

Kommittédirektiv



Ökad effektivitet i upphandlingar i samband med överprövningar

Dir.
2013:105

Beslut vid regeringssammanträde den 21 november 2013

Sammanfattning

En särskild utredare ska se över rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen, dvs. möjligheten att bl.a. överpröva en upphandling. Utredaren ska även närmare utreda frågan om s.k. temporär direktupphandling samt utreda frågor om avgifter och processkostnader i upphandlingsmål. Syftet med utredningen är att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena genom att finna sätt att komma till rätta med de problem som orsakas, både samhällsekonomiskt och för berörda aktörer, av att upphandlingar stoppas när de begärs överprövade i domstol. En given utgångspunkt för utredningen är att eventuella förändringar av regelverket inte får innebära att rättssäkerheten eftersätts.

Utredaren ska bl.a.

- analysera lämpligheten av att införa bestämmelser om en s.k. preklusionsfrist i upphandlingslagarna,
- analysera i vilken omfattning den förlängda avtalsspärren ska gälla, om en domstol ska kunna pröva en upphandling trots ingånget avtal och om och i så fall hur en skadelidande leverantör ska kunna kompenseras,
- undersöka möjligheten att införa ett undantag i upphandlingslagarna för direktupphandling under pågående överprövning, samt
- utreda och överväga bestämmelser om ersättning för processkostnader eller avgifter vid ansökan i mål om överprövning.

En utblick mot EU/EES-området, särskilt Norden, ska göras. Utredaren ska överväga vilka förslag som bäst tillgodoser syftet och utifrån de överväganden som görs lämna fullständiga författningsförslag.

Uppdraget ska redovisas senast den 15 juni 2014.

Behovet av en utredning

Offentlig upphandling är ett viktigt verktyg för att öka effektiviteten i de offentliga utgifterna. Upphandlingen kan också bidra till att uppnå gemensamma samhällliga mål såsom skydd för miljön samt främjande av innovation, sysselsättning och social integration. Den offentliga upphandlingen utgör en betydande andel av BNP och har en direkt inverkan på den svenska ekonomin.

Upphandlingsregelverket ger förutsättningar för en effektiv och rättssäker offentlig upphandling och en välfungerande överprövningsprocess är ett nödvändigt inslag för att lagstiftningen ska få genomslag. Bestämmelserna om rättsmedel finns i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFSS), upphandlingslagarna. De genomför bestämmelserna om rättsmedel i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten och Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, rättsmedelsdirektiven, som har ändrats genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling, ändringsdirektivet, samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 31 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av

vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG.

Alltsedan tillkomsten av rättsmedel i upphandlingsregulverket, dvs. i samband med Sveriges anslutning till Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES), har prövningen av upphandlingsmål varit föremål för diskussion. Debatten har tilltagit bl.a. till följd av att antalet upphandlingsmål – med undantag för år 2011 – har ökat stadigt under flera år. Diskussionen har också handlat om domstolarnas handläggningstider. Enligt statistik från Konkurrensverket och Domstolsverket tog ett överprövningsärende under 2012 i genomsnitt 1,9 månader för förvaltningsrätterna att avgöra. Handläggningstidernas längd varierar dock mycket. Vid en jämförelse mellan upphandlingar under respektive över EU:s tröskelvärden var det under 2011 mer än dubbelt så vanligt med överprövningar i det senare fallet. Vidare var anbudsgivare i vissa branscher, t.ex. transportbranschen, mer benägna än andra att ansöka om överprövning.

Under senare år har det diskuterats olika problem som följer av att upphandlingarna regelmässigt stoppas under handläggningen i domstol. Stoppen leder till svårigheter att försörja offentliga verksamheter med varor och tjänster som den offentliga sektorn ofta är skyldig att tillhandahålla medborgarna eller som på ett eller annat sätt ingår i den offentliga servicen. När en upphandling blir överprövad och stoppad är de upphandlande myndigheterna eller enheterna ofta tvingade att genomföra en direktupphandling för att täcka behoven under den pågående överprövningen och den tid det tar att genomföra en eventuell ny upphandling. Sådana upphandlingar riskerar i sin tur att bli stoppade i en ny överprövning eller bli föremål för en talan om ogiltighet enligt upphandlingslagarna. Upphandlingsutredningen konstaterade i sitt slutbetänkande att antalet överprövningar var en av de mest diskuterade frågorna i samband med utredningsarbetet (Goda affärer – en strategi för hållbar tillväxt, SOU 2013:12). Överprövningarna ansågs vara en av de viktigaste orsakerna till att många upphandlande myndigheter och

företag upplever att offentlig upphandling blivit mer som en juridisk process än en process som syftar till att åstadkomma goda affärer. Rädslan för att upphandlingen stoppas i en överprövning leder enligt utredningen till suboptimering, dvs. att upphandlingarna utformas på ett sådant sätt som inte gagnar utvecklingen av innovativa och hållbara varor och tjänster av god kvalitet.

Det får anses sannolikt att leverantörerna kompenserar sig för den osäkerhet som en utdragen process medför. Upphandlingar som riskerar att dra ut på tiden kan därför föranleda höjningar av priset på de aktuella varorna eller tjänsterna. Vidare kan mindre företag ha svårt att stå vid sina anbud under längre stopp. Det riskerar i sin tur att inverka negativt på konkurrensen.

För att komma till rätta med de beskrivna problemen är två strategier tänkbara. Den ena innebär att man vidtar åtgärder som minskar de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad. Den andra innebär att man försöker minska antalet överprövningar och därmed antalet stoppade upphandlingar.

Upphandlingsutredningen lämnade förslag med huvudsakligt syfte att minska de negativa effekterna av stoppade upphandlingar. Förslagen handlade bl.a. om att koncentrera upphandlingsmålen till ett fåtal förvaltningsrätter och en kammarrett. Den frågan bereds för närvarande inom Regeringskansliet.

Såvitt framkommit är det inom den närmaste tiden inte aktuellt med någon översyn av rättsmedelsdirektiven på EU-nivå. Regeringen bedömer däremot att tiden är mogen för en översyn av hur direktiven har genomförts i svensk rätt.

Jämförelser med hur relevanta europeiska stater har genomfört direktiven och deras erfarenheter av tillämpningen kan ge uppslag till hur det svenska regelverket skulle kunna förändras för att minska de negativa konsekvenserna av en överprövning. I synnerhet våra nordiska grannländer är intressanta att analysera i detta avseende. Andra underlag kan vara nationell domstolspraxis och aktörernas erfarenheter.

I det sammanhanget finns det skäl att på nytt överväga om en preklusionsfrist ska införas i lagstiftningen.

Vidare ska Upphandlingsutredningens förslag att införa ett undantag för direktupphandling under pågående överprövning (temporär upphandling) utredas närmare.

När det gäller den andra strategin kan ett sätt att minska antalet upphandlingsmål, eller åtminstone bromsa ökningen, vara att införa ansökningsavgifter eller bestämmelser om ansvar för processkostnader. Även här kan lärdomar dras av övriga EU-/EES-länders tillvägagångssätt och erfarenheter.

En given utgångspunkt för utredningen är att eventuella förändringar av regelverket inte får innebära att rättssäkerheten eftersätts.

Uppdraget att se över rättsmedlen och utreda frågan om temporär upphandling

En preklusionsfrist för att renodla målen i domstolarna

Med preklusionsfrist menas att vissa av de inledande momenten i en upphandling endast får överprövas inom en viss tid. En frist kan t.ex. innebära ett förbud mot invändningar mot förfrågningsunderlagets utformning efter att anbudstiden löpt ut. Rättsmedelsdirektiven ger medlemsstaterna en möjlighet att införa preklusionsfrister.

Sverige har dock hittills valt att inte införa bestämmelser om preklusionsfrist. Frågan övervägdes senast i propositionen Nya rättsmedel på upphandlingsområdet (2009/10:180, del 1 s. 155 f.). Som främsta skäl mot en frist framhölls att det ofta är först när anbudsgivarna tar del av tilldelningsbeslutet som det står klart för leverantören vad förfrågningsunderlaget har betytt för utvärderingen. Först då har leverantören tillräcklig information för att avgöra om det finns anledning att begära överprövning av förfrågningsunderlaget.

