

Stockholm den 1 februari 2019

Finansdepartementet

Remissyttrande
Dnr. Fi2018/02531/OU

REMISSYTTRANDE

SOU 2018:44 Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål

1. Inledning

Advokatfirman Kahn Pedersen får härmed inkomma med remissyttrande över Utredningen om vissa förenklade upphandlingsreglers betänkande SOU 2018:44.

Advokatfirman Kahn Pedersen är specialiserad inom offentlig upphandling, har lång och omfattande erfarenhet av området och företräder såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer.

2. Yttrande

2.1 Inledande/övergripande synpunkter

Advokatfirman Kahn Pedersen anser att utredningens förslag i stora delar är väl avvägda. På några områden är förslagen dock inte ägnade att förenkla i den utsträckning som vore önskvärd, och i många fall möjlig. Vidare riskerar vissa av utredningens förslag att medföra oönskade effekter, vilka inte tillräckligt uppmärksammas av utredningen. De berörda förslagen kommenteras närmare nedan.

Vad särskilt gäller förslagen om åtgärder för att minska problem till följd av överprövningar konstaterar Advokatfirman Kahn Pedersen att utredningen fullgjort sitt uppdrag såsom det framgår av direktiven till utredningen. Det uppdrag som utredningen i denna del erhållit har dock begränsat utredningens möjligheter att lämna konkreta och strukturella förslag som i högre grad än en ansökningsavgift eller ett processkostnadsansvar skulle kunna minska eller undanröja de problem som beskrivs i utredningens direktiv. Detta gäller såväl förvaltningsdomstolarnas organisation och arbetsätt i överprövningsmål som bestämmelser om längsta tillåtna handläggningstid i överprövningsmål, av det slag som den s.k. Överprövningsutredningen (SOU 2015:12) lämnat och som utredningen konstaterar

att omkring hälften av EU-medlemsstaterna har infört. Dessa frågor bör därför utredas i särskild ordning, inte minst eftersom det, som utredningen påtalar, bland upphandlingsområdets intressenter råder bred enighet om att de utgör de huvudsakliga problemen med överprövningar.

2.2 Upphandlingens utformning (Betänkandet 10 kap.)

2.2.1 Val av förfarande samt metoder vid upphandling

Advokatfirman Kahn Pedersen tillstyrker utredningens förslag om att en upphandlande myndighet ska vara fri att utforma förfarandet samt att använda olika metoder vid upphandling enligt 19 kap. LOU och LUF.

Advokatfirman Kahn Pedersen vill emellertid understryka att denna frihet finns redan idag och att bestämmelsen i 19 kap. 3 § endast utgör ett förtydligande av gällande rätt.

Advokatfirman Kahn Pedersen delar utredningens bedömning att 19 kap. i dessa delar inte bör hänvisa till LOU och LUF:s mer detaljerade förfarandebestämmelser.

2.2.2 Annonsering

Advokatfirman Kahn Pedersen tillstyrker utredningens förslag till bestämmelser om annonsering enligt 19 kap.

För att undvika onödiga överprövningar bör dock förarbetena förtydliga att endast sådan leverantör som på grund av brister i annonseringen gått miste om möjligheten att inkomma med anbud, dvs. leverantörer som inte fått kännedom om upphandlingen, kan anses lida skada av eventuella brister i annonseringen.

Det bör således normalt inte vara möjligt för en leverantör som inkommit med anbud att invända mot annonseringens utformning eller formerna för annonsering.

2.2.3 Upphandlingsdokumenten

Utredningen föreslår följande lydelse för 19 kap. 7 § avseende upphandlingsdokumenten:

"En upphandlande myndighet ska ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från den dag då annonsen publiceras eller den senare dag som anges i annonsen. Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten beskriva upphandlingen i syfte att göra det möjligt för intresserade leverantörer att delta i upphandlingen och att lämna konkurrenskraftiga anbud."

Advokatfirman Kahn Pedersen ställer sig frågande till vad den första meningen i bestämmelsen tillför och kan därutöver konstatera att meningen riskerar att begränsa en myndighets möjligheter att genomföra upphandling i flera steg eftersom myndigheten redan vid annonseringen måste veta vid vilket datum som varje del av upphandlingsdokumenten kommer att skickas ut till anbudsgivarna. I ett upphandlingsförfarande i flera steg kan det vara svårt att redan vid annonseringen förutse exakt när olika faser av upphandlingen kommer att påbörjas eftersom detta beror på hur lång tid urvalet av leverantörer i varje fas kommer att ta. Så länge samtliga anbudsgivare får del av relevant information för att gå vidare till nästa steg i upphandlingen saknar det betydelse i transparenshänseende huruvida anbudsgivarna redan vid annonseringen får reda på exakt vilket datum som varje del av upphandlingsdokumenten kommer att skickas ut.

Advokatfirman Kahn Pedersen föreslår därför att bestämmelsen justeras enligt följande:

"En upphandlande myndighet ska i upphandlingsdokumenten beskriva upphandlingen i syfte att göra det möjligt för intresserade leverantörer att delta i upphandlingen och att lämna konkurrenskraftiga anbud. Upphandlingsdokumenten kan skickas ut samlat eller i successiva steg."

Bestämmelsen tar på detta sätt sikte på upphandlingsdokumentens viktigaste funktion, nämligen att beskriva hur konkurrenskraftiga anbud ska lämnas. Bestämmelsen tydliggör också att myndigheten, i ett förfarande i flera steg, kan skicka ut information successivt i takt med att informationen blir relevant för de anbudsgivare som gått vidare i upphandlingen. Att anbudsgivarna ska ges kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten torde närmast te sig som självklart, och om det behöver anges får det anses fullt tillräckligt att det endast nämns i förarbetena.

Advokatfirman Kahn Pedersen avstyrker utredningens förslag om att det i särskild förordning ska föreskrivas vilka uppgifter som ska anges i upphandlingsdokumenten. Det bör istället överlåtas åt den upphandlande myndigheten att med utgångspunkt i de grundläggande principerna ange sådan information som krävs för att inkomma med ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen. Exempelvis kan nämnas att kommersiella villkor, som utredningen föreslår ska anges i upphandlingsdokumenten, mycket väl kan bli föremål för förhandling och därför inte nödvändigtvis behöver vara angivna i upphandlingsdokumenten.

2.3 Dialog i upphandlingar (Betänkandet 11 kap.)

Enligt vad som anges i utredningen har många intressenter påpekat det otillfredsställande i att det är så begränsade möjligheter att tillåta ändringar av

brister i anbud med nuvarande bestämmelser om rättelse av fel, förtydligande och komplettering.

Advokatfirman Kahn Pedersen uppfattar att den oförlåtande syn som finns vad avser ändring och komplettering av såväl upphandlingsdokument som anbud tillhör upphandlingsrättens största problem och är en kraftigt bidragande orsak till den skepsis som finns mot upphandlingsreglerna.

Advokatfirman Kahn Pedersen välkomnar därför utredningens initiativ till att försöka lätta upp regelverket kring kompletteringar av såväl upphandlingsdokument som anbud men vill för egen del föreslå att lagstiftaren går ännu längre i denna ambition.

