

Finansdepartementet
Frida Niklasson
frida.niklasson@regeringskansliet.se.
fi.remissvar@regeringskansliet.se

En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar

Upphandlingsmyndigheten får härmed yttra sig över rubricerat utkast till lagrådsremiss från Finansdepartementet ("utkastet").

Upphandlingsmyndigheten yttrar sig utifrån uppdraget att utveckla och stödja den upphandling som genomförs av upphandlande organisationer samt att stödja de leverantörer som deltar i sådan upphandling. Myndighetens uppdrag är att verka för rättssäkra, effektiva och hållbara upphandlingar till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling. Myndigheten ska också ge vägledning i statsstödsfrågor till kommuner och regioner.

Remissvaret inleds med en sammanfattning av Upphandlingsmyndighetens synpunkter samt några allmänna synpunkter på utkastet. Därefter kommenteras de förslag som lämnats i den ordning och under de rubriker som anges i det remitterade utkastet. Remissvaret avslutas med övriga synpunkter.

Sammanfattning

En allmän utgångspunkt för Upphandlingsmyndigheten är att det ska finnas en balans mellan angelägenheten av snabba domstolsavgöranden och rättssäkra, effektiva och ändamålsenliga överprövningar. Genom de förslag som lämnas i utkastet upprätthålls denna viktiga balans.

Upphandlingsmyndigheten instämmer mot denna bakgrund i flertalet av de förslag som lämnas och de bedömningar som görs i utkastet. Bland annat tillstyrker Upphandlingsmyndigheten förslaget att ett lagstadgat skyndsamhetskrav ska införas för vissa angivna måltyper. Dessutom tillstyrks förslaget om att införa en processuell preklusionsregel som anger att leverantörer måste åberopa de omständigheter som ska ligga till grund för ansökan om överprövning inom två veckor från att ansökan

görs, om det inte görs sannolikt att omständigheten inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller det annars finns giltig ursäkt. Båda förslagen bör kunna leda till att överprövningsprocessen effektiviseras och koncentreras till första instans.

Upphandlingsmyndigheten instämmer i bedömningen att inte genomföra förslag om att införa en tidplan i mål om offentlig upphandling, även om en sådan ordning skulle kunna införas i ett senare skede. Upphandlingsmyndigheten uppmuntrar domstolarna till en ökad processledning, men anser inte att det nu bör införas ett sådan uttrycklig skyldighet i upphandlingslagarna.

Enligt Upphandlingsmyndigheten är de skäl som framförs i utkastet kring att inte införa ansökningsavgifter och processkostnadsansvar övertygande och väl avvägda.

Eftersom Sverige inte anses ha implementerat de upphandlingsrättsliga direktiven korrekt vad gäller formella tidsgränser för uteslutning av leverantörer på grund av brott och andra missförhållanden, tillstyrker Upphandlingsmyndigheten förslaget att nu införa sådana tidsgränser. Upphandlingsmyndigheten anser dock att lämpligheten av sådana gränser kan ifrågasättas av flera anledningar.

Upphandlingsmyndigheten välkomnar att lagstiftarens avsikt beträffande efterannonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar klargörs i utkastet. Däremot är myndigheten inte övertygad om att just en beloppsgräns om 100 000 SEK är det mest ändamålsenliga alternativet. Upphandlingsmyndigheten förordar i stället att efterannonsering ska göras vid upphandlingar över direktupphandlingsgränsen.

Upphandlingsmyndigheten framför därutöver andra synpunkter som inte direkt är relaterade till de förslag och bedömningar som görs i utkastet men som skulle behöva åtgärdas. Det gäller felhänvisningar i lagtext, att det saknas konsekvenser kopplade till utebliven efterannonsering samt vad som gäller vid underlåtenhet att annonsera i annonsdatabaser som inte är registrerade. Det finns också ett mycket angeläget behov av att i samband med nu föreslagna ändringar genomföra en översyn av det rättsliga stödet för viss personuppgiftsbehandling. Genomgående och avslutningsvis betonas vikten av uppföljning, framför allt genom förbättrad upphandlingsstatistik.

Allmänna synpunkter

Genom offentlig upphandling tillförsäkras viktiga leveranser till det allmänna i form av till exempel hälso- och sjukvård, infrastruktur och energiförsörjning. En naturlig utgångspunkt är därför att förseningar av särskilt sådana samhällsbärande leveranser på grund av långa överprövningsprocesser bör undvikas så långt som möjligt.

Upphandlingsmyndigheten kan samtidigt inte nog understryka vikten av att offentliga upphandlingar även fortsättningsvis kan överprövas på ett rättssäkert, effektivt och ändamålsenligt sätt. Överprövningsinstrumentet utgör ett mycket betydelsefullt verktyg för att säkerställa att offentliga kontrakt tilldelas på korrekta grunder, vilket gynnar såväl upphandlande organisationer som leverantörer. En så effektiv

användning av skattemedlen som möjligt gynnar ytterst givetvis skattebetalarna. Möjligheten till överprövning utgör med andra ord ett viktigt verktyg för att motverka korruption.

Det övergripande syftet med eventuella ändringar av regelverket för överprövningar av offentliga upphandlingar måste vara att eftersträva en balans mellan de nyss nämnda intressena. Med andra ord måste rätten till överprövning å ena sidan värnas samtidigt överprövningarna måste genomföras effektivt. Det är alltså med den utgångspunkten som förslag om ändringar av det nuvarande regelverket bör bedömas.

Mot denna bakgrund instämmer Upphandlingsmyndigheten i flertalet av de bedömningar och förslag som lämnas i utkastet och anser att de överensstämmer med de ovan angivna syftena. Förslagen ligger också i linje med Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling ("rättsmedelsdirektivet").

