

Datum
2019-01-30

Diariernr
KST 2018/349

Ert datum
2018-09-14

Ert diariernr
Fi2018/02531/OU

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning

Remissyttrande över betänkandet **Möjligt, tillåtet och tillgängligt** (SOU 2018:44)

Inledning

Kammarrätten har anmodats att yttra sig över rubricerat betänkande och får med anledning härav anföra följande.

De senaste åren har det kommit flera betänkanden med förslag på ändringar inom upphandlingsområdet som delvis rör samma frågor som de nu aktuella. Vissa betänkanden (exempelvis SOU 2015:12) bereds för närvarande i Regeringskansliet. Det är därför svårt att bedöma behovet av förändringar på området samt hur utredningens förslag kan påverkas av tidigare betänkanden. Med beaktande av de utmaningar som detta måste ha inneburit för utredaren samt den förhållandevis korta utredningstiden vill kammarrätten framhålla att betänkande överlag håller hög kvalitet.

Det finns en inneboende motsättning i utredningsdirektivets målsättning att förenkla lagstiftningen och samtidigt minska antalet mål om överprövning. Ett förenklat och mindre detaljerat regelverk riskerar att leda till flera gränsdragningsfrågor som överlämnas till rättstillämpningen att lösa. Ett sådant regelverk kan medföra ett ökat behov av överprövning i domstol. Detta framhålls även i det särskilda yttrandet på s. 573 i betänkandet.

I de delar av betänkandet som särskilt berör domstolarna vill kammarrätten framhålla följande.

Postadress

Box 2302
103 17 Stockholm

Besöksadress

Birger Jarls Torg 5

Telefon

08-561 690 00

Telefax

08-14 98 89

E-post: kammarrattenistockholm@dom.se

Internet: www.kammarrattenistockholm.domstol.se

Del 1 – Enklare och flexiblare upphandlingsregler

Allmänt

Det är tveksamt om betänkandets förslag som innebär olika regelverk och principer för icke direktivstyrda upphandlingar med eller utan bestämt gränsöverskridande intresse och en ny nationell princip för direktupphandlingar verkligen leder till en förenkling av förfarandet och färre överprövningar. En sådan ordning skulle snarare riskera att medföra gränsdragningsfrågor; det skulle t.ex. bli av central betydelse för upphandlande myndigheter och enheter att i varje enskilt fall avgöra vilken typ av upphandling det rör sig om i förhållande till exempelvis tröskelvärde och förekomsten av ett gränsöverskridande intresse. En sannolik följd av en ordning som den föreslagna är en ökad tillströmning av mål till domstolarna.

Strukturella ändringar

Kammarrätten delar utredningens uppfattning att de icke direktivstyrda upphandlingarna inte bör lämnas oreglerade eller undantas från upphandlingslagarna. Utredningen har gjort ett gediget arbete med att utarbeta förslag på strukturella ändringar i form av uppdelningen i 19 kap. och 19 a kap. LOU/LUF och att minska antalet hänvisningar till andra bestämmelser. Sådana ändringar skulle sannolikt leda till ett enklare och mer användarvänligt regelverk. Det framgår på s. 170–171 i betänkandet att utredningen har övervägt om LOU och LUF även ska struktureras om i avdelningar. En sådan disposition skulle vara lämplig. Det är därför beklagligt att utredningen av tidsskäl inte har haft möjlighet att lägga fram ett sådant förslag.

Bestämt gränsöverskridande intresse och principer för upphandling

Kammarrätten avstyrker förslaget att de grundläggande principerna inte ska vara tillämpliga vid direktupphandling när upphandlingen inte kan vara av intresse för någon leverantör etablerad i annan EU- eller EES-stat och att den upphandlande myndigheten eller enheten i stället ska iaktta en ny nationell princip med innebörden att konkurrensen ska tas till vara i rimlig utsträckning.

Det är tveksamt om det är förenligt med utredningens förenklingssyfte att ställa krav på att den upphandlande myndigheten eller enheten ska ta ställning till komplexa frågor såsom huruvida direktupphandlingen kan vara av intresse för en leverantör i en annan medlemsstat. Det vore enklare att endast ha ett krav att de grundläggande principerna alltid ska beaktas.

