

Datum 2021-03-30
Ert referensnummer Dnr Fi2020/05179

Vår referens
Ulrica Dyrke

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling
103 33 Stockholm

Remissvar - Utkast till lagrådsremiss ”En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar”

Almega är Sveriges största arbetsgivar- och branschorganisation för tjänsteföretag. Våra medlemsföretag representerar ett 60-tal branscher inom den svenska tjänstenäringen. Våra medlemmar består av ca 11 000 företag med över 500 000 medarbetare. Almega är den största förbundsgruppen inom Svenskt Näringsliv.

Almega uppskattar möjligheten att lämna synpunkter på rubricerat utkast till lagrådsremiss.

Almega anser att utkastet är balanserat och välskrivet. Vi välkomnar att förslagen rörande överprövning syftar till att effektivisera själva handläggningen i domstol. Vi finner att detta är rätt sätt att ta sig an frågan. Det är inte antalet överprövningar, utan de långa handläggningstiderna i domstol som är det stora problemet. De långa handläggningstiderna drabbar företag som deltar i offentlig upphandling som får problem att planera sin verksamhet och kan ha svårt att hålla fast vid sitt anbud under hela domstolsprocessen. Även upphandlande myndigheter och enheter drabbas av svårigheter i planering och ytterst avtalslösa tillstånd och därmed uteblivna leveranser under överprövningstiden.

Almega ställer sig bakom förslagen och ställningstagandena med följande reservationer och kommentarer.

Preklusionsfrist i förvaltningsrätten

Enligt förslaget ska omständigheter som den sökande leverantören åberopar till grund för sin talan senare än två veckor från den dag då ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten endast få beaktas av rätten om leverantören gör sannolikt att denne inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.

Eftersom det är långa handläggningstider i domstol som är grundproblemet anser Almega att det i sig är välkommet att förslaget tar sikte på att söka effektivisera själva domstolsprocessen. I detta avseende är förslaget betydligt bättre än Överprövningsutredningens förslag som innebar en preklusionsfrist under anbudstiden.

Almega har dock invändningar emot den föreslagna regelns utformning. Innebörden av förslaget är att det endast är den sökande leverantören som begränsas i möjligheten att påtala nya omständigheter, medan motparten, dvs. upphandlande myndighet/enhet inte har motsvarande restriktioner. Inte heller tredje parter som intervenerar i målet omfattas av begränsningen. Det måste säkerställas att en sökande leverantör – i likhet med övriga

parter - har rimliga möjligheter att bemöta alla de omständigheter som förs fram av andra parter i målet.

Vidare framstår den föreslagna tvåveckorsgränsen som ytterst kort. Det måste beaktas att den sökande leverantören kanske inte ens har hunnit ta del av vinnande anbud under denna tidsfrist. Rådande trend med allt mer sekretessbeläggning av innehållet i anbuden ökar risken för detta scenario. Förslaget medför således uppenbara risker för leverantörerna ur ett rättssäkerhetsperspektiv.

Almega förordar att det i stället införs en möjlighet för förvaltningsrätten att vid behov stupstocksförelägga parterna i målet att till visst datum fastställa sin talan. Om ett föreläggande sker enligt sådan modell kan nya omständigheter inte föras fram av någondera part efter det aktuella datumet. En sådan regel har den klara fördelen att den tillämpas likabehandlande mellan parterna, vilket är av stor vikt. En sådan ordning skulle även möjliggöra en mer effektiv processföring från domstolens sida.

För det fall att regeringen, trots rättssäkerhetsbristerna, ändå väljer att gå vidare med sitt förslag vill Almega understryka att sökande leverantör har ett berättigat intresse av att kunna bemöta nya omständigheter som efter tvåveckorsfristen förs fram av andra parter i målet, såsom exempelvis tredje parter som intervenerar. För att skapa rättssäkerhet för sökande leverantörer behöver situationer då det föreligger giltig ursäkt att åberopa nya omständigheter tydliggöras i förarbetena, till ledning för rättstillämpningen.

Preklusionsfrist i kammarrätten

Förslaget innebär att en omständighet som en part åberopar till grund för sin talan först i kammarrätten, får beaktas av rätten endast om parten gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten i förvaltningsrätten eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.

Almega tillstryker förslaget, som framstår ändamålsenligt för att effektivisera domstolsprocessen.

Ang skyndsamhetskrav

I utkastet föreslås ett skyndsamhetskrav *i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet*.

Almega vill understryka vikten av skyndsamt hantering av dessa mål och ser därför positivt på förslaget. Med beaktande av att upphandlingsmål redan hanteras med förtur enligt förvaltningsdomstolarnas arbetsordning, befarar vi dock att effekterna av förslaget kommer att vara begränsade.

Ett skyndsamhetskrav föreslås även *i mål om utlämnande av kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen*.

