

YTTRANDE

Finansdepartementet

Dnr: Fi2018/02531/OU

Stockholm den 1 februari 2019

Betänkandet av Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler; Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44)

Advokatfirman Titov & Partners KB (TP) bistår såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer i upphandlingsrättsliga frågor, även i överprövnings- och skadeståndsmål, och har medarbetare som gjort så under lång tid.

TP har tagit del av betänkandet och utredningsdirektiven. Grundläggande ifrågasätter TP utgångspunkterna för regeringens direktiv till utredaren. Med detta sagt vill TP lämna följande synpunkter i anledning av rubricerat betänkande. Hänvisningar till avsnitt och sidor avser betänkandet om inte annat särskilt anges.

Sammanfattning

Betänkandets del I

TP motsätter sig att de föreslagna regelförändringarna i 19 och 19 a kap. LOU/LUF genomförs och förordar att regeringen låter utreda möjligheterna att avseende de icke direktivstyrda upphandlingarna i möjligaste mån låta samma detaljerade regler gälla som för de direktivstyrda upphandlingarna.

Betänkandets del II

TP motsätter sig att det införs ansökningsavgift i överprövningsmål.

TP motsätter sig att det införs regler om processkostnadsansvar i mål om överprövning.

Övrigt

TP anser att effektivare domstolsprövningar och en högre grad av förutsebarhet i utfallet är en mer framkomlig väg för att begränsa nackdelarna med leverantörernas rätt till kontroll av de offentliga upphandlingarna.

Förslagen till hur icke direktivstyrda upphandlingar kan göras enklare och flexiblare

TP instämmer i att de icke direktivstyrda upphandlingarna inte bör lämnas oreglerade eller undantas från upphandlingslagarna (avsnitt 4.2).

TP instämmer även i att ett nytt regelverk för icke direktivstyrd upphandling som omfattas av LOU och LUF bör vara enklare till såväl utformning som innehåll (avsnitt 4.3), liksom att en målsättning bör vara att inom respektive lag ha så få olika regelsystem och nivåer som möjligt, detta för att begränsa gränsdragningsproblem och tvister.

TP instämmer även i att regelverket bör utgå från de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

TP delar inte utredningens bedömning (s.165) att färre och mindre detaljerade regler i sig innebär en förenkling som inte medför att upphandlingarna till än större del än i dag kommer att styras av oskrivna regler och svårtillgänglig rättspraxis.

I allt väsentligt utgörs utredningens förslag till förenklingar av ny reglering eller borttagen reglering som är avsedd att utgöra en precisering av de grundläggande EU-rättsliga principerna. TP befarar att utrymmet för godtycke i upphandlingarna riskerar att öka om detaljeringsgraden i förfarandereglererna blir mindre.

Dessutom behålls och förändras ett parallellt system vid sidan av de befintliga detaljerade förfarandereglererna avseende direktivstyrda upphandlingar. Båda systemen är avsedda att tillhandahålla förfaranden som när de följs medför att de grundläggande EU-rättsliga principerna upprätthålls i upphandlingen. TP ifrågasätter ändamålsenligheten i förhållande till den ovan angivna målsättningen att införa nya skillnader i de parallella regelsystemen och menar att det inte är ägnat att förenkla den operativa tillämpningen av regelverket.

TP motsätter sig att de föreslagna regelförändringarna i 19 och 19 a kap. LOU/LUF genomförs och förordar att regeringen låter utreda möjligheterna att avseende de icke direktivstyrda upphandlingarna i möjligaste mån låta samma detaljerade regler gälla som för de direktivstyrda upphandlingarna. Därigenom skulle en betydligt längre gående förenkling av regelverket uppnås. T.ex. uppkommer inte behovet att särskilt beakta bestämt gränsöverskridande intresse (avsnitt 8.3).

TP motsätter sig att direktupphandlingar ska styras av andra lagfästa principer än de grundläggande EU-rättsliga principerna och noterar att Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2018 ref. 60 gett vägledning i frågan hur den nuvarande regleringen avseende icke direktivstyrda direktupphandlingar ska förstås i förhållande till de grundläggande EU-rättsliga principerna.

TP motsätter sig alltså att det införs särskilda principer om saklighet och opartiskhet för icke direktivstyrda direktupphandlingar (avsnitt 9.2). Det framstår också som högst oklart i vilka avseenden dessa principer avviker från de grundläggande EU-rättsliga principer som hittills gällt för all upphandling. Införande av grundläggande semi-parallella principer som ska beaktas av upphandlande myndigheter/enheter vid upphandlingar är inte ägnat att förenkla regelverket.

Förslag till regler om ansökningsavgift i överprövningsmål

TP motsätter sig att det införs ansökningsavgift i överprövningsmål. TP delar inte utredningens bedömning (s. 33) att avgiften får den önskade effekten att leverantörerna ”tänker till en gång extra” annat än i de fall avgiften är betungande för leverantören. Den önskade effekten endast uppnås således endast gentemot små företag, som därigenom ges en konkurrensnackdel då den mindre leverantören kan dra sig för att få sin sak prövad. Skyddet för små leverantörer riskerar att urholkas med den föreslagna avgiften.

Avgiften skulle också innebära en extra administrativ börda för förvaltningsdomstolarna som inte kan förväntas resultera i motsvarande lättnad i antal ansökningar. Om en avgift ska införas motsätter sig TP vidare den föreslagna nivån på avgiften och förordar samma nivå som ansökningsavgiften för att ansöka om stämning i allmän domstol.