Utredningen innehåller i avsnitt 11.1 en föredömlig redogörelse av EU-domstolens praxis vad avser rättelse och kompletteringar av anbud. Advokatfirman Kahn Pedersen vill emellertid framhålla att den överopade praxisen rör tolkning och tillämpning av upphandlingsdirektiven och att det därför inte är säkert att samma stränga tolkning måste gälla vad avser upphandlingar som genomförs enligt fördragen eller enligt nationell rätt. Tvärtom, vilket också framhålls av Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2018 ref. 60, kan de grundläggande principerna få olika innebörd beroende på upphandlingsärendets karaktär och föremål.

Utredningens förslag är att kodifiera ett dialogförfarande för att öppna för större möjligheter att ändra och komplettera anbud. Bestämmelsen, 19 kap. 12 §, har följande lydelse:

"En upphandlande myndighet får ha en dialog med en eller flera leverantörer i en pågående upphandling. Med en dialog avses ett skriftligt eller, i förekommande fall, muntligt informationsutbyte mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. En dialog får omfatta rättelser av fel, förtydliganden och kompletteringar av anbud eller andra handlingar som leverantören har gett in. En dialog får också omfatta förhandling om 1. alla aspekter av upphandlingsdokumenten, förutom minimikrav och tilldelningskriterier, 2. alla aspekter av anbud eller andra handlingar ingivna av leverantören."

Vidare föreslås att det i förordning ska anges att den myndighet som önskar begagna sig av denna möjlighet av dialog ska föreskriva detta i upphandlingsdokumenten.

Som Advokatfirman Kahn Pedersen ser det medför upphandlingsregelverkets bristande flexibilitet framförallt problem i två avseenden.

1. Det hindrar myndigheter från att ändra den kravspecifikation eller de tilldelningskriterier som myndigheten föreskrivit i de ursprungliga upphandlingsdokumenten.
2. Det hindrar myndigheter från att låta anbudsgivare ändra och komplettera sina anbud.

Nedan kommer dessa problem att beskrivas lite mer ingående samt förslag ges till potentiella alternativa lösningar utöver de som beskrivs i utredningen.

Begränsningar i möjligheten att ändra upphandlingsdokumenten

Upphandlande myndigheter har en skyldighet att i upphandlingsdokumenten beskriva både vad som ska upphandlas (i sådan mån att det är möjligt för intresserade leverantörer att delta i upphandlingen) och att beskriva upphandlingsförfarandet, minimikrav och tilldelningskriterier i en sådan utsträckning att leverantörerna inser vad som efterfrågas och hur de ska lämna sina mest konkurrenskraftiga anbud.

Dessa krav är en grundförutsättning för att en upphandling ska kunna genomföras men innebär samtidigt ett omotiverat högt krav på att en myndighet redan i samband med annonsering och på egen hand ska klara av att definiera både vad som ska köpas och hur detta bäst utvärderas. Även om det finns visst utrymme för myndigheten att göra justeringar med hänsyn till de synpunkter som inkommer från leverantörer inom ramen för frågor och svar är utgångspunkten att myndigheten i princip ensidigt definierar villkoren för upphandlingen och det är också mycket ovanligt att myndigheten gör några större ändringar i förutsättningarna under anbudstiden. Detta förhållande är naturligtvis starkt kopplat till att myndigheten under anbudstiden inte får göra några ändringar vad avser minimikrav (ska-krav) eller tilldelningskriterier, de två aspekter av upphandlingsdokumenten som det normalt finns störst anledning för leverantörerna att ha synpunkter på. Om myndigheten vill göra ändringar i dessa avseenden måste den upphandlande myndigheten göra om upphandlingen i sin helhet, ett beslut som dels innebär en väsentlig tidsutdräkt, dels kan bli föremål för ett särskilt överprövningsförfarande.

Även om direktiven kräver en sådan ordning är det vare sig nödvändigt eller eftersträvänsvärt vad avser den nationella regleringen i 19 kap. Det bör istället införas en reglering som utgår från att förutsättningarna för upphandling och anbudsgivning kan tas fram genom samverkan mellan den upphandlande myndigheten och leverantörskollektivet under perioden mellan annonsering och anbudsgivning. En sådan ordning tillåter myndigheten att göra alla ändringar och kompletteringar den önskar i upphandlingsdokumenten, inklusive ändringar vad avser minimivillkor och tilldelningskriterier, ända fram till det att anbud ska lämnas. En sådan ordning medför att villkoren för upphandlingen kan vara, men på intet sätt behöver vara, fullständigt klarlagda vid annonsering.

En invändning mot en sådan ordning kan vara att anbudsgivarna, vid mer ingripande ändringar i villkoren för anbudsgivning och utvärdering, kan behöva tid för att anpassa sina anbud till de förändrade förutsättningarna. Denna problematik hanteras emellertid genom myndighetens övergripande skyldighet att medge anbudsgivarna skälig tid för anbudsgivning och möjlighet att vid behov förlänga den ursprungligt angivna anbudstiden. Det är således tänkbart med en ordning som utgår från att myndighetens skyldighet inte är att annonsera de fullständiga villkoren för en upphandling utan att myndighetens primära skyldighet istället är att tillse att leverantörerna ges skälig tid för att inkomma med slutliga anbud efter det att villkoren för anbudsgivning slutligt klarlagts. En sådan ordning skulle tillåta ändringar av såväl minimikrav som tilldelningskriterier så länge anbudsgivarna ges tillräcklig tid att anpassa sig därefter.

En annan möjlig invändning mot en ordning där även minimikrav och tilldelningskriterier kan ändras under anbudstiden är att leverantörer, som tagit del av de ursprungliga kraven och lagt upphandlingen "åt sidan" eftersom de inte uppfyller angivna minimikrav, kan lida skada om dessa krav sedan fränfalls.

Advokatfirman Kahn Pedersen har, trots omfattande erfarenhet av att arbeta som ombud inom offentlig upphandling, inte sett någon sådan situation inträffa i verkligheten. Tvärtom fungerar de flesta bevakningstjänster för upphandlingsannonser så att den som en gång anmält intresse för en upphandling genom att ladda ned upphandlingsdokumenten sedan får en notis per e-post varje gång dessa är föremål för ändring eller när något förtydligande publiceras i upphandlingen. Den ovan beskrivna risken för leverantörsskada är med andra ord låg och bör inte ligga till grund för utformningen av nationella bestämmelser på upphandlingsområdet.

Även om det i något fall skulle vara så att en leverantör, på grund av ett högt ställt minimikrav eller ett för leverantören ofördelaktigt tilldelningskriterium, skulle ha avanmält sig från notiser om en upphandling som leverantören ursprungligen anmält intresse för, bör lagstiftaren inte skydda denna typ av beteende när så sker på bekostnad av myndighetens möjlighet att genomföra upphandlingar på ett effektivt och flexibelt sätt.

