
SLUTA KLAGA! REGERINGENS INITIATIV FÖR ATT BEGRÄNSA ANTALET ÖVERPRÖVNINGAR

Erik Olsson*

1. INLEDNING

Våren 2010 skojade jag och mina likasinnade kollegor om att vi skulle rösta i riksdagsvalet efter vad respektive parti hade för inställning till upphandlingsrätten. Tanken på att man skulle kunna promenera mellan valstugorna och fråga vad politikerna tycker om offentlig upphandling, och få någon form av initierat svar, var så absurd att det blev roligt. Inför årets val kan konstateras att den typen av skämt klart har passerat sitt bäst före datum. Offentlig upphandling är i allra högsta grad en politisk fråga och figurerar på DN:s ledarsidor jämte debatter om PISA-utredningar och vinster i välfärden. Offentlig upphandling har seglat upp i allmänhetens medvetande som ett politiskt instrument, vilket egentligen inte är särskilt konstigt eftersom upphandling mycket väl kan få stor betydelse för nästan alla delar av välfärden.

Dessvärre är det inte så ofta som potentialen i offentlig upphandling, eller alla goda exempel, ges utrymme i debatten. Upphandlande myndigheters hårda arbete med innovation, miljökrav och avtalsuppföljning lämpar sig inte så väl för löpsedlarna. Istället fokuserar man på korruptionsskandaler, leverantörer som fuskar med kvaliteten och nu i det senaste; alla dessa överprövningar. En bild målas upp av en illa fungerande marknad med korrupta upphandlare, snikna rättshaverister till leverantörer och varor och tjänster av sämsta kvalitet till lägsta pris. Det känns som att det bara är vi som arbetar med offentlig upphandling som vet hur felaktig denna bild är och som ser den professionalisering som skett de senaste tio åren på upphandlingsmarknaden. Som vet att en inköpsavdelning idag i en normalstor landsortskommun förmodligen har en

* Erik Olsson, Jur. kand., Advokatfirman Delphi, Stockholm. De åsikter som här framställs är mina egna och återspeglar inte nödvändigtvis Advokatfirman Delphis inställning.

långt mer fokuserad inköpsfunktion än vad våra största statliga myndigheter hade för fem–tio år sedan. Hur ribban har höjts och kompetensen med den.

Offentlig inköpare är numera en karriär som attraherar både unga akademiker och erfarna affärsmän. Det brukade lite elakt sägas att inköpare inte är något man söker sig till, det är något man blir omplacerad till. Det räcker att läsa igenom titlarna på några examensarbeten från ekonomi- och juristprogrammen på våra högskolor runt om i Sverige för att inse att detta inte längre är sant. Unga studenter drömmer om upphandling.

Även på leverantörssidan har utvecklingen gått framåt. Leverantörer erbjuder mer kvalitet per krona och är långt mer medvetna om köparens behov och önskemål, krav och framtidsvisioner. Man anstränger sig för att skapa mervärden, för att hitta något som får det egna företaget att stå ut i konkurrensen. De affärer som görs idag är helt enkelt väldigt mycket bättre än de som gjordes igår. De är inte perfekta, långt ifrån, men det är värt att uppmärksamma hur långt vi har kommit.

2. FÖR MÅNGA ÖVERPRÖVNINGAR?

Det är också värt att fundera på hur vi kommit dithän. Varför är det så att de flesta, om inte alla, upphandlande myndigheter i Sverige idag har en organiserad och professionaliserad inköpsfunktion när inköp för bara tio år sedan skedde antingen helt decentraliserat, eller av en person som samtidigt var HR-ansvarig, administrativt ansvarig och inköpschef. Varför har alla kommuner, landsting och statliga myndigheter satsat på inköp och ofta lyft upp inköpsfrågor till ledningsnivå? Varför växer SOI:s årskonferenser för varje år som går?¹ Varför kan din gemene upphandlare, oavsett utbildningsbakgrund, mer unionsrätt än din gemene allmänjurist?

Naturligtvis finns det många svar på dessa frågor, men jag skulle vilja påstå att det inte finns något uppriktigt svar som inte nämner upphandlingslagarna och dess möjligheter till överprövning. Upphandlingsrätten i allmänhet och tillgången till effektiva rättsmedel i synnerhet är ett starkt bidragande skäl till den utveckling vi sett inom offentlig inköp de senaste tio åren. Upphandlingsrättens krav på transparens och vetskapen om möjligheterna till överprövning har satt fokus på inköp och motiverat myndighetsledningarna att satsa de resurser som krävs. Denna fokusering hade inte ägt rum i samma utsträckning om det inte vore för överprövning.

¹ SOI (Statens offentliga inköpare) är en medlemsorganisation för offentlig inköpare vars ändamål är att aktivt verka för utveckling och effektivisering av den offentliga upphandlingen och hela inköpsprocessen.

Det sagt, så ligger det mycket i att vissa sektorer kommit att präglas av långdragna överprövningsprocesser i en utsträckning som inte är långsiktigt hållbar. På området för transportupphandling exempelvis förefaller det närmast som om varje upphandling blir föremål för överprövning (även om det i realiteten i denna sektor "endast" är 17 % av alla upphandlingar som överprövas).² Det är viktigt att denna typ av problemsektorer, där överprövning synes ha blivit legio, adresseras på ett rimligt sätt. Mycket kan göras av myndigheten för att på ett generellt plan minska antalet överprövningar³ men i vissa sektorer kan konstateras att det tycks bli överprövning alldeles oavsett vad myndigheten gör. Denna typ av agerande kastar en skugga över allt gott arbete som görs både av upphandlande myndigheter och leverantörer och riskerar dessutom leda till drakoniska och oöverlagda lagstiftningsåtgärder som i sin iver att stoppa missbruk av systemet riskerar att underminera systemet i sin helhet. Regeringens senaste initiativ på upphandlingsområdet, där regeringen tillsatt en särskild utredare för att begränsa antalet överprövningar, är ett bra exempel på en åtgärd som i bästa fall kan avhjälpa en del av problematiken med okynnesöverprövningar men som i värsta fall riskerar att underminera rätten till rättsmedel som sådan på ett sätt som inte bara kommer i konflikt med våra unionsrättsliga skyldigheter utan också kan innebära att den utveckling som skett inom offentliga inköp avstannar.

