsta företagen innebär förslaget att de riskerar att hamna på obestånd om de skulle hamna i en överprövningsprocess av egen vilja eller genom att en konkurrent intervenerar i processen.

Risken att betala rättegångskostnaderna medför sannolikt att företag eller myndigheter inte skulle våga processa utan ombud, vilket innebär att vinnarna på förslaget sannolikt är advokatbyråerna. Detta leder också till att större tyngd kommer att läggas på den juridiska delen av processen och att målen ytterligare drar ut på tiden i domstol. Tvärtemot vad Svenskt Näringsliv förordar, vilket är en snabbare och mer förutsägbar process.

Om förslaget skulle genomföras riskerar de många små företagen i praktiken att stå rättslösa i offentlig upphandling. De kommer att främtas möjligheterna att ansöka om överprövning av en felaktigt genomförd upphandling. Svenskt Näringslivs bedömning är att fler leverantörer kommer att avstå från att delta i offentliga upphandlingar eftersom det ändå inte är mödan lönt. Antalet anbud sjunker och konkurrensen försvagas.

Andra alternativ

Vad gäller regeringens ambitioner att minska antalet överprövningar finns andra mer ändamålsenliga och förtroendeskapande sätt, som framför allt kretsar kring ökad transparens och dialog mellan myndigheterna och leverantörerna.

T.ex.,

- att ha en tidig dialog med marknaden för att säkerställa att relevanta och proportionerliga krav,
- att arbeta tvärfunktionellt inom myndigheten,
- att använda externa remisser och RFI för att kontrollera upphandlingsdokumentens kvalitet,
- att ringa upp förlorande leverantör efter tilldelningsbeslutet och berätta varför denne inte vann,
- att använda sig av förutsägbara utvärderingsmodeller,
- att arbeta med referenstagning på ett enkelt och transparent sätt,

- att svara på frågor inom ramen för "frågor och svar" i de annonserade upphandlingsdokumenten, samt
- att bedriva ett aktivt uppföljningsarbete.

Med andra ord – skapa inköps mogna myndigheter!

SVENSKT NÄRINGS LIV

Göran Norén

Ellen Hausel Heldahl