

Sammanfattning

Utredningens huvudsakliga uppdrag kan sammanfattande beskrivas med att utredningen ska lämna förslag till lagstiftning i två delar. I den första delen ska utredningen lämna förslag om hur reglerna i LOU och LUF om upphandling under EU:s tröskelvärden och om upphandling av de tjänster som anges i lagarnas bilaga 2 (sociala tjänster och andra särskilda tjänster) kan göras enklare och flexiblare. De upphandlingarna regleras i 19 kap. LOU och LUF. I betänkandet benämns dessa upphandlingar icke direktivstyrda upphandlingar. Utredningen ska vidare överväga om de regler som utredningen föreslår för LOU och LUF också ska tas in i LUK och LUF. Denna del av uppdraget redovisas i betänkandets del 1.

I den andra delen av uppdraget ska utredningen överväga vilka åtgärder som kan vidtas för att minska antalet överprövningsmål, och lämna förslag till regler om ansökningsavgift i överprövningsmål samt om skyldighet för den förlorande parten att ersätta motpartens processkostnader. Denna del av uppdraget redovisas i betänkandets del 2. I betänkandets del 3 finns överväganden som är gemensamma för de båda föregående delarna.

Del 1 – Ett enklare och flexiblare regelverk

Upphandlingsregler förr och nu

Sverige har under lång tid haft regler för upphandling. Den första lagen som genomförde EU-rättsliga upphandlingsregler var 1992 års LOU. Sedan den lagen har upphandlingslagarna blivit fler till antalet, och de har kommit att innehålla ett allt mer omfattande regelverk. Detta gäller även för den icke direktivstyrda regleringen, som allt sedan 1992 års LOU har tagits in i särskilda kapitel i respektive upphandlingslag. I 19 kap. LOU respektive LUF finns 34 paragrafer.

Det görs också många hänvisningar till andra bestämmelser i lagen. Det finns hänvisningar till hela kapitel, delar av kapitel och enskilda paragrafer. Hänvisningarna finns främst samlade i en ”katalogparagraf” i kapitlets inledning men det görs även hänvisningar i flera av de följande paragraferna i kapitlet.

I det senaste större lagstiftningsärendet genomfördes tre upphandlingsdirektiv från 2014 genom att tre nya lagar beslutades – LOU och LUF, som ersatte 2007 års LOU och LUF, och en helt ny lag, LUK. Lagrådet ansåg då att den valda lagstiftningstekniken i 19 kap. LOU och LUF gör regleringen svåröverskådlig och otypisk. Utredningen instämmer i Lagrådets synpunkter.

Ett enklare och flexiblare regelverk

Ett sätt att förenkla de icke direktivstyrda upphandlingarna kan vara att lämna dem oreglerade, eller helt eller delvis undanta sådana upphandlingar från upphandlingslagarna.

Utredningen anser emellertid att såväl samhällsekonomiska aspekter som enskilda leverantörers intressen starkt talar för att de icke direktivstyrda upphandlingarna även fortsättningsvis bör vara reglerade. Ett grundläggande regelverk behövs för att tillgodose allmänhetens och leverantörernas krav på insyn och förutsebarhet i upphandlingar. Vidare talar rättssäkerhetsskäl samt det övergripande intresset att minska risken för korruption för att det ska finnas regler som styr hur konkurrensutsättning ska genomföras vid de aktuella upphandlingarna.

Ett nytt regelverk bör vara enklare till såväl utformning som innehåll. En målsättning bör vara att möjliggöra för upphandlande myndigheter och enheter och leverantörer att göra goda och sunda affärer med varandra. Regelverket bör utgå från de grundläggande principerna för upphandling och ange ramarna för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme, samtidigt som det innehåller nödvändiga skyddsregler för leverantörerna.

En målsättning bör också vara att inom respektive lag ha så få olika regelsystem och nivåer som möjligt, för att undvika gränsdragningsproblem och tvister.

Utredningen anser att det förenklade regelverket för den icke direktivstyrda upphandlingen bör arbetas in i befintliga upphandlingslagar. Utredningen förordar således inte alternativet att den icke direktivstyrda upphandlingen regleras i en eller flera separata lagar.

