

Regeringskansliet
(Finansdepartementet)
103 33 Stockholm

Remiss: Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44)

Allmänna synpunkter

Det finns två syften med betänkandet Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44). För det första skulle utredningen enligt direktiven utreda hur regelverket om upphandlingar som inte omfattas av unionsrätten skulle kunna förenklas. För det andra skulle utredningen föreslå regler om en skyldighet för förlorande part i ett offentlig upphandlingsmål att ersätta motpartens processkostnader och regler om avgifter för att ansöka om överprövning av en offentlig upphandling.

Juridiska fakultetsnämnden anser att det är positivt att regelverket för offentlig upphandling som inte omfattas av unionsrätten förenklas. Sverige har i dag en av Europas mest omfattande regleringar av sådana upphandlingar, vilket av såväl leverantörer som upphandlande myndigheter och enheter har upplevts som väl strikt. Precis som utredningen föreslår bör dock dessa upphandlingar, som omfattar majoriteten av alla upphandlingar i Sverige, fortfarande regleras. Även förslaget att de grundläggande unionsrättsliga rättsprinciperna även framledes ska vara tillämpliga vid offentliga upphandlingar som inte omfattas av unionsrätten är bra, då dessa principer innebär en rättssäker hantering av upphandlingsprocessen.

Vad gäller de föreslagna bestämmelserna om processkostnadsansvar och om avgifter för att ansöka om överprövning av en offentlig upphandling ifrågasätter dock universitetet om de kommer att få efterfrågad effekt, nämligen en minskning av antalet överprövningar. Synpunkterna utvecklas nedan.

Det finns sedan tio år tillbaka en trend i Sverige med ett genomsnittligt sjunkande antal anbud per offentlig upphandling. En delförklaring till denna trend kan vara att vi befinner oss i en högkonjunktur och att företagen har fullt i sina orderböcker. En annan förklaring kan vara att många leverantörer anser att den offentlig upphandlingen är svårbegriplig och krånglig och sällan leder till resultat. Det är därför viktigt vid all förändring av det

Juridiska fakultetsnämnden

omfattande regelverket om offentlig upphandling att fundera på hur förändringarna påverkar leverantörernas vilja och intresse av att delta i offentliga upphandlingar. Hur välvilligt syftet med förändringar än kan vara, utan anbud från privata anbudsgivare kommer den offentliga upphandlingen inte att kunna genomföras på ett ekonomiskt försvarbart sätt.

Fakultetsnämnden har nedan kommenterat de delar av utredningens förslag vilka universitet anser vara särskilt angelägna.

Specifika kommentarer

1. Minskning av regelmassan

Utredningen föreslår färre och flexiblare upphandlingsregler för upphandlingar som inte omfattas av unionsrätten. Lagstiftningen kommer i huvudsak att ange ramarna för den upphandlande myndighetens eller enhetens handlingsutrymme istället för att som i dag i detalj reglera upphandlingsförfarandet. Den upphandlande myndigheten eller enheten kommer enligt förslaget själv avgöra hur genomförandet av upphandlingarna ska ske även om regelverket fortfarande ska innehålla vissa bestämmelser för att skydda leverantörernas intressen.

Även om förenklingarna kan framstå som välkomna innebär de att varje upphandlande myndighet och enhet framöver kommer att tillämpa egna upphandlingsförfaranden för upphandlingar som faller utanför unionsrätten. Fördelen med dagens system är att alla upphandlande myndigheter och enheter tillämpar samma tre förfaranden, urvalsupphandling, förenklat förfarande och direktupphandling, beroende på upphandlingens värde och natur. Det innebär ofrånkomligt ökade administrativa kostnader för leverantörerna om variationerna på förfarandena blir alltför stora bland de ca 10 000 upphandlande myndigheter och enheter som finns i Sverige i dag om dessa fritt kan konstruera sina egna förfaranden. Att det kan bli en förenkling för de upphandlande myndigheterna och enheterna måste vägas mot den ökande administrativa bördan det kan innebära för leverantörerna, särskilt för små och medelstora företag utan större resurser. Utredningens förslag att upphandlande myndigheter och enheter ska beskriva upphandlingen i något av upphandlingsdokumenten på ett tydligt sätt kan endast delvis motverka den ökande administration det innebär för leverantörerna att tvingas lämna anbud vid vitt skilda förfaranden hos olika organisationer.

2. Direktupphandling

Utredningen föreslår att direktupphandlingsgränserna i de olika upphandlingslagarna ska anges i nominella belopp istället för som i dag i procent av tröskelvärdena. I den mån direkt angivna belopp, 600 000 kr exklusive mervärdesskatt för den klassiska sektorn och 1 100 000 kr exklusive mervärdesskatt för försörjningssektorerna m.m. underlättar för såväl upphandlande myndigheter och enheter tillstyrks förslaget.

Utredningen föreslår även att en ny princip för direktupphandlingar ska införas. Principen innebär ett krav på att utnyttja befintliga konkurrensmöjligheter. Redan de befintliga rättsprinciperna om likabehandling och icke-diskriminering innebär emellertid att upphandlande myndigheter och enheter ska utnyttja befintlig konkurrens och att de inte

ska använda samma leverantörer år efter år. Istället ska olika leverantörer få en chans om upprepade upphandlingar av samma vara eller tjänst görs som direktupphandlingar. Att införa ytterligare en rättsprincip riskerar endast att krångla till det befintliga systemet och göra det svårt att förstå vari skillnaden ligger gentemot hur det ser ut i dag. Här avstyrks därför förslaget.