I detta avseende ska understrykas att en upphandlingsannons främsta funktion i praktiken inte är att ange de fullständiga villkoren för upphandling (detta görs även idag i upphandlingsdokumenten som normalt finns länkade till i annonsen men som inte utgör en del av annonsen). Dess främsta funktion är snarare att ge sådan övergripande information om upphandlingens föremål att det blir möjligt för potentiella leverantörer att bedöma om de överhuvudtaget tillgodose den typ av behov som upphandlingen syftar till att tillgodose, dvs. om leverantören befinner sig i relevant bransch och är verksam, eller kan vara verksam, i det aktuella geografiska

området. Det torde emellertid vara mycket ovanligt att sådana ändringar sker som innebär att upphandlingen, genom ändringen, kommer att avse ett helt annat behov eller en helt annan leverantörskategori. Om så skulle ske kan detta hanteras genom en ansökan om överprövning av direktupphandling eftersom en på detta sätt i grunden felannonserad upphandling svårligen kan anses vara annonserad överhuvudtaget. Det bör dock understrykas att det i så fall ska röra sig om situationer där annonsen, och framförallt de sökord/CPV-koder som är kopplade till annonsen, på grund av ändringens omfattande karaktär, efter ändringen är rakt missvisande och inte längre kan anses beskriva upphandlingens innehåll. Fråga är alltså om en betydligt mer omfattande och grundläggande ändring än sådana ändringar som idag kan anses utgöra så kallade väsentliga ändringar.

Begränsningar i möjligheten att låta anbudsgivare ändra och komplettera anbud

Vad avser det begränsade utrymme som myndigheter har att tillåta leverantörer att komplettera och ändra sina anbud kan konstateras att nuvarande regelverk är kostnadsdrivande för myndigheter.

Det bör uppmärksammas att myndigheter i stor utsträckning tvingas förkasta anbud från kvalificerade anbudsgivare bara för att dessa missat att svara mot något uppställt krav. Även om det naturligtvis är viktigt att leverantörer inkommer med fullständiga anbud kan konstateras att noggrannhet vid anbudsgivning har fått oproportionerligt stor betydelse för utfallet vid offentlig upphandling. De lagstiftningsinitiativ som tagits på området, såsom möjligheten för myndigheter att använda begränsad kontroll, har inte i tillräcklig utsträckning motverkat detta.

Advokatfirman Kahn Pedersens inställning är, liksom utredningens, att myndigheterna bör ha frihet att tillåta att leverantörer gör ändringar, förtydliganden, rättelser eller kompletteringar för att tillse att anbuden, innan det att tilldelningsbeslut meddelas, är fullständiga och svarar mot samtliga i upphandlingsdokumenten uppställda krav. Till skillnad från utredningen anser vi emellertid inte att myndigheten måste föreskriva detta i upphandlingsdokumenten för att ha denna rätt, utan att denna rätt istället ska följa av lag.

För att undvika att denna rätt till komplettering leder till att leverantörer blir mindre noggranna vid utformningen av anbud bör det vidare framgå att myndigheten även har rätt att avstå från att tillåta eller begära ändringar, förtydliganden, rättelser eller kompletteringar av anbud. Det står alltså myndigheten fritt att avgöra huruvida detta ska tillåtas eller om ofullständiga anbud istället ska förkastas.

För att undvika att myndigheten använder detta utrymme för att diskriminera någon leverantör bör dock föreskrivas att den myndighet som tillåter ändringar, förtydliganden, rättelser eller kompletteringar av anbud i en upphandling är skyldig att tillåta detta för samtliga leverantörer som inkommit med ofullständiga anbud.

Det ska således inte vara möjligt att tillåta kompletteringar från en viss leverantör samtidigt som myndigheten i samma upphandling nekar en annan leverantör denna möjlighet.

Med denna regel blir frågan om likabehandling av anbudsgivare viktigare än frågan om anbudsgivaren får början inkommit med ett fullständigt anbud. Även om detta möjligen inte är tillåtet enligt de direktivstyrda bestämmelserna bör det inte finnas något hinder mot att tillämpa likabehandlingsprincipen på detta sätt vad avser nationella regler vilka inte omfattas av direktiven.

Det skulle kunna invändas att denna typ av regel öppnar för myndigheter att över tid missbruka sitt utrymme genom att tillåta kompletteringar endast i de upphandlingar där leverantörer som myndigheten är välvilligt inställd till har inkommit med ofullständiga anbud. Risken för denna typ av missbruk kan dock bedömas som liten. Den skada ett sådant missbruk skulle innebära överväger inte heller den skada som det innebär att myndigheter regelmässigt tvingas förkasta i övrigt konkurrenskraftiga anbud från kvalificerade leverantörer på grund av mindre ska-kravsbrister.

2.4 Nödvändiga förfarandebestämmelser (Betänkandet 12 kap.)

2.4.1 Tidsfrister

Utredningen föreslår att de upphandlande myndigheterna ska ge leverantörer skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Till skillnad från nuvarande ordning föreslås således inte någon absolut nedre gräns om tio dagar för anbudsfristen utan dess längd ska alltid kunna bestämmas utifrån den enskilda upphandlingens art, omfattning och komplexitet. Om en leverantör begär kompletterande upplysningar i upphandlingen ska dessa dock lämnas senast sex dagar före sista anbudsdag. Om det är den upphandlande myndigheten som på egen hand gör kompletteringar gäller samma frist. Vidare föreslås en skyldighet att förlänga anbudsfristen när kompletterande upplysningar inte kunnat lämnas senast sex dagar före sista anbudsdag eller om väsentliga ändringar gjorts i upphandlingsdokumenten.

Advokatfirman Kahn Pedersen tillstyrker utredningens förslag att anbudsökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Någon absolut minimifrist om tio dagar enligt nuvarande ordning bör således inte gälla utan detta kan lämnas till myndigheternas egen bedömning av vad som är skäligt för den enskilda upphandlingen. Även om det ofta kan krävas en längre anbudsfrist än tio dagar finns det inte någon anledning att begränsa handlingsfriheten när det gäller upphandlingar av okomplicerad karaktär som avser låga kontraktsvärden. Som konstateras av utredningen ligger det i de

upphandlande myndigheternas eget intresse att potentiella anbudsgivare ges tillräcklig tid och möjlighet att utforma sina anbud på bästa sätt. Det saknas därför anledning att befara att myndigheterna, i brist på tvingande regler, kommer att ge anbudsgivarna alltför snäva tidsramar.

Advokatfirman Kahn Pedersen anser däremot, till skillnad från utredningen, att den nuvarande regeln om att kompletterande upplysningar om upphandlingsdokumenten måste lämnas senast sex dagar före sista anbudsdag med fördel kan tas bort. Det är i och för sig nödvändigt att kompletterande upplysningar, som kan påverka hur en leverantör utformar sitt anbud, inte lämnas alltför nära inpå sista anbudsdag. En regel om minst sex dagar, oavsett vilken typ av komplettering det är fråga om, framstår dock som alltför sträng i vissa fall. Det är inte ovanligt att kompletteringar som sker av upphandlingsdokumenten inte är mer ingripande än att anbudsgivarna kan förväntas anpassa sina anbud på relativt kort tid. Ett krav på minst sex dagar utan hänsyn till omständigheterna i övrigt kan därför i vissa fall skapa en tidsutdräkt och brist på flexibilitet som inte är motiverad. Även när det gäller kompletterande upplysningar bör det därför vara fullt tillräckligt med en regel som innebär att upphandlande myndigheter ska ge anbudsgivarna skälig tid att anpassa sig till kompletteringarna. Det kan för övrigt inte uteslutas att de kompletterande upplysningar som lämnas i vissa fall kan vara av sådan art att anbudsgivarna skäligen behöver mer än sex dagar innan anbudsfristens utgång för anpassning av sina anbud. Detta förhållande bör beröras i förarbetena.