Förslag till regler om skyldighet för den förlorande parten att ersätta motpartens processkostnader

TP motsätter sig att det införs regler om processkostnadsansvar i mål om överprövning.

TP menar att en ömsesidig skyldighet att ersätta förlorande parts rättegångskostnader är artfrämmande inom förvaltningsprocessen. Situationen är en helt annan än i dispositiva kontradiktoriska tvistemål, där parterna har möjlighet att avtala om hur tvisten ska lösas och också själva sätter ramen för prövningens omfattning.

Överprövningsinstitutet har inte prägel av civilrättslig tvist utan utgör en offentlighetslig möjlighet som står leverantörerna till buds för kontroll av att upphandlingen genomförs i enlighet med gällande lagstiftning. På samma sätt som i rent förvaltningsrättsliga mål syftar förvaltningsdomstolarnas prövning till att kontrollera myndigheters åtgärder i förhållande till enskilda.

I rättsfallet RÅ 2009 ref. 69 har Högsta förvaltningsdomstolen ansett att official-principen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i upphandlingsmål (jfr även rättsfallet HFD ref. 2018 ref. 28). Samtidigt går förvaltningsdomstolarnas utredningsskyldighet så långt att förvaltningsdomstolarna kan vara skyldiga att ta in dokumentation som kan läggas till grund för dom utan att den klagande leverantören har tagit del av den inhämtade dokumentationen (HFD 2015 ref. 55). Hur långt möjligheten för parterna att påverka målets omfattning sträcker sig är en fråga som i det enskilda fallet kan vara mycket svårbedömd. Parterna disponerar i vart fall inte fullt ut, så som är fallet med dispositiva tvistemål, över vilken utredning som ska läggas till grund för avgörande och vilka omständigheter som domstolen ska beakta och pröva. Den upphandlande myndigheten/enheten disponerar inte alls sin talan i den meningen att processuella medgivande o.d. kan göras för att hålla nere processkostnaderna. Sökanden disponerar inte ens över vilken närmare rättsföljd – omgörelse eller rättelse – som är möjlig och sätter således inte processramen som en kärande i ett dispositivt tvistemål. Därtill är det mycket ovanligt att förvaltningsdomstolarna idkar materiell processledning genom riktade förelägganden och liknande, så parterna den vägen vägleds till att koncentrera sin

talans (utredningen berör frågan i avsnitt 23.3). TP menar att föreslaget rättegångskostnadsansvar är olämpligt.

Frågan om rättegångskostnadsansvar kommer också typiskt sett att komplicera handläggningen och leda till förlängda handläggningstider i förvaltningsdomstolarna.

Utfallet av en överprövning är dessvärre typiskt sett svårförutsebar. Ett införande av ömsesidigt rättegångskostnadsansvar riskerar att hämma såväl upphandlande enheter/myndigheter som leverantörer. I synnerhet mindre myndigheter/enheter kan riskera att drabbas hårt ekonomiskt vid svårförutsedda avgöranden som går myndigheten/enheten emot. Rättegångskostnadsansvaret kan här komma att fungera som ett olyckligt incitament för att ge sökanden rätt eller att onödigtvis besluta att avbryta en upphandling, vilket i sin tur kan leda till *en ökning* av antalet processer. Mindre resursstarka leverantörer kan också tänkas i stor utsträckning avstå från att använda sig av rättsmedlen i stället för att ta den svårbedömda risken att behöva utge ersättning för den upphandlande myndighetens/enhetens ombudskostnader.

Det får antas att behovet av införande av ett rättegångskostnadsansvar har sin grund i att en leverantör som med framgång har drivit en överprövningsprocess i praxis (NJA 2013 s. 762) ansetts i vissa fall ha möjlighet att få sina processkostnader ersatta som skadestånd enligt skadeståndsbestämmelserna i LOU och LUF. Genom senare rättspraxis har emellertid möjligheten för leverantörer att erhålla skadestånd för processkostnader i allmän förvaltningsdomstol kraftigt begränsats (se HFD:s dom 2018-12-27 i mål nr T 1055-18). Utifrån detta avgörande framstår behovet av införandet av rättegångskostnadsansvar i den förvaltningsprocessuella överprövningsprocessen som ytterst begränsat.

Överväganden av vilka andra åtgärder som kan vidtas för att minska antalet överprövningsmål

TP anser att antalet överprövningsmål inte är en rimlig måttstock på vilken belastning på det offentliga som kan accepteras för att säkerställa leverantörernas rätt till kontroll av offentliga upphandlingar.

TP menar att effektivare domstolsprövningar och en högre grad av förutsebarhet i utfallet är en mer framkomlig väg för att begränsa nackdelarna med levantörernas rätt till kontroll av de offentliga upphandlingarna.

TP förordar att regeringen undersöker möjligheterna att öka förutsebarheten i avgöranden i överprövningsprocessen, t.ex. genom att minska antalet domstolar som handlägger måltypen för att på så sätt allokera och koncentrera den upphandlingsrättsliga kompetensen.

Vidare bör övervägas att se över processformen som idag genom svårtillgänglig praxis har utvecklats till en egen förvaltningsrättslig måltyp med spridda inspirationsansatser lånade från den dispositiva och kontradiktoriska tvistemålsprocessen. I en sådan översyn bör bl.a. domstolens utredningsansvar och skyldighet till materiell processledning belysas.

Stockholm som ovan

Advokatfirman Titov & Partners KB