

2021-03-29

KFKS 2020/1227

YTTRANDE

Finansdepartementet  
103 33 Stockholm

## En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar

*Yttrande till finansdepartementet över promemoria Fi2020/05179*

Nacka kommun har beretts möjlighet att yttra sig över Finansdepartementets utkast till lagrådsremiss för en effektivare överprövning av offentliga upphandlingar.

### Sammanfattning

Nacka kommun ser positivt på ändamålet bakom förslagen. Det finns goda processekonomiska skäl till att förkorta handläggningstiderna för överprövningsmålen och att införa bestämmelser som medför en större förutsägbarhet för parterna. På detta sätt kan upphandlande myndigheter och enheter lägga större fokus på affären i stället för utdragna överprövningar. Kommunen tillstyrker förslaget om ett lagstadgat skyndsamhetskrav och förslaget om en regel som begränsar leverantörernas möjligheter att efter en viss tidpunkt i domstol åberopa nya fel och brister i upphandlingen (så kallad preklusionsfrist). Nacka kommun avstyrker emellertid förslagen om att inte införa förtydligande regler om materiell processledning och om att inte införa bestämmelser om ansökningsavgift och ömsesidigt processkostnadsansvar. Övriga förslag som inte kommenteras lämnas utan synpunkt.

### Mål om överprövning ska handläggas skyndsamt

Nacka kommun instämmer i utkastets bedömning att det behöver göras en avvägning mellan effektivitetsaspekter kopplat till långa och oförutsägbara handläggningstider och berättigade krav på rättssäkerhet. Resultatet av en sådan avvägning bör emellertid utmynna i att skyndsamhet och effektivitet bör väga tyngst. Om handläggningstiden kan kortas ned skulle överprövningarna inte orsaka samma utmaningar för de upphandlande myndigheterna som idag är fallet. Nacka kommun tillstyrker därför förslaget i denna del.

### En tidsfrist för målens avgörande bör inte införas

Med beaktande av att upphandlingsmål ofta är både omfattande och rättsligt komplicerade anser även Nacka kommun att det är önskvärt med en mer flexibel reglering än ett angivande av ett specifikt antal dagar som yttre gräns för handläggningen. Det i kombination med kravet på skyndsamt handläggning anser kommunen vara tillräckliga åtgärder för att med bibehållen kvalitet i dömandet åstadkomma snabbare avgöranden och

mer förutsägbara handläggningstider. Nacka kommun tillstyrker därmed förslaget i denna del.

### **Materiell processledning i överprövningsmålen bör inte förtydligas genom lagstiftning**

Domstolarnas ansvar för materiell processledning i överprövningsmålen bör enligt utkastet inte förtydligas genom lagstiftning eftersom förvaltningsprocesslagen redan idag innehåller erforderliga bestämmelser. Nacka kommun anser dock att domstolarnas materiella processledning bör förtydligas i lagen. Det är kommunens uppfattning att ett sådant förtydligande skulle medföra en rad förenklingar i de upphandlande myndigheternas vardag. Det stämmer förvisso att det finns bestämmelser som möjliggör aktiv materiell processföring men domstolarna i allmänhet och förvaltningsrätterna i synnerhet tillämpar dock inte dessa bestämmelser i praktiken. Det är inte sällan som det åberopas flertalet omständigheter i en överprövning som inte är av relevans för prövningen i sak, samtidigt som dessa omständigheter inte bara accepteras av förvaltningsrätten utan också kommuniceras genom omfattande skriftväxling. Utifrån hur rättsutvecklingen sett ut behövs det enligt kommunen en handfast tydlighet kopplat till vilka frågor som parterna faktiskt ska fokusera på. Därmed bör det enligt Nacka kommun införas regler om materiell processledning. Förslaget avstyrks därmed i denna del.