Regeringen har genom kommittédirektiv Dir. 2013:105 av den 21 november 2013, *Ökad effektivitet i upphandlingar i samband med överprövningar*, gett en särskild utredare i uppdrag att se över rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen. Syftet med utredning anges vara att öka effektiviteten i upphandlingsförfaranden genom att finna sätt att komma till rätta med de problem som orsakas av att upphandlingar stoppas när de begärs överprövade i domstol.

Utredaren, Christer Sjödin, Kammarrättslagman vid Kammarrätten i Sundsvall, ska bl.a.:

- Analysera lämpligheten av att införa bestämmelser om en s.k. preklusionsfrist i upphandlingslagarna.
- Analysera i vilken omfattning den förlängda avtalsspärren ska gälla, om en domstol ska kunna pröva en upphandling trots ingånget avtal och i så fall hur en skadelidande leverantör ska kunna kompenseras,
- Undersöka möjligheterna att inför ett undantag i upphandlingslagarna för direktupphandling under pågående överprövning, samt

² Se Konkurrensverkets Rapport 2013:5, *Överprövningar av offentlig upphandling – Siffror och fakta*, s. 24.

³ För en diskussion kring möjligheterna att minska antalet överprövningar genom att uppställa färre skall-krav avseende allmänt tillgängliga och kontrollerbara uppgifter se bland annat min körnika i ERT 2013, nr 4, *En slarvers försvarstal – EU-domstolens avgörande i Manova öppnar upp för kompletteringar*.

- Utreda och överväga bestämmelserna om ersättning för processkostnader eller avgifter vid ansökan i mål om överprövning.

Det synes vara regeringens uppfattning att antalet överprövningsmål i sig är problematiskt och att utredningen ska undersöka möjligheten att få ner antalet mål som sådant. Regeringen framhåller i kommittédirektivet att antalet mål har ökat stadigt under flera år med undantag för 2011. Detta är en sanning med modifikation.

Domstolsverkets statistik visar att 3572 upphandlingsmål anhängiggjordes i förvaltningsrätterna 2010, 2011 var antalet 2754, 2012 var antalet 3265 och 2013 var antalet 3201. 2012 och 2013 års siffror är således högre än 2011 års siffror men fortfarande lägre än 2010. Man kan således endast tala om en fortsatt ökning av den anledningen att 2011 innebär en förhållandevis kraftig minskning i förhållande till 2010. Ett mer korrekt sätt att beskriva situationen hade nog varit att säga att antalet överprövningsmål ökade fram till år 2010 men att ökningen därefter avstannat och att antalet överprövningsmål nu har stabiliserats runt 3000 mål per år. Detta kan naturligtvis låta som en hög siffra men man bör då betänka att upphandlingsmålen endast utgör ca 2 % av förvaltningsrätternas totala målskörd.⁴

Antalet mål är dessutom en dålig indikator på hur många upphandlingar som faktiskt överprövas. Om flera myndigheter samverkar i en gemensam upphandling får respektive myndighet ett eget målnummer vid överprövning trots att det rör sig om en och samma ansökan om överprövning. Därutöver är det ofta så att en och samma upphandling överprövas, på i stort sätt samma grunder, av flera olika leverantörer, var och en med sitt eget målnummer. Om flera leverantörer överprövar en upphandling genomförd av flera myndigheter kan detta således snabbt generera ett mycket stort antal målnummer. Konkurrensverket konstaterade detta förhållande i en rapport från 2013 och fann att trots att 3265 överprövningsmål anhängiggjordes under 2012 var det endast 1320 av de upphandlingar som annonserades föregående år som blev överprövade upphandlingar.⁵ Detta utgör ca 7 % av alla annonserade upphandlingar. Av dessa 1320 upphandlingar var enligt Konkurrensverkets rapport drygt 600 upphandlingar genomförda enligt reglerna i 15 kap. LOU. Om detta stämmer kommer antalet överprövningar sannolikt att sjunka om de av regeringen föreslagna höjningarna av direktupphandlingsgränsen genomförs.⁶ Det vore således klokt att

⁴ Se Konkurrensverkets Rapport 2013:5, Överprövningar av offentlig upphandling – Siffror och fakta, s. 32.

⁵ Se Konkurrensverkets Rapport 2013:5, Överprövningar av offentlig upphandling – Siffror och fakta, s. 25.

⁶ Se Socialdepartementets promemoria med förslag om ändrade regler om direktupphandling, dnr S2013/9124/RU. Promemorian föreslår en höjning av direktupphandlingsgränserna till 600 000 sek för varor och tjänster samt 1 200 000 sek för byggtreprenader i LOU respektive

invänta de närmaste årens utveckling innan man uttalar sig om huruvida antalet överprövningar faktiskt ökar eller inte.

