Stockholm den 15 december 2015

R-2015/2024

Till Finansdepartementet

Fi2015/04904/UR

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 23 oktober 2015 beretts tillfälle att avge yttrande över promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling.

Sammanfattning

Advokatsamfundet instämmer i utredningens bedömningar såvitt avser direktupphandling av koncessioner samt vissa ändringar i lagen om läkarvårdsersättning och lagen om ersättning för fysioterapi och lämnar de föreslagna lagändringarna utan erinran i denna del.

Advokatsamfundet avstyrker utredningens förslag såvitt avser tillgång till kontrakt respektive avslutande av avtal och vill i dessa delar framföra de synpunkter som framgår nedan.

Tillgång till kontrakt

Upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen

I promemorian föreslås att upphandlande myndighet eller enhet, som inte omfattas av offentlighetsprincipen, till den som begär det, ska lämna ut en kopia av kontrakt som har tilldelats enligt de nya lagarna om offentlig upphandling, upphandling inom försörjningssektorerna och upphandling av koncessioner. Bestämmelserna finns införda i 12 kap. 20 § LOU, 12 kap. 21 § LUF respektive 10 kap. 17 § LUK.

Huvudregeln i svensk lagstiftning är att principerna om offentlighet och sekretess enligt tryckfrihetsförordningen, TF, och offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL, bara gäller för myndigheter. Med myndighet avses i OSL, liksom i regeringsformen och TF, de organ som ingår i den offentligrättsliga statliga eller kommunala organisationen. Ett organ är inte att betrakta som myndighet enbart för att det i något hänseende tillagts uppgift som innefattar myndighetsutövning. Vissa juridiska personer jämställs dock med myndigheter i offentlighetshänseende. Av 2 kap. 3 § OSL följer att offentlighetsprincipen gäller också för juridiska personer där kommuner eller landsting har ett bestämmande inflytande. Sådana aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser ska således vid tillämpningen av lagen jämställas med myndighet.

Av 2 kap. 4 § OSL framgår vidare att det som föreskrivs i TF om rätt att ta del av allmänna handlingar hos myndigheter i tillämpliga delar ska gälla också handlingar hos de organ som anges i bilagan till den aktuella bestämmelsen i OSL, om handlingarna hör till den verksamhet som nämns i bilagan. Det är vanligtvis fråga om organ som tilldelats myndighetsutövningsuppgifter eller anförtrotts att fördela allmänna medel. Högsta förvaltningsdomstolen har dock slagit fast att bestämmelsen inte omfattar enskilda rättssubjekt som ägs av ett sådant organ som anges i bilagan (se HFD 2014 ref. 70).

De nu föreslagna bestämmelserna i LOU, LUF och LUK träffar sådana subjekt som definieras som upphandlande myndigheter eller enheter enligt upphandlingslagstiftningen, men som inte omfattas av myndighetsbegreppet eller undantagssituationerna i TF och OSL, och därmed inte heller av offentlighetsprincipen. För de nu berörda upphandlande myndigheterna och enheterna ska därför, enligt utredningen, i stället bestämmelserna i lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter, FHL, vara tillämpliga vid prövningen av frågan om efterfrågade handlingar ska utlämnas. Enligt utredningen är därvid en naturlig utgångspunkt att skyddsnivån för uppgifterna vid utlämnande av kontrakt bör motsvara vad som annars gäller enligt den lagen, i syfte att skydda företagshemligheter som avser leverantören i utlämnandesituationen.

Advokatsamfundet delar inte promemorians bedömning i detta avseende och vill framföra följande synpunkter. Att införa en skyldighet för de upphandlande myndigheter och enheter som omfattas av den föreslagna lagändringen att lämna ut handlingar på det sätt som föreslås, riskerar att äventyra rättssäkerheten för såväl den upphandlande myndigheten/enheten som en anbudssökande eller anbudsgivare i en upphandling. De aktuella subjekten omfattas vare sig av myndighetsbegreppet enligt TF och OSL eller av de särskilda undantag som görs för vissa typer av organ i offentlighetshänseende. Som framgått ovan har Högsta förvaltningsdomstolen, vid sin tolkning av bestämmelsen i 2 kap. 4 § OSL, slagit fast att ett enskilt rättssubjekt som inte har tagits upp i bilagan till bestämmelsen inte omfattas av offentlighetsprincipen, oaktat det förhållandet att bolaget ägs av organ som finns angivna i bilagan. Möjligheterna att göra undantag från huvudregeln om att endast myndigheter omfattas av offentlighetsprincipen, är således starkt begränsade. Den nu föreslagna lagändringen framstår mot den bakgrunden som ett kringgående av huvudregeln och de undantag som kan göras från denna. Det saknar i detta hänseende betydelse att prövningen av frågan om utlämnande av handlingar inte ska ske

