



Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling
103 33 Stockholm

Remissvar – En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar (utkast till lagrådsremiss)

Sammanfattning

Kollegiet tillstyrker förslaget om ett lagstadgat skyndsamhetskrav i överprövningsmål men är tveksam till om förslaget i praktiken kommer att medföra några effektivitetsvinster jämfört med dagens ordning.

Kollegiet anser att det bör införas en tidsfrist för avgörande av upphandlingsmål i förvaltningsrätt.

Kollegiet anser att en preklusionsfrist under anbudstiden, det vill säga även före meddelat tilldelningsbeslut, bör införas.

Kollegiet tillstyrker Utkastets förslag om preklusionsfrist i mål om offentlig upphandling men menar att förslaget är otillräckligt och innebär inte någon reell förändring jämfört med dagens ordning.

Kollegiet instämmer i Utkastets förslag om skadestånd men vill samtidigt uppmärksamma att det finns andra delar i denna fråga som bör adresseras.

Kollegiet tillstyrker att fristen för att ansöka om skadestånd bör anpassas till EU-rätten men att tidsfristen för att ansöka om skadestånd bör kortas ner.

Kollegiet tillstyrker att förslaget på tidsgränserna vid uteslutning av en leverantör men ställer sig frågande till varför inte hela artikel 57.7 i LOU-direktivet genomförs.

Kammarkollegiets synpunkter och kommentarer

Nedan redovisas kollegiets kommentarer med hänvisning till respektive avsnitt i Utkastet.

Utkastets avsnitt 5.2 Mål om överprövning ska handläggas skyndsamt

Kollegiet tillstyrker förslaget om ett lagstadgat skyndsamhetskrav men ställer sig tveksamt till om förslaget i praktiken kommer att medföra några effektivitetsvinster jämfört med dagens ordning.

Av förordningen (1996:382) med förvaltningsinstruktion respektive förordningen (1996:380) med kammarrättsinstruktion framgår att mål ska handläggas med förtur, om målet av någon särskild anledning bör avgöras skyndsamt. Vilka mål som är förtursmål bestäms i respektive domstols arbetsordning. Som framgår av Utkastet har en klar majoritet av förvaltningsdomstolarna i sina arbetsordningar angett att mål om offentlig upphandling ska handläggas med förtur. Det finns således redan idag ett skyndsamhetskrav gällande denna målkategori. Som poängteras i Utkastet är det domstolen som avgör när ett mål är tillräckligt utrett för att kunna avgöras och omständigheter såsom målets komplexitet och parternas processföring påverkar handläggningstiden. Möjligen kan skyndsamhetskravet bidra till att tiderna för kommunikering förkortas något. Utan en mer aktiv processledning från domstolarnas sida bedömer Kollegiet dock det som osannolikt att ett lagstadgat skyndsamhetskrav mer än marginellt skulle minska handläggningstiden avseende upphandlingsmål, eftersom dessa mål redan idag handläggs med förtur.

Utkastets avsnitt 5.3 En tidsfrist för målens avgörande bör inte införas

Kollegiet anser att det bör införas en tidsfrist för avgörande av upphandlingsmål i förvaltningsrätt.

Eftersom syftet med de lagändringar som föreslås i Utkastet är att effektivisera handläggningen i domstol är det rimligt att förvänta sig att ändringsförslagen också innebär en reell förbättring jämfört med dagens ordning. Särskilt mot bakgrund av de betydande negativa konsekvenser