Det bör påpekas att en mycket stor del av de överprövningar som avgörs i förvaltningsrätterna faktiskt leder till bifall. Det är lätt att få intrycket av att leverantörer ansöker om överprövning för ansökans skull, men i 37 % av målen finner förvaltningsrätten faktiskt att myndigheten har gjort sig skyldig till en överträdelse av upphandlingsreglerna och att denna överträdelse lett till skada för leverantören.⁷ Jämfört med andra måltyper i förvaltningsrätten är detta en mycket hög bifallsfrekvens. Detta innebär två saker. Först och främst innebär det att rättsmedelen fungerar i så måtto att de medverkar till att undanröja upphandlingsfel som annars inte undanröjts och därigenom verkar för en bättre fungerande upphandlingsmarknad. För det andra innebär det att det fortfarande finns en förbättringspotential för hur upphandlande myndigheter genomför upphandlingar och att åtgärder i detta avseende sannolikt också kan bidra till att få ner antalet överprövningar. Det är viktigt att bära detta med sig då man diskuterar eventuella begränsningar av tillgängliga rättsmedel och det är olyckligt att denna aspekt tycks ha fallit bort i diskussionen kring rättsmedlen.

3. PREKLUSIONSFRIST I UPPHANDLINGSMÅL

Ett av de områden som utredaren ska titta på är frågan om att införa preklusionsfrist i upphandlingsmål. Tanken är att det skulle kunna införas en frist som innebär ett förbud mot invändningar mot förfrågningsunderlagets utformning efter det att anbudstiden löpt ut. Genom att införa en sådan frist tänker sig regeringen att ansökningar rörande tilldelningsbeslutet ska kunna bli mer renodlade, och därmed lättare och snabbare att hantera, eftersom de då bara rör överträdelser som uppenbarar sig först i och med tilldelningsbeslutet.

Som regeringen påpekar har införandet av denna typ av preklusionsfrister diskuterats vid tidigare reformer av upphandlingslagarna och då avfärdats som olämpliga.⁸ Skälet härför har framförallt varit att en överträdelse avseende förfrågningsunderlaget ofta uppenbarar sig först i och med tilldelningsbeslutet då det blir tydligt hur myndigheten tolkar detta. Exempelvis är invändningar om

1 000 000 sek för varor och tjänster samt 1 600 000 sek för byggtreprenader i LUF. Detta är mer än en dubbling av dagens direktupphandlingsgräns om 270 964 sek för varor, tjänster och byggtreprenader i LOU respektive 541 928 sek för varor, tjänster och byggtreprenader i LUF.

⁷ Konkurrensverkets rapport 2013:9, Siffror och fakta om offentlig upphandling – statistik om upphandlingar som genomförts under 2012, s. 80.

⁸ Se prop. 2009/10:180 s. 155.

bristande transparens i förfrågningsunderlaget sådana att de oftast blir tydliga först i tilldelningsbeslutet. Leverantören har tolkat förfrågningsunderlaget på ett visst sätt och det är först när myndigheten i tilldelningsbeslutet gör gällande att denna tolkning är felaktig som det blir tydligt att förfrågningsunderlaget inte varit helt tydligt med vad som faktiskt efterfrågas.

Det ligger mycket i denna invändning men det är långt ifrån den enda invändning som kan göras mot ett införande av preklusionsfrister.

Först och främst kan det på goda grunder ifrågasättas om en preklusionsfrist verkligen kommer att leda till en minskad belastning för domstolarna och för upphandlande myndigheter. Tvärtom finns det mycket som talar för att införandet av en preklusionsfrist kan få motsatt resultat och leda till att det blir två överprövningsrundor i upphandlingar, på så sätt att upphandlingens förfrågningsunderlag först blir föremål för en serie överprövningar rörande dess innehåll och sedan för ytterligare en serie överprövningar i samband med tilldelningsbeslutet.

Det ska understrykas att det idag inte finns något hinder mot att leverantörer ansöker om överprövning av brister i förfrågningsunderlaget redan innan det att anbud lämnas in och tilldelningsbeslut meddelas. Detta sker också med jämna mellanrum och medför då ofta att den upphandlande myndigheten avvaktar med att meddela tilldelningsbeslut till dess att överprövningen av förfrågningsunderlaget vunnit laga kraft. Ibland kan myndigheten också välja att förlänga anbudstiden till dess att målet är avgjort. Anledningen till detta är att myndigheten inte vill meddela tilldelningsbeslut om det finns en risk för att upphandlingen ändå måste göras om, eller justeras på ett sätt som kan komma att påverka anbudens utformning. Det känns osäkert att meddela tilldelningsbeslut när myndigheten vet att tilldelningsbeslutet kan komma att behöva undanröjas till följd av en pågående rättsprocess, något som i sin tur riskerar göra den leverantör som tilldelats kontraktet mer processbenägen i kommande tilldelningsbeslut. Myndigheter är väl medvetna om den psykologiska skillnaden i att först tilldela en leverantör ett kontrakt och sedan undanröja detta jämfört med att istället helt enkelt avvakta med att meddela tilldelningsbeslut till man är säker på utfallet. Det första förfarandesättet kommer i princip garanterat leda till en mer besviken och överprövningsbenägen leverantör.

Skulle man införa en preklusionsfrist finns enligt min mening en överhängande risk för att upphandlingsprocessen blir mer segdragen än idag eftersom processen då först måste stoppas upp för att invänta avgöranden avseende förfrågningsunderlagets utformning och sedan stoppas upp igen när tilldelningsbeslutet meddelas.