Utredningen anser däremot att om lagarna disponerades i avdelningar skulle det kunna ge tydligare, mer överskådliga och mer lättillgängliga lagar. En sådan disposition är enligt utredningen mycket lämplig just för rättsområdet upphandlingsrätt, som så utpräglat består av olika regelsystem och -nivåer, vilka delvis ska tillämpas separat, delvis gemensamt. Utredningen har dock valt att inte lägga fram sitt förslag i den formen, bl.a. av tidsskäl. Det förslag som utredningen lägger innebär alltså att de förenklade icke direktivstyrda reglerna arbetas in i lagarna med bibehållen struktur.

Principiella utgångspunkter för utredningens förslag

Utredningen har utformat sina författningsförslag med följande principiella utgångspunkter.

- Det finns en mängd andra regler, utöver upphandlingsreglerna, som styr och påverkar hur upphandlande myndigheter och enheter samt deras anställda får och kan agera i upphandlingar.
- Den absoluta merparten av de upphandlande myndigheterna och enheterna vill göra rätt, och vill söka upp konkurrens för att få till stånd en sund och god affär.
- Den absoluta merparten av leverantörerna till offentlig sektor strävar efter en sund och god affär.

Upphandlingsregler i några andra stater

Utredningen har undersökt hur den icke direktivstyrda upphandlingen är reglerad i ett flertal EU- och EES-stater. Utredningen kan konstatera att det inte finns någon enhetlighet i regleringen de undersökta staterna emellan. Tvärtom är det påfallande hur stor variation som uppvisas, redan vid en jämförelse mellan de valda lösningarna i våra nordiska grannländer.

Det kan antas att en betydande del av den samlade upphandlingen inom EU och EES-området genomförs med tillämpning av dessa

olika regelverk. Om ökad enhetlighet kunde uppnås, borde det kunna gynna och öka den gränsöverskridande handeln inom unionen. Vägen dit synes emellertid vara lång.

Däremot går det att hämta inspiration från andra stater. Utredningen har i detta avseende särskilt funnit regleringen i Norge intressant, såväl när det gäller författningarnas innehåll som hur författningarna är strukturerade. Även Finland och Danmark har lösningar som är intressanta.

Andra regler som har betydelse för upphandling

Utredningen har inventerat och översiktligt beskrivit vilka regler utöver själva upphandlingsreglerna som de upphandlande myndigheterna och enheterna har att följa när de genomför sina upphandlingar. Utredningen konstaterar att det finns en mängd sådana bestämmelser. Olika regler gäller emellertid för olika kategorier av upphandlande myndigheter och enheter. Tillämpning av de olika bestämmelserna aktualiseras också vid olika stadier av en upphandlingsprocess och tar sikte på olika aspekter av organisationens verksamhet. Utredningen konstaterar att många av dessa regler delvis överlappar dem som återfinns i upphandlingslagstiftningen.

En annan reflektion i denna del är att många av de krav på offentlig verksamhet som redovisas ovan i det praktiska upphandlingsarbetet har fått stå tillbaka för de mer detaljerade kraven som återfinns i upphandlingslagstiftningen. Likaså står de krav som följer av andra regelverk än upphandlingslagstiftningen sällan i förgrunden när den regleringen av den offentliga upphandlingen diskuteras. En del av de krav som utredningen beskriver ovan utgör förvisso mer allmänna målsättningsstadganden än rättsregler avsedda att tillämpas det i dagliga upphandlingsarbetet eller (över)prövas i domstol.

Ett regelverk som motverkar korruption

Det har inte ingått i utredningens uppdrag att göra någon övergripande översyn av upphandlingsreglerna ur korruptionssynpunkt. Utredningens utgångspunkt är emellertid att översynen av de nationella upphandlingsreglerna inte ska medföra sådana förändringar som kan innebära att risken för korruption i sådana upphandlingar

ökar. Den offentliga upphandlingen framstår som ett riskområde för korruption, även om omfattningen av sådan korruption är svår att få någon närmare uppfattning om.

Utredningens slutsats i denna del är att korruption i offentliga upphandling främst bör motverkas på andra sätt än genom regelreformer. Utredningen framhåller att det är av vikt att offentlig sektor aktivt verkar för att förbättra bilden av den offentliga upphandlingen i allmänhet och dess motståndskraft i synnerhet – och detta oavsett hur stort problemet med korruption i offentlig upphandling faktiskt är. Utredningen konstaterar vidare att regelförenkling i sig kan motverka riskerna för korruption i offentlig upphandling genom att minska incitamentet till överträdelse av regelverket.