Almega tillstyrker detta förslag. Det är bra att det införs ett skyndsamhetskrav även i sådana mål som avser upphandlande myndigheter och enheter som idag inte omfattas av offentlighetsprincipen och därmed inte heller tryckfrihetsförordningens regler om skyndsamt handläggning när det handlar om beslut att inte lämna ut allmän handling. Förslaget förbättrar leverantörernas möjlighet att hinna begära provning av ett avtals giltighet kopplat till sådana upphandlande myndigheter och enheter.

Ang tidsfrist för prövning i förvaltningsrätt

I utkastet anges att det inte bör införas en tidsfrist för avgörande av ett mål om överprövning av en upphandling.

Almega ser alltså positivt på den av Överprövningsutredningen föreslagna tremånadersfristen för prövning i förvaltningsrätten. En sådan frist skulle öka förutsebarheten för alla parter och skulle sannolikt skynda på handläggningen betydligt mer än den föreslagna skyndsamhetsregeln.

Ang ansökningsavgift och ömsesidigt processkostnadsansvar

Enligt förslaget bör ansökningsavgift inte införas i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet. Bedömningen är att inte heller ett ömsesidigt processkostnadsansvar bör införas i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet.

Almega tillstyrker denna bedömning av de skäl som framförs i utkastet. Vi vill särskilt framhålla risken för att i synnerhet små och mindre resursstarka leverantörer annars skulle riskera att avstå från befogade överprövningar endast av ekonomiska skäl och i förlängningen minskat deltagande i offentlig upphandling. För mer utförlig argumentation ber vi att få hänvisa till vårt remissyttrande över Förenklingsutredningens förslag.

Enligt statistik från Upphandlingsmyndigheten biföll förvaltningsrätterna leverantörens ansökan i 25 procent av alla sakprövade överprövningsmål under 2019. Detta tyder på att en förhållandevis hög andel av de ansökningar som ges in till domstol är välgrundade. Ur ett rättssäkerhetsperspektiv bör man inte skapa ekonomiska hinder för att begränsa denna rätt.

Ang efterannonsering

I utkastet föreslås att *efterannonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar inte ska behöva göras vid upphandlingar under 100 000 kronor.*

Almega ställer sig bakom att det införs en reglering om efterannonsering även för icke direktivstyrda upphandlingar, eftersom detta bidrar till ökad och samlad transparens och insyn i resultatet av de offentliga upphandlingarna. Almega vill samtidigt peka på vikten av att systemet utformas på ett sätt som blir administrativt hanterbart för de upphandlande myndigheterna och enheterna.

Vidare föreslås att reglerna om efterannonsering ska gälla för samtliga upphandlingar av sådana *välståndstjänster som anges i bilaga 2 b LOU*. Samtliga reglerade annonser om sådana upphandlingar ska publiceras i en registrerad annonsdatabas.

Almega tillstyrker förslaget att även välfärdssektorn ska omfattas av samma reglering som övriga upphandlingar, dvs att alla annonser ska publiceras i registrerade annonsdatabaser och att upphandlingarna ska efterannonseras på samma sätt som gäller i övrigt.

Ang temporär direktupphandling

Utkastets bedömning är att det inte bör införas en ny möjlighet att upphandla utan föregående annonsering med anledning av att en tidigare annonserad direktivstyrd upphandling har blivit stoppad i en överprövningsprocess. Det bör inte i lag exemplifieras vilka omständigheter som en upphandlande myndighet eller enhet kan förväntas förutse och som därför inte får åberopas till stöd för ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Almega kan konstatera att det i utkastet anges som skäl att sådan reglering går utöver vad som kan uttolkas av EU-rätten. Almega har ingen invändning emot denna bedömning.

Ang tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet

Enligt förslaget ska ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att en icke-direktivstyrd efterannons i en registrerad annonsdatabas.

Almega kan konstatera att förslaget innebär en betydande förkortning av tidsfristen för leverantörer att begära prövning av avtals giltighet i situationer då efterannonsering har skett. I övriga fall ska den nu rådande tidsfristen på sex månader gälla.

Almega ser behoven av att skapa system som skapar transparens och rimliga möjligheter för leverantörer att vid behov agera rättsligt mot misstänkt otillåtna direktupphandlingar.

Samtidigt finns behov av någon form av förutsägbarhet för upphandlande myndigheter/enhet och avtalsslutande leverantör om att ett avtal kommer att bestå. Almega finner att förslaget på ett rimligt sätt balanserar dessa intressen.

Koncentration av domstolar

Almega vill avslutningsvis framhålla att vi anser att koncentration av upphandlingsmål till färre förvaltningsrätter och kammarrätter vore ett effektivt sätt att effektivisera domstolsprocessen i upphandlingsmål. Genom en sådan förändring kan ökad specialisering och kompetens inom området uppnås på berörda domstolar. En sådan reform skulle sannolikt på ett effektivt sätt bidra till kortare handläggningstider och mer enhetlig domstolspraxis.

För Almega

Andreas Åström

Avdelningschef näringspolitik

Ulrica Dyrke

Expert offentlig upphandling