Överprövningsmål som kommer in till domstolen i ett sent skede av upphandlingsförfarandet och innehåller invändningar om både det inledande konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen (t.ex. mot valet av upphandlingsförfarande eller villkor i förfrågningsunderlaget) och anbudsutvärderingen tenderar att bli omfattande och ”tungrodda” både för den hand-

läggande domstolen och för parterna. Detta påverkar rimligen handläggningstiden. Om domstolen sedan beslutar att upphandlingen ska göras om t.ex. på grund av fel i förfrågningsunderlaget, innebär det en försening och framför allt högre kostnader för den upphandlande myndigheten eller enheten och anbudsgivarna jämfört med om felet hade upptäckts och korrigerats tidigare.

Vissa upphandlande myndigheter har vidare redogjort för uppfattningen att det finns leverantörer som ansöker om överprövning för att skapa affärstillfällen i samband med de direktupphandlingar som genomförs för att täcka behoven av varor eller tjänster som uppstår när den huvudsakliga upphandlingen stoppas i väntan på avgörande.

Syftet med en preklusionsfrist är att påskynda upphandlingsprocessen i de fall överprövning sker. Mot bakgrund av det ökade antalet upphandlingsmål anser regeringen att det är angeläget att sträva efter att hanteringen av målen blir så smidig som möjligt. Därför finns det skäl att på nytt överväga frågan om en preklusionsfrist bör införas. Äldre analyser och överväganden kan tjäna som utgångspunkt. De bör dock kompletteras bl.a. med hänsyn till att de inte beaktade om och i vilken utsträckning leverantörernas affärsstrategiska bedömningar eventuellt påverkar när en ansökan om överprövning lämnas.

Utredaren ska därför

- undersöka förekomsten av preklusionsfrister i andra europeiska staters rättsordningar och erfarenheter från tillämpningen,
- undersöka om och varför leverantörerna väntar till efter tilldelningsbeslutet med att begära överprövning med invändningar mot de inledande momenten i upphandlingen, samt
- analysera lämpligheten av att införa bestämmelser om en preklusionsfrist.

Större möjligheter att ingå avtal trots pågående överprövning

När en upphandlande myndighet eller enhet har skickat ut en underrättelse om tilldelningsbeslut inträder en s.k. avtalsspärr. Spärren innebär att myndigheten eller enheten inte får ingå avtal under en period på normalt tio dagar. Om någon leverantör under den perioden ansöker om överprövning hos förvaltningsrätten förlängs avtalsspärren automatiskt (förlängd avtalsspärr), som huvudregel under den tid det tar att handlägga målet där. Förvaltningsrätten ska alltså inte fatta något interimistiskt beslut eller göra någon skadeavvägning i frågan om huruvida avtalsspärren ska bestå under tiden för domstolens handläggning. Det finns en möjlighet för förvaltningsrätten att häva den förlängda avtalsspärren, men den möjligheten ska användas i undantagsfall, som huvudregel på yrkande av part, för att undvika orimliga konsekvenser. I överinstanserna gäller inte någon förlängd avtalsspärr. Här måste leverantören begära ett interimistiskt beslut för att utesluta möjligheten att upphandlingen avslutas genom att avtal ingås under tiden för domstolens prövning.

Enligt upphandlingslagarna gäller vidare att om en upphandlande myndighet eller enhet ingår avtal i en upphandling, får upphandlingen inte längre överprövas. Sammantaget med den förlängda avtalsspärren blir konsekvensen att en upphandling regelmässigt stoppas upp under hela den tid som förvaltningsrättens prövning pågår. Den upphandlande myndigheten eller enheten, liksom domstolen, har i praktiken små möjligheter att påverka detta.

Att den förlängda avtalsspärren gäller under hela tiden för förvaltningsrättens prövning följer inte av rättsmedelsdirektiven, utan beror på andra överväganden. Direktiven innebär endast att medlemsstaterna ska se till att när någon har klagat på ett tilldelningsbeslut, ska den upphandlande myndigheten eller enheten inte kunna ingå avtal förrän prövningsorganet har hunnit pröva en ansökan om interimistiska åtgärder. Vid ett sådant interimistiskt beslut får prövningsorganet göra en skadeavvägning för alla berörda intressen, inklusive allmänintresset.