Bestämt gränsöverskridande intresse

Att upphandlingar under tröskelvärden inte omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv innebär inte att de alltid faller utanför unionsrätten. EU-domstolen har nämligen utvecklat ett antal grundläggande principer som i vissa fall gäller också för sådana upphandlingar. Dessa principer är direkt grundade på EUF-fördragets bestämmelser och principer, särskilt principerna om likabehandling och icke-diskriminering, och den därav följande skyldigheten att lämna insyn. Principerna ska iakttas i upphandlingar när kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Med detta förstås att upphandlingen kan vara av intresse för en leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat.

Utredningen anser att det inte behövs några regler i lagarna om fall då kontrakt är av bestämt gränsöverskridande intresse, med ett undantag. Undantaget är nödvändigt då utredningen föreslår att en nationell princip ska gälla för direktupphandlingar, i stället för som i dag de EU-rättsliga grundläggande principerna för upphandlingar. För det fall att ett kontrakt som ska direktupphandlas är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, måste det emellertid finnas en regel som anger att de EU-rättsliga principerna ska gälla. I den regeln bör dock det abstrakta begreppet bestämt gränsöverskridande intresse inte användas. I stället bör regeln mer konkret ange att om upphandlingen kan vara av intresse för någon leverantör som är

etablerad i en annan medlemsstat eller EES-stat, ska den genomföras i enlighet med de grundläggande principerna.

Några särskilda regler utöver detta behövs dock inte. Enligt utredningen bör en förenklad lagstiftning nämligen kunna utformas med utgångspunkt från två förhållanden. Dels att ett bestämt gränsöverskridande intresse normalt inte finns för direktupphandlade kontrakt, dels att i de fall det faktiskt finns ett sådant intresse har den upphandlande myndigheten eller enheten normalt vetskap om detta. Det ligger då – även utan uttryckliga regler – i myndighetens eller enhetens intresse att se till att utforma upphandlingen utifrån detta, t.ex. i fråga om att offentliggörandet bör ske på ett sådant sätt att de utomlands etablerade leverantörerna ges möjlighet att informeras om upphandlingen.

Principer för upphandling

Utredningen anser att för sådan icke direktivstyrd upphandling som ska annonseras ska de EU-rättsliga grundläggande principerna för upphandling gälla även fortsättningsvis.

När en upphandlande myndighet eller enhet använder direktupphandling, och upphandlingen inte kan vara av intresse för någon leverantör etablerad i annan EU- eller EES-stat, ska dock en nationell princip gälla. Principen innebär att de konkurrensmöjligheter som finns ska utnyttjas. Kostnaderna för att genomföra upphandlingen ska dock stå i rimlig proportion till upphandlingens uppskattade värde. Den upphandlande myndigheten ska även genomföra upphandlingen på ett sakligt och opartiskt sätt.

Genom den föreslagna principen för direktupphandlingar uppnås enligt utredningen en rimlig balans mellan å ena sidan intresset av att inköp görs efter en tillräckligt omfattande konkurrensutsättning och å andra sidan de upphandlande myndigheternas och enheternas, och de berörda leverantörernas, intresse av effektivitet och flexibilitet. Det ligger i sakens natur att det normalt bör ställas högre krav på omfattningen av det konkurrensuppsökande arbetet ju högre värde direktupphandlingen har.

Upphandlingens utformning

Utredningen anser att såväl utformningen som tillämpningen av det icke direktivstyrda upphandlingsregelverket bör kunna vila på synsättet att allt som – inom ramen för de grundläggande principerna – är möjligt, tillåtet och tillgängligt genom den tämligen utförliga regleringen på det direktivstyrda området är möjligt, tillåtet och tillgängligt också vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området. Det behövs inte detaljerade bestämmelser i lagen som anger detta.

Sådana upphandlingar som inte på grund av värdet eller av andra skäl får direktupphandlas, ska även fortsättningsvis konkurrensutsettas genom annonsering i en allmänt tillgänglig databas.

De upphandlande myndigheterna och enheterna ska vara fria att utforma förfarandet vid upphandling. De ska då också fritt kunna använda sig av olika metoder för upphandling, som exempelvis ramavtal eller dynamiska inköpssystem. Allt under förutsättning att de grundläggande principerna för upphandling iakttas.

En viktig förutsättning för att de upphandlande myndigheterna och enheterna ska kunna ges detta handlingsutrymme är att myndigheten eller enheten tydligt informerar i upphandlingsdokumenten i varje upphandling om hur upphandlingen ska genomföras. På så sätt ges leverantörerna möjlighet att bedöma om en upphandling är affärsmässigt intressant. Det gör det också möjligt för såväl leverantörer som tillsynsmyndigheten att reagera för det fall genomförandet av en upphandling i något avseende skulle strida mot de grundläggande principerna för upphandling.

Dialog i upphandlingar

Vid utredningens externa kontakter har företrädare för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer i princip genomgående hållit fram det otillfredsställande i att det är så begränsade möjligheter att tillåta ändringar av brister i anbud med nuvarande bestämmelser om rättelse av fel, förtydligande och komplettering och den stränga praxis som finns kring bestämmelserna. Utredningen har därför ägnat denna fråga särskild uppmärksamhet.

Utredningen föreslår en bestämmelse om dialog i upphandlingar, som är inspirerad av norska bestämmelser om detta. Syftet är bl.a. att lagstiftningen ska möjliggöra rättelser och kompletteringar av

anbud och anbudsansökningar när så kan ske utan att de grundläggande principerna för upphandling träds för när. Inlämnade anbud och anbudsansökningar i upphandlingar uppvisar ofta brister av olika slag. Det är enligt utredningen nödvändigt att lagstiftningen förhåller sig till denna realitet.

Förfarandebestämmelser för icke-direktivstyrd upphandling

Utöver bestämmelser om upphandlingens utformning (val av förfarande, annonsering och upphandlingsdokumentens innehåll), samt den föreslagna bestämmelsen om dialog i upphandlingar, behövs det vissa förfarandebestämmelser för att ge ramar för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme, och nödvändigt skydd för leverantörerna.

Ramarna för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme ges genom bestämmelser om kommuniceringsformer, tidsfrister, skyldighet att informera om vissa beslut och en skyldighet att dokumentera upphandlingen.

När det gäller kommuniceringsformer ska förfarandet alltjämt som huvudregel vara skriftligt. Utredningen anser dock att muntlig kommunikation ska kunna användas som ett komplement i en upphandling när myndigheten eller enheten bedömer det som lämpligt och om den dokumenterar sådana uppgifter som är av betydelse för upphandlingen. Det innebär en viss lättnad och framför allt en enklare regel än i dag. Utredningen anser vidare att det varken är lämpligt eller behövt med en regel som påbjuder att kommunikation ska ske med användning av allmänt tillgängliga elektroniska medel.

I fråga om tidsfrister för att lämna in anbud och anbudsansökningar har utredningen övervägt att föreslå en skärpning, med hänsyn till vad utredningen erfarit om att många leverantörer upplever att dessa frister många gånger sätts alltför kort. Utredningen har emellertid stannat för att det i nuläget inte behövs någon skärpning och att regeln alltså fortfarande ska föreskriva att anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud.

Som skyddsregler för leverantörer föreslår utredningen bestämmelser om rätten för leverantörer att få lämna anbud i grupp, och rätten för leverantörer att återropa andra företags kapacitet. Vidare

föreslås bestämmelser om en skyldighet för de upphandlande myndigheterna och enheterna att kommunicera med en deltagande leverantör i vissa fall – nämligen inför ett eventuellt beslut om uteslutning på grund av bristande lämplighet, och när myndigheten eller enheten överväger att utesluta ett anbud på grund av att det är onormalt lågt.

I fråga om bestämmelsen om onormalt låga anbud anser utredningen således att det inte, till skillnad från i dag, bör finnas en författningsreglerad skyldighet för de upphandlande myndigheterna och enheterna att agera om ett anbud förefaller vara onormalt lågt. Det ligger nämligen i myndighetens eller enhetens eget intresse att göra det. Detta är en tillräcklig garanti för att så också sker när det är befogat. De upphandlande myndigheterna och enheterna kan anförtros att göra denna bedömning. En föreskriven skyldighet kan däremot ge upphov till utdragna överprövningar i frågan om myndigheten eller enheten gjorde en felaktig bedömning när den ansåg att skyldigheten inte inträdde. Av samma skäl bör det inte heller föreskrivas någon skyldighet för de upphandlande myndigheterna och enheterna i fråga om förkastande av onormalt låga anbud.

Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

De sociala tjänsterna och de andra särskilda omfattas bara av ett fåtal regler i direktiven, det s.k. enklare systemet. De har också ett eget tröskelvärde – 750 000 euro i LOU-direktivet (cirka 7,1 miljoner kronor) och 1 000 000 euro i LUF-direktivet (cirka 9,4 miljoner kronor). Dessa tjänsterna anges i bilaga 2 till LOU och LUF och regleras i lagarnas 19 kap.

Det rör sig främst om sådana tjänster som i direktivens skältexter kallas personliga tjänster, t.ex. vissa sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster. Dessa tjänster har på grund av sin natur fortfarande en begränsad gränsöverskridande dimension. Detta gäller också för vissa andra, särskilda tjänster, som därför också omfattas av det enklare systemet, exempelvis hotell- och restaurangtjänster, vissa juridiska tjänster, räddningstjänster samt undersöknings- och bevakningstjänster.

Regeringen har i prop. 2017/18:158 lämnat förslag om särskilda regler i LOU för upphandling av välfärdstjänster – hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och utbildningstjänster. Dessa tjänster är en del av de sociala tjänster och särskilda tjänster som omfattas av utredningens uppdrag och förslag.

Utredningen föreslår att alla sociala tjänster och särskilda tjänster ska regleras på samma sätt, dvs. utan någon åtskillnad mellan exempelvis välfärdstjänster och andra tjänster. Utredningen föreslår också att reglerna ska tas in i både LOU och LUF.

Upphandlingar över tröskelvärden ska göras enligt de föreslagna reglerna för annonspliktiga upphandlingar, med vissa särskilda regler som följer av krav i direktiven, framför allt beträffande annonsering på unionsnivå.

Upphandlingar under tröskelvärden ska enligt utredningens förslag få göras med användning av direktupphandling. De upphandlande myndigheterna och enheterna ska då iaktta den nationella principen om konkurrensutsättning.

De viktigaste skillnaderna mellan utredningens förslag och förslagen i nämnda proposition beträffande upphandling av välfärdstjänster enligt LOU är att det genom utredningens förslag om direktupphandling inte görs obligatoriskt att annonsera upphandlingarna i en allmänt tillgänglig databas. Det blir alltså upp till den upphandlande myndigheten att själv avgöra hur konkurrensutsättning bäst sker i varje upphandling. Som nyss nämnts ska upphandlingen också genomföras med iakttagande av en nationell princip som innebär ett krav att ta tillvara konkurrensen i rimlig utsträckning. Enligt regeringens förslag ska några principer i motsvarande fall inte gälla vid genomförandet av upphandlingen.

Utredningen anser att dess förslag är ändamålsenligt och innebär en rimlig balans mellan intresset av en flexibel reglering och intresset av att konkurrensutsättning sker i tillräcklig omfattning. Förslaget ger goda förutsättningar för små och lokala företag samt idéburna aktörer att, trots deras ofta begränsade administrativa resurser, delta i upphandlingarna samt att faktiskt också erhålla de kontrakt det är fråga om.

Direktupphandling

Enligt utredningens förslag ska direktupphandlingsgränserna anges i lagarna i nominella belopp. Gränsen ska bestämmas till 600 000 kronor vid upphandling som omfattas av LOU och 1 100 000 kronor vid upphandling som omfattas av LUF. Direktupphandling ska få användas i samma utsträckning som enligt gällande lagar.

Utredningen förslår vidare en ny bestämmelse om täckningsköp – direktupphandling i samband med överprövning. Bestämmelsen innebär ökade möjligheter för upphandlande myndigheter och enheter att lösa akuta behov av inköp, som har uppstått till följd av att en upphandling är överprövad i domstol och därför stoppad. Av unionsrättsliga skäl måste dock tillämpningen begränsas på så sätt att värdet av upphandlingen inte får överstiga tillämpligt tröskelvärde.

Direktupphandlingar ska dokumenteras, på samma sätt som tidigare. Utredningen föreslår dock, av förenklingsskäl, att den nuvarande nedre gränsen för dokumentationskravet om 100 000 kronor tas bort.

Rätten att ansöka om överprövning

Utredningen anser att leverantörers rätt att ansöka om överprövning av upphandlingar och av avtals giltighet vid icke direktivstyrd upphandling ska vara oförändrad. Rättsläget ska vara oförändrat även beträffande i vilka fall allmän förvaltningsdomstol får besluta om upphandlingsskadeavgift.