Advokatfirman Kahn Pedersen delar visserligen utredningens bedömning att det bör införas en bestämmelse om förlängning av anbudsfristen när kompletterande upplysningar lämnats i ett sent skede av upphandlingen eller när väsentliga ändringar gjorts i upphandlingsdokumenten. Med hänsyn till vad som anförts ovan bör dock bestämmelsen formuleras så att fristen ska förlängas i de fall kompletterande upplysningar inte kunnat lämnas inom skälig tid och alltså inte med hänvisning till en frist om sex dagar.

2.4.2 Kommunikeringsformer

Utredningen föreslår att det anges i lagen att förfarandet ska vara skriftligt samt att muntlig kommunikation får användas som komplement om de upphandlande myndigheterna dokumenterar sådana uppgifter som är av betydelse för upphandlingen. De nuvarande bestämmelserna om att den muntliga kommunikationen inte får avse de väsentliga delarna av upphandlingen föreslås således tas bort. Utredningen anser vidare att det nuvarande kravet på att använda elektroniska medel vid skriftlig kommunikation inte är nödvändigt.

Syftet med utredningens förslag är att göra reglerna om kommunikationsformer enklare och mindre styrande. Advokatfirman Kahn Pedersen anser att den

ambitionen är viktig och tillstyrker att det nationella regelverket reformeras i detta avseende.

Advokatfirman Kahn Pedersen vill dock framhålla följande. Att de muntliga inslagen vid kommunikeringen ges en relativ begränsning, såsom i utredningens förslag att de endast ska utgöra ett komplement till skriftlighet, kan erfarenhetsmässigt verka avhållande på upphandlande myndigheter och riskerar att skapa en onödig försiktighet. Detta gäller särskilt under förhandlingsfasen där den muntliga kommunikationen har sina största förtjänster. Det kan därför finnas skäl att i förarbetena understryka att upphandlande myndigheter *vid förhandling* som regel bör kunna använda sig av den kommunikeringsform som är mest ändamålsenlig samt att all kommunikation, oavsett form, måste ske i enlighet med principerna om likabehandling och transparens.

Advokatfirman Kahn Pedersen delar utredningens bedömning att det vare sig är nödvändigt eller lämpligt att lagen kräver att den skriftliga kommunikationen ska ske med elektroniska medel. I princip all skriftlig kommunikation torde i dag ske med elektroniska medel, varför ett sådant påbud framstår som överflödigt och dessutom inskränkande i onödan om en myndighet av någon anledning i en viss situation skulle ha behov av att kommunicera på annat sätt än genom elektroniska medel.

2.4.3 Uteslutning

Advokatfirman Kahn Pedersen delar utredningens uppfattning att den som genomför en upphandling inte ska ha skyldighet att utesluta leverantörer på grund av bristande lämplighet. Dessa bedömningar bör kunna anförtros helt åt de upphandlande myndigheterna, som därigenom ges ett ökat handlingsutrymme att utifrån den enskilda upphandlingens karaktär avgöra vilka krav som är de mest lämpade.

Advokatfirman Kahn Pedersen har däremot en annan uppfattning än utredningen vad gäller frågan hur lagstiftningen bör utformas för att på bästa sätt förenkla förfarandet och ge myndigheterna den flexibilitet som är önskvärd.

Det är av flera skäl viktigt att upphandlande myndigheter har möjlighet att utesluta leverantörer som är oseriösa eller på något annat sätt olämpliga att utföra det aktuella kontraktet. Det finns till exempel ett övergripande samhällligt intresse av att offentliga kontrakt utförs så som överenskommit mellan leverantören å den ena sidan och myndigheten å den andra. Det är också viktigt att kontrakt utförs av leverantörer som sköter sina åligganden gentemot det allmänna och följer de bestämmelser som gäller på det aktuella verksamhetsområdet samt iakttar god affärssed och erbjuder sina anställda rimliga villkor. Detta ligger naturligtvis i samma utsträckning i de upphandlande myndigheternas eget intresse. Möjligheten att kunna utesluta olämpliga leverantörer främjar också en sund konkurrenssituation

och gagnar således även seriösa leverantörer, vilkas anbud därmed löper mindre risk att utkonkurreras av mindre samvetsgranna aktörer.

En konsekvens av utredningens förslag, dvs. att ett större handlingsutrymme medges samt att de obligatoriska och fakultativa utslutningsgrunderna inte längre ska framgå av lagtexten, är att de myndigheter som önskar tillämpa en eller flera utslutningsgrunder i en enskild upphandling har att ange detta uttryckligen i upphandlingsdokumenten. Detta får ses som en ofrånkomlig konsekvens av transparensprincipen, vilket också noteras i utredningen. Enligt Advokatfirman Kahn Pedersens uppfattning kan dock en sådan skyldighet ses som en belastning för myndigheterna. Det kan dels vara vanskligt att i förväg närmare bestämma vilka utslutningsgrunder som kan vara lämpliga att ställa upp i en viss upphandling, dels kommer detta att tynga upphandlingsdokumenten med ytterligare kravställningar.

Enligt Advokatfirman Kahn Pedersens uppfattning är det en bättre lösning att det anges explicit i 19 kap. LOU och LUF att de utslutningsgrunder som gäller i de direktivstyrda fallen också alltid får tillämpas vid nationell upphandling – dock med den väsentliga skillnaden att även de obligatoriska grunderna är valfria att tillämpa för myndigheterna. Detta kan ske antingen genom att den katalog över utslutningsgrunder som återfinns i 13 kap. LOU och LUF även införs i respektive 19 kap., alternativt att det i 19 kap. LOU och LUF görs en hänvisning till de direktivstyrda reglerna. Eftersom utslutningsgrunderna därmed kommer att framgå av lagen torde det inte vara nödvändigt att det uttryckligen anges i varje upphandling vilken eller vilka utslutningsgrunder som kan komma att tillämpas (jfr t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 7072-13). Kravställningen i den enskilda upphandlingen behöver med denna lösning därför inte bli så omfattande som den skulle bli med utredningens förslag.

En konsekvens är visserligen att det antingen måste ske ett tillskott av bestämmelser genom att utslutningsgrunderna anges uttryckligen i 19 kap. LOU och LUF eller att det införs ytterligare en hänvisning till de direktivstyrda delarna. Även om ambitionen är att lagen ska vara så kort och kärnfull som möjligt är dock en sådan smärre utvidgning i lagen att föredra även ur ett förenklingsperspektiv – detta eftersom de enskilda upphandlingsdokumenten kommer att kunna utformas mer koncist och enkelt. Att lagen utökas något i detta avseende kan således motiveras utifrån att det uppstår en klar förenkling i ett senare led. Detta bidrar även till en tydlighet ur anbudsgivarnas perspektiv eftersom dessa måste räkna med att myndigheterna kommer att använda sig av någon av de angivna utslutningsgrunderna i tillämpliga fall. Det kan invändas att den anbudsgivare som vet med sig att dennes anbud eventuellt kan komma att utslutas på någon eller några av de grunder som framgår av lagen kommer att sväva i ovisshet huruvida någon sådan utslutningsgrund verkligen kommer att tillämpas i den enskilda upphandlingen. Detta specifika leverantörsintresse får dock anses som mindre

skyddsvärt i sammanhanget och transparensen är under alla förhållanden tillräcklig.

Advokatfirman Kahn Pedersen delar därutöver utredningens uppfattning att de upphandlande myndigheterna inte bör vara begränsade till de uteslutningsgrunder som explicit framgår av lagen utan också ska kunna utesluta anbudsgivare på någon annan grund, detta under förutsättning att de grundläggande principerna iakttas. För det fall att en myndighet i en specifik upphandling avser att tillämpa någon annan uteslutningsgrund än vad som framgår av lagen krävs dock naturligtvis att detta anges tydligt och klart i upphandlingsdokumenten.

Slutligen delar Advokatfirman Kahn Pedersen utredningens uppfattning att om den upphandlande myndigheten överväger att utesluta en anbudsgivare på grund av bristande lämplighet, ska anbudsgivaren ges tillfälle att yttra sig över skälen för uteslutning. Den så kallade kontradiktoriska principen, vilken gäller vid direktivstyrda upphandlingar, bör alltså tillämpas på samma sätt i de icke direktivstyrda fallen.

2.4.4 Onormalt låga anbud

Advokatfirman Kahn Pedersen tillstyrker utredningens förslag att det inte bör finnas någon författningsreglerad skyldighet för upphandlande myndigheter att agera om ett anbud förefaller onormalt lågt och heller inte att förkasta ett onormalt lågt anbud.

Nuvarande bestämmelser i 19 kap. LOU och LUF innebär i likhet med de direktivstyrda reglerna att de upphandlande myndigheterna måste begära en förklaring från anbudsgivaren om ett visst anbud förefaller vara onormalt lågt. Om anbudsgivaren inte förmår motivera sitt låga pris i anbudet föreligger en skyldighet att förkasta anbudet. Advokatfirman Kahn Pedersen anser att upphandlande myndigheter överlag har goda förutsättningar att på egen hand bedöma huruvida ett visst anbud är onormalt lågt och om detta i sin tur ger anledning att befara att kontraktet inte kommer att utföras så som överenskommet. Det är närmast uppenbart att det ligger i myndigheternas eget intresse att agera i sådana fall. Advokatfirman Kahn Pedersen delar därför utredningens bedömning att någon ytterligare garanti inte krävs för att anbud som inte är allvarligt menade kommer att förkastas. Det behövs därmed inte några bestämmelser som ålägger myndigheterna att kräva förklaringar angående anbud som förefaller onormalt låga och heller inte någon skyldighet att förkasta sådana anbud.

Om en upphandlande myndighet överväger att förkasta ett anbud på den grunden att det är onormalt lågt bör det dock, såsom utredningen föreslår, föreligga en skyldighet att ge anbudsgivaren tillfälle att förklara det låga anbudet.

Advokatfirman Kahn Pedersen förstår utredningens inställning på så sätt att de upphandlande myndigheterna inte behöver ange uttryckligen i upphandlingsdokumenten att onormalt låga anbud kan komma att förkastas. Om detta mot förmodan skulle anses nödvändigt bör det i lagen anges att upphandlande myndigheter har möjlighet att förkasta onormalt låga anbud.

2.4.5 Bestämmelser som inte behövs

I utredningen anges ett antal bestämmelser i nuvarande 19 kap. LOU och LUF om förfarandet som inte bedöms vara nödvändiga. Det rör sig bland annat om regler som följer av de grundläggande principerna och vissa bestämmelser som av andra skäl bedömts som överflödiga. Advokatfirman Kahn Pedersen delar utredningens bedömning att dessa regler inte är nödvändiga utan kan undvaras i syftet att göra lagstiftningen mindre detaljerad och styrande.

2.5 Direktupphandling (Betänkandet 9 och 15 kap.)

2.5.1 Införandet av fasta direktupphandlingsgränser och en nationell princip

Inledningsvis tillstyrker Advokatfirman Kahn Pedersen förslaget att direktupphandlingsgränserna för byggentreprenader, varor och tjänster (förutom tjänster enligt bilagorna 2) anges i nominella belopp i LOU och LUF. Att de aktuella beloppen framgår direkt av lagtexten istället för att uttryckas som en viss procentandel av tröskelvärdena blir enklare och tydligare, vilket naturligtvis är önskvärt. Beloppens storlek är därtill väl avvägd.

Däremot avstyrks förslaget att införa en särskild nationell princip som ska gälla för direktupphandlingar där ett gränsöverskridande intresse saknas. Advokatfirman Kahn Pedersen anser istället i första hand att direktupphandlingar inte ska regleras överhuvudtaget. Det främsta skälet till detta är att lagstiftaren i Sverige valt att sätta gränsen för direktupphandling till 28 procent av tröskelvärdet, vilket är en nivå långt under de tröskelvärden som reglerar när de direktivstyrda reglerna ska tillämpas. Med andra ord har lagstiftaren redan bestämt direktupphandlingsgränserna till så låga nivåer att tilldelningar av kontrakt med värden under dessa kan släppas helt fria, med undantag för direktupphandlingar som har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Vidare finns det andra regler utöver upphandlingsreglerna som upphandlande myndigheter måste förhålla sig till och som även gäller vid direktupphandling. Det följer t.ex. av regeringsformen att offentliga förvaltningsmyndigheter, och även andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter, ska iaktta saklighet och opartiskhet. Förvaltningslagen innehåller likartade bestämmelser. Därutöver finns exempelvis regler om jäv, korruption, statsstöd m.m. som har betydelse för hur offentliga kontrakt tilldelas. Såsom utredningen noterar är det så att "*förhållandet att upphandlande myndigheter och enheter också styrs av andra regler möjliggör ett enklare och flexiblere upphandlingsrättsligt regelverk utan att för den skulle* [sic]

ge avkall på behovet av effektivitet och rättssäkerhet".¹ Att det finns befintliga regler vid sidan av det upphandlingsrättsliga regelverket som syftar till att säkerställa effektivitet och rättssäkerhet är ytterligare en anledning till varför direktupphandlingar kan lämnas oreglerade.

Mot denna bakgrund föreslår Advokatfirman Kahn Pedersen att det föreslagna 19 a kap. ska utgå i sin helhet och att bestämmelserna om direktupphandling istället införs i förslagets 19 kap. LOU respektive LUF.

Om det ändå skulle anses vara nödvändigt att på något sätt reglera direktupphandlingsförfarandet anser Advokatfirman Kahn Pedersen att det inte finns något behov av att införa en ny nationell princip som ska gälla för direktupphandling. Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2018 ref. 60 nyligen bedömt frågan ingående. Av domen framgår tydligt att de allmänna EU-rättsliga principerna gäller vid direktupphandling, om än i en glidande skala av relevans och innebörd i förhållande till varje enskilt upphandlingsärendes karaktär, föremål och storlek. HFD:s dom får anses skapa tillräcklig klarhet avseende rättsläget, även om upphandlande myndigheter också fortsättningsvis i varje enskilt fall måste bedöma i vilken utsträckning de allmänna principerna ska beaktas vid en direktupphandling och hur de påverkar förfarandet.

Den nationella principen som utredningen föreslår innebär däremot att nya oklarheter uppstår eftersom det är en ny princip som införs, där det av naturliga skäl finns en osäkerhet kring hur den ska tolkas vid exempelvis en domstolsprövning. Till skillnad från en ny nationell princip är de allmänna principernas innebörd redan väl kända och prövade i såväl EU-domstolen som i svensk domstol.

Vidare bedömer Advokatfirman Kahn Pedersen att rättsläget såsom det framgår av HFD:s dom och den föreslagna nationella principen företer påtagliga likheter i flera avseenden. Införandet av en nationell princip framstår ur detta perspektiv därför som överflödigt och riskerar att snarare komplicera än förenkla förfarandet vid direktupphandlingar. Om direktupphandlingsförfarandet ska regleras är således det nuvarande rättsläget att föredra. Sammanfattningsvis avstyrker således Advokatfirman Kahn Pedersen förslaget om en särskild nationell princip som ska gälla för direktupphandlingar där ett gränsöverskridande intresse saknas.

Advokatfirman Kahn Pedersen avstyrker även den föreslagna bestämmelsen i 19 a kap. 2 §. Det faktum att en upphandlande myndighet väljer att konkurrensutsätta upphandlingen exempelvis genom att annonsera, utan att ha varit skyldig att göra det, ska inte leda till att den behöver förhålla sig till och bli bunden av skyldigheter som gäller för övriga upphandlingar under tröskelvärdena. En upphandling vars värde understiger direktupphandlingsgränsen ska vara oreglerad vad gäller själva förfarandet, vilket innebär att den upphandlande

¹ SOU 2018:44, s 193.

myndigheten får genomföra direktupphandlingen på det sätt den finner lämpligast. Idag är utgångspunkten just denna, nämligen att en myndighet kan välja att låta sig inspireras av de detaljerade och direktivstyrda reglerna, utan att det medför att dessa blir tillämpliga vid en eventuell domstolsprövning.²

Den föreslagna regeln i 19 a kap. 2 § riskerar att leda till att upphandlande myndigheter, trots att det kan finnas en fördel med att konkurrensutsätta, väljer att inte göra det med anledning av att de då blir bundna av samtliga de skyldigheter som gäller för upphandlingar under tröskelvärdena.

2.5.2 Ny regel om täckningsköp

Advokatfirman Kahn Pedersen tillstyrker förslaget om en ny bestämmelse som tillåter direktupphandling vid s.k. täckningsköp. Advokatfirman Kahn Pedersen anser dock att bestämmelsen, som endast aktualiseras om hela kontraktets värde understiger tröskelvärdet, i praktiken sannolikt kommer att ha ett mycket begränsat tillämpningsområde.

Däremot får den föreslagna bestämmelsen inte tolkas på så sätt att tillämpningsområdet för direktupphandling vid synnerlig brådska inskränks. Det bör därför förtydligas i förarbetena att bestämmelsen om täckningsköp inte ska uppfattas som en begränsning av möjligheten att direktupphandla vid synnerlig brådska, utan att bestämmelserna istället tar sikte på olika situationer. Bestämmelsen om täckningsköp ger även felande upphandlande myndigheter chansen att under pågående överprövning täcka sina behov. Under vissa omständigheter saknas nämligen möjlighet att åberopa direktupphandling med hänvisning till undantaget för synnerlig brådska. Detta gäller när den uppkomna brådskan antingen kan tillskrivas myndigheten eller tidsnöden i vart fall kunnat förutses.

Bestämmelsen om täckningsköp ska således utvidga, och inte begränsa, möjligheterna till direktupphandling för den upphandlande myndighet som hamnat i tidsnöd på grund av överprövning.

2.5.3 Bestämt gränsöverskridande intresse (BGI)

Advokatfirman Kahn Pedersen avstyrker utredningens förslag om att upphandlande myndigheter själva ska ha det fulla ansvaret för att bedöma om en upphandling har ett BGI eller inte.

Bedömningen huruvida ett BGI föreligger kan vara mycket svår och det är inte möjligt att formulera generella regler som täcker alla situationer. Istället måste, som utredningen konstaterar, en bedömning ske utifrån förhållandena i varje enskilt fall.

² HFD av den 19 oktober 2018, mål nr. 3830-17.

Detta innebär dock inte att upphandlande myndigheter ska vara utlämnade till att behöva göra denna bedömning helt på egen hand.

Såsom utredningen noterar är det fullt tillåtet att det i nationella eller lokala bestämmelser fastställs objektiva kriterier för när ett BGI föreligger.³ Givet denna möjlighet bör bedömningen av vad som utgör ett BGI så långt som möjligt avlastas de upphandlande myndigheterna. För att underlätta för myndigheterna bör det därför fastställas en tydlig beloppsgräns som anger när ett BGI inte presumeras föreligga. En sådan gräns bör rimligtvis motsvara de gällande direktupphandlingsgränserna. Eftersom direktupphandlingsgränserna (med undantag för tjänster enligt bilaga 2 om utredningens förslag genomförs) är påtagligt lägre än tröskelvärdena bör upphandlande myndigheter i princip kunna utgå från att upphandlingar under dessa beloppsgränser inte har ett BGI.

Det kan dock inte uteslutas att det i undantagsfall kan förekomma situationer där ett BGI föreligger trots att den aktuella upphandlingens värde underskrider direktupphandlingsgränsen. I dessa fall finns det möjlighet för leverantörer som anser sig förfördelade att väcka talan om ogiltigförklaring av det direktupphandlade avtalet. Eftersom utgångspunkten är att kontrakt med värden som understiger direktupphandlingsgränsen presumeras sakna ett BGI bör dock den leverantör som ansöker om ogiltigförklaring ha bevisbördan för att ett BGI föreligger avseende den aktuella upphandlingen. Denna bevisbörderegeln, samt huvudregeln om att en upphandling vars värde understiger direktupphandlingsgränsen saknar BGI, bör tydligt framgå av förarbetena.

2.6 Införandet av ett processkostnadsansvar (Betänkandet 21 kap.)

2.6.1 Inställning

Advokatfirman Kahn Pedersen anser att oklarheterna kring effekterna av att införa ett processkostnadsansvar i överprövningsmål, och de potentiella nackdelarna för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer, är så omfattande att förslaget inte bör genomföras överhuvudtaget. Advokatfirman Kahn Pedersen avstyrker därför förslaget att ett processkostnadsansvar ska införas.

2.6.2 Förvaltningsprocessen är olämplig för ett processkostnadsansvar

Inledningsvis kan det konstateras att något processkostnadsansvar för närvarande inte finns i någon annan förvaltningsrättslig måltyp. Förvisso har klaganden i vissa skattemål möjlighet att få ersättning för skäligen kostnader under särskilda

³ Se EU-domstolens dom Secap och Santorso, C-147/06 och C-148/06, p. 31.

förutsättningar, men det är i dessa situationer inte fråga om ett delat ansvar där den klagande kan riskera få betala det allmännas kostnader.⁴

Mot denna bakgrund framstår det som främmande att införa ett sådant ansvar i endast en av de måltypen som förvaltningsdomstolarna har att hantera. Det kan vidare anmärkas att förvaltningsprocessen som regel är mycket mindre reglerad i förhållande till civilprocessrätten, där de processuella reglerna är betydligt mer omfattande. Dessa inneboende skillnader mellan de olika processuella förutsättningarna för mål i allmän förvaltningsdomstol och allmän domstol ska inte underskattas i frågan om införandet av ett processkostnadsansvar.

Förekomsten av en stor mängd tydliga processuella regler för de allmänna domstolarna innebär vidare att såväl parternas argumentation som domstolarnas handläggning av målen "stramas upp", och bestämmelserna underlättar därför även bedömningen av vilken part som i slutändan ska stå kostnaderna för processen.

Dessutom innebär de processuella regler som råder i allmän domstol att parterna i långt större utsträckning tillåts förfoga över processföremålet och utgången i målet, och därmed även över processkostnaderna. Något liknande förhållande råder inte för överprövningsmål där parterna inte ens styr över domstolens val av ingripande, se RÅ 2005 ref. 47. Det är inte rättssäkert att parterna saknar möjlighet att styra över överprövningsprocessen på samma sätt som i ett dispositivt tvistemål, vars karaktär överprövningsprocessen delar⁵, men en part ändå riskerar att behöva stå motpartens rättegångskostnader.

Det skulle därför vara olyckligt att ge de allmänna förvaltningsdomstolarna ansvaret att fördela processkostnaderna i överprövningsmål mot bakgrund av att de förvaltningsprocessuella reglerna inte är anpassade för detta. Förvaltningsdomstolarna har heller inte tidigare prövat liknande frågor, varför risken för att domstolarna fattar mindre tillfredsställande beslut i kostnadsdelen ökar. Detta skulle innebära problem för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer, vilka behöver kunna vara säkra på att frågan om kostnadsansvaret hanteras på ett förutsebart sätt.

En konkret invändning mot att förvaltningsdomstolarna ska hantera denna typ av frågor är att dessa, i likhet med vad utredningen kunnat konstatera, kan ha olika uppfattningar i grundläggande frågor, såsom vem som ska anses utgöra part i ett överprövningsmål (jfr utredningen s. 446). Givet dessa motstridiga uppfattningar bland förvaltningsdomstolarna i grundläggande processuella frågor riskerar

⁴ Se <https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2018.13/331772.html>, hämtad den 16 januari 2019.

⁵ Jfr RÅ 2009 ref. 69

införandet av ett processkostnadsansvar leda till så avvikande bedömningar mellan domstolarna att förfarandet riskerar att framstå som rättsosäkert.

Det är vidare svårt att se hur upphandlingsområdet skulle förenklas genom fler processuella regler innebärande processkostnadsansvar. Ett sådant införande riskerar snarare att i än större utsträckning komplicera upphandlingsprocessen och göra den än mer svåröverblickbar. Det är mot denna bakgrund svårt att se att förslaget om införandet av ett processkostnadsansvar verkligen skulle leda till att upphandlingar och gällande bestämmelser blir enklare och mer lättillgängliga.

Det kan vidare noteras att antalet överprövningar är i en nedåtgående trend. Samtidigt har domstolarnas handläggningstider ökat under motsvarande period (2015-2017).⁶ Med fler processuella regler kommer handläggningstiden för överprövningsmålen sannolikt att bli ännu längre än idag. Givet att ansökningsfrekvensen är påtagligt högre inom ramen för de direktivstyrda upphandlingarna⁷ finns det risk att just upphandlingar som avser stora värden riskerar att försenas än mer än vad som är fallet idag. Vidare riskerar kommunikeringen i överprövningsmål att bli mer omfattande i framtiden eftersom parterna även måste ta ställning till varandras kostnadsanspråk och yttra sig över dessa. Eftersom det i överprövningsmål sällan sker någon muntlig förhandling finns det heller inte någon naturlig tidpunkt när ett sådant anspråk lämpligen bör framställas. Även detta kommer att leda till mer omfattande skriftväxling och längre handläggningstid för överprövningsmålen. Därtill kommer risken för överklaganden som endast avser frågan om fördelning av processkostnaderna.

2.6.3 Situationen där en upphandling överprövas av flera leverantörer

Det är inte särskilt ovanligt att en upphandling överprövas av flera olika parter, vilket kan få till följd att en upphandlande myndighet riskerar drabbas av mycket höga sammanlagda processkostnader, särskilt i de fall målen rör komplexa frågeställningar och omfattande materia. Denna risk kan mycket väl leda till att myndigheter drar sig för att använda sig av t.ex. nya metoder vid sina upphandlingar av rädsla för att ådra sig överprövningar med tillhörande kostnadsansvar. Effekten av förslaget kan därmed leda till en överdrivet försiktig tillämpning av upphandlingsbestämmelserna, vilket kan motverka det offentliga möjligheter att göra så goda affärer som möjligt. Regelverket bör i alla avseenden uppmuntra upphandlande myndigheter att tillämpa nya metoder för upphandling i den mån detta bedöms kunna leda till en bättre affär. Det finns en allvarlig risk för att denna typ av initiativ uteblir om myndigheten riskerar att drabbas av ett processkostnadsansvar.

⁶ Se Upphandlingsmyndighetens och Konkurrensverkets rapport Statistik om offentlig upphandling 2018, s. 149, 157 och 162.

⁷ A.a., s. 153.

2.6.4 Frågan om vem som ska anses utgöra vinnande part

Utredningen gör ett antal uttalanden om i vilka situationer en part ska anses som vinnare och motparten, som huvudregel, ska stå rättegångskostnaderna i processen. Ett av de fall som utredningen nämner är det fall när en upphandling avbryts under överprövningens gång. Enligt utredningens mening ska avbrytandets orsak ligga till grund för bedömningen av vilken part som är vinnande i överprövningsprocessen (se s. 438). Dessa uttalanden leder dock till ett antal praktiska bekymmer.

Enligt utredningens förslag ska parterna stå sina egna processkostnader när upphandlingen avbrutits på skälig grund under pågående överprövningsprocess. Om det aktuella förslaget genomförs innebär det att ett avbrytande blir ett användbart medel för upphandlande myndigheter som vill undkomma ansvar för motpartens kostnader i en pågående överprövningsprocess.