Till detta ska läggas att det inte är helt klarlagt var gränsdragningen går mellan brister i förfrågningsunderlagets utformning och brister i tilldelningsbeslutet. Som nämndes ovan kan vissa brister i förfrågningsunderlaget först komma att uppenbara sig när tilldelningsbeslutet meddelas. En preklusionsfrist riskerar

därför att medföra förhållandevis komplicerade bedömning av huruvida en viss omständighet ska anses prekluderad eller inte. Risken finns därför att bestämmelser om preklusion innebär ett nytt prövningsmoment vid överprövning av tilldelningsbeslut och på så sätt tynger processen ytterligare.

Det är av dessa skäl högst tveksamt om en preklusionsfrist verkligen kommer att medföra en snabbare och mer effektiv prövning av upphandlingsmål. Tvärtom finns det mycket som pekar på att effekten istället kan komma att bli den motsatta.

En fråga som regeringen ställer sig, och som ska omfattas av utredningen, är varför leverantörer avvaktar med att ansöka om överprövning till dess att tilldelningsbeslut har meddelats. Denna fråga har naturligtvis flera svar men enligt min erfarenhet beror det i huvudsak på att leverantören inte vill behöva ansöka om överprövning flera gånger, för det fall det även skulle föreligga någon brist i tilldelningsbeslutet. De flesta leverantörer som identifierar en brist förfrågningsunderlaget i ett tidigt skede påtalar istället detta för myndigheten genom påpekande i ”frågor & svar”.⁹ Även om många myndigheter är lyhörda för de invändningar som inkommer i frågor & svar finns det dessvärre de myndigheter som uppvisar en ovilja att justera förfrågningsunderlaget under annonseringstiden, och det är min uppfattning att många överprövningar hade kunnat undvikas om myndigheterna var mer öppna för debatt redan innan anbud inlämnas.

Vidare finns det naturligtvis en förståelig oro hos leverantörer för att ”göra sig ovän” med myndigheten innan myndigheten har utvärderat leverantörens anbud. Rätt eller fel så finns det många leverantörer som upplever att en tidig ansökan om överprövning kan komma att ligga leverantören till last i de mer subjektiva bedömningsmomenten av en anbudsutvärdering. Även denna oro medför att leverantörer är ovilliga att ta upp brister i förfrågningsunderlaget innan anbudet utvärderats. Leverantörer kan ställa en fråga i upphandlingen anonymt och på detta sätt påpeka felaktigheten, men det finns ingen möjlighet för leverantörer att ansöka om överprövning på anonym basis.

Slutligen ska påpekas att en preklusionsfrist även kan komma att öka antalet överprövningar i så måtto att fler leverantörer kan komma att ansöka om överprövning. Leverantörer som vinner en upphandling klagar sällan på utfallet. Det är också ovanligt att leverantörer som fått maxpoäng för ett visst utvärderingskriterium eller som klarat ett visst skall-krav klagar på att utvärderingskriteriet är diskriminerande eller att skall-kravet är för högt ställt. På samma sätt som ett tilldelningsbeslut innehåller information som gör vissa leverantörer missnöjda innehåller det också en mängd information som gör samma, och

⁹ Frågor & svar är den populära benämningen på myndighetens skyldighet att enligt 8 kap. 9 § LOU lämna kompletterande och tydliggörande uppgifter om förfrågningsunderlagets innehåll på begäran av leverantör.

andra, leverantörer nöjda. Genom en preklusionsfrist riskerar man tvinga leverantörer att klaga på omständigheter som de egentligen inte hade haft någon anledning att klaga på om de hade vetat hur utvärderingen skulle falla ut. Det finns således även på denna grund en risk för att en preklusionsfrist ökar antalet överprövningar snarare än att minska dem.

Många av de mest flagranta exempel på att en leverantör klagar på förfrågningsunderlaget först efter det att tilldelningsbeslutet meddelas kan dessutom tas om hand förhållandevis enkelt genom en bedömning av skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU. Den leverantör som exempelvis gör en invändning om att myndigheten använt fel upphandlingsförfarande måste visa att den lidit skada av överträdelsen. Detta är ofta svårt att göra när leverantören både lämnat anbud i upphandlingen och fått sitt anbud utvärderat men befunnits vara mindre ekonomiskt fördelaktigt. Ett anbud som är dyrare än konkurrerande anbud i en lägsta pris upphandling hade inte tilldelats kontrakt oavsett vilket förfarande som myndigheten använt och en sådan ansökan kan normalt avslås direkt eftersom leverantören inte kan visa skada. Som Högsta förvaltningsdomstolen fastslagit i dom av den 1 juli 2013 i mål nr 93-13 har förvaltningsrätten i sådana situationer att pröva skadan först och behöver således inte pröva om en överträdelse föreligger i sak om inte leverantören på ett rimligt sätt kan visa att den lidit skada av den påstådda överträdelsen.¹⁰ Detta är enligt min mening ett långt mer lämpligt sätt att hantera sent väckta grunder än en preklusionsfrist.

4. FRÅGA OM FÖRLÄNGD AVTALSSPÄRR SAMT OM EN UPPHANDLING SKA KUNNA PRÖVAS TROTS ATT AVTAL INGÅTT

Regeringen har också gett utredaren i uppdrag att analysera i vilken mån förlängd avtalsspärr ska gälla under den tid som förvaltningsrätten prövar ett upphandlingsmål, huruvida ett upphandlingsmål ska kunna prövas även efter det att avtal tecknats samt hur en skadelidande leverantör ska kunna kompenseras för det fall man inskränker möjligheterna till en effektiv prövning i förvaltningsdomstol.

