

Stockholm den 30 januari 2019

R-2018/1755

Till Finansdepartementet

Fi2018/02531/OU

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 14 september 2018 beretts tillfälle att avge yttrande över betänkandet *Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål* (SOU 2018:44).

Inledning

Nedan följer Advokatsamfundets kommentarer och synpunkter på de förslag och slutsatser som förs fram i betänkandet i (a) Del 1 – Enklare och flexibla upphandlingsregler (se avsnitt 1 nedan) och (b) Del 2 – Vissa regler om överprövningsmål (se avsnitt 2 nedan).

Allra först ska dock framhållas följande. Flera av utredningens förslag har varit föremål för andra utredningar m.m. i närtid, bl.a. Upphandlingsutredningens slutbetänkande *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling* (SOU 2013:12) (Upphandlingsutredningen), betänkandet *Överprövning i upphandlingsmål m.m.* (SOU 2015:12) (Överprövningsutredningen), *Välfärdsutredningens delbetänkande Ordning och reda i välfärden* (SOU 2016:78) (Välfärdsutredningen) och Finansdepartementets promemoria *Vissa förslag till ändringar i lagen om offentlig upphandling, med anledning av Välfärdsutredningens förslag (Välfärdspromemorian)*. Advokatsamfundet har avgett remissyttrande över samtliga nämnda utredningar och har anledning att återkomma till detta i det nedanstående.

1 Del 1 – Enklare och flexibla upphandlingsregler

1.1 Inledning

Utredningens förslag i denna del rör (a) icke direktivstyrd upphandling, men som föreslås även fortsättningsvis ska vara föremål för konkurrensutsättning genom annonsering (se avsnitt 1.2 nedan), (b) ett nytt kapitel och nya regler om direktupphandling (se avsnitt 1.3

nedan) och (c) upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster (se avsnitt 1.4 nedan).

1.2 Icke direktivstyrda, men annonspliktiga, upphandlingar

1.2.1 Vissa utgångspunkter (avsnitten 4, 9.1 och 10 i utredningen)

Som Advokatsamfundet uppfattat utredningen kan utgångspunkterna för förslagen i denna del sammanfattas enligt följande.

- i. Såväl samhällsekonomiska aspekter, som enskilda leverantörers intressen talar starkt för att icke direktivstyrda upphandlingar även fortsättningsvis bör vara reglerade. Ett grundläggande regelverk bedöms vara behövt för att tillgodose allmänhetens och leverantörernas krav på insyn och förutsebarhet i upphandling. Vidare talar rättssäkerhetsskäl samt det övergripande intresset att minska risken för korruption för att det ska finnas regler som styr hur konkurrensutsättning ska genomföras vid de aktuella upphandlingarna.
- ii. Reglerna för icke direktivstyrd upphandling bör inte tas in i en eller flera separata lagar, utan arbetas in i LOU och LUF. En målsättning bör också vara att inom respektive lag ha så få olika regelsystem och nivåer som möjligt.
- iii. De EU-rättsliga grundläggande principerna för upphandling bör även fortsättningsvis gälla. Upphandlande myndigheter och enheter ska vara fria att organisera förfarandet och använda olika metoder för upphandling, såsom ramavtal och dynamiska inköpssystem. Upphandlingarna ska annonseras och den upphandlande myndigheten eller enheten ska ge fri, direkt, fullständig tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publicerades eller den senare dag som anges i annonsen.

Advokatsamfundet har ingen erinran mot utredningens förslag i dessa allmänna utgångspunkter för icke direktivstyrd upphandling.

I enlighet med utredningens slutsatser är det Advokatsamfundets uppfattning att starka skäl talar för att icke direktivstyrd upphandling alltjämt ska vara reglerad. För Advokatsamfundet är detta grundläggande utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv och skyddet för de enskilda leverantörernas intressen. En motsatt ordning skulle riskera att öppna upp för godtycklighet i en stor del av de offentliga inköpen, till uppenbart men för såväl enskilda leverantörer (i form av uteblivna affärer) som samhället i stort (i form av sämre och dyrare affärer). Att upphandlingar därvid ska annonseras – och att upphandlande myndigheter och enheter ska ge en fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten – är en självklarhet och en förutsättning för enskilda leverantörers deltagande.

Advokatsamfundet delar även utredningens bedömning att dessa upphandlingar inte bör regleras i separata lagar – en sådan ordning skulle enbart leda till försämrad överblickbarhet av det upphandlingsrättsliga regelverket – utan bör även fortsättningsvis vara reglerade i LOU respektive LUF. Advokatsamfundet ser också positivt på målsättningen att ha så få olika regelsystem och nivåer som möjligt inom respektive lag, eftersom detta ger bättre förutsebarhet och gör det enklare att tillämpa och förstå regelverket.

Advokatsamfundet ser även positivt på att upphandlande myndigheter och enheter, inom ramen för de grundläggande principerna, ska vara fria att organisera förfarandet. Sådan flexibilitet ger möjlighet att utforma upphandlingar utifrån förutsättningarna i det enskilda fallet. Detta bör gynna såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer. Även om flera av de konkreta förslag som återfinns i utredningen faktiskt tillgodoses i nuvarande 19 kap. i LOU respektive LUF anser Advokatsamfundet att strukturen i utredningens förslag till ett nytt 19 kap. är tydlig och lättillgänglig. Även detta är en faktor som bör gynna såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer. Vidare är en av de enskilt viktigaste komponenterna i ett flexibelt regelverk en bibehållen möjlighet till förhandling. Advokatsamfundet konstaterar att detta intresse tillgodoses av utredningens förslag om dialog.

Med detta sagt övergår Advokatsamfundet till att kommentera enskilda förslag i denna del rörande (a) dialog (se avsnitt 1.2.2 nedan), (b) vissa ramar för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme (se avsnitt 1.2.3 nedan), (c) vissa skyddsregler för leverantörer (se avsnitt 1.2.4 nedan) och (d) vissa förfaranderegler som inte ansetts behövliga (se avsnitt 1.2.5 nedan).