LUFs ska ändras, men inte LUK

Utredningen bedömer att det är både möjligt och lämpligt att införa motsvarande regler som föreslås för LOU och LUF i LUFs. Vissa skillnader är dock nödvändiga och motiverade av att LUFs reglerar upphandling på försvars- och säkerhetsområdet och därför har särskilda direktivstyrda regler om undantag från upphandlingsskyldighet i vissa fall. Vidare är tjänster i LUFs alltjämt indelade i s.k. A-

och B-tjänster – i LUFs finns alltså inte det enklare system för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster som infördes genom 2014 års LOU-, LUF- och LUK-direktiv.

När det gäller LUK föreskriver regleringen för icke direktivstyrd upphandling i 15 kap. LUK endast ett minimum av bestämmelser. Utredningen anser att det inte finns skäl att föreslå ändringar beträffande den lagen i syfte att förenkla eller öka flexibiliteten.

Följändringar i MBL

Utredningen anser att det är en förbryllande ordning, enligt nuvarande regler i MBL, att utrymmet för den fackliga vetorätten är mindre vid upphandlingar på det direktivstyrda området än vad det är vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området.

Den fackliga vetorätten bör kunna grundas på omständigheter som medför att en leverantör *ska* eller *får* uteslutas, vid upphandlingar både på det direktivstyrda och icke direktivstyrda området. I alla händelser anser utredningen att utrymmet för den fackliga vetorätten bör vara detsamma, oavsett om upphandlingen är direktivstyrd eller inte.

Del 2 – Vissa regler om överprövningsmål

Fakta om överprövningar

Av tillgänglig statistik kan utläsas att *antalet* överprövade upphandlingar har varit relativt konstant under flera år, och *andelen* överprövade upphandlingar har till och med minskat något under samma tid. Enligt Domstolsverkets prognos kommer det komma in ungefär 3 300 överprövningsmål per år under de närmaste åren. Utredningen konstaterar att det knappast finns anledning att utgå från att antalet överprövningsmål eller överprövade upphandlingar kommer att öka under överskådlig tid. Tillgängliga uppgifter tyder enligt utredningen snarare på motsatt utveckling. Detta skulle givetvis kunna komma att förändras om konjunkturen skulle vika eftersom fler företag då kan förväntas intressera sig för och delta i offentliga upphandlingar. Utredningen noterar att statistiken även påverkas av hur målen registreras av domstolarna.

Utredningen konstaterar vidare i den utsträckning antalet överprövningsmål i Sverige verkligen är högre än i andra medlemsstater, vilket i vart fall statistiken från kommissionen tyder på, är det sannolikt en rad omständigheter som bidragit till denna situation. Frånvaron av såväl processkostnadsansvar som avgifter för överprövning har sannolikt bidragit till att den ekonomiska tröskeln för en leverantör att begära domstolsprövning i Sverige är lägre än i många andra länder. Vidare är Sverige i dag ett land där en betydande del av det offentliga verksamheten kommit att utföras av privata utförare. Detta förhållande kan även ha fått till följd att fler leverantörer uppmärksammar inte bara de affärsmöjligheter offentlig sektor erbjuder utan även nyttjar möjligheterna till överprövning av de beslut som påverkar dessa affärsmöjligheter. Utredningen vill också lyfta fram betydelsen av den svenska offentlighetsprincipen, som i upphandlingsärenden sannolikt bidrar till att leverantörer uppmärksammar fler fel och brister i upphandlingar än i andra medlemsstater. Därtill har sannolikt affärskultur och synen på relationen mellan offentlig och privat sektor i de olika medlemsstaterna bidragit till systemen har utformats på olika sätt och nyttjas i olika utsträckning.

Utredningen konstaterar vidare att överprövningsmålen naturligtvis medför kostnader för de allmänna förvaltningsdomstolarna, för upphandlande myndigheter och enheter och för leverantörer. Domstolsverket har uppskattat styckkostnaderna för handläggningen av överprövningsmål till 12 361 kronor i förvaltningsrätt, 11 691 kronor i kammarrätt och 18 463 kronor i Högsta förvaltningsdomstolen. Utredningen har vidare utifrån tillgängliga siffror uppskattat snittkostnaden för ett överprövningsmål till cirka 23 000 kronor för den upphandlande myndigheten eller enheten och cirka 60 000 kronor för en leverantör. Uppskattningarna är emellertid förknippade med stora osäkerheter och varierar dessutom givetvis mellan olika mål.