Frågan är ställd utifrån föreställningen att överprövningsprocessen ofta föranleder sådan fördröjning i upphandlingen att myndigheterna får svårt att fullgöra sina ordinarie uppgifter. På grund av överprövningsprocessen hamnar myndigheterna i ett avtalslöst tillstånd och tvingas välja mellan att antingen inte

¹⁰ För en analys av HFD:s avgörande och dess relation till EU-domstolens praxis om skada se min krönika i ERT 2013 nr 3, *Ingen skada skedd – vad innebär EU-domstolens avgörande i fastweb för tillämpningen av skaderekvisitet i svensk domstol?*

fullgöra sitt uppdrag eller att genomföra tillfälliga direktupphandlingar för att täcka sitt behov av varor och tjänster.

Innan vi går in på de utmaningar denna del av utredningsuppdraget innebär kan det vara klagande att i korthet beskriva hur överprövningsförfarandet går till idag.

När den upphandlande myndigheten meddelar tilldelningsbeslut börjar den så kallade avtalsspärren (normalt tio dagar) att löpa. Det är under denna period som leverantörer har möjlighet att framställa invändningar mot upphandlingen genom att ansöka om överprövning vid förvaltningsrätten. Om någon leverantör, under den tid som avtalsspärren löper, inkommer till förvaltningsrätten med en ansökan om överprövning börjar en förlängd avtalsspärr automatiskt att löpa och löper i huvudregel till dess att förvaltningsrätten skiljt sig från målet. Om myndigheten tecknar avtal under det att avtalsspärren eller den förlängda avtalsspärren löper, får detta till följd att leverantören ges möjlighet att justera sin talan till en ansökan om överprövning av det ingångna avtalets giltighet och myndigheten riskerar således att få avtalet ogiltigförklarat vid bifall av leverantörens talan. Om förvaltningsrätten inte ogiltigförklarar avtalet kommer myndigheten istället att åläggas att betala en upphandlingsskadeavgift på talan av Konkurrensverket. Detta är en form av sanktion för att myndigheten brutit mot avtalsspärren och det är obligatoriskt för Konkurrensverket att föra denna talan.

Utifrån den senaste tidens medierapportering är det lätt att få intrycket att upphandlande myndigheter i var och varannan upphandling hamnar i ett avtalslöst tillstånd till följd av överprövningar. Så är naturligtvis inte fallet. Först och främst är det bara ca 7 % av alla annonserade upphandlingar som överhuvudtaget blir föremål för överprövning. I flertalet av dessa hinner överprövningen också avslutas innan myndighetens befintliga avtal löper ut.

I de allra flesta fall har myndigheten tagit höjd för en prövning i förvaltningsrätten och myndigheten hamnar således inte i ett avtalslöst tillstånd under det att processen i förvaltningsrätten löper. Upphandlande myndigheter har generellt betydligt bättre framförhållning än vad som ibland görs gällande i media och enligt min erfarenhet klarar de flesta upphandlingar med god marginal den genomsnittliga handläggningstid om 2 månader som en överprövning har.¹¹

Om förvaltningsrättens avgörande blir överklagat till kammarrätten kan det däremot hända att myndighetens planering spricker och att myndigheten hamnar i tidsnöd. Det ska dock noteras att det i kammarrätten inte finns någon förlängd avtalsspärr utan att kammarrätten istället har att fatta ett interimistiskt beslut om att avtal inte får tecknas. Vi har noterat att kammarrätterna, särskilt under det senaste året, har blivit allt mer försiktiga med att meddela interimistiska beslut i de fall kammarrätterna vid en första preliminär bedömning inte

¹¹ Konkurrensverkets rapport 2013:9 Siffror och fakta om offentlig upphandling, s. 82.

ser att det finns skäl att meddela prövningstillstånd. Om denna utveckling fortsätter kommer vi förmodligen gå emot att andelen kammarrättsprocesser där interimistiskt beslut meddelas närmar sig andelen där prövningstillstånd meddelas. Eftersom prövningstillstånd endast meddelas i ca 30 % av alla upphandlingsmål i kammarrätten kommer en sådan utveckling sannolikt leda till att myndigheter i allt färre fall i praktiken måste ta höjd för en tvåinstansprövning vid planeringen av upphandlingar.¹² Till detta ska läggas att endast en mindre del av alla förvaltningsrättsavgöranden i upphandlingsmål blir överklagade till kammarrätten, endast 24 % av förvaltningsrätternas avgörande 2012 fullföljdes dit. Sammantaget med PT-frekvensen innebär detta att endast 7 % av alla förvaltningsrättsavgöranden blir prövade i sak även i kammarrätt.¹³

Rättsmedelsdirektiven ställer upp krav på skyndsamma och effektiva förfaranden för överprövning och det är min bedömning att förvaltningsrätterna i de allra flesta fall uppfyller dessa krav.¹⁴ Även om det naturligtvis finns situationer där överprövningar drar ut på tiden utöver vad myndigheten skäligen hade kunnat planera för är detta förhållandevis ovanligt och myndigheter har ofta tagit höjd för åtminstone tre månaders prövning i förvaltningsrätt. Under förutsättning att domstolarna ges möjlighet att hantera målen i enlighet med de effektivitetskrav som rättsmedelsdirektiven ställer upp borde tre månader enligt min mening var fullt tillräckligt för en prövning i förvaltningsrätten. Konkurrensverkets statistik visar också att så är fallet i de allra flesta fall.

Skulle man, som regeringen tycks vara inne på, slopa den förlängda avtalspärren efter en första preliminär bedömning i förvaltningsrätten, riskerar detta dessutom dels att undanröja en ordning som i de allra flesta fall är väl fungerande och dels både minska tillgången till effektiva rättsmedel och fördröja prövningen i förvaltningsrätt.