1.2.2 Dialog (avsnitt 11 i utredningen)

Som Advokatsamfundet uppfattat utredningens förslag i denna del skulle bestämmelsen om dialog fylla två huvudsakliga funktioner:

- i. För det första skulle institutet dialog användas i syfte att rätta fel i, samt förtydliga och komplettera, inkomna anbud och andra handlingar som leverantörer lämnat in.
- ii. För det andra skulle detta institut användas för att genomföra förhandlingar med leverantörer.

Advokatsamfundet ställer sig frågan vad detta institut egentligen skulle tillföra i förhållande till nuvarande regelverk. Som även konstateras av utredningen följer det av 4 kap. 9 § LOU och 4 kap. 8 § LUF att en upphandlande myndighet eller enhet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Som vidare konstateras av utredningen gäller dessa bestämmelser även för icke direktivstyrd upphandling enligt nuvarande regelverk (19 kap. 2 § i LOU respektive LUF; se även 15 kap. 12 § LUF). Som Advokatsamfundet

uppfattar utredningen föreslås inte några materiella förändringar i förhållande till nuvarande regler. Sådana förändringar skulle för övrigt te sig problematiska med tanke på att de EU-rättsliga grundläggande principerna, som sagt, föreslås gälla även fortsättningsvis för icke direktivstyrd, men annonspliktig, upphandling. Eftersom utrymmet för förtydliganden, kompletteringar och rättelser får avgöras just utifrån de grundläggande EU-rättsliga principerna, kommer såväl nuvarande som framtida EU-rättslig praxis på området vara styrande även för icke direktivstyrd upphandling. Sammanfattningsvis kan således konstateras att den första funktionen som institutets dialog avser att fylla, redan finns tillgodosedd i nuvarande lagstiftning.

Advokatsamfundet delar den uppfattning som framkommit vid externa kontakter som utredningen haft med upphandlande myndigheter/enheter och leverantörer, nämligen det otillfredsställande i att möjligheterna till kompletteringar och förtydliganden av anbud m.m. framstår som begränsade. En starkt bidragande orsak till att nuvarande ordning upplevs som otillfredsställande är sannolikt den restriktiva svenska domstolspraxis, som föreligger beträffande kompletteringar och förtydliganden av anbud. Det förhållandet att utredningen hänvisar till svensk domstolspraxis medför enligt Advokatsamfundets uppfattning att det är otydligt om utredningens avsikt är att möjligheterna att komplettera och förtydliga anbud ska vara större på det icke direktivstyrda området jämfört med vad som gäller i nuläget. Detta är emellertid en tillämpningsfråga snarare än en lagstiftningsfråga.

Även möjligheterna till förhandling finns i nuvarande 19 kap. i LOU respektive LUF (och 15 kap. LUFs). Inte heller i detta avseende innebär utredningens förslag om dialog således någonting nytt i sak.

Advokatsamfundet ser dock förslaget om dialog som ett led i omstruktureringen av reglerna om icke direktivstyrd upphandling. Detta är i sig positivt. Mot denna bakgrund har Advokatsamfundet inget att erinra mot utredningens förslag i denna del.

Såvitt gäller utredningens förslag att upphandlande myndigheter och enheter ska ange i upphandlingsdokumenten om dialog kommer att användas för rättelser, förtydliganden och kompletteringar och/eller förhandlingar, noterar dock Advokatsamfundet följande.

På det direktivstyrda området är det inte obligatoriskt att ange i upphandlingsdokumenten om rättelser, förtydliganden och kompletteringar av anbud kan komma att ske. Om utredningens förslag till 14 a § i upphandlingsförordningen antogs skulle således det icke direktivstyrda området ha striktare regler i denna del än det direktivstyrda området. En sådan ordning skulle inte vara förenlig med utredningens allmänna utgångspunkt att allt som är tillåtet på det direktivstyrda området ska vara tillåtet också på det icke direktivstyrda området. Enligt Advokatsamfundets uppfattning kan det emellertid vara lämpligt att kräva att beskrivningen av upphandlingsdokumenten ska omfatta uppgift om förhandling kommer eller kan komma att användas och vad förhandlingen kan omfatta. I enlighet härmed skulle det kunna övervägas att byta ut begreppen ”dialog” och ”dialogen”

i utredningens förslag till 14 a § p. 1a i upphandlingsförordningen mot begreppen ”förhandling” och ”förhandlingen”.

1.2.3 Ramar för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme (avsnitt 12.2 i utredningen)

Advokatsamfundet har ingen erinran mot utredningens förslag.

Advokatsamfundet delar utredningens uppfattning att förfarandet i huvudsak ska vara skriftligt. En sådan ordning ger bäst förutsättningar för att samtliga leverantörer verkligen får samma information i en upphandling och att likabehandlingsprincipen därmed kan upprätthållas. Denna huvudregel får dock inte uppfattas som någon form av inskränkning i möjligheterna till förhandling. Advokatsamfundet har heller inget att erinra mot att något krav på användning av elektroniska medel inte föreslås.

Såvitt gäller tidsfrister anser Advokatsamfundet att det, i linje med utredningens förslag, är tillfyllest att i lagbestämmelsen ange att anbudsgivare och anbudssökande ska ges skälig tid att inkomma med ansökningar respektive anbud. Det ger en flexibilitet att anpassa tidsplaneringen utifrån förutsättningarna i det enskilda förfarandet. Advokatsamfundet noterar även att föreslagen sexdagarsfrist rörande upplysningar i upphandlingsdokumenten motsvarar nuvarande regler. Advokatsamfundet anser också att det är lämpligt att införa en bestämmelse om möjlighet till förlängning av anbudstiden i vissa situationer, varvid Advokatsamfundet noterar att utredningens förslag motsvarar vad som i nuläget gäller över tröskelvärdena.