Högsta förvaltningsdomstolen har i dom den 19 oktober 2018 i mål nr 3830-17 slagit fast att de krav som följer av de grundläggande principerna är lägre vid direktupphandling än vid annonserade upphandlingsförfaranden. Justitierådet Eskil Nord anförde i ett särskilt yttrande att de allmänna principerna i grund och botten inte enbart innefattar EU-specifika hänsyn utan har en mer allmängiltig

innebörd, dvs. avser förhållningssätt som torde vara naturliga och självklara inför ingående av ett kommersiellt avtal på affärsmässig grund mellan två eller flera parter.

Av Högsta förvaltningsdomstolens dom följer att upphandlande myndigheter och enheter redan i dag har stor handlingsfrihet vid genomförande av direktupphandling. Utredningen lyfter inte fram några starka skäl som motiverar ett undantag från kravet att iaktta de grundläggande principerna när ett bestämt gränsöverskridande intresse saknas.

Om förslaget ändå genomförs bör begreppet ”bestämt gränsöverskridande intresse” användas i stället för det begrepp som utredningen föreslår eftersom detta är det som används i EU-domstolens praxis. Bestämt gränsöverskridande intresse återfinns dessutom sedan den 1 januari 2019 i 19 kap. 35 § andra stycket LOU i fråga om upphandling av välfärdstjänster.

Förslaget att tillämpningen av den nationella principen vid direktupphandlingar inte ska kunna överprövas i domstol när ett bestämt gränsöverskridande intresse saknas innebär att domstolen måste ta ställning till förekomsten av ett sådant intresse för att kunna avgöra om ansökan ska avvisas eller sakprövas. Detta kan ge upphov till gränsdragningsproblem.

Dialog i upphandling

Domstolarna tar redan i dag ställning till invändningar från parterna att den upphandlande myndigheten eller enheten har haft ”samtal” med en eller flera leverantörer i strid med likabehandlingsprincipen. Förslaget att i upphandlingsprocessen införa en dialog, framför allt i muntlig form, riskerar att öka antalet sådana invändningar. Behovet av muntlig förhandling i domstol kan också öka för att domstolen ska kunna utreda vad som har sagts vid en muntlig dialog. Införandet av en ”dialog” medför även en risk att anbudsgivarna får uppfattningen att de kan komplettera delar av anbudet i ett senare skede, vilket leder till större osäkerhet för leverantörerna och riskerar att öka antalet ansökningar om överprövning.

Ändringar av LUF och LUK

Vissa ändringar bör enligt kammarrättens mening göras även i LUK för att skapa ett mer enhetligt regelverk i de fyra upphandlingslagarna. Ett exempel på detta är bestämmelserna om de grundläggande principerna som har utformats något annorlunda i de föreslagna bestämmelserna 19 kap. 2 § LOU/LUF och 15 kap. 2 § LUF jämförda med 15 kap. 2 § LUK.

Övrigt

Kammarrätten noterar att det i den föreslagna 19 kap. 4 § LOU/LUF har fallit bort ett ord och att det i sista meningen antagligen ska stå ”en viss *juridisk* form”.

Del 2 – Vissa regler om överprövningsmål

Allmänt

Antalet överprövade upphandlingar har varit relativt konstant under åren och den tillfälliga ökningen av registrerade överprövningsmål under 2016 framstår som en avvikelse i sammanhanget.

Kammarrätten har i ett tidigare remissyttrande ansett att det inte är lämpligt att införa en ansökningsavgift och att övervägande skäl talar mot att införa en reglering om processkostnadsansvar (remissvar den 15 juni 2015 över SOU 2015:12). Kammarrätten vidhåller vad som där har förts fram om att sådana bestämmelser är främmande för processen i förvaltningsdomstol.

Genomförandet av förslagen skulle leda till en ökad arbetsbelastning för domstolarna som skulle ha att ta ställning till nya rättsliga frågor och behöva utarbeta nya administrativa rutiner. Detta skulle sannolikt, i vart fall initialt, leda till förlängda handläggningstider och ökade kostnader.