som utdragna domstolsprocesser innebär för samhällsekonomin är det av största vikt att de ändringar som vidtas för att snabba på handläggningen faktiskt har en påvisbar effekt. Av skäl som anförts ovan är Kollegiet av uppfattningen att ett lagstadgat skyndsamhetskrav inte kommer att innebära någon betydande förändring av handläggningstiderna gällande överprövningsmål. Kollegiet anser däremot att en bortre tidsgräns för målens avgörande i första instans skulle öka förutsebarheten för inblandade parter. Mot bakgrund av att upphandlingsmålen varierar i omfattning och komplexitet, och att behovet av ytterligare skriftväxling därmed också varierar, har Kollegiet förståelse för att en fast bortre tidsgräns från när ansökan inkommit till domstolen kan medföra tillämpningssvårigheter. Kollegiet anser dock att sådana argument inte gör sig gällande efter att målet är färdigkommunicerat. Kollegiet anser därför att det bör införas en fast bortre tidsgräns för när dom senast måste meddelas efter att domstolen förklarat målet vara klart för avgörande. Upphandlingsmålens särställning bland övriga förvaltningsmål såtillvida att processen i regel förs mellan två jämbördiga parter samt en uttalad skyldighet enligt rättsmedelsdirektivet¹ att pröva upphandlingsmål så effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt, anser Kollegiet kan motivera en lagstadgad tidsfrist, trots att en sådan enligt Utkastet anses främmande för svensk rättstradition.

Utkastets avsnitt 6.2 En preklusionsfrist under anbudstiden bör inte införas

Kollegiet anser att en preklusionsfrist under annonseringstiden bör införas.

Sverige har hittills inte utnyttjat möjligheten att införa preklusionsregler i upphandlingslagstiftningen. Det kan ifrågasättas om den ordning som tillämpas i Sverige, som innebär att leverantörer tillåts att åberopa överträdelser av reglerna för offentlig upphandling i varje skede av upphandlingsförfarandet, verkligen leder till att de skyndsamhets- och effektivitetsmål som uppställs i rättsmedelsdirektivet

¹ Artikel 1.1 i direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn).

uppnås.² Oavsett om införande av preklusionsfrister kan anses utgöra en rättighet eller en skyldighet för medlemsstaterna är det Kollegiets bestämda uppfattning att rådande ordning i svensk rätt uppmuntrar till strategiskt utnyttjande av rättsmedlen och inte i tillräcklig utsträckning beaktar det allmännas intresse av ett skyndsamt och effektivt upphandlingsförfarande.

Det är Kollegiets erfarenhet att leverantörer inte sällan avvaktar med att påtala fel och brister i ett upphandlingsdokument till dess att det står klart att leverantören inte tilldelats avtal. Detta beteende leder till förseningar i upphandlingsprocessen som i sin tur leder till merkostnader i form av tid och resurser för den upphandlande myndigheten, rättsväsendet, övriga anbudsgivare samt för allmänheten som inte får tillgång till aktuella varor eller tjänster i tid. De rättssäkerhetsaspekter som förs fram i Utkastet som argument mot införandet av preklusionsfrister bör balanseras mot de negativa effekter för samhällsekonomin i stort som dagens nästan obegränsade tillgång till rättsmedlen i alla skeden av upphandlingsförfarandet innebär. För att syftet med rättsmedelsdirektivets ska förverkligas måste det finnas en bättre balans mellan leverantörens intresse av att klaga och det allmänna intresset av ett snabbt och effektivt förfarande. Kollegiet menar att det i dagsläget råder en tydlig övervikt till förmån för den enskilda leverantören i detta avseende.

För att åstadkomma bättre balans mellan den enskildes och det allmännas intressen enligt ovan anser Kollegiet att den rättighet som tillkommer leverantörer att under hela upphandlingsförfarandet nyttja befintliga rättsmedel bör speglas av en motsvarande skyldighet att begränsa sin skada. Leverantörer har alla möjligheter att åberopa brister i upphandlingsdokumenten under annonseringstiden. Konsekvenserna av den enskilda leverantörens underlåtenhet att nyttja denna möjlighet bör enbart ligga leverantören själv till last, på så sätt att denne efter en

² Se om detta exempelvis C-470/99, *Universale-Bau* m.fl., p. 75 "Ett fullständigt uppnående av målet med direktiv 89/665 skulle äventyras om anbudssökande och leverantör tilläts att åberopa överträdelse av reglerna för offentlig upphandling i varje skede av upphandlingsförfarandet, eftersom den upphandlande myndigheten då skulle tvingas att börja om hela förfarandet för att korrigera överträdelserna [...]" samt SOU 2015:12, *Överprövning av upphandlingsmål* m.m. s. 146–147.

viss tidpunkt inte längre kan väcka talan avseende det annonserade underlaget För att undvika att upphandlingar behöver göras om i onödan och öka förutsättningarna för Sverige att leva upp till rättsmedelsdirektivets skyndsamhets- och effektivitetsmål anser Kollegiet således att en preklusionsfrist under anbudstiden ska införas.

