

SKL Kommentus ABs remissvar på utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar

SKL Kommentus Inköpscentral AB har beretts tillfälle att yttra sig över utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar. Svaret lämnas av moderbolaget SKL Kommentus AB nedan.

Sammanfattning

- SKL Kommentus tillstyrker förslaget om införande av skyndsamhetskrav i mål om överprövning av upphandling och har ingen invändning mot det förslaget när det gäller mål om överprövning av avtals giltighet respektive mål om utfående av kontrakt.
- SKL Kommentus anser att det bör regleras att upphandlingsmål inte bör handläggas längre än 60 dagar i förvaltningsrätt.
- SKL Kommentus tillstyrker förslaget om införande av preklusionsfrist i förvaltningsrätt och kammarrätt.
- SKL Kommentus anser att en preklusionsfrist även bör införas under anbudstiden.
- SKL Kommentus tillstyrker förslaget om att inte införa ansökningsavgift eller ömsesidigt processkostnadsansvar i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet.
- SKL Kommentus tillstyrker förslaget om inte särskilt reglera rätten ersättning för rättegångskostnader i överprövningsmål genom skadestånd.
- SKL Kommentus anser att även upphandlande myndigheter bör ges möjlighet att under vissa omständigheter få ersättning för motsvarande rättegångskostnader.
- SKL tillstyrker förslaget att införa tidsfrister för uteslutningsgrunder men anser att förslagets materiella utformning behöver ses över.
- SKL Kommentus avstyrker förslaget om att alla direktupphandlingar över 100 000 kr ska efterannonseras och anser att kravet endast bör omfatta de upphandlingar som överstiger beloppsgränserna för direktupphandling.
- SKL Kommentus avstyrker utformningen av förslaget om frist för att väcka talan om skadestånd.
- SKL Kommentus anser att det bör införas övergångsbestämmelser som innebär att de nya bestämmelserna endast ska gälla för sådana upphandlingar som har påbörjats efter ikraftträdandet.

Skyndsamhetskrav och tidsfrist för måls avgörande

SKL Kommentus instämmer med Sveriges Kommuner och Regioners (SKR) remissvar och tillstyrker förslaget om skyndsamhetskrav i mål om överprövning av upphandling även om effekten av förslaget bara kan förväntas bli marginell givet att majoriteten av förvaltningsrätterna redan handlägger målen med förtur.

Vi anser liksom SKR att det vore bättre att införa en tidsfrist inom vilken upphandlingsmål normalt ska avgöras och tillföra förvaltningsdomstolarna resurser så att tidsfristerna kan hållas. Det skulle enligt SKL Kommentus bl.a. medföra

- samhällsekonomiska vinster genom förbättrade planeringsförutsättningar för offentlig sektor som är i behov av de upphandlande varorna och tjänsterna för att kunna bedriva sin verksamhet och tillhandahålla allmännyttiga tjänster;
- att det blir enklare att planera och genomföra entreprenader som vid långdragna överprövningar inte sällan leder till omfattande kostnader för den enskilda entreprenaden och för samhället i stort (se exempelupphandling 2, bilaga 1); samt
- ökad rättslig förutsebarhet för upphandlande myndigheter som vid utdragna överprövningar tvingas upphandla varor och tjänster utan föregående annonsering enligt 6 kap. 15 § och 19 kap. 7 § LOU.

Enligt vår uppfattning saknas juridiska och processuella skäl för att en överprövning i förvaltningsrätt behöver pågå längre än 60 dagar. Det är verklighet i mer än hälften av EU:s medlemsländer¹ och var det tidigare i Sverige.

Om regeringen inte förmår sätta ner foten i frågan om maximala handläggningstider bör det klargöras hur de offentliga verksamheterna ska kunna försörja sig med varor och tjänster, dvs. oavsett om tröskelvärdena överskrids eller inte, när handläggningen av mål pågår längre än två månader. Se avsnittet nedan om täckningsköp.

Preklusionsregler

SKL Kommentus instämmer i vad som framgår av SKRs remissvar vad gäller preklusionsfrister. SKL Kommentus vill även tillägga följande.