Upphandlingsmyndigheten är dock tveksam till om förslagen verkligen kommer att leda till några betydande förbättringar. Förbättringarna kan enbart väntas vara av relativt begränsad omfattning. Eftersom de ändå är ett steg i rätt riktning bör de emellertid ändå genomföras.

Som Upphandlingsmyndigheten tidigare påtalat har regelverket för offentlig upphandling varit föremål för omfattande förändringar vid ett flertal tillfällen de senaste åren.¹ Däremot har det processuella regelverket kopplat till offentlig upphandling i stort sett varit oförändrat under en längre tid, med undantag för införandet av en avtalsspärr och tillkommande praxis. Eventuella ändringar på det processuella området kan därför under åtminstone en övergångsperiod komma att upplevas som förhållandevis stora för upphandlande organisationer, leverantörer, deras ombud och de allmänna förvaltningsdomstolarna.

Upphandlingsmyndigheten vill i detta sammanhang betona vikten av att eventuella regeländringar noggrant följs upp. Med bättre uppföljning blir det möjligt och enkelt att utvärdera effektiviteten av dessa och andra lagstiftningsåtgärder på området. Denna typ av uppföljningar kan med fördel göras med exempelvis hjälp av bättre upphandlingsstatistik. Det arbetet har dessutom redan påbörjats genom den nyligen införda lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik, dess förordning och tillhörande följdändringar.

¹ Jmf. Upphandlingsmyndigheten remissvar beträffande SOU 2018:44 *Möjligt, tillätet och tillgängligt* från den 30 januari 2019, dnr. UHM-2018-0305, s. 2 f.

5. Handläggningen i domstol

5.2. Mål om överprövning ska handläggas skyndsamt

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att ett lagstadgat skyndsamhetskrav ska införas för mål om överprövning av en upphandling och i mål om överprövning av ett avtals giltighet enligt samtliga fyra upphandlingslagar. Därutöver instämmer myndigheten i beskrivningen av de negativa effekter som långa och oförutsägbara överprövningsprocesser kan innebära. Förslag som tar sikte på att minska sådana negativa effekter snarare än enbart har till syfte att minska antalet överprövningar är därför mycket positivt.²

Upphandlingsmyndigheten instämmer i utredningens bedömning att ett lagstadgat skyndsamhetskrav kan bidra till en mer enhetlig hantering av upphandlingsmålen och leda till snabbare och mer förutsägbara handläggningstider. Kortare överprövningsprocesser skulle vara till fördel för såväl upphandlande organisationer som för leverantörer. Det skulle spara tid och resurser för parterna, men framför allt även minska risken för att viktiga leveranser till det allmänna försenas eller uteblir.

Det kan i och för sig ifrågasättas om kravet på skyndsamhet verkligen kommer att leda till några större förbättringar. Sannolikt kommer det leda till att allmänna förvaltningsdomstolar behöver anpassa de rutiner som reglerar hur och i vilken ordning domstolen handlägger målen. Förhoppningsvis kommer även andra rutiner, till exempel vad gäller hur upphandlingsmålen skriftväxlas, ses över och förbättras. Risken för att kravet inte leder till några förändringar alls får alltså ses som begränsad.

Enligt Upphandlingsmyndigheten finns det inte någon överhängande risk för att det föreslagna skyndsamhetskravet skulle ha en negativ påverkan på kvaliteten vad gäller domstolarnas avgöranden. Upphandlingsmyndigheten ser inte heller någon större risk för att det föreslagna skyndsamhetskravet skulle medföra någon betydande ökad arbetsbelastning för domstolarna genom att de behöver ta ställning till hur kravet ska tillämpas. Krav på skyndsamhet tillämpas ju redan i vissa andra måltyper som hanteras av allmänna förvaltningsdomstolar, exempelvis i mål om utlämnande av allmän handling. Dessutom påskyndas handläggningen ytterligare av att mål om offentlig upphandling redan idag avgörs av endast en lagfaren domare utan nämndemän i enlighet med 18 § fjärde stycket 5 lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar.

Det bör dock understrykas att det även fortsättningsvis kommer att vara av avgörande betydelse att upphandlande organisationer tar höjd för eventuella överprövningar vid planeringen av sina upphandlingar. Det kan i sig minska de negativa effekterna som en överprövningsprocess medför och bör därför uppmuntras.

² För vidare resonemang, se Upphandlingsmyndigheten remissvar beträffande SOU 2018:44 *Möjligt, tillåtet och tillgängligt* från den 30 januari 2019, dnr. UHM-2018-0305, s. 22 ff.

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker även att ett lagstadgat skyndsamhetskrav ska införas för mål om utlämnande av kontrakt enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU") och lagen (2011:1029) om upphandling inom försörjningssektorerna ("LUF"). Det hade dock för tydlighets skull varit önskvärt om det i utkastet förts resonemang kring handläggning av liknande utlämnanden enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I tillägg till det som nyss anförts synes skälen för förslagen i övrigt vara goda och de bidrar till enhetlighet i regelverket om offentlig upphandling. Upphandlingsmyndigheten har emellertid inte uppfattat att det skulle vara något utbrett problem med utlämnanden av kontrakt. Det får därmed anses som tveksamt hur stora effekterna av de skyndsamhetskraven kan väntas bli.

5.3. En tidsfrist för målens avgörande bör inte införas

Upphandlingsmyndigheten delar bedömningen att det inte bör införas en tidsfrist för avgörande av ett mål om överprövning av en upphandling. Användandet av tidsfrister bör, i enlighet med vad som anförs i utkastet och som uttalas av den så kallade Målutredningen,³ även fortsättningsvis reserveras för fall där det finns trängande behov av att få ett avgörande snabbt. Som exempel på sådana fall kan nämnas mål om tvångsomhändertagande av barn eller psykiatrisk tvångsvård.