Utkastets avsnitt 6.3 Preklusionsfrister i mål om offentlig upphandling

För att effektivisera handläggningen i domstol ska en leverantör enligt Utkastet åläggas att presentera samtliga omständigheter senast två veckor efter att ansökan om överprövning inkom till förvaltningsrätten.

Det är Kollegiets erfarenhet att leverantörer endast undantagsvis åberopar nya omständigheter sent under domstolsprocessen, varför det kan ifrågasättas om den föreslagna preklusionsfristen är den mest effektiva åtgärden för att åstadkomma kortare handläggningstid. Kollegiet anser därutöver att förslaget riskerar att motverka sitt syfte eftersom det tydliggör att ansökan om överprövning inte behöver vara fullständig, utan kan kompletteras inom en tvåveckorsperiod. En sannolik konsekvens av förslaget är att ansökan om överprövning sällan eller aldrig innehåller samtliga omständigheter som åberopas av klagande, vilket i sig kan leda till utökade handläggningstider.

Det faktum att nya omständigheter enligt förslaget ändå får beaktas efter två veckor om leverantören gör sannolikt att den ”inte har kunnat” åberopa dessa tidigare eller ”annars har haft en giltig ursäkt” för att inte göra det, medför troligtvis tolknings- och tillämpningsproblem för domstolarna, vilket också kan skapa längre handläggningstider.

Om en preklusionsfrist *efter* tilldelningsbeslutet ska införas föreslår Kollegiet istället att denna som huvudregel löper ut samtidigt som avtalsspärren. Ansökan om överprövning måste därmed som huvudregel redan från början innehålla samtliga omständigheter och bevis som åberopas. Som konstateras i Utkastet kan klaganden antas vara väl förtrogen med upphandlingsdokumenten redan före tilldelningsbeslutet, varför tiden för att göra önskade åberopanden inte behöver vara längre än avtalsspärren.

Kollegiet tillstyrker Utkastets förslag om preklusionsfrist i mål om offentlig upphandling men menar att förslaget är otillräckligt och

innebär inte någon reell förändring jämfört med dagens ordning. Om förslaget genomförs kommer leverantörer även fortsättningsvis återopa överträdelser av regelverket i samtliga skeden av upphandlingsförfarandet. Rättsmedlen kommer också på samma sätt som idag kunna missbrukas på bekostnad av det allmännas intressen. Av den anledningen samt av skäl som anförts i avsnitt 6.2 ovan anser Kollegiet att en preklusionsfrist under anbuds tiden i första hand bör genomföras. Om en sådan inte genomförs anser Kollegiet att en preklusionsfrist som löper ut samtidigt som avtalsspärren har långt bättre förutsättningar att bidra till en snabbare handläggning i domstol, än det förslag som presenteras i Utkastet.

