

Finansdepartementet
Dnr Fi 2018/02531/OU
103 33 Stockholm

Famnas remissvar på **Möjligt, tillåtet och tillgängligt** **(SOU 2018:44)**

Famna är riksorganisationen för idéburen välfärd. Vi har för närvarande drygt 80 medlemmar och de största är Ersta diakoni, Bräcke diakoni, Stockholms Stadsmission, Stockholms Sjukhem och Stiftelsen Stora Sköndal. Därutöver har vi många andra välkända medlemmar och välrenommerade aktörer som länge erbjudit medborgare och medmänniskor sociala tjänster, kvalificerad vård och individuell omsorg utan vinstsyfte.

Vår äldsta medlem (Stiftelsen Danvikshem) startade för 450 år sedan, men mera typiskt är att verksamheterna har bortåt 100 år eller mer på nacken, t ex Stadsmissionerna som finns i alla större städer i vårt land. Bland verksamheter som tillkommit på senare tid finns till exempel tjej- och kvinnojourer, boenden för ensamkommande flyktingbarn, HVB-hem, äldreboenden, assistansföretag och arbetsintegrerande sociala företag. Idéburna organisationer har ofta växt fram när man sett brister och behov som det offentliga inte kunnat lösa eller möta. Innovation och nytänkande är starka drivkrafter bakom idéburen verksamhet.

Allmänna kommentarer SOU 2018:44

Utredningen är den senaste i en lång rad som berört upphandlingsregelverket i vårt land. I utredningens inledning rekapituleras dessa, både de som tillkommit som ett resultat av EU-lagstiftning och de som enbart handlat om nationell lagstiftning. Den idéburna sektorn berörs i allra högsta grad av upphandlingsreglerna.

När den offentliga sektorns monopol successivt avreglerades under 1980- och 90-talet valde kommuner och landsting att upphandla entreprenader för att få

välfärdstjänster levererade. I det nya landskap som växte fram visade det sig dock att de idéburna, icke-vinstdrivande, verksamheterna hade svårt att konkurrera med de allt större kommersiella företagen om uppdragen. Medan de privata alternativen växte som andel år för år, stod den idéburna sektorn och stampade runt 3 procent. Länge hette det att det skulle vara lika regler och konkurrens för alla, men så småningom stod det alltmer klart att om Sverige vill ha en välfärdsmix lik den i många andra välfärdsstater, måste viss hänsyn tas till de idéburna verksamheternas särart. I och med prop 2017/18:158 Ökade tillståndskrav och särskilda regler för upphandling inom välfärden, kom äntligen en del av de förändringar som Famna argumenterat för i många år. En viss flexibilitet under tröskelvärdet på 750000 euro infördes liksom möjligheten att i vissa fall rikta upphandlingar till verksamheter som återinvesterar vinsten. Famna välkomnar denna förändring som trädde i kraft i början av året och som vi hoppas många kommuner och regioner ska använda sig av.

Av de samlade intäkterna för Famnas medlemmar kommer drygt 80% från kontrakt med offentlig sektor. Den absolut största delen är baserad på upphandlingar genom LOU, men där finns också LOV och IOP som alternativa former för ersättning.

I nu aktuell utredning föreslås ytterligare förenklingar och förtydliganden av bl a LOU och Famna ställer sig på det hela taget positivt till dem.

I det följande kommenterar vi de konkreta förslagen kapitel för kapitel. Avsnitt där vi inte har några invändningar eller bedömer att medlemmarna inte påverkas hoppar vi över i framställningen nedan.

10.1.2 Val av förfarande vid upphandling

Förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att utforma förfarandet vid upphandlingen.

Famna tillstyrker förslaget. Dock vill vi understryka behovet av fortlöpande kompetenshöjning hos såväl tjänstepersoner som politiker om vilka möjligheter som faktiskt står till buds. Förbättrad information om de regler som trädde ikraft vid årsskiftet, liksom eventuella framtida förändringar som följer av den nu aktuella utredningen, måste spridas brett så att förenklingarna också tillämpas i verkligheten. Det vore vidare önskvärt om Upphandlingsmyndigheten fick i uppdrag att samla "best-practice"-metoder så att lyckade förfaranden kan återanvändas bland andra upphandlande myndigheter.

