

---

# VÄGEN TILL OTYDLIGHET ÄR STENSATT MED GODA FÖRESATSER – HUR GOD LAGSTIFTNINGSTEKNIK RESULTERAT I EN DÅLIG BESTÄMMELSE

Erik Olsson & Tahmina Sahibli\*

---

## 1. INLEDNING

Så var det återigen dags att ta en klunk ur det ymnighetshorn av spännande rättsfrågor som det svenska genomförandet av upphandlingsdirektivet utgör. I denna krönika tittar vi särskilt på 11 kap. 3 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna ("LUF") och dess bestämmelser om minimifrister för inkommande med anbudsansökan i så kallade tvåstegsförfaranden.

Som om det inte vore nog för att kittla läsarens intresse, så kommer vi här också diskutera hur lagrådets ambition att stryka bör-regler ur lagstiftningen lett till en lagbestämmelse som regelmässigt kommer att misstolkas och ge upphov till oavsiktliga överträdelser av upphandlingsdirektivet för försörjningssektorerna.

## 2. BAKGRUND

### 2.1 De gamla bestämmelserna

Tidsfrister vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering reglerades tidigare i 8 kap. 3 § i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ("ÅLUF"), enligt vilken tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar efter annonsering eller svar på en uppmaning att bekräfta intresset för anbudsgivning efter

---

\* Erik Olsson, Advokat och delägare i Advokatfirman Kahn Pedersen och Tahmina Sahibli, biträdande jurist vid Advokatfirman Kahn Pedersen.

en inbjudan skulle vara minst 37 dagar och fick i något fall inte vara kortare än 22 dagar från den dag då annonsen eller inbjudan skickades till utvalda anbudssökanden.

Bestämmelsen har utformats i linje med direktiv 2004/17/EG ("2004 års LUF-direktiv") enligt vilken tidsfristen "[...] i regel [ska] vara minst 37 dagar från och med den dag då meddelandet eller inbjudan avsändes och får inte i något fall vara kortare än 22 dagar [...]"<sup>1</sup>

## 2.2 De nya bestämmelserna

LUF-direktivets bestämmelser om minimifrist för anbudsansökan vid selektivförfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog samt innovationspartnerskap har följande lydelse:

Minimitidsfristen för mottagande av anbudsansökan ska i regel vara minst 30 dagar från den dag då meddelandet om upphandling eller, om ett förhandsmeddelande används som anbudsinfördran, inbjudan att bekräfta intresse avsändes och får inte i något fall vara kortare än 15 dagar.<sup>2</sup>

I det ursprungliga lagförslaget som skickades ut på remiss föreslogs följande bestämmelse för att genomföra ovan citerade direktivsbestämmelse:

"Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och innovationspartnerskap bör tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar vara minst 30 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller, när en förhandsannons har använts som anbudsinfördran, från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena. Tidsfristen får inte i något fall vara kortare än 15 dagar."<sup>3</sup>

Lagrådet avrådde dock regeringen från att i bestämmelsen ha en bör-regel om minst 30 dagars tidsfrist och förordade istället att detta skulle framgå av författningskommentarerna. Bör-regeln skulle således strykas ur bestämmelsen och istället skulle tidsfristen bestämmas till att "*inte vara kortare än 15 dagar*".<sup>4</sup> Enligt detta resonemang föreslog Lagrådet följande reglering.

Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap får den tid inom vilken anbudsansökningar ska vara den upphandlande myndigheten till handa inte vara kortare än 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller, när en förhandsannons har använts som anbudsinfördran, från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena.

<sup>1</sup> Se artikel 45.3 a i direktiv 2004/17/EG.

<sup>2</sup> Se artikel 46.1 andra stycket, 47.1 andra stycket, 48.1 andra stycket och 49.1 fjärde stycket första meningen i LUF-direktivet.

<sup>3</sup> Ds 2014:25 s. 191.

<sup>4</sup> Prop. 2015/16:195, bilaga 24, s. 1197.