### **En preklusionsfrist under anbudstiden bör inte införas**

En skyldighet för leverantörer att under anbudstiden påtala fel eller brister, för att dessa ska kunna prövas av domstol, bör enligt utkastet inte införas. Inte heller bör det införas någon ytterligare begränsning av möjligheten att ansöka om överprövning av upphandlingens konkurrensuppsökande skede efter tilldelningsbeslutet. Nacka kommun anser inte att förslaget är tillräckligt motiverat. Det huvudsakliga argumentet mot en preklusionsfrist synes vara att en sådan regel anses oskälig i förhållande till mindre leverantörer samt sådana leverantörer som saknar större erfarenhet av upphandlingsprocessen. På vilket sätt en preklusionsfrist skulle missgynna sådana leverantörer jämfört med dagens regler framgår inte. Det faktum att kunskapen om upphandlingsreglerna generellt skulle saknas hos en sådan leverantör kan svårligen anses läkas genom att möjliggöra att senare i processen påpeka eventuella brister i upphandlingsunderlaget. Förslaget i denna del avstyrks därmed utifrån att det inte är tillräckligt underbyggt.

### **Processuell preklusionsfrist**

Kommunen ser det som övervägande processekonomiskt fördelaktigt att all fakta som är av relevans för prövningen framförs så tidigt som möjligt i samband med en överprövning. Samtidigt konstateras att det naturligtvis finns en risk för att leverantörer åberopar mängder av omständigheter under de två första veckorna för att på så sätt inte försitta någon möjlighet. Denna risk skulle emellertid motverkas genom en tydlig processledning från domstolen att faktiskt fokusera på de relevanta frågorna. I kombination med införandet av ett förtydligande om materiell processledning tillstyrks förslaget i denna del.



### **Ansökningsavgift**

Nacka kommun anser, till skillnad från utkastet, att det bör införas regler för ansökningsavgift. Det skulle enligt kommunen vara ett steg i rätt riktning som innebär en markant minskning av de överprövningar som helt saknar grund. I dagsläget kan en anbudsgivare utan ekonomisk risk överpröva en upphandling oavsett om det finns någon grund för det. Det hör inte till ovanligheten att en befintlig leverantör som förlorar ett kontrakt i samband med en ny konkurrensutsättning kan förlänga kontraktet genom att, på sakliga eller osakliga grunder, väljer att överpröva en tilldelning. Incitamentet till att överpröva i de fall det saknas närmare grund för en sådan ansökan torde enligt kommunen reduceras kraftigt om det införs en ansökningsavgift. Nacka kommun avstyrker således förslaget i denna del.

### **Ersättning för rättegångskostnader**

Rätten till skadestånd för rättegångskostnader i samband med mål om överprövning tillkommer enligt de EU-rättsliga direktiven leverantörerna. Det saknas dock en motsvarande möjlighet för en upphandlande myndighet eller enhet att få sina rättegångskostnader ersatta av leverantören. Även om utgångspunkten i den svenska förvaltningsprocessen är att vardera parten står sina egna rättegångskostnader anser Nacka kommun att denna ordning inte är tillfyllest i upphandlingsmål. Med hänsyn till att upphandlingsmål befinner sig i gränslandet mellan förvaltningsrätten och civilrätten samt att prövningen av vad som ska anses utgöra skäligen rättegångskostnader faktiskt prövas i allmän domstol anser kommunen att det bör införas en rätt för upphandlande myndigheter och enheter att få ersättning för dess rättegångskostnader. Förslaget om att rättegångskostnader inte bör undantas från en upphandlande myndighets skadeståndsskyldighet enligt upphandlingslagstiftningen tillstyrks under förutsättning att ansvaret för ersättning av rättegångskostnader är ömsesidigt.

### **Övriga förslag**

Nacka kommun har inget att erinra mot övriga förslag.

Nacka dag som ovan

Mats Gerdau  
Kommunstyrelsens ordförande

Lena Dahlstedt  
Stadsdirektör

# Digitala Signaturer

Signerad med: Signera som Nacka kommun anställd  
Signerad av: Dahlstedt Lena  
Datum: 2021-03-31 16:18 +02:00

Signerad med: Signera som Nacka kommun anställd  
Signerad av: Gerdau Mats  
Datum: 2021-03-31 19:34 +02:00