10.1.3 Metoder för upphandling

Förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att använda olika metoder för upphandling.

Med metoder för upphandling ska avses olika tekniker och instrument för upphandling, såsom ramavtal och dynamiska inköpssystem.

Famna tillstyrker förslaget, se dock kommentar under 10.1.2

10.3 Upphandlingsdokumenten

Förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras eller den senare dag som anges i annonsen.

Myndigheten eller enheten ska i något av upphandlingsdokumenten beskriva upphandlingen i syfte att göra det möjligt för intresserade leverantörer att delta i upphandlingen och lämna konkurrenskraftiga anbud.

Närmare bestämmelser om upphandlingsdokumentens innehåll tas in i förordning.

Famna instämmer.

11.6 Utredningens förslag om dialog i upphandlingar

Förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska få ha en dialog med en eller flera leverantörer i en pågående upphandling. Med en dialog ska avses ett skriftligt eller, i förekommande fall, muntligt informationsutbyte mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör.

En dialog får omfatta rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av anbud eller andra handlingar som leverantören har gett in.

En dialog får också omfatta förhandling om

1. alla aspekter av upphandlingsdokumenten, förutom minimikrav och tilldelningskriterier,

2. alla aspekter av anbud eller andra handlingar ingivna av leverantören. Myndigheten eller enheten ska ange i något av upphandlingsdokumenten om dialog kommer eller kan komma att användas under upphandlingen och vad dialogen kan omfatta.
Bedömning: Det behövs ingen särskild bestämmelse om sekretess i en dialog.

Famna tillstyrker förslaget och instämmer i behovet av dialog.

Famna vill dock understryka vikten av dialog redan *innan* en upphandling påbörjas. Många av de upphandlingar som idéburna aktörer deltar i är alltför fyrkantigt utformade och har allt som oftast den vinstsyftande kommersiella delen av välfärdsföretagen för ögonen. Ju tidigare en dialog kommer igång inför en större upphandling, desto bättre. Upphandlande myndigheter behöver vidare försäkra sig om att olika sorters aktörer bjuds in att delta i dialogen, inte endast större företag eller de kommersiella aktörerna. Principiellt bör inbjudna aktörer åtminstone spegla den blandning av utförare som finns på det relevanta området, även om inte alla finns på plats regionalt eller lokalt.

12.2.2 Tidsfrister

Förslag: Anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud.

Om en leverantör begär kompletterande upplysningar om innebörden av upphandlingsdokumenten, ska den upphandlande myndigheten eller enheten lämna sådan information senast sex dagar före sista anbudsdag, förutsatt att leverantören har begärt upplysningarna i rimlig tid.

Samma frist gäller, om den upphandlande myndigheten eller enheten på eget initiativ vill lämna kompletterande upplysningar. En upphandlande myndighet eller enhet ska förlänga fristen för att komma in med anbud så att alla leverantörer kan få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud, om

1. kompletterande upplysningar inte lämnas inom den tidsfrist som anges ovan, eller
2. väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

Famna tillstyrker förslaget.

12.2.3 Information om beslut

Förslag: När en upphandlande myndighet har fattat beslut om att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal, ska den skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om beslutet.

Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period inom vilken avtal enligt 20 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

Om myndigheten använder sig av ett ramavtal eller någon annan metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt, ska anbudsgivarna skriftligen underrättas om ett beslut om tilldelning av kontrakt när beslutet har föregåtts av en förnyad konkurrensutsättning eller annan anbudsgivning i konkurrens.

Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet. Om myndigheten väljer att iaktta en avtalsspärr enligt 20 kap. 1 § ska underrättelsen innehålla uppgift om det och om avtalsspärrens längd.

Underrättelsen innebär inte att ett anbud förfaller.

En upphandlande myndighet ska till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats, samt de relativa fördelarna med det valda anbudet. Upplysningar ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

En upphandlande myndighet som beslutar att avbryta en upphandling eller att göra om upphandlingen ska skriftligen informera anbudssökandena och anbudsgivarna om beslutet. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Famna tillstyrker förslaget.

12.3 Skyddsregler för leverantörer

12.3.1 Rätten att delta i en upphandling

Förslag: En grupp av leverantörer får delta i en upphandling. En upphandlande myndighet får inte ställa upp villkor om att en sådan grupp ska ha en viss juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten får dock begära att en sådan grupp ska ha en viss form när den har blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras

på ett tillfredsställande sätt.