3. Ett bestämt gränsöverskridande intresse

Utredningen föreslår att begreppet "ett bestämt gränsöverskridande intresse" (BGI) ska införas i upphandlingslagstiftningen. Det ska ange när upphandlingar som inte omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv, men p.g.a. intresse från utländska leverantörer, ska anses omfattas av reglerna i EU:s primärrätt. Upphandlingar som omfattas av EU:s primärrätt ska bl.a. annonseras på EU-nivå och det finns krav på skriftlig dokumentation, beslut m.m.

Syftet med de tröskelvärden som finns i EU:s upphandlingsdirektiv är att ange när direktiven blir tillämpliga, dvs. när offentliga upphandlingar presumeras ha ett bestämt gränsöverskridande intresse. Upphandlingar som faller utanför direktivens regelverk presumeras i motsats inte ha ett sådant bestämt gränsöverskridande intresse. Det har visat sig att även den senare typen av upphandlingar kan ha ett bestämt gränsöverskridande intresse, varpå de grundläggande rättsprinciperna blir tillämpliga på upphandlingarna.

I Sverige har vi sedan tidigare, och enligt utredningens förslag kommer denna ordning att bestå, beslutat att göra de grundläggande principerna tillämpliga på alla offentliga upphandlingar. Det har således inte någon betydelse om de har ett bestämt gränsöverskridande intresse. Endast upphandlingar av lågt värde undantas från kravet på offentliggörande m.m. Att i svensk lagstiftning införa begreppet ett bestämt gränsöverskridande intresse skulle således innebära att den förenkling som gjorts i EU:s upphandlingsdirektiv skulle undanröjas. Istället måste varje upphandlande myndighet och enhet vid i princip varje upphandling fråga sig om det kan finnas ett bestämt gränsöverskridande intresse för upphandlingen.

Det förefaller direkt olämpligt att införa det aktuella begreppet och därmed ta bort den förenkling som presumptionen i EU:s direktiv har medfört för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer. Förslaget avstyrks därför.

4. Täckningsköp

Ett problem i dag vid överprövningar i offentliga upphandlingar är att processerna i förvaltningsdomstolarna kan ta mycket lång tid. Det kan då bli nödvändigt för upphandlande myndigheter och enheter att göra s.k. täckningsköp för att klara av att tillhandahålla nödvändiga samhällstjänster. Utredningen föreslår nya bestämmelser som medger täckningsköp under vissa förhållanden. Även om förslaget tillstyrks som ett bra sätt att komma tillrätta med problemen vid överprövningar, borde regeringen även undersöka hur processerna i upphandlingsmål kan förkortas. Flera andra medlemsstater, t.ex. Tyskland, har regler som innebär tidsbegränsade överprövningsprocesser. Att medge täckningsköp är inte i sig att åtgärda problemet med alltför långsam domstolshandläggning i upphandlingsmål.

5. Ansökningsavgift

Utredningen föreslår att det införs en ansökningsavgift på 7 500 kr i upphandlingsmål. Syftet med ansökningsavgiften är enligt utredningens direktiv att minska antalet överprövningar.

Problemet är att medlemsstaterna enligt EU:s rättsmedelsdirektiv åläggs en skyldighet att tillse att det finns möjligheter för skadedrabbade leverantörer i offentliga upphandlingar att ansöka om såväl överprövning av ett upphandlingsförfarande som av ett olagligt ingående avtal jämte en rätt att begära skadestånd. En avgift som syftar till att begränsa den möjligheten strider således mot Sveriges anslutningsavtal med EU. Det hjälper inte att hänvisa till att ett flertal andra medlemsstater har infört liknande ansökningsavgifter. Enligt den s.k. *principen om effektivitet* får medlemsstaterna inte fastställa tillämpliga unionsrättsliga rättsmedel på ett sätt som i praktiken gör det omöjligt eller orimligt svårt att utöva dessa rättigheter.

Det hjälper inte heller att hänvisa till att avgiften är så pass låg att den inte har någon verklig effekt. Om så vore fallet skulle ju avgiften vara en administrativ onödighet. Eftersom det inte är förenligt med unionsrätten att införa en avgift i syfte att minska antalet ansökningar om överprövningar i offentliga upphandlingar kan förslaget inte annat än avstyrkas.

6. Processkostnadsansvar

Utredningen föreslår att även att den part som förlorar ett mål om överprövning av offentlig upphandling ska kunna förordnas att betala motpartens processkostnader. Frågan här är om det finns motsvarande skyldighet i liknande nationella mål, något som krävs vid genomförande av upphandlingsdirektiv enligt den s.k. *principen om likvärdighet*. Enligt den principen ankommer det på medlemsstaterna att i sina nationella rättsordningar fastställa tillämpliga unionsrättsliga rättsmedel på ett sådant sätt att de varken är mindre förmånliga än liknande rättsmedel som grundas på nationell rätt. I dag finns inom förvaltningsrätten som huvudregel inget ansvar för en sökande att betala motpartens processkostnader om den enskilda väljer att överpröva en myndighets beslut. Det förefaller därför inte vara förenligt med principen om likvärdighet att införa ett sådant ansvar vid ansökningar om överprövning av upphandlingsbeslut. Förslaget avstyrks därför.