Avslutningsvis konstaterar Advokatsamfundet att kommunikationsskyldighet vad gäller tilldelningsbeslut m.m. är grundläggande för den enskilda leverantörens rättssäkerhet och möjlighet att nyttja de rättsmedel som står till buds. Advokatsamfundet har inget att erinra mot utredningens förslag till utformning av regeln.

1.2.4 Skyddsregler för leverantörer (avsnitt 12.3 och 16 i utredningen)

Utredningen föreslår flera ”skyddsregler” för leverantörer enligt följande.

- i. Rätt för leverantörer att lämna anbud i grupp och åberopa annat företags kapacitet.
- ii. Skyldighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att ge anbudssökande eller anbudsgivare tillfälle att yttra sig före beslut om uteslutning eller beslut om att förkasta ett anbud som bedömts som onormalt lågt.

- iii. Upphandlande myndigheter och enheter ska dock inte ha någon skyldighet att förkasta onormalt låga anbud eller i övrigt agera om ett anbud förefaller vara onormalt lågt.
- iv. Leverantörer ska ha en fortsatt möjlighet att begära överprövning av upphandlingar och av avtals giltighet.

Advokatsamfundet har ingen erinran mot förslagen enligt (i), (ii) och (iv) ovan. Dessa förslag innebär inte några förändringar i förhållande till nuvarande regler i LOU och LUF. Rätten att lämna anbud i grupp och åberopa annat företags kapacitet är många gånger en förutsättning för små och medelstora företags deltagande i upphandling. Som utredningen framhåller ger bestämmelsen uttryck för den allmänna principen om effektiv konkurrens. Det ligger i såväl den enskilda leverantörens intresse, som samhällsintresset i stort att denna rätt även fortsättningsvis kan göras gällande också i icke direktivstyrda upphandlingar. Även skyldigheten för upphandlande myndigheter och enheter att bereda en leverantör tillfälle att yttra sig före beslut om uteslutning eller beslut om att förkasta ett anbud som bedömts som onormalt lågt, liksom möjligheten att begära överprövning, handlar om grundläggande skyddsintressen för den enskilde leverantören och bör bibehållas.

Advokatsamfundet avstyrker dock förslaget enligt (iii) ovan. Som framhålls av utredningen motiveras reglerna om onormalt låga anbud på det direktivstyrda området av flera intressen, bl.a. intresset av en sund konkurrens och intresset av att den leverantör som tilldelas kontraktet kommer att prestera det som utlovas och ska avtalas. Utifrån ett leverantörsperspektiv handlar detta om ett deltagande i upphandlingar ”på lika villkor”. På det direktivstyrda området föreligger det en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att förkasta anbud, som av myndigheten bedömts vara onormalt lågt. Som skäl för att införa denna skyldighet angavs bl.a. att vad som kan konstateras vara onormalt lågt inte motsvarar vad som kan sägas vara allmänt vedertagna affärsmässiga hänsyn, och att det kan hävdas att det allmänna kravet på att en myndighet eller enhet ska iaktta skälig omsorg vid förberedandet av en upphandling, medför att det i praktiken inte finns något utrymme att godta ett sådant anbud (se prop. 2015/16:195, s. 794 f.). Advokatsamfundet ser inte något bärande skäl till varför en motsvarande skyldighet inte ska finnas för icke direktivstyrd upphandling. Tvärtom gör sig samma intressen om sund konkurrens, affärsmässiga hänsyn m.m., gällande även på det icke direktivstyrda området. Det framstår därför som omotiverat varför onormalt låga anbud ska behandlas olika beroende på om det är fråga om upphandling under eller över tillämpligt tröskelvärde. Detta är inte heller förenligt med utredningens målsättning att inom respektive lag ha så få olika regelsystem och nivåer som möjligt. Advokatsamfundet ifrågasätter även om en sådan regelskillnad verkligen kommer att förenkla för inblandade parter. Mot denna bakgrund anser Advokatsamfundet att nuvarande ordning beträffande onormalt låga anbud bör bibehållas.

1.2.5 Vissa förfaranderegler som inte ansetts behövliga (avsnitt 12.4 i utredningen)

Vissa förfaranderegler har av utredningen bedömts som obehövliga. Dessa är:

- i. Förbud mot uteslutning på grund av företagsform.
- ii. Särskilda bestämmelser för vad som gäller om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling.
- iii. Bestämmelser om användning av CPV-nomenklaturen.
- iv. Bestämmelser om begränsad kontroll.
- v. Bestämmelser om öppnande och prövning av anbudssökningar och anbud.
- vi. Bestämmelser om nyttjande av tilldelningskriterier.

Advokatsamfundet har inget att erinra mot utredningens bedömningar avseende (iii) ovan. Vad gäller (i), (ii), (iv) och (vi) ovan, synes utredningens huvudsakliga argument för att inte införa särskilda regler rörande dessa bestämmelser vara att de följer av de grundläggande principerna och därför gäller ändå. Advokatsamfundet ställer sig tveksamt till denna slutsats. Den stora majoriteten av bestämmelser i upphandlingslagstiftningen torde vara konkretiseringar och således ett utflöde av de grundläggande principerna. Det har som bekant inte hindrat särskilda bestämmelser om exempelvis annonsering, som i grund och botten är en transparensfråga. Utifrån ett förutsebarhetsperspektiv är detta många gånger att föredra. Detta gäller enligt Advokatsamfundets uppfattning även nu aktuella förfaranderegler, eftersom det är svårt för såväl leverantörer, som upphandlande myndigheter och enheter att veta om förfarandereglerna gäller om reglerna inte anges i lagarna. Vidare framstår det som en självklarhet att tilldelningskriterier ska användas även i icke direktivstyrd upphandling. I denna del förefaller det dessutom som att utredningen förespråkar att de krav som gäller enligt 13 kap. 1 § LUK ska gälla beträffande tilldelningskriterier på det icke direktivstyrda området i LOU och LUF, vilket svårligen kan anses vara förutsebart med mindre än att det anges uttryckligen i respektive lag.