En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa ett annat företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från det andra företaget eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Famna ser positivt på förslaget om att en grupp leverantörer kan delta i en upphandling tillsammans och inom sig fördela uppdrag och kompetens. Famna ser också positivt på de delar i förslaget avseende att en leverantör ska kunna åberopa en annan leverantörs kapacitet och kompetens i en upphandling.

Famna avstyrker dock de delar i förslaget som avser att den upphandlande myndigheten får begära att en sådan grupp ska ha en viss form när den har blivit tilldelad kontraktet.

Famna noterar att nyss nämnda bestämmelse är hämtad från de direktivstyrda delarna av LOU. Även om bestämmelsen är fakultativ till sin karaktär anser Famna att många upphandlande myndigheter alltför ofta vill gardera sig med hängslan och livrem, varför de exempelvis förbehåller sig rätten att begära åtaganden som inte är nödvändiga. För det fall förslaget i denna del skulle genomföras anser Famna att det är viktigt att lagstiftaren understryker att det måste finnas objektivt godtagbara skäl för att en upphandlande myndighet ska begära att en grupp av leverantörer har en viss form efter tilldelning. Det bör vidare klargöras att den upphandlande myndigheten inte får uppställa sådana krav slentrianmässigt, utan det måste vara motiverat i det enskilda fallet.

De flesta idéburna verksamheter bygger på långvariga traditioner av engagemang, demokrati, deltagares möjlighet att vara med och utforma t ex sociala verksamheter. Bland de idéburna välfärdsaktörerna finns såväl ideella föreningar, samfund, stiftelser, ekonomiska föreningar och aktiebolag. Blandningen i sig kan vara en styrka men regelverken som styr t ex en stiftelse är helt andra än en förening. Varför idéburna aktörer valt den ena eller andra formen för sin verksamhet kan ha goda skäl som går långt tillbaka eller har att göra med självständighet och identitet. Om t ex en stiftelse och en ideell förening går samman och lägger ett anbud om en social verksamhet och bedöms vara bäst utförare, vore det olyckligt om upphandlande myndighet vid tilldelningen t ex kräver att ett aktiebolag skapas för just denna verksamhet. Förslaget bär spår av Välfärdsutredningens (SOU 2016:78) krav på separata juridiska personer för verksamheter som uppstår ersättning från offentlig sektor. Utredningen missade att det inom en och samma organisation kan finnas många olika sorters verksamheter med olika typer av finansiering och Famna

protesterade i remissvaret mot "De tekniska lösningar som utredningen valt (...) och kravet på att offentlig finansierad verksamhet ska bedrivas i separat juridisk person får helt orimliga konsekvenser även för icke-vinstdrivande verksamheter. Det kan till och med bli så att en del tvingas lägga ned verksamheter. Andra tvingas omorganisera (...) eller göra andra dispositioner (...)." Sådana ingrepp i civilsamhällesorganisationers självständighet avråder vi från, då som nu.

12.3.2 Kommunikeringskyldighet inför beslut om uteslutning

Förslag: Om en upphandlande myndighet eller enhet överväger att utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare på grund av bristande lämplighet, ska den innan beslut fattas ge anbudssökanden eller anbudsgivaren tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över skälen för uteslutning.

Bedömning: Det bör inte föreskrivas en skyldighet eller möjlighet för upphandlande myndigheter och enheter att utesluta leverantörer på grund av bristande lämplighet.

Famna har inga invändningar.

12.3.3 Kommunikeringskyldighet vid onormalt låga anbud

Förslag: Om en upphandlande myndighet eller enhet överväger att förkasta ett anbud på grund av att det är onormalt lågt, ska den innan beslut fattas ge anbudsgivaren möjlighet att inom en bestämd tid förklara det låga anbudet. Ett anbud får endast förkastas om myndigheten eller enheten inte har fått ett tillfredsställande svar.

Bedömning: Det bör inte finnas en författningsreglerad skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att agera, om ett anbud förefaller onormalt lågt.

Det bör inte heller finnas en författningsreglerad skyldighet att förkasta ett anbud som är onormalt lågt.

