

Finansdepartementet
103 33 Stockholm

Remiss av Utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar

Fi2020/05179

Kammarrätten gör följande överväganden avseende de förslag och bedömningar som presenteras i utkastet men har i övrigt inte något att invända mot dessa.

5.2 Mål om överprövning ska handläggas skyndsamt

Kammarrätten motsätter sig inte att ett lagstadgat skyndsamhetskrav ska införas för mål om överprövning av en upphandling och mål om överprövning av ett avtals giltighet.

Kammarrätten ifrågasätter emellertid hur stor betydelse den föreslagna bestämmelsen om en skyndsamt handläggning kommer att få i praktiken. Som konstaterades i kammarrättens tidigare remissyttrande över betänkandet Överprövning av upphandlingsmål (SOU 2015:12) handläggs redan i nuläget dessa mål med förtur. Domstolarna har till uppgift att ta ansvar för processledningen och noggrant överväga varje kommuniceringsåtgärd. Möjligen kan bestämmelsen, som anges på s. 33 i utkastet, ge tyngd i domstolarnas ambition att ytterligare hålla ner tiderna för kommunikering för att uppnå en högre effektivitet. Möjligheterna för parterna att få anstånd som förlänger handläggningstiden skulle eventuellt kunna reduceras med hänsyn till bestämmelsen. En annan fråga är hur skyndsamhetskravet för upphandlingsmålen är tänkt att förhålla sig till handläggningen av övriga mål av förturskaraktär eller mål som av andra skäl bör komma till ett snabbt avgörande. Utkastet saknar närmare överväganden i detta avseende. Sammantaget anser kammarrätten att bestämmelsen om skyndsamt i vart fall inte torde påverka processen negativt.

6.3 Preklusionsfrister i mål om offentlig upphandling

Inledningsvis konstateras att lagförslaget i 20 kap. respektive 16 kap. 5 c § i de fyra lagarna om vad som ska gälla kammarrättens handläggning inte framgår i förslagsrutan under p. 6.3 med utkastets förslag om preklusionsfrister.

Det är naturligtvis positivt om ett införande av en preklusionsfrist i förvaltningsrätten leder till att samtliga invändningar mot upphandlingen åberopas i ett tidigt skede. Det kan skapa förutsättningar för tydlighet och förutsägbarhet samt att processen förkortas. En annan fördel är att tyngdpunkten i rättskipningen kommer att ske i förvaltningsrätten, vilket bör leda till en effektiv process. En farhåga är dock att processen tyngs genom att den sökande leverantören, för att inte riskera att gå miste om att få en viss fråga prövad, tar med omotiverat många invändningar mot upphandlingen i den inledande ansökan om överprövning. Istället för att förkorta processen skulle den då bli mer omfattande och resurskrävande och i synnerhet påverka förvaltningsrätternas handläggning.

Flera skäl talar för att införa en preklusionsfrist i kammarrätten. När prövningen av målet koncentreras till första instans kan rimligen processen i kammarrätten förkortas. Då nya omständigheter inte får åberopas i kammarrätten uppkommer inte heller behovet av att återförvisa mål till förvaltningsrätten för prövning med längre handläggningstid som följd.

Bedömningarna av vilka omständigheter som får åberopas i ett senare skede enligt de undantag som föreslås kan dock förväntas skapa nya problem i båda instanserna. Tolkningsfrågor kommer att uppkomma avseende gränsdragningen av vad som utgör en ny omständighet, ett förtydligade eller tillåten bevisning vilket skulle kunna bli tidskrävande att avgöra och därmed förlänga processen. Det finns således en stor risk att regeln skapar en ny fråga i upphandlingsprocessen som riskerar att förlänga handläggningstiderna i domstolen och ta fokus från själva huvudfrågan i målet. Risken är även att det krävs ytterligare skriftväxling för att domstolen ska kunna ta ställning till om det är sannolikt att en part inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller har haft giltig ursäkt att inte göra det, vilket inte blir processekonomiskt fördelaktigt. Argumentet som framförs i utkastet på s. 44, om att kammarrätten redan gör en prövning avseende vilka frågor som är nya i förhållande till målet med hänsyn till instansordningsprincipen, är inte relevant då detta är en helt annan bedömning. Frågan ställs i det fallet inte på sin spets då det inte är fråga om att en part riskerar att helt gå miste om en prövning av en sent åberopad omständighet, utan endast om vilken instans som lämpligen ska göra prövningen.

Vidare kan ett antal frågor behöva ett förtydligande. Det är inte klarlagt hur kammarrätten ska hantera nya omständigheter som anförs i överklagandet innan kammarrätten har tagit ställning till frågan om prövningstillstånd. Det är oklart om domstolens utredningsskyldighet innebär att en part som inte åberopar något av undantagen för att föra in en omständighet sent i processen ska beredas tillfälle att yttra sig över en eventuell avvisning. Ett ställningstagande krävs också i frågan om hur nya omständigheter ska behandlas då en leverantör intervenerar i målet

under processens gång. En sådan leverantör, som inte deltagit i processen tidigare, torde inte vara bunden av en preklusionsfrist.

Behovet av att införa bestämmelser som effektiviserar överprövningarna av upphandlingar och bidrar till att reducera antalet prövningar som inte är befogade har diskuterats under en längre tid. Trots att konsekvenserna av ett införande av preklusionsfrister är svårbedömda och det är osäkert om förväntad processeffektivitet uppnås, gör kammarrätten ändå den sammantagna bedömningen att förslaget kan tillstyrkas. Mot bakgrund av den risk som finns att förslaget om preklusion trots allt motverkar det syfte som man vill uppnå med regeln är det av stor vikt att effekten av regeln utvärderas efter en viss tid för att avgöra om effekterna av de nya bestämmelserna motsvarar förväntningarna.

Detta yttrande har beslutats av kammarrättsråden Niclas Falkendal, Birgitta Henriksson och Lennart Berglund med föredragande juristen Emelie Herou som föredragande.

Niclas Falkendal

Birgitta Henriksson

Lennart Berglund

/Emelie Herou