Därutöver konstaterar Upphandlingsmyndigheten att upphandlingsmål kan variera i komplexitet. En del mål är av enklare beskaffenhet med en eller ett fåtal tvistiga frågor medan andra kan vara oerhört komplicerade. Naturligtvis varierar även kunskaperna om och erfarenheterna av dylika mål inom domarkåren. Detsamma gäller annan domstolspersonal som kan ha hand om skriftväxlingen i målen. Handläggningstiden kan därför skilja sig åt i hög grad. Vilken beskaffenhet ett mål är av kan dessutom vara svårt att avgöra på förhand. En tidsfrist för målens avgörande skulle mot denna bakgrund kunna vara olämplig att behöva förhålla sig till i vissa fall.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar också att allmänna förvaltningsdomstolar under en lång tid haft en hög arbetsbelastning och långa handläggningstider, vilket tyder på ett behov av mer resurser. Nya och uttryckliga tidsfrister för upphandlingsmål skulle därför sannolikt få en negativ effekt för samtliga måltyper som hanteras i de domstolarna, inklusive upphandlingsmålen. Det skulle i sin tur också kunna leda till negativa konsekvenser för kvaliteten av domstolarnas avgöranden. Sådana negativa konsekvenser skulle såklart i förlängningen negativt påverka de upphandlande organisationer och leverantörer som är parter i mål om överprövningar.

5.4 Ett krav på tidplan för målens avgörande bör inte införas

Upphandlingsmyndigheten delar uppfattningen att det i nuläget inte bör införas ett lagstadgat krav på tidplan för avgörande av mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet. Eftersom tidplaner emellertid kan vara ett

³ SOU 2010:44 *Mål och medel – särskilda åtgärder för vissa måltyper i domstol*.

effektivt verktyg för att förbättra förutsägbarheten anser Upphandlingsmyndigheten dock att det kan finnas anledning att överväga ett sådant införande i ett senare skede.

Som anförts av Upphandlingsmyndigheten i samband med remitteringen av den så kallade Förenklingsutredningen riskerar emellertid ett krav på tidplan att bli betungande för förvaltningsdomstolarna.⁴ Det kan också vara svårt att avgöra hur lång handläggningstiden kommer att bli eftersom det inte alltid på förhand går att avgöra ett måls komplexitet. På samma sätt går det inte alltid att avgöra i vilken utsträckning skriftväxling mellan parterna kommer att ske. Det finns därför också en risk för att tidplanen kan komma att behöva revideras, kanske till och med flera gånger.

Upphandlingsmyndigheten instämmer i att ett krav på tidplan skulle öka förutsägbarheten för upphandlande organisationer och leverantörer. Detta gäller särskilt vid upphandlingar av samhällskritiska varor, tjänster och byggentreprenader. Den fördelen kan dock inte för närvarande anses överväga det merarbete som en dylik och en för förvaltningsdomstolarna helt ny rutin skulle medföra. Det lagkrav på skyndsamhet och den processuella preklusionsregel som föreslås i utkastet lär förhoppningsvis vara tillräckliga för att snabba på överprövningsprocessen, till fördel för samtliga parter.

5.5 Domstolens ansvar för materiell processledning bör inte förtydligas i lag

Upphandlingsmyndigheten instämmer i att domstolarnas ansvar för materiell processledning i överprövningsmålen inte bör förtydligas genom lagstiftning. Bestämmelsen i 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) samt praxis i frågan utgör redan ett tillräckligt processledningsregelverk.

Inte desto mindre anser Upphandlingsmyndigheten att processledning är ett mycket användbart verktyg för att effektivisera handläggningsprocessen. Genom att arbeta effektivt med riktade förelägganden och genom att försöka minska omfattningen av onödigt skriftväxling mellan parterna kan målen snabbare bli klara för avgörande. Domstolarna bör därmed uppmuntras till mer processledning i mål om offentlig upphandling. Det skulle bland annat också kunna göras genom riktade utbildningsinsatser inom domstolarna.

Ett annat sätt att uppmuntra en mer aktiv processledning skulle kunna vara att genomföra det i utkastet föreslagna skyndsamhetskravet. Det skulle enligt Upphandlingsmyndigheten indirekt kunna leda till mer processledning genom att domstolarna själva kan komma att se en ökad processledning som ett nödvändigt verktyg för att kunna uppfylla skyldsamhetskravet.

Behovet av ett lagstadgat ansvar för materiell processledning kan dock behöva komma att övervägas på nytt om exempelvis åtgärderna i utkastet visar sig otillräckliga. I

⁴ Se Upphandlingsmyndigheten remissvar beträffande SOU 2018:44 *Möjligt, tillåtet och tillgängligt* från den 30 januari 2019, dnr. UHM-2018-0305, s. 27 f.

övrigt hänvisas i denna del till vad som anförts i samband med Förenklingsutredningen.⁵

6. Preklusionsregler

6.2 En preklusionsfrist under anbudstiden bör inte införas

Upphandlingsmyndigheten instämmer i att det i nuläget inte bör införas en skyldighet för leverantörer att under anbudstiden påtala fel eller brister, för att dessa ska kunna prövas av domstol.

Enligt Upphandlingsmyndigheten medför den i utkastet diskuterade regeln incitament för leverantörer att ställa många och omfattande frågor till den upphandlande organisationen, samt att påtala upplevda fel i upphandlingen, i syfte att gardera sig inför en eventuell överprövning. En sådan regel skulle alltså kunna bli betungande för upphandlande organisationer i det redan arbetsintensiva läge som en pågående upphandling innebär.