Det finns heller inget krav i rättsmedelsdirektiven att ett avtal ska avskära möjligheten till överprövning av upphandlingen. Vid en jämförelse med t.ex. de övriga nordiska länderna är det bara Sverige som har valt en sådan ordning. I Finland kan Marknadsdomstolen besluta om ”gottgörelse” om en upphandling är avslutad vid domstolens prövning.

Det finns alltså ett nationellt utrymme att utforma regelverket för att möjliggöra en mer nyanserad prövning av om upphandlingen ska få fortgå och avslutas under den tid som en överprövning pågår.

En fråga är vad rättsmedelsdirektiven och övrig unionsrätt kräver och vad som i övrigt är lämpligt i fråga om kompensation till en skadelidande leverantör, om en förvaltningsdomstol kommer fram till att en avslutad upphandling har varit felaktig i något avseende.

Utredaren ska därför

- redogöra för hur ett relevant urval av EU- eller EES-länder valt att genomföra bestämmelserna om förlängd avtalsspärr, om upphandlingar kan prövas efter det att kontrakt eller ramavtal slutits och vilken kompensation som i sådana fall finns tillgänglig för en leverantör som får rätt i överprövningen,
- analysera i vilken omfattning den förlängda avtalsspärren ska gälla,
- analysera om en domstol ska kunna pröva upphandlingen trots ingånget avtal, samt
- analysera om och i så fall hur en skadelidande leverantör ska kompenseras och även i övrigt se över rättsföljderna i överprövningsmål.

I uppdraget ingår inte att överväga om civilrättsliga skadeståndstvister ska prövas i allmän förvaltningsdomstol.

Temporär upphandling

Upphandlingsutredningen föreslog i sitt slutbetänkande att ett nytt undantag ska införas i 15 kap. i upphandlingslagarna av innebörd att direktupphandling ska få användas temporärt när

en upphandling överprövats och en förlängd avtalsspärr inträtt (SOU 2013:12 s. 366).

En sådan reglering kan vara ett alternativ för att minska de negativa konsekvenserna av att en upphandling stoppas. Regeringen anser dock, i likhet med många remissinstanser, att förslaget kräver ytterligare analys av de rättsliga förutsättningarna, de faktiska konsekvenserna och hur en eventuell reglering bör utformas för att bäst uppnå det avsedda syftet.

Utredaren ska därför

- undersöka möjligheten att införa ett undantag i upphandlingslagarna för temporär upphandling (direktupphandling under pågående överprövning).

Uppdraget att utreda frågor om avgifter och processkostnader i upphandlingsmål

Trenden i Sverige under senare år visar på en ökande tillströmning av upphandlingsmål. Övriga nordiska länder tillämpar ansökningsavgifter eller låter förlorande part ansvara för motpartens kostnader i upphandlingsmål.

Upphandlingsutredningen ansåg att varken ansökningsavgifter eller ersättning för motpartens processkostnader borde införas (SOU 2013:12 s. 364). Ett antal organisationer, bl.a. Domstolsverket, Försvarets materielverk, Skatteverket, Göteborgs kommun och Nacka kommun påtalade i sina remissvar att frågan borde utredas grundligare.

Förvaltningsprocesslagen (1971:291) och upphandlingslagstiftningen saknar motsvarighet till huvudregeln i dispositiva tvistemål i allmänna domstolar om ersättningsskyldighet för förlorande part och rätt till ersättning för vinnande part. Precis som i merparten av de måltyper som handläggs i de allmänna förvaltningsdomstolarna står vardera parten för sina egna processkostnader oavsett utgången.

Parterna i förvaltningsdomstolarna är normalt en eller flera enskilda mot det allmänna. Upphandlingsmålen är i flera avseenden inte jämförbara med övriga måltyper i förvaltningsdomstolarna utan uppvisar snarare likheter med civilmål i allmän

domstol. Anbudsgivarna är näringsidkare och parterna i processen är, i förhållande till varandra, köpare respektive säljare. Riskerna som följer av att förlorande part blir skyldig att helt eller delvis ersätta motpartens kostnader torde inte skilja sig nämnvärt åt i de olika processformerna. En skillnad är dock att parterna i ett upphandlingsmål inte får förlikas. Förutom parterna finns det många gånger andra intressenter, framför allt andra anbudsgivare eller anbudssökande, som i högre eller lägre grad påverkas av utgången i målet.