Kommentus ställer sig bakom förslaget i 20 kap. 5 § LOU om att införa en preklusionsfrist för nya omständigheter i förvaltningsrätten eftersom att det är en förbättring jämfört med nuvarande förhållanden där ingen motsvarande begränsning råder. Det är även rimligt att fristen endast gäller för den sökande, och inte för den upphandlande myndigheten som är motpart, eftersom det primärt är leverantören som styr processen och sätter processramen.

Kommentus vill – trots att vi stödjer förslaget – påpeka att det riskerar leda till korsvisa kommunikationer och att en lagändring kan uppfattas som att avtalsspärren *de facto* förlängs med 14 dagar. Som SKR anger i sitt remissvar, är det ett stort problem för effektiva överprövningar att leverantörer underlåter att påtala det som uppfattas som brister under anbudstiden och väntar med att ansöka om överprövning efter att tilldelning har skett. Detta agerande motverkas inte av de nu föreslagna preklusionsfristerna. SKL Kommentus anser därför att Överprövningsutredningens förslag om den så kallade ”mellanvägen”, eller en liknande preklusionsfrist, bör införas. En sådan frist kan kompletteras med en ”säkerhetsventil” som tillåter prövning av sådana krav vars innebörd rimligen inte kunnat förutses förrän efter tilldelningen.

I utkastet anges att nackdelarna med en preklusionsfrist under anbudstiden väger tyngre än fördelarna. Dock skulle de förmodade betungande effekterna för mindre leverantörer, eller leverantörer som är ovana vid att delta i upphandlingar, kunna minskas genom en skyldighet för upphandlande myndigheter att i upphandlingsdokumenten ge tydlig information om vad preklusionsfristen under anbudstiden innebär och hur leverantörerna ska agera för att ta tillvara sin rätt under anbudstiden. Vidare anges i utkastet att leverantörerna i regel ofta är resursstarka och företräds av juridiska ombud. Risken för att en preklusionsfrist under anbudstiden ska bli väldigt

¹ Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts, MARKT/2013/072/C, 2015.

betungande för denna grupp leverantörer bör därför vara begränsad. Det anses bättre och mer effektivt för alla som deltar i en upphandling om otydliga krav och kriterier klargörs innan sista anbudsdag.

Utkastet lyfter även risken att många leverantörer upplever påtalandeskyldigheten som så betungande att de avstår från att delta i upphandlingar med sämre konkurrens och dyrare anbud som följd. Med nuvarande ordning är leverantörer, särskilt inom vissa branscher, inte villiga att delta i upphandlingar p.g.a. att risken för långdragna och upprepade överprövningar är överhängande. SKL Kommentus ifrågasätter därför slutsatsen att de negativa effekterna av en preklusionsfrist under anbudstiden överstiger de positiva.

Vad gäller de processuella gränsdragningsproblemen med en preklusionsfrist under anbudstiden, vill SKL Kommentus lyfta fram att det redan kan antas följa av principerna om skyndsamhet och effektivitet i rättsmedelsdirektivet att svenska domstolar har en skyldighet att tillämpa en slags preklusionsfrist genom direktivkonform tolkning. Det måste beaktas att EU-domstolens förhandsavgörande i mål C-538/13 eVigilo inte hade meddelats när Överprövningsutredningen lämnade sitt slutbetänkande. Avgörandet från EU-domstolen i det aktuella målet bör enligt bl.a. professor Jörgen Hettne, Centrum för europaforskning vid Lunds universitet (bilaga 2), tolkas på så vis att de svenska domstolarna har en skyldighet att agera för en effektiv handläggning av upphandlingsmål. Då de svenska domstolarna inte tagit till sig EU-domstolens praxis menar SKL Kommentus att regeringen bör föreslå en lagstadgad preklusionsfrist. SKL Kommentus anser att en lagstadgad preklusionsfrist under anbudstiden är att föredra, jämfört med domstolarna ska göra en direktivkonform tolkning av rättsmedelsdirektivet i de enskilda målen.

