

Finansdepartementet
fi.registrator@regeringskansliet.se

Stockholm den 15 juni 2015

Remissvar: Överprövning av upphandlingsmål m.m., SOU 2015:12

Läkemedelsindustriföreningen (LIF) vill med detta remissvar lämna synpunkter på rubricerade utredning eftersom den innehåller bestämmelser av betydelse för LIF:s medlemmar.

Ansökningsavgift och processkostnadsansvar

LIF instämmer i utredningens förslag om att regler varken om ansökningsavgifter eller om processkostnadsansvar i upphandlingsmål bör införas. Sådana regler riskerar att drabba de mindre leverantörerna hårdast. Dessutom finns en risk att myndigheterna skulle hämmas i sina upphandlingar, om de skulle riskera att behöva betala motpartens processkostnader vid en överprövning. Om sådana regler infördes skulle vi sannolikt få se mer av standardiserade upphandlingar och mindre av nytänkande och innovationer.

Processkostnader ska inte utgöra ersättningsgill skada

LIF anser att det är rimligt att processkostnader som huvudregel inte ska utgöra ersättningsgill skada, men anser att det bör finnas en ventil så att skadestånd ska kunna utgå i särskilda fall där det framstår som berättigat att leverantören erhåller ersättning för sina processkostnader.

Förlängd avtalsspärr

LIF delar utredningens uppfattning om att dagens regler med en förlängd avtalsspärr i förvaltningsrätten ska behållas. Återinförande av regler om interimistiskt beslut skulle medföra ökad administration för domstolarna samt ett osäkerhetsmoment för leverantörerna. Dessutom skulle tiden för att ansöka om överprövning i praktiken förkortas genom att leverantören tvingas ge in ansökan inom sådan tid att domstolen har möjlighet att bedöma skälen för och fatta ett interimistiskt beslut. Det hade dock varit önskvärt om en förlängd avtalsspärr skulle gälla även i kammarrätten. Dagens ordning kan te sig svårbegriplig och kan leda till rättsförluster. Med hänsyn till utredningens förslag om temporär direktupphandling om ett mål överklagas till kammarrätt, riskerar inte en prövning i kammarrätt att försena myndighetens nödvändiga inköp om en förlängd avtalsspärr skulle gälla även i kammarrätt.

Temporär direktupphandling under överprövning

Det är av stor vikt för samhället att det finns en kontinuerlig tillgång till läkemedel. Förslaget att klargöra att myndigheten ska kunna förutse prövning i en instans i kombination med förslaget om att prövningen i första instans maximalt får ta 90 dagar, kan medföra snabbare tillgång till läkemedel i de fall en upphandling stoppas till följd av en överprövning. Det medför även minskad osäkerhet för såväl upphandlande myndighet som leverantör om vad som gäller i en situation där en upphandling överprövas och myndigheten behöver göra nödvändiga inköp. LIF ställer sig därför positiv till utredningens förslag. Genom utredningens förslag till lagtext klargörs att tidsaspekten inte ensam är avgörande för om temporär direktupphandling kan genomföras, utan att ytterligare villkor måste uppfyllas.

Förslaget ger utrymme för en upphandlande myndighet att genom överklagande själv orsaka den omständighet som, om övriga villkor är uppfyllda, ger rätt till temporär direktupphandling. Denna möjlighet riskerar att i vissa situationer kunna utnyttjas på ett otillbörligt sätt. LIF efterlyser därför ytterligare analys beträffande hur det ska säkerställas att möjligheten till temporär direktupphandling inte missbrukas.

Utredningen har inte heller behandlat möjligheten till temporär direktupphandling i de fall överprövning sker under anbudstiden och där en viss kortare förskjutning av tidsplanen därmed kan komma att ske. Det bör klargöras att temporär direktupphandling inte kan ske i dessa fall, förrän minst 90 dagar har passerat från det att den upphandlande myndigheten vid annonsering på rimliga grunder beräknat kunna meddela tilldelningsbeslut.

Slutligen bör det klargöras att möjlighet till temporär direktupphandling normalt även föreligger om domstol förordnar att upphandlingen ska göras om. I likhet med den situationen att målet överklagas till kammarrätt riskerar myndigheten att under en längre tid stå utan nödvändiga leveranser efter att förvaltningsrätt har avgjort målet om upphandlingen ska göras om.

Preklusionsfrist – den s.k. mellanvägen

LIF avstryker utredningens förslag om införande av en "påtalandeskyldighet". Huvudansvaret för förfrågningsunderlaget ligger hos den upphandlande myndigheten, inte hos leverantörerna. Det finns andra sätt för en upphandlande myndighet att inhämta synpunkter på upplevda brister i förfrågningsunderlaget i ett tidigt skede, möjligheten till extern remiss av förfrågningsunderlaget utgör ett bra exempel på detta. Behovet av en påtalandeskyldighet kan därför ifrågasättas.

Flera tillämpningsproblem uppkommer om förslaget genomförs. Den ventil som anger att en leverantör alltid har 10 dagar på sig från att denne fått, eller borde ha fått, kännedom om ett fel blir svår att hantera i praktiken. I slutänden blir det en domstol som i varje fall måste bedöma vad en leverantör borde ha insett och när. Domstolarna tvingas också ta ställning till om leverantören varit tillräckligt tydlig i ett påtalande avseende en viss upplevd brist. Förslaget riskerar att leda till mer komplicerade överprövningsprocesser snarare än motsatsen, då domstolarna tvingas ta ställning till svårbedömda frågor innan de påstådda överträdelserna av LOU kan prövas.