Regeln skulle därutöver antagligen innebära att fler upphandlingar avbryts. Det bakomliggande syftet att snabbt reda ut oklarheter och rätta felaktigheter skulle däremot knappast kunna uppnås med hjälp av den föreslagna regeln.

Det är dessutom antagligen främst leverantörer med stora ekonomiska och personella resurser som skulle kunna dra nytta av regeln genom att gardera sig inför eventuella överprövningar på det vis som beskrivits ovan. Små och medelstora leverantörer skulle antagligen och som regel inte ha samma förutsättningar att ta tillvara sina intressen. Detta eftersom de kanske skulle behöva anlita upphandlingsrättslig kompetens redan i ett tidigt skede av en upphandling, till och med innan anbud har lämnats. Därmed skulle de sistnämndas chans att tilldelas kontrakt också riskera att minska.

Skulle det visa sig att den i avsnitt 6.3 föreslagna processuella preklusionsregeln inte är tillräcklig kan det enligt Upphandlingsmyndigheten finnas anledning att på nytt överväga någon form av ytterligare preklusionsregel.

Upphandlingsmyndigheten kan nämligen se vissa fördelar med preklusionsregler utformade för att på ett tidigt stadium avskära en leverantörs möjligheter att åberopa vissa eller nya omständigheter. Rätt utformad skulle en sådan regel kunna ge incitament att få till stånd en snabbare och rättssäker rättelse av fel i upphandlingar.

Upphandlingsmyndigheten är däremot mycket negativ till att införa en regel motsvarande den så kallade mellanväg som Överprövningsutredningen föreslog.⁶ Mellanvägen innebär i huvudsak en skyldighet för leverantörer att inom halva anbudstiden påtala fel eller brister, för att dessa skulle kunna prövas av domstol. En

⁵ Se Upphandlingsmyndigheten remissvar beträffande SOU 2018:44 *Möjligt, tillätet och tillgängligt* från den 30 januari 2019, dnr. UHM-2018-0305, s. 28.

⁶ SOU 2015:12 *Överprövning av upphandlingsmål m.m.*, s. 141 ff.

sådan skyldighet hade enligt Upphandlingsmyndigheten kunnat få mycket negativa konsekvenser.

6.3 Preklusionsfrister i mål om offentlig upphandling

Upphandlingsmyndigheten är positiv till förslaget att omständigheter som leverantören åberopar till grund för sin talan efter två veckor från det att ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten får beaktas endast om sökanden gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare, eller annars framför giltig ursäkt för att inte ha gjort det.

Upphandlingsmyndigheten instämmer i bedömningen att en sådan preklusionsregel skulle medföra en kortare överprövningsprocess och att tvistiga frågor skulle koncentreras till första instans. Det skulle också bidra till att undvika långdragna skriftväxlingar och vissa överprövningsprocesser till följd av återförvisningar. En sådan regel ligger även i linje med rättsmedelsdirektivets krav på en effektiv prövning och EU-domstolens resonemang i mål C-470-99 *Universale Bau*.⁷

Förslaget att just nya omständigheter inte ska få åberopas efter en viss tid förefaller väl avvägt. Det hade visserligen legat nära till hands att införa en preklusionsregel mer liknande de som finns i tvistemål i allmän domstol, till exempel att nya ”yrkanden” inte får åberopas.⁸ Överväganden om vad som utgör en ny omständighet görs dock redan idag i upphandlingsmål liksom i andra måltypen i allmän förvaltningsdomstol. Dessutom finns, till följd av bland annat instansordningsprincipen, redan en rik praxis (se till exempel RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2013 ref. 5). Ett införande av en sådan regel borde därför underlätta för förvaltningsdomstolarna, särskilt inledningsvis. Samtidigt kommer den föreslagna preklusionsregeln sannolikt att innebära en del osäkerhet för parterna i början, vilket kommer att kräva en snabb vidareutveckling vad gäller praxis.

Med den föreslagna ordningen finns förvisso en risk att den sökande åberopar så många omständigheter som möjligt, oavsett relevans och bäring, för att öka chansen för bifall. Detta förekommer dock redan idag och den risken bör därför inte tillmätas alltför stor betydelse. Dessutom borde den föreslagna regeln underlätta för upphandlande organisationer och leverantörer att bättre kunna fokusera processföringen i domstol och på så sätt få ett snabbare avgörande och i förekommande fall ett ingripande av en upphandling.

Att låta tidsfristen för när åberopade omständigheter ska ha kommit in till domstolen börja löpa då ansökan kom in till förvaltningsrätten minskar risken för osäkerhet kring den starttidpunkten. Detta är till stor fördel för samtliga parter som då inte behöver lägga onödig tid och energi på just den frågan. Tidpunkten i förslaget framstår som det enklaste och därmed lämpligaste.

⁷ Se särskilt punkt 75 EU-domstolens dom i mål C-470/99 *Universale Bau* m.fl. från den 12 december 2002.

⁸ Jämför 13 kap. 3 § rättegångsbalken

Däremot kan det ifrågasättas om det är mest lämpligt att tidsfristen sätts till just två veckor eller om någon annan tidsfrist borde övervägas. Om två veckor ändå anses lämpligast så föreslår Upphandlingsmyndigheten för tydlighets skull att "två veckor" i den föreslagna lagtexten ändras till "14 dagar".