Famnas kommentarer: I denna del utgår utredningen ifrån att det ligger i den upphandlande myndighetens eget intresse att agera om ett anbud förefaller onormalt lågt samt att det inte bör finnas en författningsreglerad skyldighet att

förkasta ett anbud som är onormalt lågt. Famna noterar att många leverantörer i ett försök att "prisa in sig" många gånger rätt av förstör en upphandling för andra seriösa leverantörer. Det är inte ovanligt att en leverantör som har "priset in sig" visar sig inte kunna leverera längre fram. Förslaget i denna del ger den upphandlande myndigheten stora möjligheter att faktiskt anta ett anbud som uppenbarligen förefaller onormalt lågt. Famna anser att i sådana lägen bör en upphandlande myndighet ha en skyldighet att be om en förklaring samt en skyldighet att förkasta anbudet om förklaringen inte anses tillfyllest. Mot bakgrund av vad som nyss anförts avstyrker Famna förslaget i avsnitt 12.3.3.

13 Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

13.3 Ett enkelt och flexibelt regelverk för upphandling av sociala och andra särskilda tjänster

13.3.1 Samma regler för alla sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Förslag: De sociala tjänsterna och andra särskilda tjänsterna ska regleras på samma sätt, dvs. utan någon åtskillnad mellan exempelvis välfärdstjänster och andra tjänster. Reglerna tas in i både LOU och LUF.

13.3.2 Annonspiktiga upphandlingar

Förslag: Sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska upphandlas enligt de föreslagna reglerna för annonspiktiga upphandlingar när upphandlingens beräknade värde uppgår till minst det tröskelvärde som gäller för dessa tjänster.

Särskilda regler ska gälla för dessa upphandlingar i fråga om annonsering och dokumentation samt i vissa fall en skyldighet att lämna ut kontrakt efter begäran.

Bedömning: Det bör inte införas några bestämmelser om skyldighet att ange tekniska specifikationer vid dessa upphandlingar.

13.3.3 En möjlighet att reservera upphandlingen av vissa tjänster

Förslag: LOU-direktivets och LUF-direktivets bestämmelser om möjligheten att vid upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster reservera upphandlingen för vissa organisationer genomförs i lagarna.

De tjänster det är fråga om anges i en ny bilaga till respektive lag.

En definition av begreppet CPV-kod tas in i lagarna.

13.3.4 Direktupphandlingar

Förslag: Direktupphandling får användas om det beräknade värdet av en upphandling av en social tjänst eller annan särskild tjänst understiger det tröskelvärde som gäller för dessa tjänster enligt LOU respektive LUF.

Famna tillstyrker samtliga förslag i kapitel 13. Famna konstaterar att hela kapitel 13 är en utveckling och förstärkning av de förenklings- och flexibilitetsförslag som återfanns i prop. 2017/18:158 och som i allt väsentligt röstades igenom i Riksdagen den 7 juni 2018 (efter det att föreliggande utredningsbetänkande lagts fram). De förslag som utredningen lägger i denna del kommer att underlätta avsevärt för idéburna aktörer vad avser deras möjligheter att erbjuda tjänster inom välfärdsområdet. Vidare kommer idéburnas möjligheter att samverka med offentlig sektor att underlättas avsevärt.

Vad avser upphandlingar av välfärdstjänster rent generellt vill Famna i sammanhanget påpeka att det bland jurister pågår en debatt huruvida skattefinansierade tjänster kan anses vara s.k. "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" med följd att dessa tjänster i sådana fall inte omfattas av EU:s primärrätt och sekundärrätt. Famna bejakar denna diskussion i doktrinen och följer rättsutvecklingen, eftersom det bl.a. kan innebära ökade möjligheter att tillämpa IOP, Idéburet Offentligt Partnerskap, i samverkan mellan idéburna aktörer och det offentliga.

14 Projekttävlingar

Förslag: Projekttävlingar ska kunna anordnas på det icke direktivstyrda

området i LOU och LUF även fortsättningsvis.
Projektävlingar ska kunna anordnas avseende sociala tjänster och andra särskilda tjänster när värdet av projektavlingen uppgår till minst det tröskelvärde som gäller för sådana tjänster.

