

Kommunstyrelsen

SOU 2015:12; Överprövning av upphandlingsmål m.m.

Yttrande till regeringen

Förslag till beslut

Kommunstyrelsen antar föreslaget yttrande över SOU 2015:12; Överprövning av upphandlingsmål m.m.

Sammanfattning

Den så kallade Överprövningsutredningens förslag syftar till att komma tillrätta med de problem som orsakas av att upphandlingar stoppas när de begärs överprövade i domstol, SOU 2015:12.

Stadsledningskontoret har tagit fram ett förslag till yttrande från Nacka kommun. I det föreslår kontoret sammanfattningsvis följande.

- Nacka kommun tillstyrker förslaget om att en upphandlande myndighet får genomföra temporär direktupphandling om överprövningen av en upphandling tar längre tid än 90 dagar.
- Den föreslagna tidsfristen för förvaltningsrätt att avgöra mål på 90 dagar bör göras mer flexibel och bör räknas från det att kommunikeringen är avslutad.
- De förslag till processrättsliga ändringar som är tänkta att koncentrera prövningen till första instans, förvaltningsrätten, tillstyrks.
- Nacka kommun tycker att det borde ha lagts fram förslag om avgifter för att begära överprövning och att förlorande part ska ersätta den andra partens rättegångskostnader.

Ärendet

Regeringen beslutade den 21 november 2013 (dir. 2013:105) att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att se över rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen, det vill säga möjligheten att bland annat överpröva en upphandling. Utredaren skulle även närmare utreda frågan om så kallad temporär direktupphandling samt utreda frågor om avgifter och processkostnader i upphandlingsmål. Syftet med utredningen var att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena genom att finna sätt att komma tillrätta med de problem som



orsakas, både samhällsekonomiskt och för berörda aktörer, av att upphandlingar stoppas när de begärs överprövade i domstol.

I kommittédirektiven nämndes två olika strategier som utredningen borde undersöka i syfte att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena. Den ena strategin innebar att man skulle försöka minska antalet ansökningar om överprövning genom antingen ansökningsavgifter eller processkostnadsansvar. Den andra strategin innebar att man skulle vidta åtgärder som minskar de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad.

Regeringen beslutade om tilläggsdirektiv till utredningen den 30 april 2014 (dir. 2014:63) samt den 11 december 2014 (dir. 2013:15).

Förslag till lagändringar

Förlängd avtalsspärr

Utredningen föreslår att den automatiska avtalsspärren kvarstår. I dag inträder en avtalsspärr om tio dagar efter att tilldelningsbesked meddelats. När en leverantör ansöker om överprövning av avtal fortsätter avtalsspärren automatiskt under prövningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr). Detta innebär att inget avtal får tecknas under denna tid.

Alternativet till automatisk avtalsspärr är att förvaltningsrätten fattar interimistiska beslut i varje enskilt mål. Enligt utredningen råder, i praxis, en stark presumtion för att meddela interimistiskt beslut att inte låta upphandlingen fortgå och därför skulle inte problem med stoppade upphandlingar minska nämnvärt om den förlängda avtalsspärren skulle ersättas med interimistiska beslut. I stället ökar arbetsbördan för domstolarna.

Stadsledningskontoret anser, trots utredningens bedömning, att förvaltningsrätterna bör fatta ett interimistiskt beslut i varje enskild upphandling. Ett sådant förslag skulle vara ett steg i rätt riktning, eftersom en skadebedömning då faktiskt görs i varje enskilt mål. Överprövningarna skapar även mycket merarbete för kommunen.

Undantag för temporär direktupphandling

Utredningen föreslår att det införs en regel som exemplifierar att omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten är att upphandlingen begärs överprövad och att överprövning sker i en instans.

Exemplifieringen tydliggör att en upphandlande myndighet endast behöver förutse att överprövning sker i en instans.

Förslaget innebär att en upphandlande myndighet inte kan åberopa grunden ”omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten” i LOU syfte att genomföra en direktupphandling under överprövningstiden i förvaltningsrätten vilket



skett i vissa fall men inte ansetts förenligt med bestämmelserna om upphandling. Förslaget är kopplat till förslaget nedan om en tidsfrist för förvaltningsrättens prövning.

Förslaget bör tillstyrkas då det skapar förutsägbarhet och klargör rättsläget.

En tidsfrist för förvaltningsrättens prövning

Utredningen föreslår att, om det inte finns synnerliga hinder, ska förvaltningsrätten avgöra mål om överprövning av upphandling innan det att 90 dagar har gått från att ansökan om överprövning kom in till rätten. Upphandlingsmålen ska handläggas skyndsamt.

Förslaget innebär, tillsammans med ovan nämnda exemplifiering, att en upphandlande myndighet kan, efter 90 dagar, om målet inte har avgjorts i förvaltningsrätten eller överprövats till kammarrätten, tillämpa förhandlat förfarande utan annonsering (direktupphandla) under överprövningstiden och fram till dess att ny upphandling kunnat genomföras om övriga förutsättningar för synnerlig brådska är uppfyllda.

Stadsledningskontoret anser att förslaget om att upphandlande myndigheter, om en överprövning pågår längre än 90 dagar, får göra en temporär direktupphandling under överprövningstiden och till dess att ny upphandling kunnat genomföras bör tillstyrkas eftersom det ökar förutsägbarheten för upphandlande myndigheter.

Det bör införas en tidsfrist, men den kan komma att ses som både tak och golv samt innebära att möjligheten att begära anstånd minskar. Det uppstår då en risk för att det inte kommer att medges tid som behövs för att utreda frågorna grundligt. I stället bör tiden räknas från det att kommunikeringen är avslutad.

Avgifter vid ansökan om överprövning samt ersättning för processkostnader

Utredningen presenterar inte några förslag som rör avgifter vid ansökan i mål om överprövning eller ersättning för processkostnader.

Enligt utredningen är den strategi som innebär en minskning av antalet överprövningar inte en framkomlig väg då det kan ifrågasättas ur rättssäkerhetssynpunkt att ha som mål att minska antalet överprövningar. Att införa en ansökningsavgift eller ansvar för processkostnader skulle kunna riskera att medföra att även befogade ansökningar om överprövningar minskar.

I dag kan en leverantör genom att väcka talan om skadestånd få sina processkostnader ersatta. Utredningen föreslår därför att en regel införs som innebär att processkostnader i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada i syfte att återställa balansen mellan parterna i upphandlingsmål.

Stadsledningskontoret anser, till skillnad från utredningens bedömning, att avgifter och processkostnader bör införas. Nacka kommun har tidigare för fram fördelarna med dessa



förslag. Det skulle vara ett steg i rätt riktning och minska, i vart fall, vissa överprövningar som saknar grund.

Att återställa balansen mellan leverantörer och upphandlande myndigheter är viktigt och bör tillstyrkas, men Stadsledningskontoret hade hoppats på att utredningen skulle presentera förslag om avgifter samt ersättning för processkostnader.

Preklusionsfrist, den s.k. mellanvägen

Med termen preklusionsfrist menas att vissa av de inledande momenten i en upphandling endast får överprövas inom en viss tid. Utredningen föreslår, i stället för preklusionsfrist, att det införs en så kallad påtalandeskyldighet (kallas av jurister ”mellanväg”) för leverantörer avseende fel och brister innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud i upphandlingen har löpt ut. Enligt utredningen uppnås det huvudsakliga syftet med en preklusionsfrist genom mindre ingripande åtgärder eftersom leverantören inte ovillkorligen måste väcka talan i domstol när fel eller brister upptäcks i en upphandling. Förslaget syftar till att främja dialog mellan upphandlande myndighet och leverantör och därigenom torde behovet att ansöka om överprövning minska.

Stadsledningskontoret tillstyrker förslaget som torde leda till ökad dialog mellan leverantör och upphandlande myndighet, men förslaget bör utredas ytterligare eftersom flera tolkningssvårigheter kan uppkomma vid tillämpningen.

Nya omständigheter i kammarrätt

En bestämmelse införs som innebär att en part i kammarrätten till stöd för sin talan får åberopa en omständighet eller bevis som inte lagts fram tidigare endast om parten gör det sannolikt att omständigheten eller beviset inte kunnat åberopas vid förvaltningsrätten eller parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det.

Syftet med förslaget är att koncentrera målen till underrätt, vilket är positivt eftersom det innebär effektivitetsfördelar och påskyndar överprövningsprocessen och bör därför tillstyrkas. Men samtidigt kan målen i underrätt svälla eftersom parterna vill försäkra sig om att samtliga omständigheter åberopats.

Övriga förslag

Övriga förslag i betänkandet som stadsledningskontoret valt att inte kommentera rör tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift, frist för väckande av talan om skadestånd samt pröva upphandlingen efter ogiltigförklaring av avtal, dvs. att domstol kan förordna om att upphandling ska göras om eller att ett beslut om upphandling ska upphävas.



Förslaget till yttrande

Yttrandet inleds med att anföra att förslagen i betänkandet i stort är juridiskt mycket väl belysta men det saknas en mer ingående analys av konsekvenser för den kommunala verksamheten. Inför utdragna överprövningsprocesser ställs upphandlande myndigheter inför problematiken mellan att följa upphandlingslagstiftningen och att följa andra författningsreglerade skyldigheter. Fler företrädare för bland annat upphandlande myndigheter som har praktisk och verksamhetsnära erfarenhet av överprövade upphandlingar, bör ha deltagit i utredningen. Stadsledningskontoret tror inte att de förslag som nu läggs fram får önskade effekter.

Genom att införa en tidsfrist på 90 dagar för prövning i upphandlingsmål ökar förutsägbarheten för upphandlande myndigheter och de kan, om mål inte avgjorts inom 90 dagar, tillämpa förhandlat förfarande utan annonsering (direktupphandla) under överprövningstiden och fram till dess att ny upphandling kunnat genomföras om övriga förutsättningar för synnerlig brådska är uppfyllda.

Därutöver, genom den föreslagna s.k. mellanvägen, som innebär att det införs en påtalandeskyldighet för leverantörer avseende fel och brister innan halva tiden för att lämna anbud i upphandlingen löpt ut, stimuleras dialog och torde medföra att antalet överprövningar minskas.

Bilagor

1. Förslag på yttrande
2. Sammanfattning av utredningen och författningsförslag, SOU 2015:12

Mats Bohman
Administrativ direktör

Johanna Höglund Elmstedt
Kommunjurist