



Finansdepartementet
fi.remissvar@regeringskansliet.se

Remissyttrande över betänkandet **Möjligt, tillåtet och tillgängligt** – förslag till vissa enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44)

(Ert dnr Fi2018/02531/OU)

Inledande synpunkter

Förvaltningsrätten i Göteborg tillstyrker, utifrån de aspekter domstolen har att beakta, i huvudsak de förslag till förenklingar och flexibilitet i förfarandereglerna som presenteras i utredningen. Ett tydligt och sammanhållet regelverk förenklar tillämpningen och underlättar särskilt för de mindre företagens deltagande i upphandlingar. Även de upphandlande myndigheterna och enheterna torde genom förslagen ges möjlighet att i ökad utsträckning kunna tillvarata konkurrensen. En väl fungerande konkurrens är också en förutsättning för att kunna genomföra den s.k. goda affären.

Förvaltningsrätten avstyrker däremot förslaget vad avser en nationell princip vid direktupphandling utan bestämt gränsöverskridande intresse samt vad gäller ansökningsavgift och processkostnadsansvar i överprövningsmål och tidpunkten för när de senare förslås träda i kraft. Domstolen lämnar i nu nämnda delar följande synpunkter.

Direktupphandlingar

I utredningen anges att för sådan icke direktivstyrd upphandling som ska annonseras ska de EU-rättsliga allmänna principerna för upphandling gälla även fortsättningsvis. Vidare anges att vad dessa principer mera exakt innebär för direktupphandlingar inte är helt klarlagt. För att undanröja denna osäkerhet föreslås därför att det vid direktupphandling utan bestämt gränsöverskridande intresse införs en nationell princip med innebörd att konkurrensen ska tas tillvara i rimlig utsträckning. Eftersom de EU-rättsliga allmänna principerna då inte

längre ska gälla kompletteras principen med ett lagfäst krav på att upphandlingen ska genomföras på ett sakligt och opartiskt sätt.

Sedan utredningen lämnat sitt betänkande har Högsta förvaltningsdomstolen¹ numera klargjort att de allmänna principerna ska gälla vid direktupphandlingar, om än med varierande styrka allt beroende på bl.a. direktupphandlingens värde. Med beaktande härav finns det enligt förvaltningsrätten inga skäl för att införa en nationell princip vid direktupphandling utan bestämt gränsöverskridande intresse. Avsteg från tillämpningen av de vedertagna allmänna principerna innebär inte heller en förenkling av regelverket.

Ansökningsavgift och processkostnadsansvar

Syftet med en överprövning i upphandlingsmål är att kontrollera om den upphandlande myndigheten eller enheten har genomfört upphandlingen i enlighet med det offentlighetsreglerade regelverket. I detta avseende skiljer sig alltså inte överprövningsprocessen från prövningen av övriga förvaltningsmål i förvaltningsdomstol. En prövning av dessa mål har inte tidigare varit förenad med ansökningsavgift eller processkostnadsansvar.

Utredningen ger inget stöd för att de medlemsstater som har ansökningsavgifter och processkostnadsansvar har påverkat antalet överprövningsmål. Utredningen innefattar inte heller någon närmare analys av varför antalet överprövningsmål skiljer sig åt mellan medlemsstaterna och inte heller om det finns någon skillnad mellan medlemsstater som har eller inte har ansökningsavgifter eller processkostnadsansvar.

Vidare uttrycker de flesta representanter för näringslivet och för upphandlande myndigheter och enheter som utredningen har varit i kontakt med farhågor för att en ansökningsavgift liksom att ett processkostnadsansvar kommer att drabba främst små företags vilja att tillvarata sin rätt och att delta i upphandlingar. Det framstår vidare som motstridigt att föreslå förenklingar och en ökad flexibilitet i upphandlingsregelverket samtidigt som man ställer upp hinder för att kunna tillvarata sin rätt vid upplevda brister i upphandlingsförfarandet.

Med hänsyn till det ovan sagda saknas det enligt förvaltningsrätten mening tillräckligt starka skäl för att införa ansökningsavgift och processkostnadsansvar i överprövningsmål.

Ikraftträdande och övergångsbestämmelser

I övergångsbestämmelserna anges att de föreslagna förfarandereglererna träder i kraft den 1 juli 2019 och att äldre bestämmelser gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Vad avser förslagen om ansökningsavgift och processkostnadsansvar ska dessa däremot tillämpas i mål hos de allmänna förvaltningsdomstolarna som har inletts vid förvaltningsrätt den 1 juli 2019 eller därefter. Någon motivering till denna åtskillnad anges inte.

¹ Se Högsta förvaltningsdomstolens dom den 19 oktober 2018 i mål nr 3830-17

De förslag till förenklingar och flexiblere tillämpning av förfarandereglerna som föreslås i utredningen syftar inte bara till att göra dessa mer tillgängliga och flexibla utan syftar också till att minska antalet överprövningsprocesser. Förslaget om ansökningsavgift och processkostnadsansvar framstår därför som starkt integrerat med dessa förändringar i regelverket. Om ansökningsavgift och processkostnadsansvar ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet har leverantörerna inte kunnat utnyttja de möjligheter till bl.a. dialog i upphandlingar som nu föreslås och har kanske inte heller utnyttjat de möjligheter som ges inom nu gällande regelverk för att reda ut eventuella fel och missförstånd. Leverantörernas utformning av sina anbud vilar därtill på affärs- mässiga överväganden vid anbudstillfället. Genomgripande nya åtgärder i regelverket kräver därför förutsebarhet. Mot denna bakgrund bör därför ett eventuellt införande av ansökningsavgift och processkostnadsansvar gälla endast för upphandlingar påbörjade från och med ikraftträdandet.

Konsekvensanalys

Om lagförslaget antas kan det tas för troligt att det inledningsvis kommer att medföra en ökad måltillströmning till förvaltningsrätterna. Därtill kommer otvivelaktigt arbetsbördan att öka för domstolarna om ansökningsavgift och processkostnadsansvar införs i överprövningsmålen. De tre stora förvaltningsrätterna i Stockholm, Göteborg och Malmö – som har närmare hälften av alla inkomna upphandlingsmål vid landets förvaltningsrätter - är inte samlokaliserade med någon tingsrätt och kommer därför inte att kunna utnyttja de eventuella administrativa fördelar som detta kan medföra. Kostnaderna för domstolarna till följd av förslaget om ansökningsavgift och processkostnadsansvar bedöms vara underskattade. Vidare finns risk för att tillämpningsproblem kan komma att uppstå. Utredningens antaganden om att förslaget på sikt kommer att medföra en minskad måltillströmning och minskade kostnader för domstolarna synes vila på högst osäker grund. Sammantaget går det inte att dra några säkra slutsatser om ansökningsavgift och processkostnadsansvar i överprövningsmål kommer att medföra ökad effektivitet eller någon ekonomisk besparing för domstolarna.

Detta yttrande har beslutats av chefsrådmannen Susanne Nilsson och rådmannen Karin Leidzén. Föredragande har varit föredragande juristen Michaël Koch.

Susanne Nilsson

/Michaël Koch