Vad sedan gäller (v) anser utredningen att de detaljerade bestämmelserna om öppnande och prövning av anbudssökningar och anbud inte bör fortsätta att gälla, bl.a. då de i vissa avseenden närmast kan betraktas som obsoleta. Advokatsamfundet delar inte utredningens uppfattning. Bestämmelserna innehåller konkreta skyddsregler för leverantörerna, bl.a. möjligheten att begära att en person som är utsedd av en handelskammare närvarar vid öppnande av anbudsansökningar och anbud. Utredningens förslag kan uppfattas som att leverantörerna inte längre har denna möjlighet, vilket är en förändring som Advokatsamfundet förutsätter att utredningen inte förespråkar. Advokatsamfundet noterar också att möjligheten att begära att en person, som är utsedd av en handelskammare närvarar vid öppnande av anbudsansökningar och anbud även föreligger på det

direktivstyrda området. Mot denna bakgrund anser Advokatsamfundet att nuvarande ordning bör bibehållas.

1.3 Direktupphandling

1.3.1 Allmänt

Utredningen föreslår att direktupphandling fortsättningsvis ska regleras i ett särskilt kapitel i LOU, LUF och LUFS, 19 a kap. respektive 15 a kap.

Advokatsamfundet kommenterar i tur och ordning utredningens förslag om (a) en ny nationell princip för direktupphandling och frågan om bestämt gränsöverskridande intresse (se avsnitt 1.3.2), (b) när direktupphandling får användas (se avsnitt 1.3.3 nedan), (c) förfarandet vid direktupphandlingar (se avsnitt 1.3.4 nedan), (d) frivillig förhandsannonsering (se avsnitt 1.3.5 nedan), (e) förfaranderegler som anses obehövliga (se avsnitt 1.3.6 nedan), (f) tillämpligt förfarande om den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att inte direktupphandla (se avsnitt 1.3.7 nedan) och (g) beräkning av en upphandlings värde (se avsnitt 1.3.8 nedan).

1.3.2 Ny nationell princip för direktupphandling och frågan om bestämt gränsöverskridande intresse (avsnitten 8.3 och 9.2 i utredningen)

Utredningen föreslår att en ny princip för direktupphandling ska införas. Den ska därmed ersätta de grundläggande EU-rättsliga principerna för detta förfarande, med innebörd att konkurrensen ska tillvaratas i rimlig utsträckning. I konsekvens härmed föreslås en bestämmelse om att de grundläggande EU-rättsliga principerna ska gälla i det fall en direktupphandling bedöms kunna vara av intresse för någon leverantör, som är etablerad i en annan medlemsstat eller EES-stat (dvs. ett bestämt gränsöverskridande intresse).

Advokatsamfundet avstyrker utredningens förslag.

Enligt utredningen är det oklart vad de EU-rättsliga principerna konkret innebär för en upphandlande myndighets eller enhets handlingsutrymme vid direktupphandlingar. Utredningen anser bl.a. att det finns utrymme för att som vägledande huvudregler för direktupphandling ha andra principer än dem som är EU-rättsligt grundade.

Utredningens syfte att söka förenkling och förtydligande med en nationell princip om tillvaratagande av konkurrens i rimlig utsträckning, kan i och för sig uppfattas som lovvärd. Emellertid väcker frågan om att introducera ytterligare principer i upphandlingslagstiftningen betänkligheter. De EU-rättsliga principerna är grundmurade i svensk upphandlingsrätt. Advokatsamfundet befarar att en ny princip skulle ge upphov till viss förvirring och tillämpningsproblem. Detta skulle i sådant fall verka kontraproduktivt och tvärtemot det uttalade syftet att förenkla regelverket, samt vara oförenligt med målsättningen att inom respektive lag ha så få olika regelsystem och nivåer som möjligt.

Det kan även noteras att sedan betänkandet publicerades har Högsta förvaltningsdomstolens dom i mål nr 3830-17 meddelats. Högsta förvaltningsdomstolen gör i detta avgörande ett antal viktiga klargöranden beträffande tillämpningen av de EU-rättsliga principerna i en direktupphandling. Principerna måste alltid sättas i relation till det enskilda inköpstillfället. Principerna om öppenhet och likabehandling hindrar exempelvis inte en upphandlande myndighet från att i förekommande fall ta kontakt med enbart en leverantör och omedelbart komma överens med denne om leverans. Även om det är EU-domstolen – och inte Högsta förvaltningsdomstolen – som är den yttersta och slutliga uttolkaren av EU-rätten, så lär avgörandet få en stor betydelse för tillämpningen av de EU-rättsliga principerna i direktupphandlingssammanhang framgent. Mot denna bakgrund anser Advokatsamfundet att den balans mellan intresset av att inköp görs efter en tillräckligt omfattande konkurrensutsättning och intresset av effektivitet och flexibilitet, som utredningen söker uppnå genom den föreslagna nationella principen om tillvaratagande av konkurrens, i erforderlig utsträckning uppnås med nuvarande ordning. Sammantaget anser Advokatsamfundet utredningens förslag om en nationell princip för direktupphandling som överflödigt och bör därmed inte införas.

Vad beträffar utredningens förslag om bestämt gränsöverskridande intresse hänvisar Advokatsamfundet till sitt remissyttrande över Välfärdspromemorian. Av detta framgår att för det fall de EU-rättsliga principerna är tillämpliga även vid upphandling, som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse, skulle regleringen vara densamma oavsett om ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger eller inte, varvid de upphandlande myndigheterna och enheterna inte behöver avgöra den komplicerade frågan om en upphandling har ett bestämt gränsöverskridande intresse. Advokatsamfundet står alltså fast vid denna uppfattning. Med beaktande av vad Advokatsamfundet anfört ovan beträffande utredningens förslag om en nationell princip för direktupphandling, är utredningens förslag om bestämt gränsöverskridande intresse dessutom överflödigt.