Även regeringen bedömde att en ”bör-reglering” var en mindre lämplig lösning och ansåg att bestämmelsen och författningskommentaren skulle justeras i enlighet med Lagrådets synpunkter.<sup>5</sup> I författningskommentaren utvecklas dock inte närmare hur bestämmelsen ska tillämpas utan förarbetena nöjer sig med att konstatera att minimifristen är 15 dagar och att tidsfristen enligt direktivet som regel ska vara minst 30 dagar.<sup>6</sup>

Det ursprungliga lagförslaget justerades således i linje med Lagrådets synpunkter och gavs följande lydelse i 11 kap. 3 § LUF:

”Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap ska tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar vara minst 15 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering eller, när en förhandsannons har använts som anbudsinfördran, från den dag då inbjudan att bekräfta intresse skickades till anbudssökandena”.

### 3. FÖLJDERNA AV BESTÄMMELSEN

#### 3.1 Huvudregeln enligt direktivet

Av direktivtexten framgår, som nämnts ovan, att minimifristen *i regel* ska vara minst 30 dagar och i vart fall inte kortare än 15 dagar. Även om det är lätt att hålla med om att bestämmelsen är olämpligt utformad är dess budskap tydligt: Huvudregeln vid tvåstegsförfaranden är att fristen för att inkomma med en anbudsansökan ska vara minst 30 dagar.

Även andra språkversioner av direktivet ger stöd för den nu anförda tolkningen av bestämmelserna. Som exempel kan nämnas den engelska språkversionen som har följande lydelse:

”The minimum time limit for the receipt of requests to participate shall, as a general rule, be fixed at no less than 30 days from the date on which the contract notice or, where a periodic indicative notice is used as a means of calling for competition, the invitation to confirm interest was sent and shall in any event not be less than 15 days.”

Motsvarande utformning av bestämmelsen framgår av den tyska versionen av direktivet, som anger att tidsfristen *i princip* (”*grundsätzlich*”), inte ska vara kortare än 30 dagar samt av den franska versionen som uttrycker att tidsfristen *en règle générale* ska vara minst 30 dagar.

Det kan således inte råda någon osäkerhet kring direktivets bestämmelser och den huvudregel om 30 dagars tidsfrist som direktivet ger uttryck för. Som utgångspunkt ska upphandlande enheter således ange minst 30 dagar som tids-

<sup>5</sup> Prop. 2015/16:195, s. 639.

<sup>6</sup> Prop. 2015/16:195 s. 1243.

frist, vilket talar för att bestämmelsen om att tidsfristen inte får vara kortare än 15 dagar borde tillämpas restriktivt och i undantagsfall.

### 3.2 Huvudregeln i praktiken

Som nämnts ovan angavs i motsvarande bestämmelse i ÄLUF att tidsfristen ska vara minst 37 dagar och i vart fall inte kortare än 22 dagar. I praktiken har bestämmelsen också föranlett att en tidsfrist om minst 37 dagar har uppfattats vara huvudregeln och fått till följd att upphandlande enheter i de flesta fallen begränsat tidsfristen för anbudsansökningar till just 37 dagar (med eventuellt avdrag om sju dagar för elektronisk hantering enligt bestämmelsen i 8 kap. 6 § ÄLUF). Möjligheten att tillämpa en kortare tidsfrist om ned till 22 dagar har begränsats till situationer där faktisk brådska har gjort det omöjligt eller åtminstone olämpligt att tillämpa en frist om 30 dagar (efter avdrag för elektronisk hantering).

Den nuvarande bestämmelsen i 11 kap. 3 § LUF, som underlåter att nämna huvudregeln om minst 30 dagars tidsfrist och endast anger att tidsfristen inte får vara kortare än 15 dagar, kommer med all sannolikhet att få till följd att upphandlande enheter regelmässigt tillämpar en tidsfrist om 15 dagar eftersom detta anges vara minimifristen. Det ska här hållas i minnet att det för öppet förfarande enligt LUF anges att minimifristen är 35 dagar, något som i högsta grad har kommit att betraktas som en huvudregel för det förfarandet.

