

Stockholm den 31 mars 2021

R-2021/0052

Till Finansdepartementet

Fi2020/05179

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 29 december 2020 beretts tillfälle att avge yttrande över utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar.

Nedan följer Advokatsamfundets kommentarer och synpunkter på de förslag och slutsatser som förs fram i utkast till lagrådsremiss. Om inte annat uttryckligen anförts har Advokatsamfundet ingen erinran mot förslagen och bedömningarna.

Flera av förslagen och bedömningarna i utkast till lagrådsremiss har varit föremål för andra utredningar i närtid bland annat betänkandet Överprövning av upphandlingsmål med mera (SOU 2015:12) och betänkandet Möjligt, tillåtet och tillgänglighet – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44). Advokatsamfundet har avgett remissyttrande över de båda nämnda utredningarna och hänvisar även till de tidigare remissyttrandena.¹

Sammanfattning

Advokatsamfundet tillstyrker förslaget om att införa ett lagstadgat skyndsamhetskrav. Advokatsamfundet är dock tveksamt till om förslaget i praktiken kommer att innebära en skillnad från dagens reglering då mål om överprövning redan behandlas som förtursmål av en majoritet av domstolarna.

¹ Se Advokatsamfundets remissyttrande den 12 juni 2015 över betänkandet Överprövning aåll m.m. (SOU 2015:12) samt remissyttrande den 30 januari 2019 över betänkandet Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44).

Advokatsamfundet avstyrker förslaget om att införa en preklusionsfrist i förvaltningsrätten. En preklusionsfrist för endast leverantören, och inte båda parter i processen, innebär en omotiverad obalans i processen. Advokatsamfundet anser även att en sådan reglering skulle riskera att medföra att överprövningsmålen blir alltför omfattande och därmed förlänga processen i domstolen.

Advokatsamfundet kan inte heller ställa sig bakom förslaget om att införa en preklusionsfrist i kammarrätten. Advokatsamfundet anser att förslaget och dess konsekvenser måste utredas ytterligare inom ramen för den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet.

Advokatsamfundet ifrågasätter om beloppsgränsen om 100 000 kronor är lämplig i förslaget om efterannonsering avseende direktupphandlingar, med hänvisning till det administrativa arbete som efterannonsering utgör.

Advokatsamfundet tillstyrker ett införande av tidsgränser för uteslutning av leverantör i enlighet med unionsrätten.

I övrigt vill Advokatsamfundet framhålla följande.

Synpunkter

Mål om överprövning ska handläggas skyndsamt (avsnitt 5.2 i utkastet)

I utkastet till lagrådsremiss föreslås att ett lagstadgat skyndsamhetskrav ska införas för mål om överprövning av en upphandling och i mål om överprövning av ett avtals giltighet enligt samtliga fyra upphandlingslagar. Ett lagstadgat skyndsamhetskrav föreslås även införas för mål om utlämnande av kontrakt.

Advokatsamfundet ser positivt på syftet med den föreslagna regleringen att överprövningsmål generellt ska ske snabbt och effektivt utan onödigt dröjsmål. Med beaktande av rättssäkerhetsaspekten ser Advokatsamfundet positivt på att skyndsamhetskravet formaliseras och att det därmed blir tydligt att samtliga domstolar har att iaktta samma krav.

Advokatsamfundet ifrågasätter dock om införandet av ett lagstadgat skyndsamhetskrav kommer att leda till någon skillnad i praktiken i förhållande till nuvarande handläggningstider i domstolarna. Upphandlingsmål behandlas redan i dag av en majoritet av förvaltningsrätterna som förtursmål och det kan ifrågasättas vad ett lagstadgat skyndsamhetskrav i praktiken kommer leda till för ändring. Särskilt med beaktande av att skyndsamhetskravet inte är preciserat. Det bör därför närmare utredas vad som orsakar de långa handläggningstiderna i praktiken och om det finns en problematik i att domstolarna inte har tillräckligt med resurser för att möta skyndsamhetskravet.

Preklusionsfrister i mål om offentlig upphandling (avsnitt 6.3 i utkastet)

Preklusionsfrist i förvaltningsrätten

I utkastet till lagrådsremiss föreslås att en preklusionsfrist ska införas i förvaltningsrätt innebärande att omständigheter som leverantören åberopar som grund för sin talan, med vissa specificerade undantag, inte får åberopas efter två veckor från det att ansökan om överprövning inkom till förvaltningsrätten.

Advokatsamfundet avstyrker förslaget. En leverantör har ofta inte kännedom om samtliga omständigheter vid tiden för avtalsspärrens slut och inlämnande av en ansökan om överprövning. Ett svarsyttrande från den upphandlande myndigheten eller enheten, som har ett betydande informationsövertag i förhållande till leverantören, erhålls oftast inte heller inom den föreslagna preklusionsfristen om två veckor. Mot denna bakgrund föreligger en enligt Advokatsamfundet omotiverad obalans med en preklusionsfrist för endast leverantören och inte båda parter i processen.