Som framgår av rättsmedelsdirektiven är överprövningsinstitutet, dvs. möjligheten att få upphandlingsbeslut effektivt överprövade, och rätten till skadestånd, parallella rättsmedel som ska finnas jämte varandra i den nationella rättsordningen.¹⁵ Det går således inte att ursäkta en bristande möjlighet till prövning av upphandlingsbeslut med att leverantören har möjlighet att föra talan om skadestånd som kompensation för eventuella överträdelser.

¹² Se Konkurrensverkets Rapport 2013:5, Överprövningar av offentlig upphandling – Siffror och fakta s. 37.

¹³ Konkurrensverkets rapport 2013:9, Siffror och fakta om offentlig upphandling – statistik om upphandlingar som genomförts under 2012, s. 83–85.

¹⁴ Se artikel 1(1) Direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, efter ändring genom ändringsdirektiv 2007/66.

¹⁵ Se artikel 2(1) a–c Direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, efter ändring genom ändringsdirektiv 2007/66.

Möjligheten till skadestånd är i första hand kompensatoriskt och medför inte att själva upphandlingsbristen undanröjs. Det är bara genom att kunna pröva upphandlingsbeslutet som sådant, och undanröja eller rätta detta, som leverantören kan få möjlighet att faktiskt få delta i ett korrekt upphandlingsförfarande enligt lagarna.

Som framgår av bland annat *Universale-Bau* är rättsmedelsdirektivens ändamål att säkra att upphandlingsdirektiven kan tillämpas effektivt, i synnerhet i ett skede då överträdelserna kan korrigeras.¹⁶ Det nuvarande systemet med förlängd avtalsspärr i förvaltningsrätten möjliggör, enligt min mening, detta ändamåls förverkligande med minsta möjliga ingrepp på upphandlingsprocessens effektiva genomförande.

Med en effektiv förvaltningsprocess i första instans, där tre månader bör vara ett riktmärke, ges leverantören möjlighet att få felaktiga beslut undanröjda i ett skede då det fortfarande är möjligt att genomföra upphandlingen på ett korrekt sätt.¹⁷

Skulle man istället, såsom regeringen tycks vara inne på, tillåta att myndigheten tecknar avtal redan under prövningen i förvaltningsdomstol, kommer den prövning som leverantören därefter kan få till stånd att te sig tämligen meningslös. När avtal är tecknat är myndigheten civilrättsligt bunden vid detta, rätt eller fel, och det är då inte längre praktiskt möjligt att göra om eller rätta till upphandlingen. Att leverantören i ett sådant skede kan använda ett avgörande i förvaltningsdomstolen som grund för en skadeståndstalan är vare sig tillräckligt för att uppfylla direktivens krav på effektiva rättsmedel eller lämpligt ur ett samhällsekonomiskt hänseende.

Leverantörer ansöker om överprövning för att få möjlighet att tilldelas kontrakt i ett korrekt genomfört förfarande. En skadeståndstalan kan aldrig utgöra ett substitut för detta och får inte heller göra det enligt rättsmedelsdirektiven. Om det skulle utveckla sig så att förvaltningsrätten regelmässigt undanröjer den förlängda avtalsspärren med hänvisning till leverantörens möjligheter att få annan kompensation utgör detta ett otillräckligt införlivande av rättsmedelsdirektiven.

Man skulle visserligen, inom ramen för rättsmedelsdirektiven, kunna tänka sig att den förlängda avtalsspärren endast ska gälla fram till dess att förvaltningsrätten tagit ställning till ett beslut om ansökan om provisoriska åtgärder eller om prövning. Det är dock ytterst tveksamt om denna möjlighet skulle leda till

¹⁶ Se EU-domstolens dom i *Universale-Bau* AG, mål C-470/99, p. 74.

¹⁷ Det ska i sammanhanget nämnas att förvaltningsrätternas generella riktmärke för avgörande av ett mål är att huvuddelen av målen i förvaltningsrätt, exklusive förtursmål såsom upphandlingsmål, ska avgöras inom sex månader. Med rätt resurser, och mot bakgrund av nuvarande genomsnittliga handläggningstid, framstår det inte som orimligt att målsättningen skulle kunna vara tre månader för avgörande av upphandlingsmål i förvaltningsrätt.

några effektivitetsvinster jämfört med en skyndsam prövning i sak enligt nuvarande ordning.

Som framhållits ovan innebär ett tecknat avtal att möjligheterna att korrigera upphandlingen utsläcks. Tecknade av avtal innebär således att leverantören fråntas den möjlighet till effektiva rättsmedel som leverantören enligt rättsmedelsdirektiven ska ha rätt till. Av detta följer inte nödvändigtvis att avtal inte ska få tecknas innan dess att förvaltningsrätten slutligt skiljt sig från målet, men det krävs att avtal endast får tecknas i de fall förvaltningsrätten vid en preliminär bedömning, finner att det som leverantören anför inte skulle kunna leda till förändringar i det överprövade beslutet eller att det allmännas intresse av att avtal ingås omedelbart är så stort att det ska få företräde framför leverantörens möjlighet till effektiva rättsmedel.

För att kunna göra en sådan bedömning skulle krävas att förvaltningsrätten, redan vid den preliminära bedömningen, ordentligt sätter sig in i ärendet och skapar sig en uppfattning om målets sannolika utgång. Vidare måste förvaltningsrätten vara väl införstådd med de eventuella allmänna intressen som kan finnas i upphandlingen, hur brådskande dessa är, samt om dessa har en sådan tyngd att de kan komma att väga tyngre leverantörens rätt till en effektiv prövning av upphandlingsbeslutet.