Vi vågar påstå att få upphandlande enheter, då de läser en i lagtext tydligt angiven frist, får för sig att läsa författningskommentaren för att utreda hurvida det finns någon annan huvudregel än den frist som anges i lagtexten. De minimifristen som anges i upphandlingslagstiftningen har nämligen historiskt kommit att betraktas som i regel tillräckliga frister och det finns, såvitt vi känner till, endast något enstaka avgörande där en domstol underkänt användningen av en i lagen angiven minimifrist. I de fall så har skett har fråga varit om särskilt komplicerade upphandlingar.

Med tanke på försörjningsdirektivets ordalydelse ligger det emellertid i farans riktning att upphandlande enheter som huvudregel tillämpar en 15-dagarsfrist men att denna, efter ansökan om överprövning, underkänns av förvaltningsrätten då den egentliga huvudregeln är 30 dagar. I enlighet med vad som angetts ovan vore det också förmodligen korrekt av en förvaltningsrätt att underkänna en regelmässig användning av en 15 dagarsfrist i tvåstegsförfaranden enligt LUF.

### 3.3 Riskerna med bestämmelsen

Regeringen har utformat en lagtext som ger uttryck för en minimifrist om 15 dagar och nöjt sig med att i författningskommentarerna kort ange att tidsfristen

enligt direktivet i regel ska vara minst 30 dagar. I förarbetena kommenteras bestämmelsen och hur den ska tillämpas inte närmare än så. Det framgår inte heller hur bestämmelsen ska förhålla sig till huvudregeln. Det ges således ingen ledning i frågan om under vilka förutsättningar en tidsfrist om 15 dagar kan tillämpas varför upphandlande enheter enbart kan utgå ifrån bestämmelsens ordalydelse.

Bestämmelsens utformning medför en ökad risk för överprövningar då leverantörer, som anser att en alltför kort tidsfrist har tillämpats i en upphandling, kan ansöka om överprövning och yrka på att upphandlingen ska göras om. Det ska här noteras att leverantören även behöver visa på att leverantören lidit eller kan komma att lida skada till följd den upphandlande enhetens överträdelse. Mot bakgrund av de förhållandevis hypotetiska skaderesonemang som tillåts i upphandlingsmål är det emellertid inte svårt att föreställa sig hur även en leverantör som inkommit med anbud skulle kunna göra gällande att dess anbud hade varit bättre utformat om en längre tidsfrist iakttagits och att leverantören därmed hade haft en ökad möjlighet att tilldelas kontrakt om en längre frist iakttagits.

Risken för att lida en sådan skada som avses är förmodligen dessutom större för dels små företag, dels för företag som inte är befintliga leverantörer till den upphandlande enheten. En anbudsansökan ska innehålla samtliga uppgifter som den upphandlande enheten efterfrågar och anbudssökande ska visa att samtliga obligatoriska krav, de så kallade ska-kraven, som har ställts är uppfyllda för att de senare ska bjudas in att lämna anbud i upphandlingen. Upphandlande enheter får fritt bestämma vilka ska-krav de vill ställa och vad de vill ska framgå av anbudsansökan. Sådana ska-krav kan exempelvis avse skyldighet att inkomma med åtagande vid åberopande av andra juridiska personers tekniska eller ekonomiska kapacitet, skyldighet att beskriva sitt kvalitets- och ledningssystem, redovisa referenser från liknande uppdrag, med mera. Anbudsansökan kan beroende på upphandlingens storlek och art innehålla många specifika krav och föranleda att ett stort antal dokument och beskrivningar måste tas fram. Detta kan särskilt gälla vid anbudsansökningar för att delta i ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap.

Vid bestämmandet av tidsfristen bör upphandlande enheter utgå från det enskilda fallet och ha upphandlingen art, storlek, antal ska-krav och dokument som anbudssökande måste inkomma med i åtanke. Som ovan nämnts kommer bestämmelsens utformning föranleda att upphandlande enheter, oavsett förutsättningarna i det enskilda fallet, som huvudregel tillämpar en tidsfrist om minst 15 dagar. En sådan tillämpning riskerar dock att försvåra för såväl småföretagare som icke-befintliga leverantörer att delta i större och mer komplicerade upphandlingar då de på grund av alltför kort tidsfrist löper större risk att inte hinna sammanställa samtliga efterfrågade uppgifter och dokument. Sådana leverantörer kan mot bakgrund av det ovan anförda, visa att de lidit eller kan

lida skada till följd av en alltför kort tidsfrist och följaktligen ha möjlighet att vinna framgång med en talan om att upphandlingen ska göras om.

