

Finansdepartementet
Enheten för upphandlingsrätt

103 33 STOCKHOLM

Vår referens: Dnr 50/2015
Olof Erixon

Er referens: Fi2015/1216

(Sid 1 av 4)

2015-04-23

Remissyttrande

Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12)

Föreningen Svenskt Näringsliv, som beretts tillfälle att yttra sig över rubricerade betänkande, vill anföra följande.

I korthet om betänkandet

Utredningsmannen har – utifrån de givna direktiven – på ett mycket kompetent sätt behandlat frågan om hur effektiviteten i upphandlingsförfaranden kan förbättras. Svenskt Näringsliv inser behovet av att på några punkter förbättra nuvarande ordning, och vår bedömning av förslagen i betänkandet är väsentligen positiv. Föreningen anser att det finns ett betydande ömsesidigt intresse av förbättrad dialog mellan avnämare och leverantörer i offentlig upphandling. Lika med utredaren tror vi att några av de föreslagna förändringarna kommer att öka sannolikheten för en sådan dialog. På ett par områden finns det dock enligt föreningens mening skäl att särskilt kommentera eller invända.

- Beträffande en s.k. preklusionsfrist har Svenskt Näringsliv i många sammanhang framhållit risken för rättsförluster hos klagande anbudsgivare om en sådan införs. Det nu valda förslaget, med en s.k. mellanväg, skulle kunna utgöra en acceptabel kompromiss mellan kravet på rättssäkerhet och

ändamålet att effektivisera överprövningsprocessen. Emellertid är denna konstruktion oprövad i svensk rätt. Svenskt Näringsliv är inte helt övertygad om att beaktansvärda rättsförluster för anbudsgivare ska kunna undvikas. En utvärdering av verkningarna av den föreslagna lagändringen bör därför ske, inom en inte alltför avlägsen framtid.

- Beträffande tidsfristen för ansökan om att utdöma upphandlingsskadeavgift har Konkurrensverket framfört tungt vägande skäl för att den ska förlängas. Utredningsmannen anser sig inte ha kunnat konstatera att de problem som därvid anses uppstå inte kan hanteras på annat sätt än genom en förlängd tidsfrist, t.ex. genom en omprioritering av de resurser som Konkurrensverket avsätter för ändamålet. Svenskt Näringsliv anser att otillåten direktupphandling är det i särklass allvarligaste brottet mot upphandlingsreglerna. Det finns också anledning att anta att sådana otillåtna direktupphandlingar ofta kan uppgå till betydande belopp. Mot den bakgrunden, och mot bakgrund av den samhällsekonomiska betydelsen av ett fungerande offentligt upphandlingssystem, bör frågan tas upp på nytt och utredas särskilt.

Förslagen

Ansökningsavgifter och processkostnadsansvar

Som utredningen visat är en väsentlig höjning av ansökningsavgifterna både artfrämmande för den svenska förvaltningsprocessen och relativt svårhanterlig och därmed kostnadsdrivande för domstolarna. En höjning som väsentligen skulle minska benägenheten att begära överprövning torde dessutom kunna leda till betydande rättsförluster för anbudsgivare, och därigenom minska såväl förtroendet för, som den samhällsekonomiska effektiviteten i, reglerna för offentlig upphandling.

Enligt ett tämligen färskt avgörande i Högsta domstolen har processkostnader m.a.a. överprövning av offentlig upphandling kommit att i ett visst fall betraktas som ersättningsgill skada i civilrättsligt hänseende. Innan domen i Högsta domstolen var det allmänt förutsatt att så inte var fallet. Detta kan, som utredningen konstaterar, förskjuta balansen mellan parterna i upphandlingsmål. Med hänsyn till att det bara i särskilda undantagsfall förekommer att enskild part kan få ersättning för sina processkostnader i förvaltningsmål, anser vi att utredningens förslag på denna punkt kan vara tillräckligt motiverad.

Förlängd avtalsspärr

Utredningen menar att det inte föreligger någon påvisbar effektivitetsvinst med att avskaffa den s.k. förlängda avtalsspärren. Vi delar den bedömningen.

Prövning av offentlig upphandling efter en ogiltigförklaring eller efter det att avtal ingåtts

Det är uppenbart att ingen som helst effektivitetsvinst skulle uppnås genom att pröva en upphandling efter en ogiltigförklaring eller efter att avtal slutits. Någon ändring i detta avseende bör inte göras.

Preklusionsfrist m.m.