Famna tillstyrker förslaget. Regeln tillämpas kanske idag främst med avseende på t ex arkitektävlingar och andra samhällsbyggnadsfrågor, men såvitt vi förstår är inte regeln egentligen begränsad till det fältet och utredningen skriver mycket riktigt att den "inte ser något sakligt skäl för en sådan begränsning":

Att tillämpa en sådan regel även på utformningen av välfärdstjänster öppnar nya möjligheter. Många idéburna aktörer är innovativa och vill utveckla nya metoder och sätt att tackla välfärdens utmaningar. Att med viss ersättning i en projektävling kunna lägga tid och kraft på att få utforma en lösning och inte endast skicka in raka anbud på färdiga anbudsunderlag och frågor, skulle kunna vara en ny möjlighet, till gagn för både medborgare och leverantörer.

15 Direktupphandling

15.1 Definitionen av direktupphandling

Förslag: Med direktupphandling ska avses upphandling utan obligatorisk annonsering.

15.2 När får direktupphandling användas?

15.2.1 Direktupphandling vid lågt värde

Förslag: Direktupphandlingsgränserna för upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (utom tjänster enligt lagarnas bilaga 2) ska anges 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.

15.2.2 Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp)

Förslag: Direktupphandling får användas för en anskaffning som är nödvändig för att tillgodose ett angeläget behov som har uppstått till följd av att

1. allmän förvaltningsdomstol handlägger ett mål om överprövning av en upphandling, och en förlängd avtalsspärr gäller eller rätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås,
 2. allmän förvaltningsdomstol har beslutat att en upphandling ska rättas eller göras om, eller
 3. allmän förvaltningsdomstol handlägger ett mål om överprövning av ett avtals giltighet, och rätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtalet inte får fullgöras.
- Ett ingånget kontrakt får inte ha längre löptid än nödvändigt. Det får inte heller vara mer omfattande än nödvändigt.
- Direktupphandling får bara användas om värdet av upphandlingen inte överstiger tillämpligt tröskelvärde.
- Bedömning:** Det bör inte införas en möjlighet att direktupphandla i samband med att en domstol har förklarat ett ingånget avtal ogiltigt.

15.2.3 Direktupphandling i andra särskilda situationer

Förslag: Direktupphandling ska få användas, i samma utsträckning som enligt gällande lagar, när förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Bestämmelserna som medger detta ska utformas mer utförligt än de nuvarande och innebära att direktupphandling får användas efter en misslyckad upphandling enligt det föreslagna 19 kap., i brådskande fall och i vissa andra fall.

15.3 Förfarandet vid direktupphandlingar

15.3.1 Information om beslut vid direktupphandling

Förslag: Om en upphandlande myndighet eller enhet har begärt in anbud från fler än en anbudsgivare ska myndigheten eller enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudsgivarna när beslut om leverantör och anbud har fattats.

Underrättelsen utlöser inte någon avtalsspärr enligt 20 kap. 1 §.

15.3.2 Dokumentation av direktupphandlingar

Förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en direktupphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens

beslut under upphandlingens samtliga skeden.

15.3.3 Riktlinjer

Förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska besluta riktlinjer för direktupphandling.

15.4 Frivillig förhandsannonsering

Förslag: En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling får informera om sin avsikt genom en annons.

15.5 Förfaranderegler som inte behövs

15.5.1 Kommuniceringsformer vid direktupphandlingar

Bedömning: Det bör inte gälla några regler om kommuniceringsformer vid direktupphandlingar.

15.5.2 Tidsfrister vid direktupphandlingar

Bedömning: Det behövs inga regler om tidsfrister vid direktupphandlingar.

15.6 Om myndigheten eller enheten väljer att inte direktupphandla

Förslag: Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att inte direktupphandla, trots att det är tillåtet, ska upphandlingen i stället genomföras med tillämpning av bestämmelserna om annonspliktiga upphandlingar i lagarnas 19 kap.

15.7 Beräkning av en upphandlings värde

15.7.1 De särskilda reglerna om principer för beräkning vid direktupphandling utgår

Förslag: De direktivstyrda bestämmelserna om beräkning av det uppskattade värdet av en upphandling ska tillämpas för såväl direktivstyrda som icke direktivstyrda upphandlingar. En ny bestämmelse i det inledande kapitlet i LOU respektive LUF ska ange detta.

En bestämmelse om att en upphandling inte får delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i 19 kap. tas in i kapitlet om

tröskelvärden och beräkning av en upphandlings värde (5 kap.) i LOU respektive LUF.