Det är minst lika viktigt att kunna slå fast när en frist löper ut. I 20 kap. 18 § LOU anges att vid beräkning av längden av en avtalsspärr, tiodagarsfrister och tidsfrister vid ansökningar om överprövning så ska lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas. Av den sistnämnda lagen följer till exempel att om den sista dagen infaller på en söndag eller helgdag, ska fristen löpa ut nästkommande vardag. När en frist löper ut kan i vissa fall få en avgörande betydelse vid en överprövningsprocess. Det är därför av stor vikt att det tydligt framgår exakt när nya omständigheter inte längre kan åberopas. Upphandlingsmyndigheten föreslår därför att det införs ett tillägg eller en bestämmelse som anger att lagen om beräkning av lagstadgad tid även ska gälla vid tillämpning av den föreslagna preklusionsregeln.

Det är i sammanhanget viktigt att lagstiftaren klargör hur frågan om preklusion ska tillämpas när det gäller sammanslagna mål, det vill säga då flera leverantörer ansökt om överprövning av samma upphandling och inte nödvändigtvis åberopat samma omständigheter.

Upphandlingsmyndigheten delar uppfattningen att det är lämpligt med en säkerhetsventil som tillåter att nya omständigheter får åberopas om sökanden gör det sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare, eller annars framför giltig ursäkt för att inte ha gjort det. Det finns förvisso en risk att en sådan undantagsregel kan bli processdrivande. Den risken överväger dock inte fördelarna.

Upphandlingsmyndigheten delar bedömningen att det inte finns tillräckligt angelägna skäl för införande av preklusionsregler även vad gäller mål om överprövning av ett avtals giltighet på yrkande av en leverantör under en pågående överprövning av en upphandling. Vidare finns det enligt Upphandlingsmyndigheten inte några bärande skäl till att införa preklusionsregler kring omständigheter som åberopas till grund för att ett avtal ska bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker att en preklusionsregel införs även vid överklaganden till kammarrätt. Som anförts ovan är det önskvärt att i möjligaste mån undvika en långdragen överprövningsprocess, inklusive återförvisningar, och en preklusionsregel vid överklaganden skulle sannolikt bidra till att ännu mer motverka detta. Även vad gäller denna preklusionsregel kommer det vara angeläget att rättsläget så snart som möjligt klargörs för parterna genom praxis.

7. Ansökningsavgift och processkostnadsansvar

7.1 Ansökningsavgift

Enligt förslaget bör en ansökningsavgift inte införas i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet.

Som Upphandlingsmyndigheten tidigare anfört kan även små ansökningsavgifter få effekten att antalet överprövningar minskar och det kan av den anledningen finnas goda skäl till att införa en sådan ordning.⁹ Upphandlingsmyndigheten anser dock att de skäl som anges i utkastet för att inte införa ansökningsavgifter är väl avvägda.

7.2 Ett ömsesidigt processkostnadsansvar

Upphandlingsmyndigheten delar utredningens bedömning att ett ömsesidigt processkostnadsansvar inte bör införas i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet. Upphandlingsmyndigheten har anfört skälen för detta i sitt tidigare remissvar avseende Förenklingsutredningen och vidhåller dessa.¹⁰

8. Övriga frågor rörande överprövningar

8.1 Reglerna om förlängd avtalsspärr bör inte ändras

Upphandlingsmyndigheten delar uppfattningen att reglerna om förlängd avtalsspärr i upphandlingslagarna inte bör ändras. De skäl som anförs är i denna del goda.

8.2 Ett ingående av avtal bör även i fortsättningen förhindra överprövning av en upphandling

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker att ett ingånget avtal även i fortsättningen bör förhindra överprövning av en upphandling och har inget att tillägga vad beträffar skälen för den bedömningen.

8.3 Temporär direktupphandling

Upphandlingsmyndigheten instämmer i utredningens bedömning att någon möjlighet till så kallad temporär direktupphandling på det direktivstyrda området inte bör införas. Skälen som anges för detta framstår som goda och väl avvägda. Undantaget för synnerlig brådska i 6 kap. 15 § LOU bör vara tillräckligt för upphandlande organisationer för att kunna möta kritiska behov och upprätthålla samhällsviktiga funktioner. För att skapa förutsägbarhet är det dock viktigt att förutsättningarna för tillämpningen av bestämmelsen utvecklas ytterligare i praxis, särskilt vad gäller begreppet synnerlig brådska vid samhällsviktiga leveranser.

⁹ Upphandlingsmyndigheten remissvar beträffande SOU 2018:44 *Möjligt, tillåtet och tillgängligt* från den 30 januari 2019, dnr. UHM-2018-0305, s. 26 f.

¹⁰ Upphandlingsmyndigheten remissvar beträffande SOU 2018:44 *Möjligt, tillåtet och tillgängligt* från den 30 januari 2019, dnr. UHM-2018-0305, s. 22 ff.

8.4 Tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att när en upphandlande organisation har publicerat en icke-direktivstyrd efterannons i en registrerad annonsdatabas, ska ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att annonsen publicerades.

9. Skadestånd

9.1 Ersättning för rättegångskostnader

Upphandlingsmyndigheten instämmer i de skäl som anförts i utkastet för att rättegångskostnader även fortsättningsvis inte undantas från en upphandlade myndighets eller enhets skadeståndsskyldighet enligt upphandlingslagstiftningen.

Upphandlingsmyndigheten har tidigare efterlyst att ansvaret för ersättning för rättegångskostnader bör bli mer jämligt mellan parterna. Denna processuella obalans blev särskilt tydlig i samband med det så kallade Fidelia-målet.¹¹ Sedan dess har det dock genom NJA 2018 s. 1127 förtydligats att rätten till ersättning som regel kan aktualiseras vid ett begränsat antal situationer. Det här aktuella förslaget ligger även i linje med de hänvisningar som har gjorts i EU-domstolens praxis till principen om statens ansvar för skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelse av unionsrätten som kan tillskrivas staten.¹²

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

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att ett avtal har slutits mellan den upphandlande organisationen och en leverantör. Detsamma gäller förslaget att om ett avtal har förklarats ogiltigt, ska talan om skadestånd alltid få väckas inom ett år från den tidpunkt då avgörandet fick laga kraft.

10. Annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar

Upphandlingsmyndigheten välkomnar att lagstiftarens avsikt beträffande efterannonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar klargörs i utkastet. Som påtalats tidigare av Upphandlingsmyndigheten har rättsläget kring detta varit oklart sedan det nya regelverket om upphandlingsstatistik trädde i kraft den 1 januari 2021.¹³ Mer specifikt har ändringarna orsakat debatt kring om avsikten varit att ändringarna syftat till att *alla* upphandlingar ska efterannonseras. En sådan ordning skulle av uppenbara skäl leda till orimliga resultat och en orimlig arbetsbörda för upphandlande organisationer.

¹¹ NJA 2013 s.762

¹² Se vidare utkastet till lagrådsremiss, s. 63 f.

¹³ Se till exempel artikeln *UHM svarar: Rättsläget är oklart* i Inköpsrådet den 13 september 2020.

Mot denna bakgrund ser Upphandlingsmyndigheten i och för sig fördelar med att skyldigheten att efterannonsera kopplas till en beloppsgräns. Det skapar förutsägbarhet och tydlighet. Dessutom sammanfaller, som uppmärksammats i utkastet, den föreslagna beloppsgränsen med dokumentationsplikten i 19 kap 30 § LOU. Den sammanfaller också med den beloppsgräns som många upphandlande organisationer har i sina riktlinjer och som medför krav på att begära in anbud från flera leverantörer vid direktupphandlingar.

Upphandlingsmyndigheten är dock ändå inte övertygad om att en gräns på just 100 000 SEK är mest ändamålsenlig. Myndigheten har tidigare förespråkats, och förespråkar fortfarande, att efterannonsering lämpligen bör ske för alla upphandlingar över direktupphandlingsgränsen.¹⁴ Upphandlingsmyndigheten anser alltså att det alternativet vore lämpligare. Med det sagt är dock det viktigaste för Upphandlingsmyndigheten i nuläget att lagstiftarens avsikt i frågan klargörs.

Upphandlingsmyndigheten kan konstatera att fler uppgifter om direktupphandlingar har ett stort värde för att öka kunskapen om upphandlingar. Ur ett statistikperspektiv är det därför positivt att fler upphandlingar efterannonseras. Det bidrar till en mer heltäckande statistik. Med det sagt är det viktigt att hitta en balans mellan den statistiska nyttan och den ökade arbetsbörda som det kan innebära för upphandlande organisationer att ange fler uppgifter i annonser.

I utkastet anges att i det fall en upphandling ska dokumenteras torde det inte innebära något större merarbete att även publicera en efterannons. Upphandlingsmyndigheten delar inte denna uppfattning fullt ut. Direktupphandlingar genomförs nämligen ofta decentraliserat i många upphandlande organisationer och i de fallen dokumenteras direktupphandlingen som regel med hjälp av en internt framtagen blankett. I och med kravet på efterannonsering i en registrerad annonsdatabas kommer sådan dokumentation inte längre vara tillräcklig. Det kan till exempel medföra att fler inom en och samma upphandlande organisation behöver licenser till de aktuella upphandlingsverktygen.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar också att eftersom det i dagsläget inte finns någon statistik om antalet direktupphandlingar är det svårt att uppskatta hur stor den ökade arbetsbördan skulle kunna bli. Upphandlingsmyndigheten noterar även att den utökade skyldigheten att efterannonsera kan leda till att antalet mål om ogiltigförklaring av avtals giltighet kan komma att öka.

Därutöver ser Upphandlingsmyndigheten vissa andra praktiska utmaningar med förslaget utifrån rollen som statistikmyndighet på upphandlingsområdet. Förslaget medför nämligen att registrerade annonsdatabaser vid vissa upphandlingar kommer att bli skyldiga att lämna uppgifter till Upphandlingsmyndigheten från och om en *efterannons*, samtidigt som det kan saknas en *annons om anbudsinfordran* om

¹⁴ Se till exempel artikeln UHM svarar: Rättsläget är oklart i Inköpsrådet den 13 september 2020.

samma upphandling. I de fallen kommer det inte finnas tillräckligt med uppgifter för att upphandlingen ska kunna följas på ett tillfredsställande sätt. Därmed kommer det inte vara möjligt att generera statistik i samma utsträckning för alla annonserade upphandlingar.

Detta medför också att det kan vara svårt för Upphandlingsmyndigheten att avgöra varför en upphandling i vissa fall har en efterannons, men inte en annons om anbudsinfordran. Upphandlingsmyndigheten skulle med andra ord behöva förstå vilka upphandlingar som saknar en annons om anbudsinfordran för att det inte finns någon rättslig skyldighet, och vilka upphandlingar som saknar en annons om anbudsinfordran för att annonserings- eller rapporteringsskyldigheten helt enkelt underlåtit. I det sistnämnda fallet kan underlåtenheten vara av sådan art att den ska rapporteras av Upphandlingsmyndigheten till Konkurrensverket och kan ytterst leda till att en registrering av en annonsdatabas dras tillbaka. En sådan utredning förutsätter dock en omfattande manuell hantering, vilket Upphandlingsmyndigheten inte kommer ha möjlighet till att genomföra. Det får dessutom anses oklart vem som ska följa upp detta; Upphandlingsmyndigheten i egenskap av statistikmyndighet eller Konkurrensverket i egenskap av tillsynsmyndighet.