Uteslutning av leverantör på grund av brott eller missförhållanden

SKL Kommentus tillstyrker, i likhet med SKR, förslaget att införa tidsfrister för uteslutningsgrunder.

Kommentus vill tillägga att vad som gäller för uteslutning enligt 13 kap. 3 § LOU inte är tillräckligt tydlig enligt förslaget. Tidsfristen är enligt förslaget tre år från *den relevanta händelsen för sådana missförhållanden*.

Enligt EU-domstolens avgörande C-124/17 Vossloh ska tidsfristen beräknas från den dag då beteendet konstaterats utgöra en överträdelse enligt en behörig myndighets beslut. När ett formellt beslut inte fattas, kan det tolkas som den dag då händelserna sammanlagt konstateras utgöra grund för uteslutning. Mot bakgrund av EU-domstolens avgörande kan lagrådsremissens förslag, genom att utgå från den tid då respektive händelse ägde rum, anses strida mot EU-rätten.

Om förslaget däremot inte bedöms strida mot EU-rätten efterlyser Kommentus ett förtydligande av den tidpunkten från vilken tidsfristen ska beräknas. Det är enligt vår uppfattning otydligt vad som ska anses utgöra *den relevanta händelsen för ett missförhållande* när det handlar om flera sammanlänkade händelser, exempelvis ett utdraget förlopp av brottsligt beteende.

Annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar

SKL Kommentus instämmer i vad som framgår av SKRs remissvar vad gäller efterannonsering vid låga värden och efterannonsering av välfärdstjänster. SKL Kommentus vill även tillägga följande.

Den samlade arbetsbördan för att efterannonsera direktupphandlingar och upphandling av välfärdstjänster framstår som nedtonad i konsekvensbeskrivningen. Enligt SKRs beskrivning av hur deras medlemmar direktupphandlar anser även Kommentus att de upphandlande myndigheterna inte på ett enkelt sätt kan sammanställa uppgifterna till efterannonseren. Det skulle kräva en mer ingående kunskap om offentlig upphandling, för en bredare krets än idag, för att genomföra de nya kraven. Förslaget skulle alltså medföra kostnadsökningar för de upphandlande myndigheterna. I förslaget går det inte att utläsa på vilket sätt sådana kostnader skulle vara berättigade i förhållande till värdet av de insamlade uppgifterna. Den administrativa bördan torde dessutom vara förhållandevis tyngre för mindre upphandlande myndigheter som kan antas göra fler direktupphandlingar än deras större motsvarigheter.

Kommentus anser att efterannonseringskravet endast bör omfatta de upphandlingar som överstiger direktupphandlingsgränsen. Det skulle innebära en bättre balans mellan de upphandlande myndigheternas arbetsbörda å ena sidan och värdet av de insamlade uppgifterna å andra sidan.

Övriga frågor rörande överprövning

SKL Kommentus instämmer i promemorians bedömning att reglerna om förlängd avtalsspärr inte bör ändras i varken förvaltningsrätt eller kammarrätt. Vidare bör ett ingånget avtal även i fortsättningen förhindra överprövning av en upphandling.

SKL Kommentus anser att det behöver införas en möjlighet att göra täckningsköp för att tillgodose angelägna behov under en pågående överprövning och den tid det tar att genomföra en ordinarie upphandling (se under rubriken Skyndsamhetskrav och tidsfrist för måls avgörande). Vi välkomnar därför att civilminister Mickos prioriterar sådana förslag. Behovet av exempelvis livsmedel till kommunens skolkök kommer snabbt att överstiga tröskelvärdet när överprövningen pågår längre än 3,9 månader, dvs. den genomsnittliga handläggningstiden i förvaltningsrätt. Detsamma gäller många andra varor och tjänster som en kommun eller region har behov av för att kunna tillhandahålla lagstadgade offentliga tjänster. Det måste finnas rättsliga utvägar för upphandlande myndigheter som behöver varor och tjänster men där upphandlingen stoppats som en följd av långdragna överprövningar. Det gäller oavsett om värdet överstiger EU:s tröskelvärden eller inte.

