

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig upphandling
103 33 Stockholm

Stockholm
2021-03-30

Vår referens
Magnus Johansson

Fi2020/05179

Remissvar utkast till lagrådsremiss ”En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar”

Företagarna är Sveriges största medlemsorganisation för företagare och företrädare i huvudsak små och medelstora företag inom privat sektor med cirka 60 000 medlemmar. Alla branscher finns representerade och medelantalet anställda per företag är 4–5 personer.

Företagarna har fått möjlighet att yttra sig över rubricerat utkast till lagrådsremiss. Nedan följer våra synpunkter.

Sammanfattning

Företagarna välkomnar presenterade förslag ägnade att effektivisera överprövning av offentliga upphandlingar. Det är av stort vikt att domstolsprocessen sköts effektivt utan att ge avkall på rättssäkerheten då överprövning av offentlig upphandling ofta rör sig om stora belopp och samhällsviktiga funktioner. En balans som inte alltid är lätt att finna. Företagarna anser det väl avvägt att varken föreslå införande av ansökningsavgift i mål om överprövning eller ett ömsesidigt processkostnadsansvar. Detta hade sannolikt medfört att små och medelstora företag i större utsträckning inte utnyttjat möjligheten att begära överprövning och få sin sak prövad av domstol. Införande av avgift eller ömsesidigt processkostnadsansvar skulle sannolikt även ha påverkat små och medelstora företags vilja att lämna anbud, något som skulle gå tvärtemot Företagarnas arbete att få fler små och medelstora företag att medverka i offentlig upphandling. Företagarna anser därför att fokus ska läggas på att effektivisera själva överprövningsprocessen utan att i för stor utsträckning beskära leverantörers möjlighet att begära överprövning.

Företagarna tillstyrker samtliga förslag i utkastet men önskar lämna följande förbehåll och kommentarer.

Preklusionsregler

Avseende preklusionsfrist under anbudstiden instämmer Företagarna att det inte bör införas en skyldighet för leverantörer att under anbudstiden påtala fel eller brister för att dessa ska kunna prövas av domstol. Det skulle läggas en alltför stor börda på små och medelstora företag om de samtidigt som de förberedde sina anbud även skulle behöva bedöma vilka fel och brister som måste åberopas i en överprövningsprocess innan preklusionsfristen träder in. Vissa fel och brister i upphandlingsdokumenten blir dessutom inte uppenbara förrän tilldelningsbeslut meddelas.

När det gäller preklusionsfrister i mål om offentlig upphandling har föreslagits att omständigheter som leverantören åberopar till grund för sin talan efter två veckor från det att ansökan inkom till domstolen får beaktas endast om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars ha giltig ursäkt för att inte göra det.

Införandet av en sådan preklusionfrist skulle med stor sannolikhet medföra en kortare överprövningsprocess. Å andra sidan träffar den föreslagna fristen bara den sökande leverantören. Varken den upphandlande myndigheten/enhetens eller eventuell tredje parts möjligheter att återopa nya omständigheter föreslås begränsas. Företagarna anser att det här finns en risk för att balansen i överprövningsprocessen påverkas negativt. Det skulle även kunna få olyckliga följder av att vissa leverantörer väntar med att begära överprövning tills någon annan gjort det, för att sedan träda in som tredje part och då inte träffas av preklusionsfristen. Företagarna ställer sig därför här bakom både Svenskt Näringslivs och Almegas förslag att istället införa ett så kallat ”stupstocks föreläggande” där samtliga parter i processen måste, efter viss tid, fastställa sin talan. En sådan regel skulle innebära en större likabehandling mellan parterna och påverka rättssäkerheten positivt.

Företagarna anser även att fristen om två veckor i sig är avsevärt kort. Många av våra medlemsföretag vittar om att det är krångligt och tidskrävande att få ta del av anbudshandlingar och nödvändiga dokument för att kunna bedöma ifall en offentlig upphandling ska överprövas. Även om denna omständighet skulle kunna beaktas som en ”ventil” från föreslagen huvudregel så anser Företagarna att en frist om två veckor är alltför kort och skulle påverka leverantörens möjlighet att återopa nya omständigheter på ett alltför ingripande sätt.

Ansökningsavgift och processkostnadsansvar

Enligt förslaget bör varken ansökningsavgift i mål om överprövning av upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet införas. Vidare bör inte heller ett ömsesidigt processkostnadsansvar införas. Företagarna välkomnar särskilt att dessa två förslag inte bör införas. Det hade med största sannolikhet inneburit att små och medelstora företag avstått från att begära överprövning på grund av ekonomiska skäl och därmed påverkat möjligheten att utnyttja de rättsmedel som lagstiftaren ger leverantörer på ett negativt sätt.

Tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet

I utkastet anges att när en upphandlande myndighet eller enhet har publicerat en icke-direktivstyrd efterannons i en registrerad databas så ska en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att annonsen publicerades.

Sedan 1 januari 2021 är det obligatoriskt att annonsera resultatet av icke-direktivstyrda upphandlingar. Detta stärker rättssäkerheten för leverantörer och ökar möjligheterna att få giltigheten av ett avtal under tröskelvärdena prövat i domstol. Även om föreslagen frist om 30 dagar är förhållandevis kort, och ett stort ansvar därför läggs på leverantörerna att hålla sig à jour, anser Företagarna att tidsfristen är väl avvägd mot bakgrund av att ogiltighetsförklaring av ett avtal är en mycket ingripande åtgärd.

Tidsgränser vid uteslutning av en leverantör

Enligt förslaget får upphandlande myndigheter eller enheter inte låta en dom som är äldre än fem år ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör på grund av brott enligt lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen om upphandling av koncessioner. Övriga missförhållanden får inte utgöra grund för uteslutning om händelserna är äldre än tre år.

Förslaget är en konsekvens av EU-domstolens praxis och en formell underrättelse från Europeiska kommissionen i vilken framfördes att Sverige har underlåtit att precisera den längsta tillåtna uteslutningsgrunden enligt de upphandlingsrättsliga direktiven. Företagarna tillstyrker förslagen då det blir mer transparent utifrån ett leverantörsperspektiv att det sätts bortre gränser för när en uteslutning kan se. Företagarna erinrar dock om att, i likhet med Upphandlingsmyndigheten, att de hinder som i dagsläget finns för upphandlande myndigheter och enheter att kontrollera företrädare måste lösas för att de föreslagna tidsgränserna ska få någon reell effekt.

Koncentration av domstolar

Avslutningsvis anser Företagarna att koncentration av överprövningsmål skulle innebära en stor effektiviseringsvinst. Handläggningstiderna skulle minska samtidigt som kompetensen hos utvalda domstolar skulle öka, med positiva rättssäkerhetsaspekter som följd.

Fredrik Östbom
Samhällspolitisk chef
Företagarna

Magnus Johansson
Konkurrens- och upphandlingsexpert
Företagarna