Frågan huruvida en s.k. preklusionsfrist ska införas i svensk upphandlingslagstiftning har utförligt behandlats i tidigare utredningar och arbete i regeringskansliet, utan att leda till förslag. Föreningen har vid många tillfällen framhållit sitt starka motstånd mot en preklusionsfrist, i synnerhet eftersom en sådan med all säkerhet skulle leda till så stora rättsförluster för anbudsgivare att systemet för offentlig upphandling bleve otillförlitligt för dem, och därmed samhällsekonomiskt mindre gynnsamt. Emellertid finns det också för upphandlarsidan beaktansvärda intressen av att systemet för prövning av upphandlingsärenden fungerar så smidigt som möjligt. (Vi vill i detta sammanhang att det ska noteras särskilt, att utredningen kunnat konstatera att det inte redovisats något som styrker det myckna talet om s.k. okynnesöverprövningar.) Att så tidigt som möjligt kunna upptäcka, eller uppmärksammas på, fel eller brister i upphandlingsunderlaget borde ge ett mervärde både till upphandlande myndighet/enhet och leverantörerna som kollektiv. Den av utredningen valda lösningen, med en s.k. mellanväg, innebärande en påtalandeskyldighet avseende fel och brister för leverantören – om denne vill bevara sin rätt inför en ev. överprövningsprocess – , förefaller värd att prövas. Då denna juridiska konstruktion inte tidigare förekommit i svensk rätt, och såvitt bekant inte heller i annat EU-land i upphandlingsmål, så bör en införd lagändring på denna punkt grundligt utvärderas, förslagsvis 3-5 år efter ett ikraftträdande.

Utredningen föreslår vidare att upphandlingsprocessen koncentreras till underrätt. Detta ska ske genom att en ny regel införs – liknande den som redan i stor omfattning gäller inom civilrätten – innebärande att ny omständighet eller nytt bevis endast får åberopas i kammarrätt om parten haft giltigt skäl att inte åberopa omständigheten eller beviset i underrätt. Föreningen anser att en sådan ordning, efter en samlad bedömning av de delvis motstridiga intressen som finns, både kan öka effektiviteten i upphandlingsprocessen och är acceptabel ur leverantörssynpunkt.

Tidsfrist för domstolens behandling av målet i underrätt

Tidsutdräkten för upphandlingsmål är ett av de vanligast förekommande klagomålen, särskilt från upphandlande myndigheter/enheter, men också i viss utsträckning från klagande. En tidsfrist för domstolens behandling i underrätt är sannolikt en av de mest verksamma åtgärderna för att åtgärda förekommande effektivitetsbrist i upphandlingsprocessen. På de skäl som utredningen angivit kan en frist om 90 dagar anses utgöra en lämplig avvägning mellan domstolens behov av tillräcklig tid för överväganden och parternas behov av skyndsamhet. Föreningen tillskyndar en sådan lagändring å det varmaste. Utom ramen för själva lagförslaget anser Föreningen att det finns skäl att påpeka, att domstolarna för att kunna innehålla tidsfristen måste ålägga både sig själva och parterna större disciplin avseende skriftväxling.

Behov av direktupphandling som en nödvändig följd av en upphandlingsprocess

Från upphandlande myndigheter/enheter är det mycket vanligt att klagomål förekommer över att upphandlingar drar ut på tiden så mycket att angelägna behov inte kan tillgodoses. Den av utredningen föreslagna regeln, om vad en upphandlande myndighet/enhet ska förväntas förutskicka avseende överprövning, bör leda till att nämnda behov ändå ska kunna uppfyllas, utan alltför stort besvär för den upphandlande myndigheten eller men för medborgare vars behov därmed avses bli tillgodosedda.

Tidsfristen för att ansöka om utdömande av upphandlingsskadeavgift

Otillåten direktupphandling är den utan all jämförelse allvarligaste överträdelsen av reglerna för offentlig upphandling. Den numera gällande bestämmelsen, om möjlighet för Konkurrensverket att begära utdömande av upphandlingsskadeavgift, förefaller att vara den enda i verklig mening avhållande faktorn från nämnda beteende. Det måste därför anses som otillfredsställande att Konkurrensverket i många fall anser sig förhindrat att försöka ingripa. Eftersom det i fall av otillåten direktupphandling finns ett starkt intresse av att försöka dölja förhållandet, så minskar sannolikheten för upptäckt väsentligt. Om upptäckt ändå sker är den ofta så sen att Konkurrensverket, enligt egen uppgift, ofta inte hinner utreda ett ärende. Den därmed minskade sannolikheten för ekonomiskt kännbar sanktion ökar benägenheten att bryta mot upphandlingsreglerna, och minskar därmed deras samhällsekonomiska effektivitet. Utredaren har ansett att det på företett underlag inte synes finnas skäl att förlänga nu gällande tidsfrist. Föreningen anser att frågan om behovet av en förlängning av tidsfristen bör utredas i särskild ordning, och att regeringen därefter bör återkomma till huruvida fristen bör förlängas.

Tidsfristen för talan om skadestånd

Förvisso skulle det ur ett principiellt perspektiv kunna framstå som lockande för enskilda leverantörer att tillerkännas en längre tidsfrist än ett år för att väcka talan om skadestånd m.a.a. ett upphandlingsärende. Det är emellertid inte känt för Föreningen att den nuvarande tidsfristen skulle uppfattas som otillåtet snäv av leverantörer som ev. anser sig felaktigt bedömda i en offentlig upphandling. På den grunden, och då även viss hänsyn bör tas till den allmänna acceptans som upphandlingssystemet funktion är beroende av, kan vi acceptera att den nuvarande tidsfristen består. Skulle det i framtiden visa sig att förhållandena har ändrats får man återkomma till frågan. Lika med utredaren anser vi att tidpunkten för när tidsfristen ska börja löpa måste förändras så att den överensstämmer med unionsrätten.



Göran Norén



Olof Erixon