enligt TF och OSL, utan i enlighet med FHL. Effekten av lagändringen blir likafullt en utökning av offentlighetsprincipen, om än indirekt eller analog, som framför allt kommer att gå ut över sådana juridiska personer som utgör upphandlande myndigheter eller enheter, men som inte omfattas av vare sig myndighetsbegreppet eller de undantag i offentlighets- och sekretesshänseende som framgår av OSL.

Av promemorian framgår inte heller med tillräcklig tydlighet om tolkningen av bestämmelserna om utlämnande av handlingar ska göras uteslutande med tillämpning av de nya upphandlingsreglerna och FHL, eller om bestämmelserna också ska tolkas i ljuset av TF och OSL – även om dessa lagar som framgått inte är tillämpliga i förhållande till de subjekt som de föreslagna bestämmelserna tar sikte på. Den föreslagna lagändringen riskerar således att leda till gränsdragningsproblematik för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer i situationer där det uppkommer osäkerhet om huruvida en viss handling ska lämnas ut eller ej. Detta är särskilt problematiskt mot bakgrund av att de upphandlande myndigheter eller enheter som kommer att beröras av nu aktuella lagändringar inte har någon tidigare erfarenhet av eller skyldighet att handlägga beslut om utlämnande av handlingar.

Lagändringen kan dessutom få till följd att olika bolag inom en och samma koncernstruktur kan komma att omfattas av och agera med utgångspunkt i olika regler beträffande frågan om utlämnande av handlingar, beroende på om de omfattas av TF och OSL eller ej. En annan tänkbar situation som kan orsaka gränsdragningsproblem är om en handling begärs ut från en upphandlande myndighet eller enhet som i och för sig förekommer i bilagan till 2 kap. 4 § OSL, men endast såvitt avser viss verksamhet. Den upphandlande myndigheten eller enheten kommer då att behöva ta ställning till huruvida den omfattas av offentlighetsprincipen och OSL, eller om prövningen i stället ska ske enligt FHL. Gränsdragningen i dessa situationer kommer även att få inverkan på vilken överklagandeordning som ska gälla för beslut om att inte lämna ut viss uppgift (jfr följande avsnitt).

Advokatsamfundet anser det vidare problematiskt att det av de föreslagna bestämmelserna inte uttryckligen framgår att de endast gäller för sådana upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. Enligt utredningen anses det inte vara nödvändigt att närmare definiera vilka upphandlande myndigheter och enheter som bestämmelserna omfattar, eftersom det följer av normhierarkin att sådana myndigheter som omfattas av nämnda princip i stället ska tillämpa bestämmelserna om utlämnande av allmänna handlingar. Advokatsamfundet delar inte utredningens uppfattning i detta avseende. Vare sig de upphandlande myndigheter och enheter som omfattas av lagförslaget, eller de leverantörer som deltar i upphandlingar i förhållande till dessa myndigheter och enheter, har tidigare haft en skyldighet att tillhandahålla handlingar, respektive rättighet att erhålla sådana. Mot den bakgrunden samt med hänsyn till det som anförts ovan anser Advokatsamfundet att det ur ett rättssäkerhetsperspektiv finns anledning att förtydliga bestämmelsen så att det inte råder någon tvekan om vilka subjekt den nya regleringen omfattar.

Advokatsamfundet vill därutöver framhålla följande. En leverantör som vill få del av handlingar inom ramen för ett överprövningsförfarande har redan i dag möjlighet att genom en editionstalan begära ut sådana handlingar som kan antas ha betydelse som bevis från en upphandlande myndighet eller enhet. Möjligheten att begära edition är inte begränsad till sådana upphandlande myndigheter eller enheter som omfattas av offentlighetsprincipen och OSL, eftersom ett editionsyrkande kan avse såväl handlingar som finns hos en upphandlande myndighet eller enhet i ett överprövningsförfarande (oavsett om denna omfattas av offentlighetsprincipen och OSL eller ej) som handlingar som finns hos tredje man. Högsta förvaltningsdomstolen har därutöver, i sitt avgörande av den 1 oktober 2015 i mål nr 6331-14, nyligen fastslagit en utökad utredningsskyldighet för förvaltningsdomstolar i upphandlingsmål. För den leverantör som önskar få del av handlingar och/eller tillse att dessa beaktas inom ramen för ett överprövningsförfarande finns således redan i dag andra tillvägagångssätt tillgängliga. Såväl edition som förvaltningsrätternas utredningsskyldighet kan göras gällande av en part inom ramen för ett överprövningsförfarande och möjliggör således insyn i den offentliga förvaltningen på upphandlingsrättens område utan att några lagändringar behöver vidtas. Det får också antas att det är inom ramen för ett överprövningsförfarande som behovet av sådan insyn är som störst. De situationer där en aktör av andra skäl önskar få del av viss dokumentation från sådana subjekt som omfattas av lagändringen torde vara begränsade och motiverar inte i sig att de bestämmelser som föreslås i promemorian genomförs. Mot den bakgrunden saknas det enligt Advokatsamfundet i dagsläget behov av att införa den nu föreslagna regleringen.

