

Juridiska fakultetskansliet

Regeringskansliet  
(Finansdepartementet)  
103 33 Stockholm

**Remiss: Utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar (Finansdepartementets dnr Fi2020/05179)**

Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet, som anmodats yttra sig om förslaget, anför följande.

### Allmänna synpunkter

Utkastet innehåller förslag på bestämmelser som delvis har sin grund två tidigare statliga utredningar, Överprövningsutredningen (dir. 2013:105 och dir. 2014:154) och Förenklingsutredningen (dir. 2017:69). Härutöver innehåller utkastet förslag på ändringar av upphandlingsregelverket grundade på en formell underrättelse från Europeiska kommissionen daterad den 25 januari 2019. Här ifrågasatte kommissionen Sveriges genomförande av vissa bestämmelser i bl.a. rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling. Ett av flera påpekanden var att Sverige inte genomfört de tvingande bestämmelserna om tidsgränser vid utslutning av leverantörer på grund av vissa angivna brott eller missförhållanden i övrigt. Utkastets förslag omfattar samtliga fyra svenska upphandlingslagar.

Nedan kommenteras de förslag avseende vilka SU har påpekanden. Regeringens motivering till att vissa tidigare förslag på bestämmelser inte ska införas kommenteras inte.

### 1 Skyndsamhetskrav (5.2 Mål om överprövning ska handläggas skyndsamt)

Regeringen föreslår att det ska införas ett lagstadgat skyndsamhetskrav vid överprövningar av ett upphandlingsförfarande och av ett avtals giltighet. Enligt förslaget ska ett lagstadgat skyndsamhetskrav även införas för mål om utlämnande av kontrakt. Regeringen anger att införandet av ett lagstadgat skyndsamhetskrav sammantaget bedöms kunna bidra till en enhetligare handläggning av målen i domstolarna samt till snabbare och mer förutsägbara handläggningstider i varje enskilt mål.

Ett skyndsamhetskrav har i praktiken redan tillämpats sedan länge i de svenska domstolarna vid handläggning av upphandlingsmål, men det har då gjorts på initiativ av domstolarna

## Juridiska fakultetsnämnden

själva. Det är bra att rättsläget klargörs i rättsordningen, men det förefaller osannolikt att ett lagstadgat skyndsamhetskrav i upphandlingsmål faktisk kommer att leda till kortare handläggningstider. Ett lagstadgat skyndsamhetskrav får ingen effekt på handläggningstiderna om domstolarna inte ges tillräckliga resurser för att handlägga upphandlingsmål skyndsamt.

Ett skyndsamhetskrav utan några fastlagda tider kan heller inte åberopas av parterna, jmf. institutet dröjsmålstalan i 12 § förvaltningslagen (2017:900). Eventuellt kan införandet av skyndsamhetskravet underlätta för JO eller JK att kritisera en domstol för långsam handläggning vilket skulle kunna leda till att ansvar för tjänstefel utkrävas vid allvarliga förseningar. Om skyndsamhetskravet inte kan göras gällande av parterna riskerar det att bli en verkningslös regel.

## 2 Preklusionsfrister (6.3 Preklusionsfrister i mål om offentlig upphandling)

Vad gäller frågan om preklusionsfrister föreslås inte någon preklusionsfrist under själva upphandlingsförfarandet. En leverantör som ser att det görs något fel i ett upphandlingsdokument behöver således inte påpeka det inom en viss för att inte förlora sin möjlighet att åberopa felet, s.k. *materiell preklusion*. Som skäl anges i huvudsak att en preklusionsfrist under anbudstiden sannolikt skulle medföra att leverantörerna i större utsträckning för fram sin kritik mot upphandlingen i ett tidigare skede än vad som görs i dag. Varför det skulle vara dåligt anges dock inte. Att leverantörerna i ett tidigt skede, medan eventuella fel fortfarande går att rätta till, för fram eventuella påpekanden är ju något som såväl EU-kommissionen som EU-domstolen menar är något positivt. Även risken för att överprövningsförfarandet i upphandlingsmål ytterligare kompliceras anges som skäl för beslutet att inte föreslå någon materiell preklusion.

Däremot föreslås att det införs en obligatorisk bestämmelse om preklusion i överprövningsförfaranden i förvaltningsrätten, s.k. *processuell preklusion*, vilket innebär att en ny omständighet inte får åberopas i ett mål efter det att en viss tidpunkt har passerats. Enligt förslaget ska omständigheter i överprövningsmål som *en leverantör* åberopar till grund för sin talan efter två veckor från det att ansökan kom in till förvaltningsrätten inte få beaktas av domstolen. Undantag ska endast göras om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars har en giltig ursäkt för att inte göra det. Skälen för förslaget är att om en part åberopar nytt processmaterial sent under ett domstolsförfarande finns det en betydande risk för att det försenar avgörandet av målet, vilket just i upphandlingsmål kan leda till betydande besvär för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer. Det kan i sin tur leda till att planeringen av målets handläggning måste göras om, att skriftväxlingen måste återupptas och att motparten på nytt måste ta ställning till sin egen bevissituation. Regeringen kopplar även bestämmelsen till det skyndsamhetskrav som också föreslås och menar att om det kravet ska få avsedd effekt är det viktigt att parterna redan tidigt i domstolsprocessen anger de omständigheter de vill åberopa. Regeringen föreslår i överensstämmelse med Överprövningsutredningen att det även ska införas en obligatorisk preklusionsregel vid prövning i kammarrätten. Enligt huvudregeln ska en omständighet som en part åberopar till grund för sin talan först i kammarrätten få beaktas endast om parten gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten i förvaltningsrätten eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.