Advokatsamfundet ser även en betydande risk att preklusionsfristen får till följd att överprövningsmål blir alldeles för omfattande vilket i sig kommer att fördröja handläggningen av målen i domstolen. För att leverantören inte ska riskera att inte få sin sak prövad längre fram i processen och inte kunna tillvarata sin rätt, kan preklusionsfristen medföra att leverantören i överprövningsmål kan komma att uppge samtliga de omständigheter som eventuellt kan komma att få betydelse i överprövningsmålet redan i ansökan om överprövning. Överprövningsansökan kommer som en följd därav att bli omfattande och ta längre tid att avgöra, eftersom så många fler frågor kommer att behöva hanteras i skriftväxlingen mellan parterna samt under målets avgörande. Vid målets avgörande kommer sannolikt en bråkdel av omständigheterna vara relevanta och överprövningsmålet har då blivit tyngt av onödiga omständigheter för målets avgörande.

Införandet av en preklusionsfrist riskerar även att leda till att överprövningsprocesser ytterligare tyngs av processuella frågor, såsom bedömningar av om leverantören haft giltig ursäkt att inte åberopa omständigheter inom preklusionsfristen. En mer omfattande process kommer också leda till en mer resurskrävande process.

I syfte att skapa en bättre ordning för processen samt att få till stånd snabbare avgöranden skulle Advokatsamfundet hellre se en tydligare materiell processledning från domstolarnas sida.

Domstolarna bör utnyttja möjligheten till riktade förelägganden. Detta skulle i sig minska processens omfattning och på sådant sätt skulle det gå att undvika att målet "sväller", något som idag ofta leder till fördröjning av processen i domstol.

Advokatsamfundet föreslår vidare att det bör införas en uttrycklig regel om att domstolen på ett tidigt stadium, och i vart fall när skriftväxlingen i målet anses avslutad, underrättar parterna om när ett avgörande kan förväntas komma i målet. Ett datum för målets

avgörande får i sig en tydlig effekt på målets avslutande för samtliga parter att förhålla sig till.

Preklusionsfrist i kammarrätten

I utkastet till lagrådsremiss föreslås att en preklusionsfrist ska införas i kammarrätten. Advokatsamfundet har inget principiellt emot en preklusionsfrist i kammarrätten, men som Advokatsamfundet tidigare fört fram i remissvar föreligger behov av ytterligare utredning avseende förslaget och dess effekter.

Advokatsamfundet framhåller att en sådan preklusionsfrist kommer att medföra ett visst utredningsansvar för domstolarna. Ett sådant utredningsansvar bör enligt Advokatsamfundet förtydligas ytterligare.

Annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar (avsnitt 10 i utkastet)

I utkastet till lagrådsremiss föreslås att efterannonseringar inte ska behöva göras vid upphandlingar under 100 000 kronor.

Advokatsamfundet ifrågasätter om beloppsgränsen om 100 000 kronor är lämplig i förslaget om efterannonsering avseende direktupphandlingar med hänvisning till det administrativa arbete som efterannonsering utgör.

Mot bakgrund av syftet med bestämmelserna om direktupphandlingar, att de bland annat inte ska vara administrativt betungande, ifrågasätter Advokatsamfundet därför om det nuvarande förslaget är förenligt med detta syfte.

Det finns självklart ett värde av statistik även inom direktupphandlingsområdet. Advokatsamfundet anser emellertid att syftet med regleringen kring direktupphandlingar – att de inte ska vara administrativt betungande – överväger införandet av efterannonsering inom direktupphandlingsområdet. Advokatsamfundet har i tidigare remissyttrande över upphandlingsutredningen och betänkandet Möjligt, tillåtet och tillgänglighet – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44) avstyrkt förslag om införandet av dokumentationsplikt avseende direktupphandlingar ”från krona 0”. Advokatsamfundet framhöll den administrativa bördan som en dokumentationsplikt kan medföra och att upphandlande myndigheter och enheter lever under en stark tidspress. Advokatsamfundet gör samma bedömning idag.

Oaktat ovanstående bedömer Advokatsamfundet att nivån på beloppet bör utredas ytterligare, även med beaktande av att flera mindre köp totalt under en längre period kan komma att nå över den föreslagna gränsen.

Tidsgränser vid uteslutning av leverantör

Advokatsamfundet tillstyrker ett införande av tidsgränser för uteslutning i enlighet med unionsrätten.

Advokatsamfundet framhåller att det dock vad gäller vissa uteslutningsgrunder inte är tillräckligt tydligt från vilken tidpunkt tidsgränserna ska räknas. Detta kommer fortsatt att bli en fråga för rättstillämpningen; jfr EU-domstolens dom Vossloh Laeis, C-124/17, där det angavs att tidsperioden vid snedvridning av konkurrensen som blivit föremål för sanktionsåtgärder skulle räknas från sanktionstillfället.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander