

Finansdepartementet  
103 33 Stockholm

Stockholm  
2015-06-15

Vår referens  
Ulrica Dyrke

Dnr  
Fi 2015/1216

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

Företagarna har givits möjlighet att yttra sig över rubricerade slutbetänkande och vill lämna följande kommentarer.

### Allmänt om betänkandet

Betänkandet innehåller förslag som syftar till att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena. Företagarna anser att utredaren fångar upp problematiken och balanserar mellan olika intressen på ett övergripande bra sätt. Våra närmare kommentarer framgår av det följande.

### 5.3 Avgifter vid ansökan om överprövning

Utredningen anser att bestämmelser om avgifter vid ansökan i mål om överprövning enligt upphandlingslagarna inte bör införas i LOU, LUF eller LUFSS.

Företagarna tillstyrker utredningens bedömning. Ett avgiftsbeläggande skulle slå hårt särskilt mot småskaliga leverantörer med begränsade resurser. Vi finner att utredningens resonemang och analys tydligt visar att avgiftsbeläggning inte är en lämplig väg att gå.

### 5.4 Ersättning för processkostnader

Utredningen anser att det i LOU, LUF eller LUFSS inte bör införas en regel som innebär att förlorande part ska betala processkostnaderna. Utredningen föreslår att en regel bör införas i upphandlingslagstiftningen som innebär att processkostnader i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada.

Företagarna ställer sig fullt ut bakom utredningens bedömning att inte införa en regel som innebär att förlorande part ska betala processkostnaderna även för motparten. Att införa ett sådant ansvar skulle slå mycket hårt mot småskaliga leverantörer med begränsade ekonomiska resurser. De ekonomiska riskerna med att överklaga en

upphandling skulle i ett sådant scenario bli påtagliga och avskräckande för många små leverantörer. Detta skulle riskera att allvarligt hämma berättigade överprövningar och skulle inte leda till en ändamålsenlig effektivisering. Vi anser att utredningens resonemang för sitt ställningstagande tydligt visar på risken för sådana effekter.

Förslaget att införa en regel som stadgar att processkostnader i överprövningsmål inte ska utgöra ersättningsgill skada är av annan karaktär. Bakgrunden är att en tämligen färsk dom från Högsta domstolen i det s.k. Fidelia-målet ger vissa möjligheter för en leverantör att få ersättning för de rättegångskostnader. Motsvarande anses inte gälla för upphandlande myndigheter/enheter som vinner en upphandlingsprocess. Utredningens förslag är framlagt i syfte att korrigera den ”obalans” som genom HD-domen anses ha uppstått mellan upphandlande myndigheter och leverantörer i detta avseende.

Företagarna anser principiellt att det är rimligt med balans mellan upphandlarsidan och leverantörssidan i detta avseende. Förslaget framstår mot den bakgrunden som principiellt rimligt, även om det innebär en viss försämring för leverantörer i förhållande till rådande rättsläge. Det kan konstateras att det i dagsläget är ovanligt att företag driver denna typ av skadestandsprocesser.

I sammanhanget måste dock även observeras utredningens förslag om den s.k. mellanvägen (se avsnittet om preklusionsfrist). Som framgår av vårt yttrande i den delen befarar vi ökat behov av juridisk konsultation till följd av det förslaget. Därmed kommer även de små leverantörernas rättegångskostnader sannolikt att öka. I en sådan situation anser vi att det kommer att finnas rättmätigt behov av fortsatta möjligheter för leverantörer som drabbas av felaktiga upphandlingar att få ersättning för sina rättegångskostnader om de vinner upphandlingsmål. Om den föreslagna mellanvägen införs anser Företagarna således att möjligheten för en leverantör att få ersättning för sina processkostnader inte bör tas bort.

### **5.6 Den förlängda avtalsspärren**

Utredningen anser att den förlängda avtalsspärren som gäller i första instans bör kvarstå i befintlig omfattning.

Företagarna tillstyrker förslaget. Att ta bort den förlängda avtalsspärren i första instans och i stället införa krav på interimistiskt beslut skulle, så som utredningen påpekar, skapa ett merarbete för förvaltningsrätterna. Företagarna vill framhålla att det därtill skulle innebära en extra börda för överklagande leverantörer, vilka skulle behöva sätta sig in i detaljerna kring yrkande om interimistiskt beslut vid överklagande. Ett sådant system har funnits tidigare och har då lett till onödiga rättsförluster för enskilda små leverantörer utan juridiskt biträde. Detta bör inte upprepas.

I sammanhanget vill Företagarna framhålla att det förhållandet att den förlängda avtalsspärren enbart gäller i förvaltningsrätt och inte i högre domstolsinstanserna, dvs. kammarrätt och Högsta förvaltningsdomstolen, är inkonsekvent. Detta system leder till onödiga rättsförluster för småskaliga leverantörer som saknar juridiskt ombud och som inte känner till att de i högre instans själva måste yrka på interimistiskt beslut.

### **5.7 Pröva trots avtal**

Utredningen gör bedömningen att avtal även i fortsättningen bör avskära möjligheten att överpröva en upphandling.

Företagarna finner att detta är ett rimligt ställningstagande.

## 5.8 Preklusionsfrist

Utredningen har funnit att det inte bör införas en renodlad preklusionsfrist som innebär att ansökan om överprövning som avser brister i det konkurrensuppsökande skedet måste göras inom en viss tid. Utredningen föreslår dock i stället en alternativ lösning, den s.k. mellanvägen. Förslaget innebär att det införs en påtalandeskyldighet för leverantörer avseende fel och brister innan halva tiden för att lämna anbud i upphandlingen har löpt ut. Fristen föreslås inte kunna understiga tio dagar.

Företagarna instämmer i utredningens bedömning att det inte bör införas en renodlad preklusionsfrist. En sådan reform skulle innebära risk för stora rättsförluster för leverantörer. Företagarna vill även framhålla att vi inte anser att EU:s rättsmedelsdirektiv innebär att det skulle vara obligatoriskt för medlemsstaterna att införa preklusionsfrist. Frågan om preklusionsfrist har utretts tidigare, dock utan att något lagförslag har lagts fram.

Frågan om preklusionsfrist har åter aktualiserats eftersom det, särskilt från upphandlande myndigheters/enheters sida, anses problematiskt att fel och brister i förfrågningsunderlagen uppmärksammas först vid överklaganden efter meddelade tilldelningsbeslut och inte tidigare under anbudstidens gång. Detta bedöms orsaka samhällsekonomiska merkostnader.

Företagarna kan instämma i att det finns en samhällsekonomisk problematik med den nuvarande situationen. Effekter uppstår för såväl upphandlande myndigheter/enheter som vinnande leverantörer.

Företagarna delar utredningens uppfattning att det behövs mer dialog i offentlig upphandling. Vi delar även utredningens uppfattning att den föreslagna regeln skapar incitament till kommunikation mellan leverantörer och upphandlande myndigheter/enheter om oklarheter och tveksamheter i förfrågningsunderlagen. Om fel och brister uppdagas och rättas till i ett tidigare skede kan behovet av överprövning minska. Detta är i sig positivt för såväl upphandlarsidan som leverantörssidan generellt sett.

Företagarna anser att den föreslagna mellanvägen är ett konstruktivt försök till kompromisslösning i denna fråga. Med detta sagt måste dock även uppmärksammas att den föreslagna modellen innebär ytterligare moment och bördor, särskilt för företag som deltar i offentlig upphandling. De kommer behöva bevaka upphandlingsannonser för att snabbt kunna sätta sig in i förfrågningsunderlagen och anmärka mot tveksamma krav och beslut innan halva anbudstiden har löpt ut. Detta innebär en ökad börda, särskilt för små företag med begränsade resurser att avsätta för kontinuerlig hantering av offentliga upphandlingar.

Företagarna har under maj månad tillfrågat små företag som deltar i offentlig upphandling om deras syn på införandet av en sådan regel som utredningen föreslår. Av de drygt 200 företagare som har uttalat en åsikt i frågan är omkring 2/3 negativa till en sådan regel. En framträdande orsak som anförs är just att detta kommer att bli svårt för små företag att praktiskt hinna och kunna hantera. Många av de svarande företagen betonar risk för att därmed hamna i rättslöshet.

Företagarna kan konstatera att den föreslagna modellen rymmer att antal nya aspekter av mer processuell karaktär. Exempel på detta är bedömningar av om det i ett enskilt fall finns förutsättningar att ta upp ett överklagande till prövning. Sådana bedömningar kan exempelvis röra frågan om vid vilken tidpunkt en leverantör fått kännedom om eller

borde ha fått kännedom om det aktuella felet eller frågan om leverantören har anmärkt mot felet på ett korrekt sätt. Detta torde kunna leda till ökat behov bland små företag av att anlita juridiskt ombud när de är med i offentlig upphandling. En sådan utveckling är kostsam för företagen och inte önskvärd. Resultatet kan bli att fler små företag avstår från att delta i offentlig upphandling.

Vi vill betona att utredningen funnit att det inte finns belägg för något mer utbrett användande av ”okynnesöverprövningar”. En möjlig risk med den föreslagna modellen är dock att företag kan komma att se sig tvingade att ”taktikanmärka” mot allt tänkbart tveksamt i ett förfrågningsunderlag, i syfte att inte försitta sin möjlighet att överklaga i ett senare skede. Hanteringen av detta kan i sig bli en administrativ utmaning. Även upphandlande myndigheter/enheter och domstolar torde kunna få ett merarbete till följd av förslaget, bl.a. i nyss beskrivet avseende.

Sammantaget finner Företagarna att den föreslagna modellen är en i sig intressant kompromisslösning, som dock rymmer alltför stora outredda risker, inte minst för små företag. Vi avstyrker därför förslaget.

Om förslaget ändå skulle genomföras anser Företagarna att det måste göras mer praktiskt hanterbart för företagen. Exempelvis bör i så fall övervägas om det är möjligt att förlänga tidsfristen för när anmärkning ska ske. Vidare är det av central betydelse att effekterna av systemet följs upp inom ett par år.

#### **5.8.10 Nya omständigheter i kammarrätt**

Utredningen föreslår att en regel bör införas som innebär att en ny omständighet eller ett nytt bevis endast får åberopas i kammarrätt om parten haft giltig ursäkt att inte åberopa omständigheten/beviset i förvaltningsrätt.

Företagarna kan konstatera att förslaget lagts i avsikt att koncentrera målen till första instans (dvs. förvaltningsrätt). Företagarna ser övervägande positivt på förslaget.

#### **5.9 Undantag för temporär direktupphandling**

Utredningen föreslår att det under en pågående överprövningsprocess bör bli möjligt att göra temporär direktupphandling utan föregående annonsering inom ramen för undantaget för synnerlig brådska. Förslaget exemplifierar att omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten är att upphandlingen begärs överprövad och att överprövning sker i en instans.

Företagarna anser, i likhet med utredningen, att det är problematiskt att upphandlande myndigheter/enheter genom utdragna överklagandeprocesser hamnar i avtalslösa lägen som innebär att de inte kan tillgodose nödvändiga behov. Vi bedömer att utredningens förslag är en godtagbar lösning för att komma till rätta med dessa problem.

I likhet med utredningen finner vi det lämpligt att upphandlande myndighet/enhet ska räkna med prövning i en instans. I de, förhållandevis få, fall där förvaltningsrättens domar överklagas till kammarrätt kommer då finnas möjlighet att under särskilda förutsättningar göra temporära direktupphandlingar. Företagarna vill understryka att det därvid måste handla om nödvändiga behov, dvs. behov som den upphandlande myndigheten/enheten är skyldig att tillgodose. En annan viktig förutsättning är att direktupphandlingen inte får omfatta mer än vad som faktiskt är nödvändigt för att tillfälligt täcka behovet.

#### **5.10 Tidsfrist för förvaltningsrättens prövning och skyndsam handläggning**

Utredningen föreslår att det ska införas en bestämmelse om att förvaltningsrätten ska

avgöra mål om överprövning av upphandling innan 90 dagar har gått från det att ansökan om överprövning kom in till rätten. Synnerliga hinder ska kunna medföra undantag från denna regel. Upphandlingsmål ska handläggas skyndsamt.

Detta förslag tillstyrks av Företagarna. Det är angeläget att förtydliga vikten av snabb handläggning av upphandlingsmål. Den föreslagna tidsfristen framstår som rimlig i ljuset av de faktiska handläggningstider i förvaltningsrätterna som utredningen har redovisat.

### **5.11 Frister för ansökan om upphandlingsskadeavgift samt för talan om skadestånd**

Utredningen anser att Konkurrensverkets frist för ansökan om upphandlingsskadeavgift inte bör ändras. Vidare anser utredningen att nuvarande ettårsfrist för att väcka talan om skadestånd inte bör ändras. Utredningen föreslår dock att regeln om frist för att väcka talan om skadestånd för direktivstyrda upphandlingar bör ändras på så sätt att fristen ska räknas från och med den dag då sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om avtalet. Vidare föreslås en utredning avseende förhållandet mellan skadeståndsregeln i upphandlingslagarna och skadeståndsreglen i skadeståndslagen.

Företagarna delar inte utredningens uppfattning i fråga om Konkurrensverkets preskriptionsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift. Enligt Konkurrensverket är den vanligaste orsaken till att ett ärende inte öppnas eller att ett ärende avskrivs att ärendet är eller snart kommer att bli preskriberat. Det framgår vidare att mer än hälften av de ärenden som Konkurrensverket öppnat avskrivs på grund av att ärendet är preskriberat. Företagarna anser att de argument som Konkurrensverket har framfört för en förlängd preskriptionsfrist är relevanta. Man måste komma ihåg att dessa ärenden rör otillåten direktupphandling, vilket är en allvarlig överträdelse av regelverket. I ljuset av detta anser Företagarna att det finns skäl att åter analysera frågan om en förlängd preskriptionsfrist för upphandlingsskadeavgift.

Vad beträffar frågan om en förlängd frist för att väcka talan om skadestånd enligt upphandlingsreglerna, kan Företagarna acceptera utredningens ställningstagande. Det är givetvis angeläget att leverantörer som drabbats av felaktigt genomförda upphandlingar kan väcka talan om ersättningsanspråk. Företagarna uppfattar dock att dagens ettårsfrist ger tillräckliga möjligheter till detta. I sammanhanget kan även beaktas att en utökad frist skulle innebära en förlängd tidsperiod med ovisshet för de upphandlande myndigheterna/enheterna. Om förhållandena skulle förändras i framtiden får frågan tas upp till prövning på nytt.

Företagarna instämmer även med utredaren i att tidpunkten för när fristen ska börja löpa bör överensstämja med EU-rätten. Detta innebär att fristen bör räknas från och med den dag då sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om avtalet. Till skillnad från utredaren anser vi dock att motsvarande förändring även bör göras för upphandlingar som inte är direktivstyrda. För att inte komplicera tillämpningen mer än nödvändigt anser vi att reglerna bör ha motsvarande utformning oavsett om det handlar om upphandlingar över eller under EU:s tröskelvärden.

I likhet med utredningen anser även Företagarna att det bör genomföras en utredning avseende förhållandet mellan skadeståndsregeln i upphandlingslagarna (som innebär ett års preskriptionsfrist) och skadeståndsreglen i skadeståndslagen (som innebär tio års preskriptionsfrist). Vi instämmer i att dessa förhållanden bör utredas innan någon ändring av fristen för att väcka talan om skadestånd enligt upphandlingslagarna övervägs.

## Företagarna

Patrik Nilsson

Chef Politik Analys & Opinion

Ulrica Dyrke

Upphandlingsexpert