Rätt till domstolsprövning samt överklagande och rättidsprövning

I promemorian föreslås att en upphandlande myndighet eller enhet, när den handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt, ska tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut enligt förvaltningslagen (1986:223), FL. Beslut om att inte utlämna handlingar i de nu aktuella situationerna ska kunna överklagas till den förvaltningsrätt inom vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sitt hemvist. Bestämmelserna finns intagna i den föreslagna lydelsen av 12 kap. 22-23 §§ LOU, 12 kap. 23-24 §§ LUF respektive 10 kap. 19-20 §§ LUK.

Den föreslagna ordningen skiljer sig från den som normalt gäller i sekretessmål, där beslut om att inte utlämna handlingar överklagas direkt till kammarrätt. I promemorian bedöms också förvaltningsrätten vara mer lämpad att göra rättidsprövningen av ett inkommet överklagande än de beslutande organen, varför den överklagandeordning som gäller enligt lagen (1986:1142) om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter ska tillämpas i dessa fall. Förslaget skiljer sig således även i detta hänseende från den ordning som normalt gäller i sekretessmål, där rättidsprövningen görs av den beslutande myndigheten.

Advokatsamfundet delar inte promemorians överväganden i dessa avseenden och vill framföra följande synpunkter. Som framgått avviker den föreslagna ordningen från den ordning som normalt gäller i fråga om överklagande av beslut om att inte lämna ut

handlingar, både såvitt avser aktuell överinstans och såvitt avser rättidsprövning. Advokatsamfundet anser att det är problematiskt att den föreslagna ändringen inför två parallella system för hantering och överklagande av beslut om utlämnande av handlingar inom ramen för en och samma upphandlingslagstiftning. Detta gäller inte minst mot bakgrund av att de subjekt som kommer att omfattas av den nya regleringen inte har någon tidigare erfarenhet av att hantera frågor som rör utlämnande av respektive tillgång till handlingar.

I de föreslagna bestämmelserna saknas också upplysning om vilken instans överklagandet ska ges in till. I lagförslaget görs hänvisningar till 20 och 21 §§ FL beträffande motivering av beslut och underrättelse om beslut. Att överklagandet och rättidsprövningen däremot inte ska göras enligt den ordning som anges i 23 § andra stycket samt 24 § FL, utan enligt bestämmelserna i lagen (1986:1142) om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter, anges däremot inte. Det framgår således inte av den föreslagna lagtexten att överklagandet ska ges in direkt till förvaltningsrätten. Detta avviker från den överklagandeordning som följer av FL – vilken också utgör den normala ordningen i sekretessmål – där överklagandet ges in till den myndighet som har meddelat beslutet för rättidsprövning. Den avvikande ordningen riskerar enligt Advokatsamfundets mening att leda till missuppfattningar beträffande frågan om vilken instans ett överklagande ska ges in till. Ett förtydligande i detta avseende vore därför önskvärt.

Avslutande av avtal

I promemorian föreslås att en upphandlande myndighet eller enhet ska se till att kontrakt och ramavtal som ingås efter upphandling enligt de nya upphandlingslagarna innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta kontraktet eller ramavtalet i vissa situationer där de har tillkommit i strid med EU-rätten. Bestämmelserna finns intagna i den föreslagna lydelsen av 17 kap. 15 § LOU, 16 kap. 31 a § LUF respektive 14 kap. 14 § LUK.