Ovan nämnda praktiska utmaningar medför enligt Upphandlingsmyndighetens mening att det alltjämt finns skäl för att överväga att efterannonsering istället ska ske för alla upphandlingar över direktupphandlingsgränsen.

Efterannonsering för välfärdstjänster

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att reglerna om efterannonsering ska gälla för samtliga upphandlingar av sådana välfärdstjänster som anges i bilaga 2 a till LOU. Detsamma gäller förslaget att samtliga reglerade annonser om sådana upphandlingar ska publiceras i en registrerad annonsdatabas.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar dock att direktupphandlingsgränsen för välfärdstjänster för närvarande 2 156 469 SEK. Den är med andra ord betydligt högre än direktupphandlingsgränsen på 615 312 SEK som gäller enligt LOU. Det kommer innebära en stor värdediskrepans när det gäller skyldigheten att annonsera välfärdstjänster genom en anbudsinfordran respektive att efterannonsera sådana välfärdstjänster. En annons om anbudsinfordran behöver alltså göras först vid upphandlingar med ett kontraktsvärde på drygt två miljoner, medan en efterannons behöver göras redan vid kontraktsvärde på 100 000 SEK. Också detta förhållande talar för att efterannonsering bör ske för alla upphandlingar över direktupphandlingsgränsen.

I övrigt instämmer Upphandlingsmyndigheten i bedömningen att behovet av uppgifter för statistikändamål är minst lika angeläget i fråga om upphandlingar av välfärdstjänster som för övriga upphandlingar.

11. Tidsgränser vid uteslutning av en leverantör

Mot bakgrund av vad som uttalats om tidsgränser vid uteslutning av en leverantör i EU-domstolens dom Vossloh Laeis C-124/17 och den kritik som EU-kommissionen uttalat mot Sverige för att sådana tidsgränser saknas tillstyrker Upphandlingsmyndigheten förslagen i denna del.

Eftersom upphandlingar enligt LUFSS får anses ha en särställning vad gäller de krav som bör ställas på leverantörer tillstyrker Upphandlingsmyndigheten att motsvarande tidsgränser inte införs i den lagen, trots att myndigheten som utgångspunkt anser att enhetlighet är av stor vikt.

Upphandlingsmyndigheten anser dock att direktiven i denna del är olyckligt formulerade och kan få orimliga konsekvenser. Exempelvis är det i teorin möjligt att en företrädare för ett bolag kan begå terroristbrott eller ägna sig åt organiserad brottslighet men ändå få delta i en upphandling blott fem år efter dom. Att som upphandlande organisation ha vissa begränsade tidsramar att förhålla sig till skulle alltså kunna få rent stötande effekter.

Upphandlingsmyndigheten har vid ett flertal tillfällen framfört att det i dagsläget saknas rättsligt utrymme för upphandlande organisationer att kontrollera företrädare i belastningsregistret.¹⁵ Vid ett tillfälle har detta påtalats tillsammans med Polismyndigheten.¹⁶ En tillräcklig kontroll kan med andra ord inte göras i praktiken. Det kan därför på goda grunder dessutom ifrågasättas om de föreslagna tidsgränserna kommer att få någon reell effekt.

I tillägg till det som sagts ovan noterar Upphandlingsmyndigheten återigen att det fortfarande är otydligt hur de obligatoriska uteslutningsgrunderna avseende de brott som räknas upp i aktuella lagar förhåller sig till den svenska straffrätten.¹⁷ Därutöver noterar Upphandlingsmyndigheten att lagstiftaren även bör ta ställning till hur olika typer av samreöre med en terroristorganisation ska förhålla sig till uteslutningsgrunderna.¹⁸

¹⁵ Se bland annat Upphandlingsmyndighetens remissvar angående SOU 2019:19 *Belastningsregisterkontroll i arbetslivet – behovet av utökat författningsstöd* från 5 juni 2019, dnr. UHM-2019-0157, samt Upphandlingsmyndighetens remissvar angående SOU 2019:42 *Digifysiskt vårdval – Tillgänglig primärvård baserad på behov och kontinuitet* från den 14 oktober 2020, dnr. UHM-2019-0237.

¹⁶ Upphandlingsmyndigheten och Polismyndighetens skrivelse *Belastningsregistrets användning i offentlig upphandling* från den 10 mars 2017, Upphandlingsmyndighetens dnr. UHM-2017-0083, Polismyndighetens dnr. A101.205/2017.

¹⁷ Upphandlingsmyndigheten har tidigare påtalat detta i sitt remissvar avseende *Genomförande av vissa straffrättsliga åtaganden för att förhindra och bekämpa terrorism (SOU 2017:72)*, från den 15 december 2017, UHM-2017-0232.

¹⁸ Se till exempel lag (2010:299) om straff för offentlig uppmaning, rekrytering och utbildning avseende terroristbrott och annan särskilt allvarlig brottslighet samt lag (2002:444) om straff för finansiering av särskilt allvarlig brottslighet i vissa fall.

Övriga synpunkter

Utkastet hanterar primärt förslag av processuell karaktär. Upphandlingsmyndigheten vill dock påtala att det finns en del utestående frågor som rör myndighetens områden som snarast skulle behöva avhjälpas genom lagstiftning.

Felhänvisningar behöver åtgärdas

Upphandlingsmyndigheten vill understryka angelägenheten i att de felhänvisningar som blivit en följd av de bestämmelser som ändrades eller infördes i samband med det nya regelverket om upphandlingsstatistik rättas till omgående. Till exempel finns i det i bestämmelsen om avtalsspärr respektive om ogiltighet i 20 kap. 3 och 15 §§ LOU fortfarande hänvisningar till 19 kap. 13 § samma lag, trots att den sistnämnda bestämmelsens innebörd ändrades den 1 januari 2021.