Ett processkostnadsansvar i överprövningsmål

Utredningen lämnar enligt sina direktiv ett lagförslag om ett processkostnadsansvar i överprövningsmål och anser att ett sådant bör införas i alla fyra upphandlingslagar.

Ett processkostnadsansvar skulle innebära ett betydande incitament för leverantörer att tänka igenom sitt beslut att ansöka om

överprövning. Det kan stimulera en utveckling mot att leverantörerna väljer alternativa sätt att komma till rätta med upplevda fel och brister i upphandlingarna. Ett sådant alternativ kan vara att vända sig till den upphandlande myndigheten eller enheten innan tilldelningsbeslut har meddelats och påpeka felen och bristerna. En konstruktiv dialog i tidiga skeden av upphandlingarna är positiv för alla inblandade aktörer.

Ett ömsesidigt processkostnadsansvar skulle även återställa den processuella balansen mellan parterna genom att båda parter då kan få ersättning för sina kostnader om de vinner målen. För närvarande är denna möjlighet öppen endast för leverantörer (se NJA 2013 s. 762).

För att kunna utnyttja denna möjlighet måste leverantören emellertid föra talan om skadestånd i allmän domstol. Utredningen anser att det finns en processekonomisk fördel i att alla frågor om ersättning för kostnaderna i överprövningsmål prövas där de har uppkommit, och inte i allmän domstol.

Det är slutligen viktigt att framhålla att införandet av ett processkostnadsansvar även kan stärka rättssäkerheten för leverantörer, genom att de får bättre möjligheter att få ersättning för sina processkostnader i de fall de vinner framgång med sin talan. Denna konsekvens får särskild vikt om Överprövningsutredningens förslag, att möjligheten för leverantörer att få skadestånd för sina processkostnader ska tas bort, leder till lagstiftning. Det förslaget bereds för närvarande i Regeringskansliet.

Enligt utredningens förslag får rätten, enligt vad som är skäligt, förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i mål om överprövning av en upphandling och mål om överprövning av ett avtals giltighet. Regleringen av processkostnadsansvaret omfattar även tredje parts rätt till ersättning för kostnader liksom tredje parts skyldighet att ersätta motpartens kostnader i målen. Processkostnadsansvaret införs genom nya bestämmelser i samtliga fyra upphandlingslagar.

De kostnader som kan ersättas i överprövningsmål är parts skäliga kostnader för förberedande och utförande av talan i målet, inklusive kostnad för partens arbete och tidspillen samt arvode till ombud eller biträde. Ersättningen ska även innefatta så kallad dröjsmålsränta enligt räntelagen. De kostnader som ska vara ersättningsgilla i överprövningsmål ska därmed i princip vara desamma som ersätts i tvistemål som handläggs enligt RB.

Utredningen föreslår även att det införs en regel om att en parts ombud eller biträde ska kunna göras solidariskt ansvarig med parten för motpartens kostnader i överprövningsmål.

Utredningen anser vidare att rätten på yrkande av en upphandlande myndighet eller enhet ska kunna förordna att en utländsk medborgare eller en utländsk juridisk person som ansöker om överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet ska ställa säkerhet för de rättegångskostnader som denne genom avgörandet i målet kan bli skyldig att betala. Utredningen föreslår därför att lagen (1980:307) om skyldighet för utländska kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnader ska ändras i enlighet med detta.

En avgift för att ansöka om överprövning

Utredningen föreslår i enlighet med sina direktiv att det införs en avgift i mål om överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet i samtliga fyra upphandlingslagar. Utredningen anser att övervägande skäl talar för införandet av en sådan avgift.

En avgift kan stimulera en utveckling mot en ökad dialog i upphandlingarna genom att leverantörerna styrs mot att föra fram sina synpunkter direkt till den upphandlande myndigheten och enheten under upphandlingens gång, i stället för att vända sig till domstol i ett sent skede av förfarandet. En avgift av den storlek som utredningen föreslår bör också få den avsedda och önskade effekten att leverantörerna ”tänker till en gång extra” innan de beslutar sig för att ansöka om överprövning. Samtidigt är beloppet så pass lågt satt att avgiften är överkomlig även för små företag. Rättssäkerheten för de företagen hotas därför inte. Sammantaget bedömer utredningen att en ansökningsavgift om 7 500 kronor skulle leda till färre överprövningsmål utan en försämrad rättssäkerhet.