Bedömning: Det är inte nödvändigt att behålla de särskilda bestämmelserna om principer för beräkning vid direktupphandling i 19 kap. LOU och LUF.

15.7.2 Självständiga separata operativa enheter ska få direktupphandla

Förslag: Om en upphandlande myndighet eller enhet är indelad i separata operativa enheter, ska värdet av en upphandling få uppskattas särskilt för en självständig sådan enhet när enheten avgör om den får genomföra upphandlingen med användning av direktupphandling.

Famnas kommentar till hela kapitel 15: Liksom i kapitel 13 bidrar utredningen här till ytterligare förenkling och förstärker resonemangen för att skala av så mycket som möjligt från regelbördan när direktupphandling är tillåten. Famna instämmer och tillstyrker alla förslagen i kapitel 15.

16 Rätten att ansöka om överprövning

Förslag: Leverantörers rätt att ansöka om överprövning av upphandlingar och av avtals giltighet vid icke direktivstyrd upphandling ska i princip vara oförändrad.

Ett avtal, som har ingåtts efter en direktupphandling i form av ett s.k. täckningsköp, ska dock kunna ogiltigförklaras om täckningsköpet har gjorts i strid med de förutsättningar som gäller för sådan direktupphandling.

Rättsläget ska vara oförändrat även beträffande i vilka fall allmän förvaltningsdomstol får besluta om upphandlingsskadeavgift.

Famnas kommentar till förslagen som rör överprövning återfinns efter kapitel 21 nedan.

21 Processkostnadsansvar i överprövningsmål

21.3.2 Utredningens överväganden

Förslag: Ett processkostnadsansvar ska införas i mål om överprövning av en upphandling och mål om överprövning av ett avtals giltighet.

Bedömning: Införandet av ett processkostnadsansvar skulle minska antalet överprövningsmål.

21.4 Utformningen av utredningens förslag till processkostnadsansvar i överprövningsmål

21.4.1 Rätten får förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts skäliga kostnader i målet

Förslag: Det ska införas bestämmelser i upphandlingslagarna om att rätten, enligt vad som är skäligt, får förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i mål om överprövning av en upphandling och mål om överprövning av ett avtals giltighet.

Bedömning: Det bör inte införas några detaljerade bestämmelser om fördelning av kostnaderna när parterna både vinner och förlorar målet, när talan avvisas, eller om handläggningen i överrätt.

21.5 Processkostnader som ska ersättas

Förslag: 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 tidspillan samt arvode till ombud eller biträde. Ersättningen ska även innefatta ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen då målet avgörs till dess betalning sker.

Bedömning: De kostnader som ska vara ersättningsgilla i överprövningsmål bör vara desamma som ersätts i tvistemål som handläggs enligt RB.

21.6 En regel om processkostnadsansvarets fördelning mellan parten och dennes ombud

Förslag: Det ska införas en regel om att en parts ombud eller biträde ska kunna göras solidariskt ansvarig med parten för motpartens kostnader i överprövningsmål.

21.7 Skyldighet att ställa säkerhet för utländska leverantörer

Förslag: Rätten ska på yrkande av en upphandlande myndighet eller enhet 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 processkostnader som denne genom avgörandet i målet kan bli skyldig att betala.

Famna tillstyrker förslagen i kapitel 21. Att göra överprövning svårare och dyrare (beskrivs ytterligare i kapitel 22) kan synas kontraproduktivt om man vill underlätta för t ex idéburen sektor att delta i och vinna upphandlingar. Självklart blir det dyrare och svårare att överklaga också för den idéburna sektorn, som dessutom har mindre resurser än de kommersiella företagen att lägga på kostsamma överprövningsprocesser. Vid en sammantagen bedömning av vad dessa föreslagna regler skulle komma att leda till instämmer vi dock i utredningens förslag. Skälen för detta är att vi dels konstaterar att benägenheten att begära överprövning är större hos kommersiella aktörer än hos idéburna, dels att vi tror och hoppas att en uppstramning på området kommer att ha en gynnsam effekt på upphandlande myndigheters förmåga och vilja att pröva idéburna aktörer. Våra medlemmar upplever ofta att det som styr upphandlingarna är en rädsla för att göra fel, snarare än en vilja att pröva nytt och ge medborgarna de bästa leverantörerna av en viss välfärdstjänst. Hellre skära bort allt som utgör särart och mervärde och endast bedöma lägsta pris på sista raden, än att upphandla långsiktigt med sammanhållna vårdkedjor. Denna rädsla att göra fel begränsar användandet av de mer kreativa delarna av upphandlingsregelverket. Med de förändringar som fr o m 2019 följer av prop. 2017/18: 158 och därtill de förslag som återfinns i detta betänkande breddas möjligheterna ytterligare och det vore tråkigt om landets alla upphandlare och regional-/lokalpolitiker fortsatte att vara främst risk-averta. Med ett stramare regelverk för överprövningar i ryggen hoppas vi att de tvärtom vågar pröva nytt och testa var de juridiska gränserna går för att upphandla från mindre aktörer och särskilt de idéburna.