I promemorian konstateras inledningsvis att en reglering i detta hänseende skulle kunna ta sikte på ogiltighet, hävning eller uppsägning. Mot bakgrund av att ett införande av en rent civilrättslig reglering i upphandlingslagarna enligt promemorian kräver noggranna överväganden, särskilt i frågan om rätten till skadestånd för en godtroende leverantör vars avtal avslutas, görs i promemorian bedömningen att dessa frågor bör regleras i avtalet mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och leverantören. Parterna kan då, enligt promemorian, närmare reglera hur kontraktet ska avslutas och vilka konsekvenser det får, bl.a. i fråga om rätt till skadestånd. För det fall förutsättningarna för att avsluta ett avtal inte har reglerats mellan parterna, får frågan avgöras enligt sedvanliga avtalsrättsliga principer, varvid det i promemorian överlämnas åt rättstillämpningen att närmare avgöra i vilka fall ett avtal kan avslutas.

Advokatsamfundet delar inte promemorians bedömning i dessa delar och vill framföra följande synpunkter. Av promemorian framgår inledningsvis inte omfattningen av en uppsägning. Det går således inte att utläsa huruvida hela avtalet kan eller bör sägas upp eller om uppsägningen kan omfatta enbart den del som är otillåten, exempelvis då det är

fråga om en sådan ändring av avtalet som otillåten enligt upphandlingslagstiftningen. Det framgår inte heller huruvida avtalet kan avslutas med retroaktiv verkan (dvs. ogiltigförklaras) eller om avslutandet enbart ska omfatta framtida rättigheter och skyldigheter enligt avtalet. Mot bakgrund av de överväganden som framgår av promemorian, synes dessa frågor vara helt beroende av vad parterna har avtalat om. Advokatsamfundet anser att en sådan ordning är problematisk och medför osäkerhet om huruvida frågor rörande avslutandet av ett avtal ska tolkas enbart med utgångspunkt i civilrättsliga regler, eller om tolkningen av sådana avtalsvillkor även ska ske med beaktande av upphandlingsrättsliga regler och principer.

Det framgår inte heller i vilken omfattning total avsaknad eller en bristande reglering av uppsägningsbestämmelser i nu aktuellt hänseende kan utgöra ett upphandlingsfel i det konkurrensuppsökande skedet. I det sammanhanget bör framhållas att det inte framgår hur en aktör i en sådan situation ska kunna påvisa skada, vilket är en förutsättning för att kunna begära överprövning av upphandlingen. Vidare framgår inte vid vilken tidpunkt ett kontrakt bör avslutas eller borde ha avslutats. Det framgår inte heller om ett eventuellt upphandlingsfel uppstår först i den händelse ett kontrakt borde ha avslutats men så inte sker.

Mot bakgrund av upphandlingslagstiftningens offentligrättsliga karaktär och de särskilda krav på rättssäkerhet och transparens som följer av denna, anser Advokatsamfundet att de föreslagna bestämmelserna riskerar att leda till en betydande gränsdragnings- och tolkningsproblematik som kan inverka menligt på rättssäkerheten för de inblandade parterna.

Advokatsamfundet noterar också att det saknas övergångsbestämmelser för de nu aktuella lagändringarna. Det framgår således inte huruvida den nya regleringen enbart omfattar avtal som ingås efter ikraftträdandet av den nya lagen eller om även sådana avtal som ingåtts före denna tidpunkt omfattas. I sistnämnda fall torde ett avslutande vara förenat med svårigheter för en upphandlande myndighet eller enhet med hänsyn till att grunderna för avslutande sannolikt inte har reglerats mellan parterna i förväg.

Advokatsamfundet vill slutligen påpeka att det av ordalydelsen av de föreslagna bestämmelserna inte framgår att det är fråga om ett avslutande av avtalet i förtid. I direktivtexten, på vilken de föreslagna ändringarna bygger, följer att en upphandlande myndighet eller enhet ska ha möjlighet att säga upp ett offentligt kontrakt *under dess löptid*. Advokatsamfundet anser att detta bör framgår tydligare av de föreslagna svenska bestämmelserna.

Avslutande kommentar

Advokatsamfundet vill avslutningsvis understryka att nu aktuell lagändringsprocess har varit omfattande och har genomförts på mycket kort tid. Det föreligger enligt Advokatsamfundets mening ett stort behov av ytterligare utredning för att säkerställa att de föreslagna ändringarna inte inverkar menligt ur rättssäkerhetssynpunkt på de subjekt

som omfattas av lagändringen. Mot bakgrund av de konsekvenser som de ovan diskuterade lagändringarna kan komma att medföra, avstyrker Advokatsamfundet deras genomförande.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Anne Ramberg