Bestämmelser om skyldighet att ersätta vinnande parts processkostnader skulle kunna medföra att upphandlande myndigheter och enheter tvingas bli mer omsorgsfulla vid utformningen av sina förfrågningsunderlag och vid kontraktstilldelning samt att sökanden tvingas göra en mer gedigen bedömning av möjligheten till framgång innan ansökan om överprövning lämnas in. Det borde rimligen kunna inverka på måltillströmningen. Det ligger därför nära till hands att överväga bestämmelser om ersättning för processkostnader i upphandlingsmål som motsvarar bestämmelserna som gäller för civilprocessen i allmän domstol.

Mot detta ska rättssäkerhetsaspekterna vägas, i synnerhet att också mindre resursstarka men skadelidande företag måste ha möjlighet att ansöka om överprövning och beivra överträdelser som de har lidit eller kan komma att lida skada av. I det sammanhanget bör utredaren beakta Högsta domstolens avgörande den 18 juli 2013 i mål nr T 3576-11.

Utredningen ska också omfatta frågan i vad mån det är nödvändigt med kompletterande bestämmelser om t.ex. yrkanden och bevisning för att domstolen ska kunna avgöra vilken part i målet som vinner respektive förlorar målet och om det finns skäl för jämkning.

I Finland finns bestämmelser om fördelning av processkostnaderna mellan parterna i upphandlingsmål, där Marknadsdomstolen är första instans.

Avgifter för att ansöka om domstolens prövning tillämpas inte i någon måltyp i allmän förvaltningsdomstol. I Norge och Danmark tillämpas emellertid avgifter vid ansökan om prövning av klagomål mot offentliga upphandlingar. Båda länderna har

också nyligen sett över respektive avgiftssystem med syftet att minska antalet klagomål i de prövningsorgan som handlägger upphandlingsärenden. Danmark och Norge har differentierade ansökningsavgifter och dessa återbetalas om klagomålet bifalls.

Trots att en sådan avgift skulle innebära en principiell nyordning är det motiverat att undersöka om fördelarna med en avgift skulle överväga nackdelarna. I detta sammanhang ska domstolarnas administration av avgifterna belysas.

Utredaren ska därför

- utreda och överväga bestämmelser om ersättning för processkostnader i mål om överprövning enligt upphandlingslagarna,
- utreda och överväga bestämmelser om avgifter vid ansökan i mål om överprövning enligt upphandlingslagarna, samt
- analysera vilka behov av följdändringar i exempelvis förvaltningsprocesslagen som kan förledas av nya bestämmelser om processkostnader och avgifter.

Samråd, konsekvensbeskrivningar och redovisning av uppdraget

Översynen ska ske inom ramen för gällande rättsmedelsdirektiv. Utredaren ska överväga vilka förslag som bäst tillgodoser syftet att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena och utifrån de överväganden som görs lämna fullständiga författningsförslag. Utredaren är oförhindrad att ta upp andra frågor än de som särskilt omnämns i uppdraget, förutsatt att de har samband med syftet och uppdraget i övrigt.

Utredaren ska genomföra uppdraget på ett utåtriktat sätt i kontakt med statliga myndigheter, kommuner, landsting, näringslivsorganisationer och andra berörda organisationer.

Utredaren ska i relevanta delar beakta Upphandlingsutredningens förslag samt det arbete som pågår i Regeringskansliet.

I den utsträckning betänkandet innehåller förslag till nya eller ändrade regler, ska förslagets kostnadsmissiga och andra konsekvenser anges och då motsvara de krav som gäller i fråga om konsekvensutredning vid regelgivning. Utredaren ska sär-

skilt analysera vilka effekter förslagen får för små företag, inkluderande deras möjligheter att tillvarata sina rättigheter enligt EU:s regelverk. Om förslagen förväntas leda till kostnadsökningar för det allmänna, ska utredaren föreslå hur de ska finansieras. Uppdraget ska redovisas senast den 15 juni 2014.

(Socialdepartementet)