Såsom upphandlingsmål handläggs i många förvaltningsrätter idag är det ovanligt att förvaltningsrätten, innan det att skriftväxlingen är avslutad, tar ställning till utgången i målet eller på annat sätt bedömer de rättsliga frågorna i målet i sak. För att möjliggöra en så skyndsam handläggning som möjligt sköts skriftväxlingen förhållandevis snabbt, ca en vecka per yttrande, och handläggaren involverar normalt sett inte ordföranden i skriftväxlingen som sådan, i större utsträckning än vad som anses nödvändigt för att omhänderta de eventuella frågor som uppkommer redan under skriftväxlingen. Efter avslutad skriftväxling upprättar handläggaren ett förslag till dom som ordföranden har att ta ställning till och det är således förhållandevis vanligt att ordföranden först efter avslutad skriftväxling ordentligt sätter sig in i målets sakfrågor.

Om man istället skulle införa en sådan preliminär bedömning som beskrivs ovan skulle detta innebära att ordföranden måste involveras djupare i målet innan detta är färdigkommunicerat och göra de bedömningar och avvägningar som är nödvändiga för att väga leverantörens intresse av effektiva rättsmedel mot myndighetens intresse av att få ingå avtal. Ordföranden får sedan meddela interimistiskt beslut rörande om avtal ska tecknas eller inte. Alldeles oavsett utfallet av denna bedömning måste arbetet sedan göras om, efter avslutad skriftväxling, när det är dags att upprätta en slutligt avgörande. En preliminär bedömning riskerar således leda till dubbelarbete för våra redan tungt belastade förvaltningsdomstolar.

Det kan vidare ifrågasättas huruvida det överhuvudtaget är möjligt att göra en sådan bedömning som skulle krävas innan det att kommunikering är avslu-

tad. Ansökan om överprövning ska upprättas inom tio dagar från tilldelningsbeslut och denna brådska kan komma att göra att ansökan är mindre tydlig och mindre fullständig än vad som krävs för en rättsäker bedömning. Vidare kan mycket hända under skriftväxlingens gång, myndigheten kan välja att själv rätta till beslutet, leverantören kan välja att återkalla sin talan och nya omständigheter kan framkomma som sätter målet i ett nytt ljus. Många mål avskrivs på grund av omständigheter som framkommer under skriftväxlingen och det är därför ofta oklokt att lägga allt för stora resurser på ett mål innan skriftväxlingen är avslutad. Risken är att förvaltningsdomstolarna då, för att ta det säkra före det osäkra, regelmässigt meddelar interimistiska åtgärder för att köpa sig tid för en ordentlig prövning i sak. Detta skulle i så fall påminna mycket om den ordning som rådde innan den förlängda avtalspärrens införande och inte medföra någon förändring vad avser antalet mål eller deras handläggningstid. Det enda man uppnår är att man tar förvaltningsrättens resurser i anspråk i onödan.

Det finns enligt min mening mycket som talar för att införandet av den typ av preliminär bedömning som en ändring av nuvarande ordning hade krävt mycket väl kan leda till att arbetsbelastningen på förvaltningsdomstolarna ökar och att reformen således leder till effektivitetsförluster snarare än effektivitetsvinster.

Klokare är då att ge förvaltningsrätterna de resurser som krävs för att kunna pröva upphandlingsmålen i sin helhet skyndsamt, med en rikt tid på tre månader. Med tanke på att den genomsnittliga överprövningsprocessen redan idag understiger två månader torde det inte vara omöjligt med en sådan målsättning.

5. FRÅGA OM MÖJLIGHET TILL TEMPORÄR UPPHANDLING UNDER PROCESSENS GÅNG

En mycket omdebatterad fråga är om det är möjligt för den upphandlande myndighet som riskerar hamna i ett avtalslöst tillstånd till följd av en ansökan om överprövning att direkttilldelade avtal utan föregående annonsering för den period som överprövningen pågår.

Uppfattningarna härvidlag går isär men Konkurrensverket tycks vara av uppfattningen att en sådan direkttilldelning skulle kunna vara tillåten i de fall en upphandlande myndighet har tagit höjd för en process i två instanser men trots detta hamnar i tidsnöd till följd av en utdragen överprövningsprocess.¹⁸

Enligt min mening kan ifrågasättas om det inte vore tillräckligt att myndigheten tar höjd för en process i första instans, dvs. förvaltningsrätten. Rättsmedelsdirektivet innehåller inte något explicit krav på en prövning i flera

¹⁸ Konkurrensverkets yttrande till Kammarrätten i Göteborg i mål nr 784-10, Konkurrensverkets diarienummer 346/2010.

instanser och det framstår som orimligt att i varje upphandling förvänta sig en sådan prövning. Man bör därför överväga om den myndighet som inte planerat för en två instansprövning, utan endast en prövning i en instans, verkligen kan klandras för brådska som uppkommer först när målet når kammarrätten. Detta särskilt som endast en halv procent av alla annonserade upphandlingar faktiskt blir föremål för sakprövning i kammarrätt.¹⁹

En förutsättning för direkttilldelning är naturligtvis att avtalet är begränsat på ett sätt som återspeglar den tid det kan tänkas ta för överprövningen att avslutas, den nya upphandlingen att genomföras och ett nytt avtal komma på plats. Det kan således aldrig bli fråga om att direkttilldela hela det avtal som var föremålet för den ursprungliga upphandlingen utan det ska röra sig om ett tillfälligt avtal vilket syftar till att täcka myndighetens behov till dess att ett annonserat förfarande kan avslutas genom att kontrakt tecknas.

