

Regeringskansliet  
(Finansdepartementet)  
103 33 Stockholm

## Remiss: Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12)

### *Allmänna synpunkter*

Överprövningsutredningen har utrett ett antal frågeställningar avseende överprövningsprocessen m.m. i mål om offentlig upphandling. Ett antal av frågeställningarna som återfinns i direktiven till utredningen har inte lett till några förslag, medan ett antal av frågorna har lett till mer långtgående förslag än vad som kan anses vara förenligt med unionsrätten.

De allmänna synpunkter som kan lämnas på förslagen är att det saknas djupgående analyser av dagens förhållanden inom överprövningsprocessen i upphandlingsmål, t.ex. avseende okynnesöverprövningar och parternas specifika behov av förbättringar. En sådan analys hade kunnat klargöra t.ex. om det faktiskt funnit behov av den föreslagna "mellanvägen", eller om problemen med att leverantörer i ett sent skede av överprövningsprocessen återoppar formaliafel hade kunnat lösas på ett annat sätt. En mer omfattande analys hade även kunnat klargöra huruvida det faktiskt funnits ett behov av ett förbud mot att återopa nya omständigheter och bevis i kammarrätt. Det gäller särskilt som det är i den svenska rättspraxisen som situationen att en leverantör i en överprövning klagar på beslutet medan domstolen fritt väljer påföljd, har ansetts vara för handen. Eftersom motsvarande bestämmelser inte återfinns för liknande måltyper riskerar förslaget att strida mot likvärdighetsprincipen i unionsrätten.

Utredningens förslag riskerar att på ett flertal punkter bryta mot grundläggande unionsrätt, i det att förslagen innebär inskränkningar i leverantörernas tillgång till de rättsmedel i form av möjligheter att överpröva/överklaga och att få ersättning för skador de drabbats av som garanteras i EU:s rättsmedelsdirektiv. Sådana inskränkningar är inte möjliga för Sverige att ensidigt införa, eftersom det handlar om tvingande unionsrättslig lagstiftning och upphandlingsdirektiven utgör en skyddslagstiftning för leverantörer till det offentliga. Enligt kommittédirektivet hade utredaren särskilt att utreda effekterna av förslagen för små företag och deras möjligheter att tillvarata sina rättigheter enligt EU:s regelverk. Ett flertal av förslagen i utredningen bidrar emellertid istället till att försvåra för små och

medelstora företag (SME) att delta i offentliga upphandlingar och att utnyttja de rättsmedel som återfinns i den unionsrättsliga upphandlingslagstiftningen. Det gäller t.ex. förslaget om att ombudskostnader inte ska anses utgöra ersättningsgill skada och skyldigheten att påtala felaktigheter i upphandlingen redan i dess inledande skede, något som ökar den administrativa bördan både för företag och upphandlande myndigheter.

### *Specifika kommentarer*

Juridiska fakultetsnämnden anser att förslagen om att införa en tidsfrist på 90 dagar för handläggningen i förvaltningsrätterna bidrar till att öka effektiviteten vid överprövningar i upphandlingsmål. Frågan är dock om inte huvuddelen av alla överprövningar redan i dag avgörs av förvaltningsrätterna inom den stipulerade tiden. Det undantag som föreslås för komplicerade överprövningar skulle i så fall redan i dag endast vara tillämpligt på de ca 10-20 procent av upphandlingarna som bedöms som mer komplicerade och som i dag tar längre tid för rätten att utreda. I sådant fall skulle förslaget alltså inte ha något faktisk effekt.

Fakultetsnämnden anser i likhet med utredningen att det inte bör införas ansökningsavgifter för leverantörer att ansöka om överprövning i förvaltningsdomstol. Om en sådan avgift sätts för låg, riskerar administrationen att kosta mer än vad som erläggs av de sökande. Sätts avgiften för högt kan den innebära ett hinder för leverantörer, särskilt för SME, i strid med unionsrätten att kunna utnyttja sina unionsrättsliga rättigheter till snabba och effektiva rättsmedel.