1.3.3 Frågan om när direktupphandling ska få användas (avsnitt 15.2. i utredningen)

Utredningen föreslår att direktupphandling ska få användas i följande situationer:

- i. Vid lågt värde,
- ii. i samband med överprövning (täckningsköp),
- iii. i andra särskilda situationer, och
- iv. vid anskaffning av tjänster enligt bilaga 2.

Advokatsamfundet har inget att erinra mot förslagen enligt (i), (iii) och (iv) ovan. Såvitt gäller (i) ser Advokatsamfundet positivt på att ange gränser för direktupphandling i nominella belopp i lagarna. Såvitt gäller (iv) hänvisas till avsnitt 1.4 nedan.

Advokatsamfundet avstyrker dock förslaget enligt (ii) ovan. Advokatsamfundet konstaterar att frågan om direktupphandling i samband med överprövning varit föremål för flera utredningar i närtid, såväl av Upphandlingsutredningen som av Överprövningsutredningen. I den senare, föreslogs inte något undantag för temporär upphandling. I remissyttrande avseende Upphandlingsutredningen framhöll Advokatsamfundet bl.a. att (a) upphandlande myndigheter redan med befintlig reglering torde ha goda möjligheter att företa en tillåten direktupphandling förutsatt att den upphandlande myndigheten varit ute i god tid och tidsmässigt planerat för en överprövning och (b) en domstol i vart fall skulle låta ett sådant avtal få bestå i de fall tjänsten eller varan verkligen behövs eller om myndigheten har en skyldighet att tillhandahålla denna till medborgarna. Advokatsamfundet finner inte någon anledning att frånga denna bedömning. Nuvarande regelverk möjliggör att förhandlat förfarande, utan föregående annonsering, används vid ”synnerlig brådska” (6 kap. 15 § LOU, 6 kap. 8 § LUF och 4 kap. 4 §, första stycket 3 p, LUF). Utredningens förslag enligt (ii) ovan förutsätter emellertid inte att behovet av direktupphandling föranletts av omständigheter, som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten eller enheten (tvärtom kan en överprövning mycket väl bero på att den upphandlande myndigheten eller enheten har överträtt upphandlingslagstiftningen, vilket sedermera fastslås i lagkraftvunnen dom). Advokatsamfundet anser det inte vara lämpligt att öppna för direktupphandling även i dessa situationer. Vidare är det, enligt Advokatsamfundets mening, av principiell vikt att skilja mellan å ena sidan situationen då en upphandlande myndighet eller enhet lagenligt kan välja ett förfarande utan annonsering och å andra sidan situationen då ett avtal får bestå pga. tvingade hänsyn till ett allmänintresse. I det senare fallet har den upphandlande myndigheten eller enheten agerat fel och upphandlingsskadeavgift ska utgå. Detta samtidigt som upphandlingsreglerna inte sätter käppar i hjulen för inköp i syfte att tillgodose grundläggande samhällsfunktioner m.m., även i dessa fall. Denna ordning bör, enligt Advokatsamfundet, bibehållas. Advokatsamfundet kan dock inte se att så skulle bli fallet med utredningens förslag om täckningsköp.

1.3.4 Förfarandet vid direktupphandling (avsnitt 15.3 i utredningen)

Utredningen föreslår vissa förfaranderegler vid direktupphandling enligt följande.

- i. Om en upphandlande myndighet eller enhet har begärt in anbud från fler än en anbudsgivare ska skriftlig underrättelse skickas till anbudsgivarna när beslut om leverantör har fattats.
- ii. Dokumentationskravet ska gälla ”från krona 0”.
- iii. En upphandlande myndighet eller enhet ska besluta om riktlinjer för direktupphandling.

Advokatsamfundet har inget att erinra mot förslagen enligt (i) och (iii) ovan. Såvitt gäller (i) framstår det som rimligt att sådan underrättelse inte förenas med en avtalsspärr. I den

mån en leverantör önskar begära överprövning – och i den mån avtal då redan ingåtts – får detta göras utifrån förutsättningarna för en ogiltighetstalan.

Advokatsamfundet avstyrker däremot förslaget enligt (ii) ovan. I remissyttrande avseende Upphandlingsutredningen ifrågasatte Advokatsamfundet värdet av en dokumentationsplikt vid en summa om 100 000 kronor och ansåg att beloppet borde höjas till i vart fall det dubbla. Advokatsamfundet framhöll den ökade administrativa börda som dokumentationsplikt kan medföra och att upphandlande myndigheter och enheter lever under stark tidspress. Advokatsamfundet gör inte någon annan bedömning i dag.

1.3.5 Frågan om frivillig förhandsannonsering (avsnitt 15.4 i utredningen)

Advokatsamfundet delar utredningens uppfattning och har ingen erinran mot förslaget.

1.3.6 Förfaranderegler som ansetts obehövligen (avsnitt 15.5 i utredningen)

Advokatsamfundet delar utredningens uppfattning och har ingen erinran mot förslaget.

1.3.7 Tillämpligt förfarande om den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att inte direktupphandla (avsnitt 15.6 i utredningen)

Advokatsamfundet delar utredningens bedömning att en sådan uttrycklig regel bör införas och har ingen erinran mot förslaget.

1.3.8 Beräkning av en upphandlings värde (avsnitt 15.7 i utredningen)

Advokatsamfundet har ingen erinran mot utredningens förslag.