Konsekvenser vid underlåtenhet att efterannonsera

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att lagstiftaren inte har kopplat någon sanktion till upphandlande organisationers underlåtenhet att följa reglerna om efterannonsering. Redan av Konkurrensverkets rapport 2017:6 *Tillsyn av efterannonsering* framgick att många upphandlande organisationer helt låtit bli att efterannonsera och att de efterannonseringar som genomfördes i flertalet fall hade betydande brister. Det finns anledning att befara att denna bristande följsamhet av reglerna om efterannonsering fortfarande består. Det påverkar i sin tur såväl Upphandlingsmyndigheten i rollen som statistikmyndighet som Konkurrensverket i rollen som tillsynsmyndighet.

Eftersom efterannonsering innebär en del merarbete för upphandlande organisationer är det sannolikt att problem med följsamheten kan uppstå. I praktiken innebär det en risk att upphandlande organisationer inte efterannonserar på det vis som följer av lagen. Det får till följd att Upphandlingsmyndigheten inte kommer kunna följa en upphandling från början till slut och därmed inte kan producera statistik på det sätt som lagstiftaren önskat.

För närvarande övervägs utökade tillsynsbefogenheter för Konkurrensverket. Om så sker framstår det för Upphandlingsmyndigheten som lämpligt att Konkurrensverket ges befogenhet att ingripa vid underlåtenhet att följa reglerna om efterannonsering samt att sådan underlåtenhet kopplas till en lämplig sanktion.

Konsekvenser vid annonsering i en icke registrerad annonsdatabas

Det kan också behöva klargöras vad som händer i det fall upphandlande organisationer av någon anledning inte annonserar sina upphandlingar i en registrerad annonsdatabas. Varken Upphandlingsmyndigheten eller Konkurrensverket har i dagsläget någon möjlighet att fullt ut säkerställa att annonser faktiskt annonseras i registrerade annonsdatabaser. Det förefaller inte heller fullt ut klarlagt om annonsering i en icke registrerad annonsdatabas är att betrakta som en otillåten direktupphandling.

Behov av översyn av rättsligt stöd för viss personuppgiftsbehandling

Upphandlingsmyndigheten har tidigare påtalat att det föreligger en betydande osäkerhet vad gäller om det finns rättsligt stöd för behandling av känsliga personuppgifter i samband med uppföljningen av kontrakt som innehåller sociala åtaganden för leverantörer.¹⁹ Så är exempelvis fallet då det gäller uppföljning av arbetsrättsliga villkor.

Den osäkerhet som finns kring de rättsliga möjligheterna att följa upp kontrakten innebär att det inte går att säkerställa att syftet och målsättningen med de aktuella bestämmelserna i upphandlingslagarna uppfylls.

Mot denna bakgrund vill Upphandlingsmyndigheten på nytt uppmärksamma lagstiftaren om det kvarstående behovet av att klargöra att det finns rättsligt stöd för behandling av känsliga personuppgifter i samband med uppföljning av sociala åtaganden i offentliga kontrakt. Regeringen bör snarast överväga att föreslå nationell lagstiftning som kompletterar dataskyddsförordningens undantagsbestämmelser så att det rättsliga stödet för behandling av sådana personuppgifter klargörs. Sådan nationell lagstiftning hade exempelvis kunnat genomföras genom ändringar i upphandlingslagstiftningen.

Betydelsen av framtida statistik om överprövningar

Avslutningsvis vill Upphandlingsmyndigheten återigen betona betydelsen av statistik om överprövning på upphandlingsområdet. Sådan statistik utgör ett mycket viktigt verktyg för exempelvis politiska beslutsfattare, media, forskare och allmänhet. Med hjälp av statistiken kan faktabaserade och välgrundade beslut om exempelvis styrning och uppföljning fattas. Statistik om överprövningar är även ett viktigt verktyg eftersom det möjliggör uppföljning av olika lagstiftningsåtgärders effekter. Det gäller bland annat de lagstiftningsåtgärder som föreslagits i det här aktuella utkastet till lagrådsremiss. Upphandlingsmyndigheten anser att statistik om överprövningar bör ingå i statistiken på upphandlingsområdet. Detta förutsätter dock att det till exempel blir möjligt att hitta upphandlingar med hjälp av upphandlings-ID i upphandlingsmål genom att domstolarna åläggs att anpassa sina rutiner i samband med registrering av upphandlingsmål.

Delar av den statistik om överprövningar av upphandlingar och avtals giltighet som tidigare har redovisats av Upphandlingsmyndigheten baseras på uppgifter om domar och beslut som köpts in från privata företag.²⁰ Det är i dagsläget dock osäkert om myndigheten även fortsättningsvis kommer att kunna köpa dessa uppgifter. En förstudie om vilka uppgifter om överprövning som är möjliga och lämpliga att samla in och hur en sådan insamling skulle kunna utformas bör därför genomföras.

¹⁹ Upphandlingsmyndighetens skrivelse *Behandling av personuppgifter i samband med uppföljning av sociala åtaganden i offentliga kontrakt* till Finansdepartementet, den 18 december 2019, dnr. UHM-2019-0284.

²⁰ Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverkets rapport *Statistik om offentlig upphandling 2020*, avsnitt 10.1-10.4

Datum:

2021-03-23

Diarienummer:

UHM-2020-0286

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Jurist Lena Forsmark har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också chefsjurist Anders Asplund och jurist Linnea Eriksson deltagit.

Inger Ek

Lena Forsmark