Leverantörer som deltar i flera resurskrävande upphandlingar samtidigt, påbörjar sällan arbetet med en upphandling direkt vid annonsering och kan då riskera att gå miste om möjligheten att påtala brister. Om förslaget genomförs ges leverantörerna också i praktiken kortare tid att analysera förfrågningsunderlaget och dess konsekvenser. Förslaget riskerar således att medföra försämrad rättssäkerhet för leverantörerna.

LIF ifrågasätter varför det ska krävas att varje leverantör påtalar samma brist för att senare kunna göra denna gällande. Det väsentliga bör vara att den upphandlande myndigheten får information om upplevda brister så att myndigheten kan ta ställning till dessa. Om varje enskild leverantör måste påtala samma fel leder detta till avsevärt ökad administration för såväl myndigheter som leverantörer.

Eftersom leverantörer som har anmärkt mot en upplevd brist kan göra bristen gällande även efter tilldelningsbeslut om förslaget genomförs, kommer det även framöver att förekomma processer där såväl brister i det konkurrensuppsökande skedet som vid prövning av anbud ska prövas. Det kan antas att anmärkningar kommer att göras mot ett stort antal tänkbara brister för att säkerställa möjligheten att senare kunna göra dem gällande i domstol. Det kan därför ifrågasättas om förslaget får någon större effekt.

LIF ser även en risk att frågor- och svarsinstitutet kan komma att fungera sämre om förslaget genomförs. Redan idag upplevs många gånger myndighetens svar som försiktiga. Efter att tiden för att påtala brister har löpt ut kan det finnas en rädsla för att förtydliga förfrågningsunderlaget och lämna svar som kan medföra att en leverantör anses få kännedom om en brist med följderna att en påtalandefrist åter börjar löpa.

Begränsning av möjligheten att åberopa nya omständigheter och bevis i kammarrätt

LIF ser positivt på utredningens förslag. Den nuvarande ordningen gynnar i viss mån den som sparar argument till kammarrätten och som därmed kan få möjlighet till en ny prövning i förvaltningsrätten, om målet måste återförvisas för prövning av de nya omständigheterna.

Med hänsyn till de korta yttrandefristerna som tillämpas i överprövningsmål, är det viktigt att säkerställa att rättssäkerheten inte eftersätts. Parterna måste ges tillräckligt med tid för att på ett ändamålsenligt sätt föra sin talan. Förslaget om en 90-dagarsfrist för förvaltningsrättens prövning bör ses i ljuset av utredningens förslag i denna del.

Det finns ett behov av att klargöra att den upphandlande myndigheten i överinstans ska kunna åberopa tvingande hänsyn till ett allmänintresse som grund för att ett avtal ska få bestå samt framlägga nödvändig bevisning även om sådana omständigheter eller bevis inte har åberopats i förvaltningsrätten. Det vore inte rimligt om den nya bestämmelsen kom att tolkas så att detta inte var möjligt, med följderna att t.ex. livsnödvändiga leveranser av läkemedel fördröjdes. Allmänintresset måste gå före önskan om effektivisering i de fall tvingande hänsyn föreligger och detta mycket viktiga förhållande bör tydliggöras för att undvika tvivel om detta.

Skyndsam handläggning och en tidsfrist för prövning i första instans

LIF ställer sig positiv utredningens förslag om regler om skyndsam handläggning av överprövningsmål samt en 90-dagarsfrist för förvaltningsrättens handläggning.

Utredningen har uttalat att tidsfristen kan utgöra incitament för domstolarna att se över handläggningsrutiner och att parterna t.ex. inte ska kunna räkna med anstånd. Det är viktigt att en tidsfrist för domstolens handläggning inte går ut över parternas möjligheter att på ett ändamålsenligt sätt föra sin talan och att parterna inte ges alltför korta yttrandefrister eller för snäva anstånd vid behov. Detta gäller i synnerhet vid beaktande av utredningens förslag att begränsa möjligheten att åberopa nya omständigheter och bevis i kammarrätt. I tvistemål i de allmänna domstolarna, där en motsvarande regel gäller idag, ges parterna normalt avsevärt längre tid att inkomma med inlagor och att överväga vilka omständigheter och bevis som ska åberopas, än vad som är fallet i överprövningsmål enligt LOU. Att många mål avgörs inom kortare tid än den föreslagna fristen talar för att det bör vara möjligt att i överprövningsmål tillgodose rättssäkerhetsaspekten och samtidigt upprätthålla kravet på prövning inom 90 dagar, utan att begränsa möjligheten till nödvändiga anstånd.

Fristen att ansöka om skadestånd

LIF delar utredningens uppfattning om att fristen för att ansöka om skadestånd bör vara ett år från att en leverantör fick eller borde ha fått kännedom om att ett avtal slöts. En sådan reglering främjar rättssäkerheten och öppenhet beträffande de avtal som ingås. Det är dock önskvärt att samma regler gäller såväl för upphandlingar som omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv som för de upphandlingar som inte omfattas. Ett mer enhetligt regelverk minskar risken för missförstånd och rättsförluster.

Med vänlig hälsning



Anders Blanck
Generalsekreterare