22 Ansökningsavgifter i överprövningsmål

22.3 Utredningens överväganden ifråga om införandet av en ansökningsavgift i överprövningsmål

22.3.3 Utredningens överväganden

Förslag: Det ska införas en ansökningsavgift i mål om överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet.

22.4 Utformningen av utredningens lagförslag

22.4.1 Avgiftens konstruktion, förhållandet till avtalsspärren och effekterna av utebliven betalning

Förslag: Det ska införas en avgift hos förvaltningsrätterna i mål om överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet enligt samtliga fyra upphandlingslagar. Avgiften ska betalas av den sökande leverantören innan rätten inleder handläggningen av målet.

Rätten ska förelägga sökanden att betala ansökningsavgiften om så inte sker i samband med att ansökan ges in.

Om avgiften inte har betalats inom förelagd tid, ska rätten avvisa ansökan.

Det ska inte gälla någon tiodagarsfrist om rätten avvisar ansökan på den grunden.

Ett beslut om avvisning på grund av utebliven ansökningsavgiften kan överklagas med stöd av befintliga bestämmelser i FPL.

Bedömning: En förlängd avtalsspärr bör börja löpa även om ansökningsavgiften inte har betalats.

22.4.3 Utredningens förslag: en fast avgift för överprövning av upphandling och överprövning av ett avtals giltighet

Förslag: Ansökningsavgiften ska utgöras av ett fast belopp.

Beloppet ska vara detsamma för överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet.

Storleken på avgiften ska fastställas i förordning.

Avgiften ska tillfalla statskassan.

22.4.4 Storleken på avgiften

Förslag: Ansökningsavgiften för överprövning av upphandling och överprövning av ett avtals giltighet ska vara 7 500 kronor.

22.4.5 Vissa lagtekniska aspekter

Förslag: Bestämmelserna om skyldighet att betala en ansökningsavgift i överprövningsmål placeras i upphandlingslagarna liksom ett bemyndigande för regeringen att meddela föreskrifter om avgiften. Storleken på avgiften regleras i upphandlingsförordningen, där också bestämmelser om överklagande av beslut om avgift samt ett bemyndigande för Domstolsverket att meddela verkställighetsföreskrifter placeras.

Bedömning: Bestämmelserna om ansökningsavgift i överprövningsmål bör inte placeras i förvaltningsprocesslagen eller lagen om allmänna förvaltningsdomstolar.

22.6 Ansökningsavgiften ska utgöra en ersättningsgill processkostnad

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

Bedömning: Om något processkostnadsansvar inte införs, eller inte ska omfatta ansökningsavgiften, bör avgiften inte ersättas av domstolen eller den upphandlande myndigheten eller enheten vid helt eller delvis bifall till ansökan om överprövning.

Famna tillstyrker förslagen i kapitel 22, med samma argumentation som för förslagen i kapitel 21 ovan.

25 Konsekvensanalys

Famna noterar med tillfredsställelse att hela den här utredningen och dess förslag helt och hållet utgår från EU-lagstiftarens miniminivå vad gäller upphandling av välfärdstjänster. I denna del har utredningen gjort ett riktigt bra jobb, bl a att stå emot nuvarande ordning som har många försvarare. Att utgå från miniminivån och skala av lager av regler och tillämpningar är till fördel för idéburna verksamheter.

På Famnas vägnar

Ulrika Stuart Hamilton

Ulrika Stuart Hamilton

Generalsekreterare