Advokatsamfundet delar utredningens uppfattning att ha en enda, och enhetlig, regel vid beräkning av en upphandlings värde. På basis av en sådan enhetlig beräkningsregel ska en upphandlande myndighet eller enhet kunna dra slutsatsen huruvida aktuell upphandling kan genomföras enligt reglerna om (a) direktupphandling, (b) annonserad, icke direktivstyrd, upphandling eller (c) direktivstyrd upphandling. Att ha olika beräkningsregler framstår som omotiverat. Som utredningen framhåller är osäkerheten huruvida nuvarande bestämmelser korresponderar med varandra otillfredsställande och onödig. Det alternativ som härvid står till buds är att, i enlighet med utredningen slutsats, nuvarande regler om beräkning vid direktupphandling – ”samma slag-bestämmelsen” – tas bort och att reglerna för direktivstyrd upphandling görs tillämpliga även vid icke direktivstyrd upphandling.

Advokatsamfundet delar även utredningens uppfattning att värdet av en upphandling ska kunna uppskattas särskilt för varje *självständig* separat operativ enhet inom en myndighet. Detta är i linje med Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål nr 122-18 (som i och för sig handlade om upphandlingsskadeavgift). Advokatsamfundet konstaterar att en sådan ordning måhända kan leda till flera direktupphandlingar. Advokatsamfundet ser

dock inte något problem med detta, givet att reglerna inte missbrukas – något som kan motverkas av utredningens förslag om förbud att dela upp upphandling i syfte att kringgå reglerna i 19 kap. Advokatsamfundet ser även positivt på att skapa enhetlighet i frågan om betydelsen av att en separat operativ enhet är att bedöma som självständig, nämligen att detta kommer att styra inte bara tröskelvärdesbedömningen för direktivstyrd upphandling, utan även huruvida direktupphandling kan göras eller inte. Advokatsamfundet håller med utredningen om att nuvarande ordning framstår som haltande.

1.4 Sociala tjänster och andra särskilda tjänster (avsnitt 13.3 i utredningen)

Utredningen föreslår följande rörande upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

- i. Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster enligt bilaga 2 i LOU och LUF ska regleras på samma sätt, dvs. utan någon åtskillnad mellan exempelvis välfärdstjänster och andra tjänster.
- ii. Tjänsterna ska upphandlas enligt vissa av reglerna för annonspliktiga upphandlingar på det icke direktivstyrda området när upphandlingens beräknade värde uppgår till minst det tillämpliga tröskelvärdet.
- iii. Det ska vara möjligt att reservera en upphandling för vissa organisationer om upphandlingen avser vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster.
- iv. Det ska vara möjligt att använda direktupphandling om värdet av en upphandling av aktuella tjänster understiger tillämpligt tröskelvärde.

Advokatsamfundet vill först nämna att sedan utredningen överlämnades har regeringens förslag i prop. 2017/18:158 med ändringar av LOU rörande vissa regler om upphandling av bl.a. välfärdstjänster antagits. Enligt den antagna regleringen omfattas bl.a. vissa tjänster enligt den tidigare gällande bilaga 2 – s.k. välfärdstjänster – av mer flexibla upphandlingsregler (en förteckning över välfärdstjänster återfinns numera i bilaga 2 a). De nya reglerna har trätt i kraft den 1 januari 2019 (SFS 2018:1159).

Advokatsamfundet har inget att erinra mot förslaget enligt (ii) ovan.

En utgångspunkt för utredningens förslag beträffande sociala och andra särskilda tjänster är – till skillnad från de regler som trätt i kraft den 1 januari 2019 – att samtliga tjänster som angavs i den tidigare gällande bilaga 2 ska regleras på samma sätt. Reglerna ska dessutom gälla både i LOU- och LUF-sektorn (jfr förslaget enligt punkt (i) ovan). Utredningens förslag förefaller vara en ändamålsenlig ordning, eftersom en enhetlig reglering kan antas leda till en ökad tydlighet och förutsebarhet. Detta är också förenligt med målsättningen att inom respektive lag ha så få olika regelsystem och nivåer som möjligt. Advokatsamfundet har således ingen erinran mot utredningens förslag enligt (i).

Vad avser förslaget enligt (iii) ovan kan konstateras att en bestämmelse med motsvarande innebörd, avseende ett antal välfärdstjänster, har trätt i kraft den 1 januari 2019 (19 kap. 6 a § LOU). I utredningen anges att utredningens författningsförslag i sak motsvarar författningsförslaget i prop. 2017/18:158 (dvs. nuvarande 19 kap. 6 a § LOU).

Advokatsamfundet noterar i denna del att utredningens förslag innefattar fler CPV-koder än 19 kap. 6 a § LOU (då ju utredningens förslag omfattar även andra typer av sociala och särskilda tjänster än enbart välfärdstjänster). I remissyttrande över Välfärdsutredningen har Advokatsamfundet ifrågasatt om en möjlighet att reservera kontrakt för idéburna organisationer verkligen generellt sett skulle underlätta för organisationer i den idéburna sektorn. Advokatsamfundet vidhåller detta. Med beaktande av att en möjlighet att reservera kontrakt för idéburna organisationer avseende ett antal välfärdstjänster redan genomförts i LOU och att de CPV-koder som anges i utredningens förslag motsvarar vad som anges i dessa delar i nu gällande upphandlingsdirektiv, har Advokatsamfundet emellertid inget att erinra mot utredningens förslag. Såvitt gäller förslaget enligt (iv), gör sig de synpunkter som Advokatsamfundet lämnat över utredningens förslag om en nationell princip för direktupphandling samt frågan om bestämt gränsöverskridande intresse, gällande (se avsnitt 1.3.2 ovan). Beaktat dessa synpunkter har Advokatsamfundet därutöver inget att erinra mot förslaget.

2 Del 2 – Vissa regler om överprövningsmål

2.1 Inledning

Inledningsvis har Advokatsamfundet anledning att framhålla följande.