Fakultetsnämnden anser att utredningens förslag att det inte längre ska vara möjligt för en leverantör att erhålla skadestånd för skäliga omkostnader för att säkerställa sin rätt gentemot en upphandlande myndighet/enhet riskerar att strida mot Sveriges åtaganden genomt medlemskapet i EU. Rätten för en leverantör att erhålla skadestånd på grund av upphandlande myndigheters/enheter överträdelse av den i upphandlingsdirektiven tvingande regleringen kan inte lagstiftas bort i medlemsstaternas nationella rättsordningar. I artikel 2.1.c i rättsmedelsdirektiv 89/665 (artikel 2.1.c. i direktiv 2007/66) anges att medlemsstaterna ska säkerställa de nationella prövningsorganens behörighet att ge ersättning åt en person som skadats av överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Direktivens skadeståndsbestämmelser syftar till att säkerställa att upphandlande myndigheter/enheter tillämpar upphandlingsförfarandena på ett korrekt sätt och har såväl en reparativ som en preventiv funktion, se bl.a. NJA 2013 s. 909. Artikel 2.1.c i rättsmedelsdirektiv 89/665 har genomförts i 16 kap. 20 § första stycket LOU, vilken anger att en upphandlande myndighet som brutit mot upphandlingslagstiftningen är skyldig att ersätta den skada som uppstår till följd av brottet, utan någon begränsning avseende skadans karaktär. Leverantörernas rätt till skadestånd för ombudskostnader i vissa fall har även fastställts i svensk rätt av Högsta domstolen i domen NJA 2013 s. 762. Härutöver riskerar en bestämmelse om att ombudskostnader mm inte utgör ersättningsgill skada i upphandlingsmål att strida mot den unionsrättsliga principen om likvärdighet. HD har i domen NJA 2010 s. 112 fastställt att om det har förekommit fel eller försummelse från det allmännas sida kan det bli aktuellt att i vissa fall genom skadestånd ersätta ombudskostnaderna i förvaltningsprocessuella mål. Att då ha en annan ordning i just upphandlingsmål skulle således strida mot unionsrätten.

Fakultetsnämnden menar att det kan vara lämpligt att i upphandlingsmål införa någon form av preklusionsfrist. Den av utredningen föreslagna mellanvägen riskerar emellertid

att komplicera och fördyra upphandlingsprocessen för samtliga inblandade parter. Det gäller särskilt som det förefaller att endast ca 300 överprövningsmål om året omfattar rena formaliafrågor, men förslaget skulle påverka processen i samtliga 10 000-tals upphandlingar som varje år genomförs i Sverige, oavsett om dessa blir föremål för överprövningar. Den föreslagna mellanvägen innebär nämligen att en leverantör inom tio dagar måste anmärka på ett upptäckt fel eller brist för att inte senare förlora rätten att åberopa sagda fel eller brist. Anmärkningen kan framföras direkt till den upphandlande myndigheten/enheten, eller framföras i en ansökan om överprövning till förvaltningsdomstol. Det innebär en risk för att leverantörer framställer anmärkningar även i upphandlingar som inte blir överprövade, för att säkra sig inför en eventuell överprövningsansökan. En djupare analys av effekterna av förslaget hade varit önskvärd. Problemet är således att förslaget inte är tillräckligt utrett och mängden av obesvarade frågor gör att förfarandet med mellanvägen i huvudsak skulle få utvecklas i rättspraxis, något som knappast kan sägas minska antalet överprövningar i upphandlingsmål. Som exempel på några frågor kan nämnas hur det avgörs när den sökande leverantören bort känna till den aktuella överträdelsen, om alla leverantörer måste anmärka på samma sak för att inte förlora sin rätt att åberopa det eventuella felet och om formalian kring hur anmärkningen måste vara utformad.

Fakultetsnämnden delar utredningens uppfattning att det bör införas ett undantag för temporär direktupphandling. Förslaget bör dock utredas ytterligare för att säkerställa att det inte strider mot unionsrätten, då den föreslagna typen av undantagsförfarande inte återfinns i upphandlingsdirektiven.

Fakultetsnämnden tillstyrker utredningens förslag att ändra fristen för ansökan om skadestånd så att tiden räknas från dagen då leverantören fick kännedom om det aktuella avtalet. Däremot är det direkt olämpligt att såsom utredningen förslår bryta den rådande traditionen att ha likalydande bestämmelser över och under tröskelvärdena. En sådan ordning riskerar att skapa en ökad förvirring kring överprövningsprocessen och att ytterligare komplicera förfarandet vid överprövningar av offentliga upphandlingar.