I andra hand, dvs. om regeringen inte har för avsikt att möjliggöra täckningsköp *vid upphandling över tröskelvärdena* så finns det skäl att tydliggöra för domstolarna möjligheten att häva den förlängda avtalsspärren eller interimistiska beslut. Den möjligheten finns i samtliga instanser och borde oftare kunna tillämpas när den upphandlande myndigheten har ett angeläget behov av de varor eller tjänster som upphandlas och målet exempelvis ligger klart för avgörande utan att dom avkunnas. Den klagande leverantören lämnas inte rättslös då möjligheten till skadestånd enligt LOU kvarstår.

Överprövning av avtals giltighet på det icke direktivstyrda området

SKL Kommentus ansluter till SKRs svar samt tillstyrker och delar de bedömningar som ligger till grund för förslaget om att överprövning av avtals giltighet på de icke direktivstyrda området. Sådan möjlighet till överprövning ska kunna begränsas till 30 dagar efter att den upphandlande myndigheten har publicerat en efterannons i en registrerad databas.

Ansökningsavgift och processkostnadsansvar

SKL Kommentus tillstyrker förslaget att inte införa ansökningsavgift eller ömsesidigt processkostnadsansvar vid överprövning av upphandling eller överprövning av avtalsgiltighet.

Skadestånd

Ersättning för rättegångskostnader

SKL Kommentus tillstyrker förslaget vad gäller leverantörers möjlighet att få ersättning för rättegångskostnader i överprövningsmål som skadestånd med hänvisning till rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd och den unionsrättsliga effektivitetsprincipen.

Dock vill SKL Kommentus framhålla att även upphandlande myndigheter och enheter bör kunna tillerkännas motsvarande skadestånd under vissa omständigheter, framför allt när en leverantör har ansökt om överprövning utan framgång och enbart i syfte att i strid med praxis försena kontrakts- eller ramavtalsstilldelning för egen vinning. En möjlighet för upphandlande myndigheter att kräva ersättning för sina rättegångskostnader som skadestånd skulle vara en viktig signal till leverantörer om att användande av överprövningar i rent taktiskt syfte, med följderna att såväl upphandlande myndigheter som vinnande leverantörer drabbas av ekonomiska förluster, inte är acceptabelt. En sådan skadeståndsmöjlighet skulle även fungera som ett verktyg för att skapa bättre balans mellan leverantörers och upphandlande myndigheters rättigheter i överprövnings- och skadeståndssammanhang. Detta är särskilt sant när den upphandlande myndigheten eller enheten är ett privat rättssubjekt med hänvisning samma effektivitetsprincip som utkastet nämner som stöd för förslaget om att leverantörens rätt till skadestånd för rättegångskostnader inte bör begränsas i lag.

Fristen för att ansöka om skadestånd

Liksom SKR, instämmer SKL Kommentus i utredningens resonemang om att nuvarande frister för att ansöka om skadestånd bör anpassas till EU-rätten.

SKL Kommentus och SKR delar också uppfattningen och argumenten för att förslaget på preskription avseende skadeståndstalan ska avstyrkas i denna del. SKL Kommentus vill särskilt lyfta fram det SKR anför om att förslaget bör kompletteras med en yttersta tidsgräns om 10 år, alternativt att frågan bör utredas vidare.

SKL Kommentus vill, i tillägg till det SKR anför, lyfta följande. Den föreslagna fristen för att ansöka om skadestånd öppnar upp för potentiellt eviga frister. Det gäller särskilt för avtal vars ingående fortfarande inte, efter de föreslagna regeländringarna, behöver efterannonseras och för upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen (men av författningar som reglerar sekretess).

SKL Kommentus är även starkt kritisk till de förslag på åtgärder som en myndighet kan vidta för att få preskriptionsfristen att börja löpa. Där nämns att *information till leverantörerna* är ett sätt att starta preskriptionsfristen. Det är dock svårt att säkerställa att sådan information går ut till en så pass stor krets leverantörer och på ett sådant sätt att *de borde ha fått kännedom om att avtal ingåtts*. De föreslagna åtgärderna innebär en ytterligare administrativ börda för upphandlande myndigheter samtidigt som de inte är någon garanti för att fristen, vid en domstolsprövning, kommer anses ha börjat löpa. Förslaget bör därför i denna del inte genomföras då det skulle leda till orimligt stora risker för upphandlande myndigheter.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

SKL Kommentus avstyrker förslaget om att bestämmelserna om preklusionsfrist inte ska tillämpas i mål om överprövning där ansökan har getts in till förvaltningsrätten före ikraftträdandet. För de upphandlingar vars frist för att ansöka om överprövning löper både innan och efter reglernas ikraftträdande, kan övergångsbestämmelserna innebära att olika regler gäller för olika ansökningar beroende på när ansökan i fråga har getts in. Detta trots att ansökningarna avser samma upphandling och kan grundas på i allt väsentligt samma omständigheter. Det kan få underliga konsekvenser och leda till en oenhetlig hantering av de olika ansökningarna. SKL Kommentus anser därför att reglerna om preklusionsfrist istället bör gälla för upphandlingar som påbörjas efter reglernas ikraftträdande.

Vad gäller fristen för att väcka talan om skadestånd, har SKL Kommentus förståelse för att regeringen är angelägen om att de nya bestämmelserna så fort som möjligt genomförs i svensk lag. Brådskan riskerar dock att leda till orimliga konsekvenser, inklusive retroaktivt betungande lagstiftning gentemot privata rättssubjekt. Detta särskilt i de upphandlingsförfaranden som har initierats eller pågått under lång tid innan reglerna trädde i kraft. Detsamma gäller om avtal ingåtts för så pass länge sedan att fristen för att väcka talan om skadestånd är mycket nära att gå ut när reglerna träder i kraft. I dessa fall kommer fristen för att väcka talan om skadestånd potentiellt att förlängas i evig tid. En sådan utveckling saknade den upphandlande myndigheten anledning att räkna med när den genomförde upphandlingen och ingick avtalet. SKL Kommentus föreslår därför att ändringen av tidsfristen för att väcka talan om skadestånd inte ska gälla för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Kommentus anser dessutom att de föreslagna tidsfristerna för uteslutning inte heller ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Den föreslagna ordningen innebär att ett separat beslut om uteslutning eller ett tilldelningsbeslut som var korrekt enligt LOU vid tidpunkten när det meddelades, därefter kan anses felaktigt. Det kan användas som grund i en efterföljande överprövning eller skadeståndsmål. Det medför en bristande rättssäkerhet för alla upphandlande myndigheter som har pågående upphandlingsförfaranden vid tidpunkten för ikraftträdandet. Det kan även påverka potentiella anbudsgivares överväganden i anbudsfasen. Anbudsgivare behöver ta ställning till om en uteslutningsgrund föreligger samt, i sådana fall, vilka självsaneringsåtgärder som anbudsgivaren kan behöva vidta.

Kommentus ser heller ingen anledning till varför reglerna för efterannonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar ska gälla för upphandlingar av välfärdstjänster som påbörjats innan ikraftträdandet. Sådana övergångsbestämmelser skulle medföra en ökad tydlighet och förenkla den initiala tillämpningen av de nya reglerna för efterannonser. Det skulle dessutom minimera gränsdragningsproblemen vid reglernas ikraftträdande.

Remissvaret har handlagts av bolagsjuristerna Sara-Li Olovsson och Lotta Olsson och beslutas av SKL Kommentus koncernledning den 24 mars 2021.

Eva-Lotta Löwstedt Lundell
VD

Åsa Edman
Chefsjurist

Bilagor

1. Bernt Lundgren & Bengt Eklind, Kostnader som uppstår till följd av överprövningar av upphandlingar, 2018-10-26.
2. Jörgen Hettne, Aktsamhet och omsorg i upphandlingsprocessen – om frånvaron av preklusionsregler i LOU, Upphandlingsrättslig tidskrift nr 3 2016.