I anslutning till detta kan det noteras att den upphandlande myndigheten har makt över vad som anges i avbrytandebesluten. Det är med andra ord fullt möjligt för den upphandlande myndigheten att avbryta upphandlingen på påstått skäliga grunder i syfte att slippa tilldela kontraktet till den sökande leverantören samt för att slippa stå dennes kostnader i samband med en överprövningsprocess, vilket kan te sig problematiskt.

I en motsatt situation kan en upphandlande myndighet se sig tvingad att avbyta en upphandling på grund av den tidsutdräkt som överprövningen inneburit och t.ex. anbudens giltighetstid har löpt ut. Det ter sig främmande att myndigheten i dessa fall ska vara tvungen att stå för delar av rättegångskostnaderna även i de fall då ansökan framstår som ogrundad.

Sammantaget kan det konstateras att bedömningen av vilken part som ska anses vara "vinnande" respektive "förlorande" vid ett avbrytande av en upphandling eller ett återkallande av ett tilldelningsbeslut framstår som så osäker att det inte kan anses tillfredsställande ur ett rättssäkerhetsperspektiv.

En annan fråga som uppstår som en följd av överprövnings- och förvaltningsprocessens särskilda karaktär är om en myndighet inom ramen för tilldelningsbeslutet förkastat ett anbud utifrån endast en grund. Om myndigheten i ett senare skede åberopar nya grunder för varför anbudet rätteligen inte skulle antas finns risk att domstolen inte anser att dessa grunder ska prövas inom ramen för den aktuella överprövningsprocessen utan istället får anföras i samband med att ett nytt tilldelningsbeslut meddelas. Ska myndigheten då stå kostnaderna i den första processen även om anbudet rätteligen borde ha förkastats? Detta ter sig främmande om leverantören inte skulle ha tilldelats kontraktet om myndigheten bara hade angett alla grunder för förkastandet i sitt ursprungliga tilldelningsbeslut.

Liknande problematik uppstår om någon av parterna åberopar nya omständigheter först i kammarrätten, och målet återförvisas till förvaltningsrätten för en prövning av de tillkommande grunderna, i enlighet med instansordningsprincipen. Som exempel kan nämnas en leverantör som fått sitt anbud förkastat utifrån en given grund. Leverantören ansöker om överprövning och vinner framgång i förvaltningsrätten. I kammarrätten åberopar sedan myndigheten nya grunder för varför anbudet ska förkastas. Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning om att den första grunden för förkastandet var felaktig men återförvisar, som en följd av instansordningsprincipen, målet till förvaltningsrätten för en prövning av de nya förkastandegrunderna. Väl i förvaltningsrätten förlorar leverantören målet på grundval av de nya åberopade grunderna. Ska leverantören i ett sådant fall stå samtliga kostnader i processen eller bara kostnaderna för de delar av målet som leverantören faktiskt förlorade? Denna typ av problematik måste, om förslaget ska genomföras, tydligt belysas till vägledning för domstolarnas framtida prövning.

Frågan är även hur kostnaderna i processen ska fördelas om domstolen endast prövar en av sökandens anförda grunder och bifaller ansökan. Ska leverantören då inte få ersättning för arbete nedlagt på övriga grunder? Det kan mycket väl vara så att samtliga invändningar varit befogade, men att rätten inte funnit skäl att pröva dem. Eller ska rätten ge sig in på bedömningar om vissa delar i en vinnande talan varit ovidkommande och det bara är kostnader som kan hänföras dit som inte ska ersättas av motparten?

Liknande problematik uppstår om förvaltningsrätten endast prövar en grund och målet överklagas till kammarrätten som kommer till ett annat slut och återförvisar målet till förvaltningsrätten för en prövning av resterande grunder. I dessa fall kan det bli mycket svårt för domstolarna att reda ut vilka kostnader som vardera parten ska bära när målet slutligen avgörs i sak.

2.6.5 Tredjemansinträde

Advokatfirman Kahn Pedersen instämmer i utredningens bedömning att det, om ett processkostnadsansvar införs, är rimligt att en part som tillåtits träda in i en överprövningsprocess, s.k. tredjemansinträde, har rätt till ersättning för de kostnader som den haft förutsatt att den "vinner" målet.

Däremot innebär skyldigheten för tredjeman att stå motpartens kostnader uppenbara tillämpningsproblem. Ska tredjeman exempelvis endast vara skyldig att svara för sådana kostnader som denne själv gett upphov till eller även anses vara skyldig att solidariskt ersätta de kostnader som denne haft tillsammans med den upphandlande myndigheten? Vidare uppstår problem att bedöma vilka kostnader som den sökande leverantören haft som är hänförliga till de olika parterna, särskilt om dessa framför liknande typer av argumentation.

Frågan om kostnadsansvar vid ett tredjemansinträde bör därför i vart fall regleras särskilt i lag så att det blir klart och tydligt. Utan ett konkret lagförslag riskerar denna typ av bedömning att bli mycket svåröverskådlig, till men för de leverantörer som bjuds in att träda in i processen.

Vidare bör det, om förslaget genomförs, införas ett system genom vilket tredjeman på ett tydligt sätt informeras om vilka skyldigheter som kan komma att uppstå om denne träder in i målet. En sådan uppgift kan lämpligen läggas på de handläggande domstolarna eftersom det är dessa som i slutändan fattar beslut om vem som ska få träda in i en process. Om en sådan skyldighet inte införs och tredjeman inte tydligt informeras om effekterna av ett inträde skulle förslaget innebära en stor grad av rättsosäkerhet för dessa parter.

2.7 Införandet av en ansökningsavgift

Advokatfirman Kahn Pedersen har, utifrån strikt juridiska utgångspunkter, inget att invända mot införandet av en ansökningsavgift i överprövningsmål. När det gäller den av utredningen föreslagna storleken på avgiften anser Advokatfirman Kahn Pedersen dock att denna avviker från liknande typer av avgifter på ett sätt som framstår som omotiverat. Som jämförelse kan nämnas att det vid tidpunkten för detta remissyttrandes färdigställande kostade 2 800 kr att ansöka om stämning vid tingsrätt.

Mot bakgrund av att Högsta domstolen i bl.a. NJA 2016 s. 369 ansett att en leverantör, som huvudregel, har en skyldighet att begränsa sin skada genom att ansöka om överprövning av en upphandling med risk att denne annars inte är berättigad till skadestånd avseende samma upphandling, framstår det som svårförklarligt att den skadebegränsande åtgärden kostar nästan tre gånger mer än att väcka en talan om skadestånd.

För fullständighets skull bör också nämnas att införandet av en ansökningsavgift kan förväntas innebära en större avhållande effekt på småföretag än på medelstora och större företag. Hur detta förhåller sig till det ofta uttalade målet att underlätta små och medelstora företags möjligheter för, och intresse av, att delta i offentliga upphandlingar kan, enligt Advokatfirman Kahn Pedersens mening, behöva utredas i särskild ordning.