Enligt min mening är det dock olämpligt att lagstifta om denna typ av grund för direktupphandling. Istället borde den kunna tillåtas genom tolkning av befintliga grunder för förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. 5 § tredje punkten LOU. Det torde enligt min mening finnas utrymme för en sådan tolkning.

6. FRÅGA OM AVGIFT FÖR ÖVERPRÖVNING OCH FÖRDELNINGEN AV PROCESSKOSTNADER I UPPHANDLINGSMÅL

En av de mer udda frågorna som ska behandlas i utredningen är frågan om fördelning av processkostnader och införande av särskilda avgifter för överprövning av upphandlingsmål.

Enligt kommittédirektivet ska utredaren analysera om det är möjligt att införa en fördelning av processkostnader som motsvarar den som gäller i dispositiva tvistemål, dvs. att den förlorade parten ska stå motpartens rättegångskostnader. Tanken är att detta ska göra myndigheter mer försiktiga vid utformandet av förfrågningsunderlag och leverantörer mer omsorgsfulla då de väljer vilka mål de kommer att driva.

Vidare ska utredaren undersöka möjligheten att införa särskilda avgifter för överprövning av upphandlingsmål.

En grundläggande princip för tillgången till nationella rättsmedel för överträdelser av unionsrätten är att dessa ska vara minst lika tillgängliga och effek-

¹⁹ Egen uträkning baserad på Konkurrensverkets uppgifter om att ca 7 % av alla annonserade upphandling överprövas och att ca 7 % av alla överprövningar till förvaltningsrätt i upphandlingsmål också prövas i sak i kammarrätten.

tiva som de rättsmedel som finns att tillgå för överträdelser av rent nationella bestämmelser av motsvarande slag, den så kallade likvärdighetsprincipen.

Utifrån denna princip är det svårt att tänka sig att unionslagstiftaren tillåter att Sverige inför regler om fördelning av processkostnader och införande av avgifter som så tydligt avviker från vad som gäller för alla andra måltyper i förvaltningsdomstol. Detta särskilt när det uttalade syftet med en sådan reglering är att göra leverantörer mindre benägna att göra sina rättigheter gällande i domstol.

Vad gäller fördelningen av rättegångskostnader finns det också en rad processtekniska frågetecken som måste redas ut. I upphandlingsmål finns inga egentliga begränsningar i vilka omständigheter som kan anföras av parterna och det är inte ovanligt att både leverantör och myndighet anför grunder och omständigheter som sedan inte blir del av avgörandet. En leverantör kan invända mot flera olika överträdelser trots att var och en av dem är tillräckliga för att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen ska göras om, och myndigheter anför också ofta omständigheter, såsom resonemang kring att leverantörens anbud egentligen borde ha förkastats, vilka sedan inte tas upp i avgörandet. Om processkostnaderna ska fördelas så att den förlorade parten står den vinnande partens ombudskostnader är det viktigt att jämkning sker av sådana processkostnader som visat sig onödiga.

Vidare uppstår frågan om processkostnadernas fördelning då en tredje part, exempelvis den vinnande leverantören, träder in i målet.

Risken är att fördelningen av rättegångskostnader i sig ger upphov till omfattande argumentation och fördröjer processen på ett onödigt sätt.

Det kan vidare konstateras att en sådan fördelning av processkostnaderna kan komma att bli mycket dyr för en upphandlande myndighet särskilt i de fall flera leverantörer ansöker om överprövning avseende samma upphandling. Även om samtliga leverantörer skulle anföra ungefär samma grunder för sin ansökan kan den upphandlande myndigheten, för det fall de skulle förlora processen, bli ålagd att betala samtliga leverantörers ombudskostnader. Detta sammantaget med det förhållandet att leverantörer är mer benägna att anlita ombud och att det normalt sätt är dyrare att vara klagande än svarande gör att upphandlande myndigheter förmodligen kommer att få markant höjda processkostnader för det fall ett sådant förslag skulle genomföras. Detta trots att en majoritet av fallen, ca 70 %, inte leder till bifall av leverantörens ansökan.

Vad gäller förslaget på avgift för ansökan om överprövning kan konstateras att detta i första hand kommer att avskräcka mindre leverantörer i överprövningar av upphandlingar av mer ringa omfattning. I större upphandlingar och vad rör större företag är det ytterst osannolikt att en avgift kommer få någon påverkan på antalet mål.

Det kan konstateras att regeringen redan har förelagit en kraftig höjning av direktupphandlingsgränserna. Om denna höjning, som innebär en dryg för-

dubbling av nuvarande direktupphandlingsgränser, genomförs är det sannolikt att en stor andel av de överprövningar som eventuellt skulle kunna påverkas av en avgift, helt kommer att undantas upphandlingskyldighet. Att införa en avgift för överprövning framstår mot denna bakgrund som en tämligen verkninglös åtgärd som dessutom lätt ger intrycket av att små- och medelstora företag inte hör hemma som leverantörer till offentlig förvaltning. Detta är fel signal att skicka.

5. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Det är inga små frågor utredningen har satts att analysera och det känns optimistiskt att uppdraget ska redovisas redan den 15 juni 2014. Samtidigt är det av stor vikt att utredningen av dessa frågor ges den omsorg frågorna förtjänar och att de förändringar som sker vare sig begränsar tillgången till effektiva rättsmedel eller medför en ökad arbetsbörda för våra redan ansträngda förvaltningsdomstolar.

Det ska bli mycket spännande att följa utredningens fortsatta arbete och jag är övertygad om att jag får anledning att återkomma till denna när uppdraget redovisas.