

FÖRSLAG TILL
YTTRANDE
KFKS 2015/352-050

Finansdepartementet
Enheten för upphandlingsrätt
103 33 Stockholm

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

Sammanfattning

Nacka kommun anser att förslagen i stort är väl genomarbetade men saknar en mer verksamhetsnära konsekvensanalys i betänkandet.

Nacka kommun anser att förvaltningsrätterna bör fatta interimistiskt beslut och göra en skadeavvägning i varje enskilt mål. Kommunen tillstyrker förslaget om att en upphandlande myndighet får genomföra temporär direktupphandling om överprövningen av en upphandling tar längre tid än 90 dagar. Nacka kommun anser att tidsfristen för förvaltningsrätt att avgöra mål på 90 dagar bör göras mer flexibel både för att det kan gå snabbt att kommunicera vissa mål och för att parterna i mer komplicerade mål har behov av mer tid för utredning innan yttrande avges. Tidsfristen bör därför räknas från det att kommunikeringen är avslutad.

Avgifter vid ansökan om överprövning samt ersättning för rättegångskostnader bör införas. Nacka kommun tillstyrker förslaget om den så kallade mellanvägen samt förslaget om att koncentrera målen till underrätt genom att begränsa parts möjligheter i kammarrätt att åberopa nya omständigheter eller nytt bevis.

Allmänt

Nacka kommun vill inledningsvis anföra att förslagen i betänkandet i stort är juridiskt mycket väl belysta men kommunen saknar mer ingående analys av konsekvenser för till exempel den kommunala verksamheten. Kommunen hade gärna sett fler företrädare för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer som har praktisk och verksamhetsnära erfarenhet av överprövade upphandlingar, i utredningen.

De problem det innebär för en kommun som tillhandahåller offentlig service, att ett stort antal upphandlingar överprövas borde ha beaktats i större utsträckning i betänkandet. I sista hand är det barn, ungdomar, äldre och sjuka som blir lidande av att kommunen inte kan tillgodose behov som kommunen enligt lag är skyldig att tillhandahålla. Kommunen anser inte att lagen om offentlig upphandling (LOU) i sig är det stora bekymret, det är det faktum

att en stor del av genomförda upphandlingar överprövas och det merarbete och den osäkerhet detta innebär, som är problematiskt.

Försenade upphandlingar medför problem och kan lamslå en hel verksamhet, hur väl den upphandlande myndigheten än planerat genomförandet av upphandlingen tidsmässigt. Därutöver orsakar överprövningar ekonomiska förluster hos kommunen, fokus flyttas från affärsprocessen och upphandlande myndigheter vågar inte utnyttja de möjligheter som finns i LOU av rädsla för att upphandlingen blir överprövad. Osäkerheten om avtalet, både för beställaren och vinnande leverantör/er, i upphandlingen som överprövas består under hela den förlängda avtalsspärren. Vinnande leverantör vet inte om den kommer att kunna få tillhandahålla varorna/tjänsterna i upphandlingen och därmed om den får de intäkter de räknat med, och för upphandlande myndighet råder osäkerhet om behovet kommer att kunna tillgodoses.

Enligt kommittédirektiven är syftet med utredningen att komma tillrätta med de problem som uppstår när upphandlingar stoppas efter att ha begärts överprövade. Utredningen skulle ta fram förslag för att dels minska de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad, dels minska antalet överprövningar bland annat genom ansökningsavgifter eller processkostnadsansvar. Nacka kommun tror inte att de förslag som nu läggs fram får önskade effekter.

Nacka kommun väljer att kommentera följande förslag.

Förlängd avtalsspärr, undantag för temporär direktupphandling och en tidsfrist för förvaltningsrättens prövning

Nacka kommun anser att förvaltningsrätterna bör fatta interimistiskt beslut och i varje enskilt mål göra en skadeavvägning, istället för att en förlängd avtalsspärr löper automatiskt i samtliga överprövningar. Skäl, enligt utredningen, för att inte ändra från dagens system är att alternativet skapar merarbete för domstolarna och att problemen med stoppade upphandlingar inte skulle minska nämnvärt. Nacka kommun anser trots detta att förslaget skulle vara ett steg i rätt riktning, eftersom en skadebedömning då faktiskt görs i varje enskilt mål. Överprövningarna skapar även mycket merarbete för kommunen.

Under tiden som den förlängda avtalsspärren gäller, kan avtal inte ingås. Nacka kommun tillstyrker 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.

Förvaltningsrätten ska, enligt utredningens förslag, avgöra mål om överprövning av upphandling innan det att 90 dagar har gått från att ansökan om överprövning kom in till



rätten. Nacka kommun tillstyrker att det införs en tidsfrist men ser en risk med att införa en tidsfrist med ett bestämt antal dagar då den kan komma att ses som både tak och golv, det vill säga förvaltningsrätten kommer att pröva de överprövade upphandlingarna inom 90 dagar, även om målen, i vissa fall, hade kunnat prövas mer skyndsamt. Förslaget kan också komma att innebära att möjligheten att begära anstånd minskar. Det uppstår en risk för att det inte kommer att medges tid som behövs för att utreda frågorna grundligt.

Nacka kommun anser därför att tiden bör räknas från det att kommunikeringen är avslutad. Det är rimligt att förvaltningsrätten avgör mål om överprövning inom 14 dagar från det att kommunikeringen är avslutad. Temporär direktupphandling bör då tillåtas om ett mål om överprövning inte är avgjort senast inom totalt 90 dagar, oavsett om förvaltningsrätten avgjort målet eller inte.

Avgifter vid ansökan om överprövning

Nacka kommun har tidigare, i samband med remissynpunkter avseende Upphandlingsutredningens bedömning vad gäller avgifter (SOU 2013:12), framfört att behovet av avgifter bör utredas ytterligare. Kommunen har därvid framfört att upphandling som måltyp redan är tillräckligt väsensskild från andra måltyper i förvaltningsrätt för att avgifter ska kunna tas ut.

Nacka kommun vidhåller att, även om det i dag inte finns någon tradition med ansökningsavgift eller att en part får ersättning för sina rättegångskostnader i förvaltningsrätt, bör det tas fram ett förslag om att införa en sådan avgift. Som utredningen konstaterar tas avgifter ut vid överklaganden i en rad europeiska länder. Nacka kommun anser att avgiftens storlek, trots ökade administrativa kostnader för domstolarna och att systemet avviker från de principer som i dag gäller, skulle kunna vara kopplad till värdet av den omtvistade upphandlingen eftersom avgiften då blir proportionell.

Ett förslag om att införa avgifter skulle avhålla, i vart fall vissa, så kallade okynnesöverprövningar och skulle leda till en viss lättnad för upphandlande myndigheter. Nacka kommun menar att en sådan avgift därför bör införas.

Ersättning för processkostnader

Nacka kommun anser att förslaget om att införa en regel som innebär att processkostnader i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada är ett steg i rätt riktning eftersom förslaget återställer balansen mellan parterna i upphandlingsmål. En upphandlande myndighet kan aldrig få sina kostnader ersatta - och det är viktigt att balansen mellan motparterna är lika. Förslaget innebär att vardera parten får stå för sina egna kostnader i överprövningsmål.



Nacka kommun har, i samband med remissynpunkter avseende Upphandlingsutredningens bedömning vad gäller rättegångskostnader (SOU 2013:12) framfört att frågan om rättegångskostnader och avgifter ytterligare bör utredas. Nacka kommun håller fast vid sin synpunkt att ett förslag om ersättning av rättegångskostnader bör presenteras eftersom det skulle leda till att minska överprövningar som saknar grund. Ett sådant förslag skulle i så fall gälla för båda parter, dvs. att förlorande part ersätter vinnande part för dennes rättegångskostnader oavsett om det är en leverantör eller upphandlande myndighet som berörs.

Preklusionsfrist

Nacka kommun tillstyrker förslaget och anser att det, ur ett processrättsligt perspektiv, finns fördelar och kan minska antalet överprövningar genom en ökad dialog mellan upphandlande myndighet och leverantör. Kommunen anser dock att förslaget bör utredas ytterligare eftersom det finns ett flertal frågeställningar som kommer att uppkomma vid tillämpningen av bestämmelsen.

Sannolikt kommer leverantörerna att påtala flera fel och brister innan halva tiden för att lämna anbud i upphandlingen löpt ut för att försäkra sig om att inte förlora möjligheten att senare överpröva eftersom domstolen, om påtalandeskyldigheten inte uppfyllts, ska avstå från att besluta om ingripande på den aktuella grunden. Dessutom kan fråga uppstå om när och hur en leverantör har påtalat fel eller brist i upphandlingen. Det bör klargöras på vilket sätt denna påtalandeskyldighet ska göras, till exempel om skriftligt är ett krav. Fråga uppkommer även, om en upphandlande myndighet rättat ett påtalat fel, har då leverantören försuttit sin möjlighet att överklaga eller får leverantören ny tid att påtala ett eventuellt fel eller brist i en upphandling.



Nya omständigheter i kammarrätt

Nacka kommun tillstyrker förslaget som innebär att målen koncentreras till underrätt, men en möjlig nackdel som kan uppkomma är att målen i förvaltningsrätt blir större eftersom parterna kommer att försäkra sig om att åberopa samtliga omständigheter och bevis som kan läggas fram och handläggningstiden kommer därmed att öka till följd av detta.

Därutöver kan, i överprövningsmål, finnas starka tredjemansintressen, t.ex. äldre och sjuka, som kan lida skada om en kommun inte, utan giltig ursäkt, fört fram vissa omständigheter i förvaltningsrätten. Detta är en omständighet som behöver ses över om förslaget genomförs.

Nacka dag som ovan

Mats Gerdau
Kommunstyrelsen ordförande

Lena Dahlstedt
Stadsdirektör