

Finansdepartementet

103 33 Stockholm

Utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar Fi2020/05179

Försäkringskassan tillstyrker i allt väsentligt utkastets förslag, men vill dock lämna följande synpunkter.

Avsnitt 5.2 Mål om överprövning ska handläggas skyndsamt

Försäkringskassan är positiv till förslaget. Så som det har kommit att utveckla sig har handläggningstiderna vid de allmänna förvaltningsdomstolarna, enligt Försäkringskassans uppfattning, tenderat att kontinuerligt öka. I Försäkringskassans verksamhet har det visat sig att även i överprövningsmål som får anses ha varit okomplicerade och där skriftväxlingen har varit begränsad till ett kortfattat yttrande från vardera parten och varit avslutad redan efter ett par veckor, har det kunnat dröja ytterligare mer än fyra månader innan målet har avgjorts. Till skillnad från vad som anförts från remissinstanser i de föregående utredningarna finns enligt Försäkringskassans uppfattning inget som tyder på att handläggningstiden blivit lång endast för att förhöja kvaliteten på avgörandet.

Försäkringskassan delar uppfattningarna att ett skyndsamhetskrav borde leda till större enhetlighet och större effektivitet. Det kravet kommer i realiteten också föras över till parterna som måste föra sin talan på ett effektivt sätt. Något som snarast är ägnat att öka kvaliteten på avgörandena.

Avsnitt 5.4 Ett krav på tidsplan för målens avgörande bör inte införas

Försäkringskassan delar inte fullt ut utkastets förslag. Försäkringskassan anser att mycket kan vara att vinna på införandet av en tidsplan åtminstone i vissa fall, t.ex. om ett mål gäller mer komplexa upphandlingar. Skälet är att processen på så sätt kan göras mer stringent, effektiv och snabb.

6.3 Preklusionsfrister i mål om offentlig upphandling

Försäkringskassan är positiv till att en preklusionsfrist införs och delar merparten av utkastets överväganden om nytta och risker med en preklusionsfrist.

När det gäller processen i förvaltningsrätt befarar dock Försäkringskassan att den föreslagna fristen om två veckor är för kort. En preklusionsfrist som är för kort riskerar att leda till att processuella frågor får väldigt stort fokus i överprövningsmålen. Det förefaller sannolikt att t.ex. tvistefrågor om sökanden har kunnat eller har haft giltig ursäkt att inte återropa en viss omständighet riskerar att bli mycket vanliga, inte minst mot bakgrund av processbenägenheten i samband med upphandlingar. Det bör beaktas att upphandlingar kan vara mycket komplexa och omfatta en mycket stor mängd handlingar. Processen riskerar då att förlora i kvalitet. En illa utförd talan från leverantörens sida är sannolikt ofta ägnad att bereda de

upphandlande myndigheterna mer besvär än en mer genomtänkt, något som borde kunna uppnås genom en något längre preklusionsfrist.

En för kort preklusionsfrist skulle antagligen också leda till fler begäran om anstånd. Det är visserligen något oklart om det ska vara möjligt att få anstånd från preklusionsfristen.

Försäkringskassan förordar alltså en längre obligatorisk preklusionsfrist, men även att en fakultativ preklusionsfrist som får beslutas av domstolen övervägs vidare.

7.2 Ett ömsesidigt processkostnadsansvar

Försäkringskassan anser i och för sig att den principiella utgångspunkten för en process i ett överprövningsmål, som till stor del liknar en civilrättslig tvist mellan två kommersiella parter, bör vara ett ömsesidigt processkostnadsansvar. Mot bakgrund av utkastets överväganden motsätter sig Försäkringskassan dock inte förslaget, men ser ett stort värde i om saken kunde beredas ytterligare.

Försäkringskassan motsätter sig dock förslaget om det leder till att en leverantör likväl ska kunna erhålla ersättning för rättegångskostnader genom skadeståndstalan, dvs. om inte rättegångskostnader undantas från en upphandlade myndighets eller enhets skadeståndsskyldighet enligt upphandlingslagstiftningen. Om det finns ett ensidigt skadeståndsansvar för den upphandlande myndigheten eller enheten förlorar de överväganden som görs till stöd för förslaget att inte införa ömsesidigt processkostnadsansvar sin mening. Se vidare de synpunkter som lämnas under punkt 9.1.