Den juridiska fakulteten ser det som bekymmersamt att regeringen, i en lagstiftning som har som syfte att undanröja hinder för den fria rörligheten och verka som skyddslagstiftning för leverantörer till det offentliga, föreslå en ensidigt preklusionsregel till nackdel för leverantörer. Såsom förslaget ser ut i dag kan alltså upphandlande myndigheter och enheter

åberopa nya omständigheter under hela processen i förvaltningsrätten medan leverantörerna måste inkomma med alla grunder inom de första två veckorna av processen. Förslaget är dåligt underbyggt och är sannolikt i strid med syftet med rättsmedelsdirektiven för offentlig upphandling.

Det finns dessutom redan en begränsning av vilka omständigheter som kan åberopas i högre rätt i förvaltningsmål. Enligt instansordningsprincipen ska omständigheter som innebär att saken i målet ändras inte beaktas av domstolen. Högsta förvaltningsdomstolen har dock i HFD 2013 ref. 5 slagit fast att saken i upphandlingsmål är mycket vid. Så länge omständigheter hänför sig till frågan om det finns skäl för domstolen att ingripa enligt upphandlingsreglerna hör de till samma sak och ska inte avvisas av domstolen. Alltså finns det redan i dag en långtgående rätt för parterna att ändra sin talan under upphandlingsmålens gång. Om regeringen önskar att "saken" som parterna för talan om i överprövningsmål inte längre ska vara "ändring av beslut", utan något annat, bör även domstolarnas rätt att välja påföljd i upphandlingsmål begränsas. I dag kan de välja fritt mellan att den upphandlande myndigheten ska göra om hela upphandlingen och att den endast behöver rätta tilldelningsbeslutet. Ska en annan ordning gälla vad avser leverantörernas rätt att åberopa nya omständigheter bör således även domstolarna möjlighet att välja påföljd begränsas.

En bättre ordning än det nuvarande förslaget vore om regeringen endast föreslog regler om materiell preklusion under själva upphandlingsförfarandet. Det skulle vara ett effektivt sätt att hindra att leverantörer "tjuvhåller" på information om brister i det konkurrensuppsökande skedet, vilka i ett sent skede av upphandlingsförfarandet kan leda till att hela förfarandet kan behöva göras om. Det är en ordning som varken gynnar upphandlande myndigheter eller leverantörer. Det vore också en ordning som skulle accepteras av såväl upphandlande myndigheter/enheter och leverantörer, under förutsättning av preklusionsreglerna infördes i enlighet med EU-domstolens praxis. Härmed avses att reglerna måste vara flexibla så att en leverantör som t.ex. kan visa att den inte rimligen kunna förutse att en text skulle kunna tolkas på ett visst sätt inte förlorar sin rätt att i ett senare skede föra talan mot just den texten.

Ifall förslaget genomförs bör noteras att tidsfrister i upphandlingslagstiftningen som huvudregel anges i dagar, inte i veckor, varför fristen bör anges till 14 dagar, inte två veckor.

### 3 Skadestånd (9.2 Fristen för att ansöka om skadestånd bör anpassas till EU-rätten)

I dag anges i upphandlingslagstiftningen att talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör, eller har förklarats ogiltigt genom ett avgörande som har fått laga kraft, se t.ex. 20 kap. 21 § LOU. Tidsfristen överensstämmer dock inte med bestämmelserna i EU:s upphandlingsdirektiv, där det anges att talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år *från den tidpunkt då leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om* att ett avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Att bestämmelsen nu anpassas till den tvingande EU-bestämmelsen är således korrekt. Här bör dock de föreslagna ikraftträdandebestämmelserna kommenteras. Här anges att den nya bestämmelsen om tidsfrist för att väcka talan om skadestånd inte ska tillämpas i de fall då tiden för att väcka talan om skadestånd redan har gått ut vid lagens ikraftträdande, dvs. den 1 februari 2022 enligt förslaget. Förslaget kan innebära att Sverige agerar i strid med EU-fördraget. I de fall en medlemsstat felaktigt genomfört tvingande unionslagstiftning och det

drabbat en enskild, kan den enskilda dels hävda direkt effekt av bestämmelsen, dels kräva skadestånd av den svenska staten. Sverige kan inte begränsa sitt ansvar för ett felaktigt genomförande genom att i lagstiftning avskära skadedrabbade leverantörers rätt att åberopa direkt effekt av de korrekta bestämmelserna, vilka utgör tvingande unionslagstiftning till deras förmån.

Sverige kan således genom det felaktiga genomförandet ha orsakat leverantörer skador, och förslår nu begränsningar av skadedrabbade leverantörers möjlighet att få rättelse i de fall tiden för att väcka talan om skadestånd enligt de felaktiga bestämmelserna redan har gått ut den 1 februari 2022.

Remissvaret har på fakultetsnämndens uppdrag beslutats av dekanus, professor Jessika van der Sluijs. Yttrandet har beretts av docent Andrea Sundstrand. Föredragande har varit kanslichef Catharina Sitte Durling. Yttrandet har expedierats av Juridiska fakultetskansliet.



Jessika van der Sluijs

Catharina Sitte Durling