Praxisutvecklingen på det upphandlingsrättsliga området har under en lång tid och till stor del präglats av olika typer av processuella frågeställningar. Högsta förvaltningsdomstolens prejudikat har bl.a. handlat om upphandlingsmålens tvistemålsliknande karaktär och officialprincipens tillämpning i dessa mål (se bl.a. RÅ 2009 ref. 69, HFD 2015 ref. 55 och HFD 2018 ref. 28), vinnande leverantörs ställning (se bl.a. HFD 2011 ref. 29 och HFD 2013 ref. 24) och talerätt (HFD 2017 ref. 62). Det har således handlat om för upphandlingsmålen fundamentala frågor, såsom processens karaktär och särdrag, de olika aktörernas rättigheter i dessa mål m.m. Uppenbarligen har lagstiftningen på det upphandlingsprocessuella området givit upphov till ett löpande behov av klarlägganden i praxis.

Enligt Advokatsamfundets uppfattning är denna ordning inte oproblematiserad. Att det förelegat – och alltså föreligger – behov av klargörande domstolspraxis i grundläggande processuella frågor, skapar en betydande rättsosäkerhet för samtliga parter i upphandlingsmål, inte minst för enskilda leverantörer. Enligt Advokatsamfundets mening borde detta föranleda en bred översyn och utredning av processreglerna i upphandlingsmål, utifrån ett allmänt rättsosäkerhetsperspektiv. Ytterst handlar detta om vilken måltyp – ”klassiskt” förvaltningsprocessuell, tvistemålsliknande eller någon form av mellanting – som den upphandlingsrättsliga överprövningsprocessen bör hänföras till. Sådana

grundläggande processuella frågor bör i första hand lösas lagstiftningsvägen och inte genom löpande praxisbildning.

Någon bred och övergripande utredning i upphandlingsrättsliga processfrågor har dock hittills inte gjorts. I stället har enskilda processuella frågor utretts i olika sammanhang, bl.a. av Upphandlingsutredningen, av Överprövningsutredningen och nu inom ramen för förevarande utredning. Det primära syftet har härvid varit ett annat än ökad förutsägbarhet. I förevarande utredning har uppdraget i denna del gått ut på att antalet överprövningsmål ska minskas. Detta syfte kan i sig, av rättssäkerhetsskäl, ifrågasättas. Ett minskat antal överprövningsmål – vilket förvisso kan vara önskvärt – bör vara ett resultat av bl.a. ökad kvalitet i upphandlingar och inte av begränsningar i möjligheterna att ansöka om överprövning och tillgången till effektiva rättsmedel. Advokatsamfundet noterar att detta dock är en fråga om utformningen av kommittédirektiven snarare än om utredningens förslag.

Avsaknaden av en bredare översyn av processreglerna i upphandlingsmål gör att enskilda förslag – i förevarande utredning såväl som i tidigare utredningar – framstår som isolerade och bitvis även svåröverblickbara. Advokatsamfundet konstaterar vidare att vissa frågor även i denna del av utredningen, exempelvis rörande rättegångskostnadsansvar och ansökningsavgifter, på kort tid blivit föremål för flera olika utredningar. Det kan också konstateras att utredningarna kommit till olika slutsatser i dessa frågor. Denna ”spretighet” är enligt Advokatsamfundet olycklig och förstärker behovet av ett ”helhetsgrepp” kring de upphandlingsrättsliga processreglerna. Det är bl.a. utifrån dessa utgångspunkter som Advokatsamfundet granskat förslagen i denna del.

Med detta sagt övergår Advokatsamfundet till att kommentera frågorna kring (a) processkostnadsansvar (se avsnitt 2.2 nedan), (b) ansökningsavgifter (se avsnitt 2.3 nedan) och (c) domstolarnas handläggning (se avsnitt 2.4 nedan).

2.2 Processkostnadsansvar i överprövningsmål (avsnitt 21 i utredningen)

Advokatsamfundet avstyrker förslaget om processkostnadsansvar.

Frågan om ett processkostnadsansvar utreddes och avfärdades av Överprövningsutredningen. Advokatsamfundet delade Överprövningsutredningens bedömning att en regel med innebörd att förlorande part ska ersätta den vinnande partens processkostnader inte bör införas. Advokatsamfundet finner inte några bärande skäl till att nu ändra inställning i denna fråga.

Erfarenheten hos advokater som är verksamma inom upphandlingsområdet är att de flesta leverantörer i praktiken utgår från att de får bära sina egna kostnader oavsett utfallet i en överprövningsprocess, bl.a. på grund av att förutsättningarna för skadestånd motsvarande processkostnaderna kan vara svårbedömda. Advokatsamfundet noterar i sammanhanget Högsta domstolens nyligen meddelade dom den 27 december 2018 i mål nr T 1055-18. I domen fastslog Högsta domstolen att ersättning för rättegångskostnader

”skadeståndsvägen” förutsätter att leverantören, trots framgång i förvaltningsprocessen, inte får möjlighet att tilldelas kontraktet och att detta beror på omständigheter på den upphandlande myndighets sida. Detta torde begränsa de situationer i en överprövningsprocess som en leverantör framgångsrikt faktiskt kan få ersättning för rättegångskostnaderna i förvaltningsdomstolarna via skadestånd. Som utredningen anför, finns leverantörer som i dag avstår från att ansöka om överprövning på grund av kostnaderna för processen. Om ett lagstadgat processkostnadsansvar införs skulle detta således i vissa fall kunna bidra till att incitamenten att överpröva snarare ökar än minskar. Därtill ska den eventuella avhållande effekt, som risken att behöva betala även motpartens processkostnader kan ge upphov till, inte överdrivas. Advokatsamfundet anser med beaktande härav att utredningens slutsats att ett processkostnadsansvar sannolikt skulle minska antalet överprövningsmål kan ifrågasättas.

Även om ett processkostnadsansvar skulle minska antalet överprövningsmål, så ska det understrykas att upphandlingslagstiftningen – inklusive rättsmedlen – är en skyddslagstiftning för leverantörerna. Varje inskränkning i den enskildes rättigheter – direkt eller indirekt – måste därför noga analyseras. Denna upphandlingslagstiftningens karaktär som skyddslagstiftning utesluter i och för sig inte ett rättegångskostnadsansvar i upphandlingsmål. En regel med sådan innebörd skulle – i enlighet med RÅ 2009 ref. 69 – kunna ses som ytterligare ett steg i riktningen att ge upphandlingsprocessen en tvistemålsliknande karaktär. Detta är dock just en sådan fråga som, enligt Advokatsamfundets mening, bör analyseras inom ramen för en bredare översyn och utredning, och då tillsammans med andra grundläggande processuella (och tvistemålsliknande) frågor, såsom rättskraft, ökade muntliga inslag i upphandlingsmål m.m.

Vad gäller den närmare utformningen framstår utredningens förslag om rättegångskostnadsansvar som särskilt problematiskt i förhållande till tredje parter. Enligt förslaget ska även tredje part omfattas av rättegångskostnadsansvaret. Detta innebär att varje leverantör som tilldelas ett kontrakt eller ingår avtal med en upphandlande myndighet/enhet riskerar att få betala (delar av) en sökande leverantörs rättegångskostnader, låt vara att förslaget lämnar öppet för domstolarna att besluta om ersättningskyldighet i det enskilda fallet (där begränsad – eller helt utebliven – aktivitet från en tredje parts sida rimligtvis bör innebära att den tredje partens kostnadsansvar begränsas eller helt uteblir). En sådan generell regel om kostnadsansvar är, enligt Advokatsamfundets uppfattning, inte acceptabel. Advokatsamfundet delar inte utredningens uppfattning att tredje parts roll och ställning i överprövningsmål påminner om en interveniens i en tvistemålsprocess. Advokatsamfundet anser även att det är missvisande att tala i termer av tredje parts ”inträde” i ett upphandlingsmål. Det för tankarna – likt intervention i ett tvistemål – till ett aktivt handlande från en vinnande leverantörs eller avtalsparts sida om att ”få vara med” i överprövningsprocessen. Det är det dock i de flesta fall inte fråga om. En tredje parts ställning i överprövningsprocessen är normalt resultatet av reglerna om kommunikation och rätten till överklagande i förvaltningsprocesslagen och inte av något aktivt val från dennes sida.

2.3 Ansökningsavgifter i överprövningsmål (avsnitt 22 i utredningen)

Advokatsamfundet avstyrker förslaget om ansökningsavgift.

I likhet med frågan om processkostnadsansvar utreddes och avfärdades frågan om ansökningsavgift av Överprövningsutredningen. Advokatsamfundet delade utredningens bedömning även i denna fråga. Advokatsamfundet finner inte heller i denna del några bärande skäl till att nu ändra inställning.

I likhet med frågan om rättegångskostnadsansvar utesluter i och för sig inte upphandlingslagstiftningens karaktär som skyddslagstiftning att ansökningsavgift införs i överprövningsmål. Frågan bör dock utredas ytterligare och då inom ramen för en bredare översyn av de upphandlingsrättsliga processreglerna.

2.4 Domstolarnas handläggning av överprövningsmålen (avsnitt 23 i utredningen)

Enligt utredningen bör det inte införas en uttrycklig skyldighet för förvaltningsdomstolarna att upprätta tidsplaner i överprövningsmål. Detta då flera av de argument som finns för att upprätta tidsplaner i tvistemål inte gör sig gällande i överprövningsmålen. Utredningen pekar bl.a. på att handläggningstiden i överprövningsmål är betydligt kortare än vad som gäller för tvistemål i allmän domstol och att den eventuella förekomsten av tredje parter gör att handläggningstidens längd kan vara svår för rätten att förutse vid upprättandet av en tidsplan. Utredningen understryker dock vikten av materiell processledning, särskilt i det fall ett rättegångskostnadsansvar skulle införas.

På det stora hela delar Advokatsamfundet utredningens slutsatser. Flera av de viktigaste inslagen i tidsplaner i tvistemål vid allmän domstol, exempelvis dag för huvudförhandling, gör sig inte gällande i överprövningsmål. Denna ordning kan naturligtvis komma att förändras i den mån den upphandlingsrättsliga överprövningsprocessen i framtiden skulle ta ytterligare steg och närma sig tvistemålsprocessen, bl.a. vad gäller ökade muntliga inslag. I dagsläget framstår emellertid en generell regel om upprättande av tidsplaner som överflödig. Viktigt undantag: Det finns dock ett och det gäller uppgift om tidpunkt för domstolens avgörande. Enligt Advokatsamfundet är det ett återkommande, och väsentligt, problem för parterna i upphandlingsmål – inte minst för leverantören – att leva i ovisshet när målet kommer att avgöras. Bland annat mot bakgrund av de snäva tidsramar som gäller i samband med ett överklagande – i regel måste en leverantör utverka ett interimistiskt beslut i överrätt inom tio dagar från underinstansens avgörande för att hålla en överprövning av en upphandling ”vid liv” – är denna ordning inte tillfredsställande. Advokatsamfundet noterar utredningens uppfattning att domstolen på ett tidigt stadium, om möjligt, bör underrätta parterna om när ett avgörande kan förväntas. Advokatsamfundet förordar dock att det införs en uttrycklig regel med innebörd att domstolen, i vart fall efter det att skriftväxlingen avslutats, ska lämna uppgift om preliminär tidpunkt för målets avgörande. Detta skulle öka transparensen och därmed rättssäkerheten avsevärt i den upphandlingsrättsliga överprövningsprocessen.

Advokatsamfundet delar även utredningens uppfattning om att domstolarna, i högre grad än i dagsläget, under skriftväxlingen bör utnyttja möjligheten till riktade förelägganden. Generella underrättelser fyller naturligtvis en funktion, framför allt inledningsvis i en process. Allteftersom processen fortgår, bör det i normalfallet dock vara möjligt för domstolen att underrätta den kommunicerade parten om vad denna förväntas yttra sig över. På så sätt går det att undvika att målens omfattning ”sväller”, vilket är ett återkommande problem i dag i framför allt större, komplexa överprövningsprocesser.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Anne Ramberg