Ansökningsavgift

Införandet av avgift vid ansökan om överprövning till förvaltningsrätten skulle kunna ha viss effekt på antalet ansökningar. Betänkandet saknar emellertid överväganden om hur avgiftens storlek kan tänkas påverka antalet överprövningar och varför utredningen har föreslagit avgiftens storlek till just 7 500 kr. Det är tveksamt om den föreslagna avgiften är tillräckligt hög för att ha någon avhållande verkan i mer än begränsad omfattning.

Processkostnadsansvar

Införandet av processkostnadsansvar skulle troligtvis leda till färre ansökningar om överprövning. Förslaget skulle dock medföra flera nya och komplicerade frågor för domstolarna att ta ställning till. Som utredningen lyfter fram gäller det exempelvis grundläggande frågor om vilken part som i olika situationer är att betrakta som vinnande eller tappande samt hur kostnader ska fördelas i mål med ytterligare parter. Det saknas närmare överväganden rörande hur processkostnaderna ska fördelas när domstolen skriver av ett mål från vidare handläggning på grund av att den upphandlande myndigheten har ingått avtal.

Utredningen anför på s. 430–432 som ett argument för införandet av processkostnadsansvar att detta skulle återställa den processuella obalans som i nuläget finns mellan parterna i överprövningsmål till följd av NJA 2013 s. 762, ”Fidelia”. Enligt utredningen kan det finnas rättsliga hinder för den lagstiftningsåtgärd som Överprövningsutredningen föreslagit – och som fortfarande är under beredning – innebärande att en leverantör inte längre genom skadestånd ska kunna få ersättning för sina kostnader för överprövning. Det kan anmärkas att Högsta domstolen i dom den 27 december 2018 i mål nr T 1055-18 har

uttalat att varken EU-rätten eller nationell rätt kan anses kräva att en leverantör mera generellt tillerkänns ersättning för sina kostnader för att få ett upphandlingsfel rättat (p. 32). Högsta domstolen anför att omständigheterna i ”Fidelia” var speciella och anger under vilka förutsättningar som en leverantör kan få sina kostnader för överprövning ersatta såsom skadestånd.

Om förslaget genomförs bör prövningstillstånd krävas i kammarrätt vid överklagande av förvaltningsrätts avgörande gällande fördelning av processkostnader.

Del 3 – Gemensamma överväganden

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Det är viktigt att övergångsbestämmelserna är tydliga om vad som gäller för öppna mål i domstol. De föreslagna övergångsbestämmelserna gällande ansökningsavgift och processkostnadsansvar skulle kunna leda till tolkningsproblem. Begreppet ”har inletts vid förvaltningsrätt” bör lämpligen ersättas med ”har kommit in till förvaltningsrätt”.

Ekonomiska konsekvenser för förvaltningsdomstolarna

Flera av utredningens förslag om ändrat regelverk kan leda till en generell ökad tillströmning av överprövningsmål. Detta innebär ökade kostnader för förvaltningsdomstolarna. Förslagen om införandet av ansökningsavgift och processkostnadsansvar leder också till initiala merkostnader för domstolarna till följd av hanteringen av nya rättsliga frågeställningar och nya administrativa rutiner. Förvaltningsdomstolarna måste därför garanteras ekonomiska resurser för att täcka de ökade kostnader som följer av förslagen.

Detta yttrande har beslutats av kammarrättsråden Magnus Schultzberg, Ann-Jeanette Eriksson, Maria Ringvall, Charlotta Lokrantz Sandberg, Anette Briheim Fällman, Mona Aldestam, Gunilla Berendt, Eva Gullfeldt, Haike Degenkolbe och Robert Johansson efter föredragning av fiskalen Linda Olsson.

Magnus Schultzberg

Linda Olsson

Kopia till

Övriga kammarrätter

Hovrätterna

Förvaltningsrätterna under Kammarrätten i Stockholm

Justitiedepartementet, expeditionschefen och enheten DOM

Domstolsverket

Kammarrättens intranät

Tidningarnas telegrambyrå