9.1 Ersättning för rättegångskostnader

Försäkringskassan anser, i enlighet med vad som anförs under avsnitt 7.2, att rättegångskostnader ska undantas från en upphandlade myndighets eller enhets skadeståndsskyldighet enligt upphandlingslagstiftningen. Den i utkastet föreslagna ordningen, att rättegångskostnader även fortsättningsvis inte ska undantas, skapar en obalans mellan parterna och verkar processdrivande. Det är dessutom mycket svårt att förstå varför de synpunkter som förs fram under avsnitt 7.2 till stöd för att det inte ska finnas något ömsesidigt processkostnadsansvar, härigenom i realiteten lämnas utan avseende till förmån för den ena parten i processen. Det är inkonsekvent att å ena sidan föreslå att det inte ska finnas något ömsesidigt processkostnadsansvar, men sedan trots det ge den sökande parten möjlighet till full kostnadsersättning genom skadestånd för rättegångskostnader.

9.2 Fristen för att ansöka om skadestånd bör anpassas till EU-rätten

Försäkringskassan konstaterar att upphandling utan annonsering, t.ex. vid direktupphandling, medför ändringen sannolikt att rätten att ansöka om skadestånd mycket sällan upphör. Det skulle vara negativt för en upphandlande myndighet eller enhet om en sådan osäkerhet består under överskådlig tid. Ändringen bör därför bara göras om det är absolut säkert att svensk rätt kan anses avvika från unionsrätten i detta hänseende.

10 Annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar

Försäkringskassan anser att det är omotiverat att efterannonsera alla direktupphandlingar över 100 000 kr. Det skulle röra sig om ett mycket stort antal upphandlingar som i så fall ska efterannonseras. Det kan, enligt Försäkringskassans mening, starkt ifrågasättas i vilken mån nyttan med detta uppväger de extra kostnaderna i form av tid och arbete med att upprätta en så stor mängd

efterannonseringar, som det sannolikt skulle bli fråga om. Att kräva en efterannonsering för en upphandling som aldrig har annonserats till att börja med skulle lägga en ytterligare administrativ börda på upphandlande myndigheter som inte kan motiveras med allmänhetens behov om större insyn. Den mest rimliga nedre gränsen för när en upphandling ska efterannonseras är vid direktupphandlingsgränsen. Det vill säga vid den gräns som typiskt sett kräver en första annons. Synpunkten ska ses mot bakgrund av uppfattningen att rättsläget är oklart beträffande om efterannonsering av tilldelning av kontrakt genom direktupphandling nu är obligatorisk eller inte genom lagändringen den 1 januari av 19 kap. 12 §.

11 Tidsgränser vid uteslutning av en leverantör

Försäkringskassan anser att en upphandlande myndighet eller enhet ska få låta en dom som är äldre än fem år ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör på grund av brott. Skälet är att upprätthålla största möjliga förtroende för att skatter och avgifter används på ett korrekt sätt.

Försäkringskassan anser vidare att förslaget om att en upphandlande myndighet eller enhet inte får låta händelser som är äldre än tre år ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör på grund av missförhållanden i övrigt är en för kort tid. Det är befogat att en upphandlande myndighet eller enhet får åberopa alla sådana händelser mot en leverantör som inträffat under hela den avtalstid som leverantören varit kontrakterad av samma upphandlande myndighet eller enhet innan det kontrakt som är aktuellt för upphandling. Regeln borde därför i stället vara att alla sådana händelser får åberopas mot den ”gamla” leverantören i den närmast följande upphandlingen. I fall där det inte finns ett föregående kontraktsförhållande mellan den upphandlande myndigheten eller enheten bör tidsgränsen för händelser vara den samma som i utkastets förslag för begångna brott, dvs. fem år.

Beslut i detta ärende har fattats av rättschef Mikael Westberg i närvaro av avdelningschef Lena Sandh, verksamhetsområdeschef Peter Andréén, enhetschef Angelica Bagger och verksjurist Lars Paulsson, den senare som föredragande.

Mikael Westberg