### 3.4 En bättre lagstiftning

De konsekvenser som uppstår på grund av bestämmelsens olyckliga utformning skulle enkelt kunna undvikas genom att i lagtexten tydligt ge uttryck för huvudregeln om minst 30 dagars tidsfrist. Därefter kunde man antingen i lagtexten eller i tillhörande lagkommentar ha gett uttryck för att tidsfristen inte i något fall får vara kortare än 15 dagar. Oavsett om detta skulle göras direkt i lagtexten eller i lagkommentaren skulle förarbetena kunna ange vilka situationer som omfattas av huvudregeln, och vilka situationer som kan föranleda att en kortare tidsfrist ska tillämpas.

Intressant är att regeringen har valt att uttrycka sig helt annorlunda i bestämmelserna om tidsfrister för anbudsansökningar vid upphandlingar i dynamiska inköpssystem. Av 8 kap. 8 § LUF framgår att tidsfristen för att komma in med en anbudsansökan ska vara minst 30 dagar och inte får vara kortare än 15 dagar. 8 kap. 8 § LUF genomför artikel 52.2a i LUF-direktivet, vars lydelse är identisk med det direktivs bestämmelser som genomförs genom 11 kap. 3 § LUF.

Av förarbetena till 8 kap. 8 § LUF framgår att ”den minsta tidsfristen enligt LUF-direktivet är alltså endast en huvudregel” vilket anges vara det som skiljer bestämmelsen från motsvarande bestämmelse i direktiv 2014/24/EU (det vill säga LOU-direktivet). Motsvarande skillnad mellan direktiven anses även föreligga vad gäller selektivt förfarande (här gör förarbetena en hänvisning till artikel 46.1 i LUF-direktivet som genomförs genom 11 kap. 3 § LUF).<sup>7</sup>

Regeringen förefaller således dela vår uppfattning om att tidsfristen om minst 30 dagar är en huvudregel som ska tillämpas även vid selektivt förfarande. Det framstår som inkonsekvent att regeringen, vid genomförandet av bestämmelser vars lydelse är helt identiska, trots att regeringen gjort samma bedömning avseende tidsfrister vid upphandling i dynamiska inköpssystem som vid selektivt förfarande, har valt att i lagtext ange en minimifrist om 30 dagar i det ena fallet, men inte i det andra. Varför regeringen har gjort så eller hur regeringen har resonerat framgår varken av förarbetena eller av Lagrådets yttrande.<sup>8</sup>

## 4. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Bestämmelsen i 11 kap. 3 § LUF kan inte anses vara fullständig och ge uttryck för huvudregeln i direktivets bestämmelser. Bestämmelsens nuvarande utform-

<sup>7</sup> Prop. 2015/16:195 s. 559.

<sup>8</sup> Se prop. 2015/16:195, bilaga 24, s. 1195.

ning riskerar dessutom få till följd att små företag drabbas och inte kan delta i upphandlingar i lika stor utsträckning som andra, medelstora eller stora företag. Ett sådant genomförande av direktivets bestämmelser kan knappast anses vara i överensstämmelse med direktivets övergripande mål om att underlätta små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling.<sup>9</sup>

Vi kan konstatera att genomförandet av direktivet och den avvägning som gjorts i lagtexten ökar risken för överprövning och att en rad upphandlingar måste göras om, vilket varken är önskvärt från upphandlande enheters eller från leverantörers sida. Även om lagrådets synpunkt att bör-regler inte lämpar sig i lagtext är klok, får konstateras att en bör-regel i förevarande fall hade varit lämpligare än den valda regleringen.

---

<sup>9</sup> Se skäl 4 i direktiv 2014/25/EU.