Utkastets avsnitt 9.1 Ersättning för rättegångskostnader

Kollegiet tillstyrker Utkastets förslag under de förutsättningar som framgår av de redovisade domarna från HD, dock särskilt NJA 2018 s. 1127. I dessa fall är det rimligt med ersättning för nedlagda rättegångskostnader. Eftersom denna rättighet skapar en obalans mellan parterna, bör en utvidgning av dess tillämplighet vara restriktiv. Huvudregeln bör vara att parterna står sina egna rättegångskostnader. På så sätt kan det medföra att parterna processför mer omsorgsfullt. Kollegiet vill dock i sammanhanget framhålla att det inte sällan förekommer att en leverantör som redan har ett ramavtal överprövar en ny upphandling från samma upphandlande myndighet av taktiska skäl. Eftersom processerna kan pågå under en lång tid kan en leverantör således utnyttja sin position långt över den gräns som anges i det befintliga avtalet. Det är således inte endast obalansen av att bara leverantören har möjlighet att få sina rättegångskostnader ersatta utan denna obalans påverkar myndigheten på flera sätt och orsakar kostnader. Det är viktigt att Sverige lever upp till sina åtaganden enligt EU-rätten, att leverantörerna tillerkänns adekvata rättsmedel men även att det råder en ekonomisk balans samt att den goda affären inte glöms bort i det sammanhanget.

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

Kollegiet tillstyrker beräkningen av när fristen börjar löpa. Däremot anser Kollegiet att fristen i sig är alldeles för väl tilltagen. Kollegiet grundar sitt ställningstagande på att i den absolut övervägande majoriteten av överprövningsmål, inkommer ansökan om överprövning

av en leverantör som lämnat anbud i en upphandling. En sådan leverantör får därmed anses informerad om och i så fall när ett avtal har ingåtts med vinnande leverantör. En sådan leverantör kan inte anses behöva ett år för att besluta sig för om den önskar föra en talan om skadestånd. Det saknas således anledning att ha en frist på ett år. Det kan finnas anledning till en något längre frist i fall där ett avtal förklarats ogiltigt, eftersom informationen om en lagakraftvunnen dom inte alltid når ut till berörda leverantörer. Trots detta anser dock Kollegiet att ett år ändå är en för lång tidsfrist. Kollegiet föreslår att tidsfristen bör kortas ner till att motsvara regleringen för ansökan om en ogiltighetstalan av ett ingånget avtal, det vill säga sex månader.

Utkastets avsnitt 11 Tidsgränser vid uteslutning av en leverantör

Kollegiet välkomnar Utkastets förslag att nu genomföra artikel 57.7 i LOU-direktivet i svensk rätt. Kollegiet ifrågasätter dock varför artikel 57.7 inte genomförs fullt ut. Utöver de tidsgränser för uteslutning om fem år (13 kap. 1 § LOU) respektive tre år (13 kap. 3 § LOU) kan en tidsgräns enligt artikel 57.7 även utgöras av en uteslutningsperiod som fastställts i en lagakraftvunnen dom. Även om svensk rätt inte tillämpar en sådan hantering kan det inte hållas för uteslutet att en utländsk leverantör med hänvisning till en lagakraftvunnen dom gör gällande en längre eller kortare uteslutningsperiod än de perioder som föreslås i Utkastet, vilket riskerar leda till tillämpningssvårigheter.

I likhet med artikel 57.7 föreslås i Utkastet att 13 kap. 3 a § LOU ska formuleras på så sätt att en upphandlande myndighet inte får låta *händelser* som inträffade för mer än tre år sedan ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör enligt 3 §. Kollegiet befarar att begreppet ”händelser” kan ge upphov till olika tolkningar och därmed till olika tillämpning av aktuell bestämmelse. För att åstadkomma en enhetlig tillämpning anser Kollegiet att det i författningskommentaren bör förtydligas vad som i sammanhanget avses med ”händelser”. Ledning för detta kan hittas i mål C-124-17³ där det anges att utgångspunkten för beräkningen av uteslutningsperioden är det datum då den ekonomiska aktörens olagliga beteende var föremål för ett beslut från

³ Styckena 37, 38 och 41.

behörig myndighet, och inte det datum då de fakta som gav upphov till denna överträdelse inträffade.

Detta remissvar har beslutats av avdelningschefen Anna Clara Törnvall Wittgren. Upphandlingsjuristen Thomas Mora har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har upphandlingsjuristerna Anna Nessen, Emma Dufva och Gustav Hammargren deltagit.

Anna Clara Törnvall Wittgren

Thomas Mora