Avgiften ska betalas av leverantören innan rätten inleder handläggningen av målet, men betalning av avgiften ska inte vara ett villkor för att den förlängda avtalsspärren ska börja löpa. Om avgiften inte betalas i samband med att målet inleds ska rätten, ska rätten förelägga sökanden att erlagga ansökningsavgiften. Rätten ska avvisa en ansökan om överprövning om inte sökanden följer ett föreläggande att betala ansökningsavgiften. Utredningen anser att det inte ska gälla någon tiodagarsfrist om rätten avvisar ansökan på den

grund att ansökningsavgift inte har betalats efter föreläggande. Ett beslut om avvisning på grund av utebliven ansökningsavgiften kan överklagas med stöd av befintliga bestämmelser i FPL. Om en förvaltningsrätt överlämnar en ansökan till en annan förvaltningsrätt ska ansökningsavgiften tas ut av den förvaltningsrätt till vilken ansökan överlämnats.

Utredningen har övervägt olika alternativ till utformning av avgiften, men anser att avgiften ska utgöras av ett fast belopp. Ansökningsavgiften ska fastställas i förordning och ska vara 7 500 kronor. Avgiften ska tillfalla statskassan.

Utredningen anser att det inte ska krävas någon avgift för överklagande till högre instans i överprövningsmål.

Om det införs ett processkostnadsansvar i överprövningsmål ska detta även omfatta ansökningsavgiften, som alltså utgör en ersättningsgill processkostnad.

Domstolarnas handläggning av överprövningsmål

Utredningen har övervägt två ytterligare åtgärder som skulle kunna minska antalet överprövningsmål eller i vart fall minska de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad.

Utredningen konstaterar att varje åtgärd från förvaltningsdomstolarna som kan öka förutsebarheten angående när ett avgörande i ett överprövningsmål kan förväntas har stor betydelse för parterna i målet och övriga intressenter. Utredningen anser dock att det inte bör införas en uttrycklig skyldighet för förvaltningsdomstolarna att upprätta tidsplaner i överprövningsmål.

Utredningen anser vidare att förvaltningsdomstolarna har ett stort ansvar för aktiv materiell processledning i överprövningsmål, ett ansvar som dessutom blir av än större vikt om ett processkostnadsansvar införs. Utredningen anser däremot att domstolarnas ansvar i detta avseende för närvarande inte bör förtydligas genom lagstiftning.

Del 3 – Gemensamma överväganden

Ikraftträdande

Utredningen föreslår att samtliga författningsförslag ska träda i kraft den 1 juli 2019. Vad gäller de föreslagna förändringarna av förfarandereglererna i upphandlingslagarna kommer bör dessa att kunna tillämpas i upphandlingar som påbörjas från och med denna dag.

Vad gäller förslagen om att införa en ansökningsavgift och ett processkostnadsansvar i överprövningsmål ska dessa tillämpas i mål vid de allmänna förvaltningsdomstolarna som har inletts vid en förvaltningsrätt från och med tidpunkten för ikraftträdande. För tillämpningen av dessa bestämmelser saknar det således betydelse när upphandlingen har påbörjats eller när avtalet har ingåtts. En leverantör som den 1 juli 2019 ansöker om överprövning av en upphandling eller ett avtal ska betala en ansökningsavgift, och rätten ska tillämpa bestämmelserna om processkostnadsansvar i sådana mål.

Konsekvenser

Utredningen bedömer att förslagen som syftar till ett enklare och flexibla regelverk för de icke direktivstyrda upphandlingarna ger flera positiva effekter och saknar egentliga negativa effekter. Flera av de föreslagna förändringarna av regelverket, till exempel de förenklade reglerna för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster, kommer sannolikt att få mindre betydelse för statliga myndigheter än för kommuner och landsting. De ökade möjligheterna till direktupphandling av sådana tjänster bedöms även kunna underlätta för lokala, små företag och idéburna organisationer att delta i upphandlingarna och erhålla kontrakt.

Förslagen avseende ansökningsavgifter och processkostnadsansvar i överprövningsmål skulle kunna minska antalet överprövningsmål, vilket har övervägande positiva effekter för staten, kommuner och landsting men kan förväntas få såväl negativa som positiva effekter för företagen, särskilt små företag.