

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08-545 03 810; e-post:kko@dnv.se

Finansdepartementet

Remissyttrande R 19-01
2019-01-28

Dnr. Fi2018/02531/OU

Yttrande med anledning av betänkandet SOU 2018:44, Möjligt, tillåtet och tillgängligt

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Velfärden. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är tidigare stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderöth. Övriga ledamöter är tidigare hovrättsrådet Per Eklund, civilekonomen Patrik Engellau, tidigare ställföreträdande generaldirektören vid Konkurrensverket Lennart Göranson, professorn i handelsrätt Erik Nerep samt juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm.

Konkurrenskommissionen har sedan inrättandet 1994 utrett och bedömt mer än 700 ärenden avseende frågor om offentlig och annan upphandling. Konkurrenskommissionen brukar även lämna yttranden i lagstiftningsfrågor.

SAMMANFATTNING

Konkurrenskommissionen delar helt och hållet den målsättning för den icke-direktivstyrda delen av upphandlingslagstiftningen som utredningen uttrycker i sitt betänkande. Lagstiftningen ska bland annat syfta till att motverka korruption, tillvarata konkurrensen, vara lättillgänglig och vara såväl effektiv som rättssäker. Konkurrenskommissionen välkomnar särskilt att utredningen beaktat upphandlingslagstiftningens korruptionsbegränsande syfte och delar uppfattningen att eventuella ändringar måste vägas mot risken för ett ökat missbruk av reglerna.

Konkurrenskommissionen delar inte utredningens utgångspunkt är att "ett regelverk som har färre och mindre detaljerade regler än det nuvarande" skulle vara "lättare att ta till sig och tillämpa", vilket är olyckligt eftersom ett sådant regelverk är direkt ägnat att öka antalet överprövningar.

Konkurrenskommissionen delar betänkandets grundsats att det som är möjligt, tillåtet och tillgängligt i den direktivstyrda regleringen också ska vara detsamma i den svenska nationella regleringen. Konkurrenskommissionen menar dock att även det som är *förbjudet* ska införas i den svenska nationella regleringen.

Konkurrenskommissionen förordar att alla i regelverket förekommande kraven skrivs in i lagtexten.

Konkurrenskommissionen tillstyrker att dagens rättsmedel, såsom föreslås i betänkandet, behålls intakta. En stor del av efterlevnaden av regelverket bygger på att det finns effektiva rättsmedel för att förhindra och åtgärda felaktiga upphandlingar, det är därför av största vikt att nuvarande prövningsmöjligheter kvarstår.

Konkurrenskommissionen delar uppfattningen att en löpande dialog mellan upphandlande myndighet och leverantörer ger bättre förutsättningar för en lyckad upphandling och minskar risken för missförstånd och överprövningar. Dialogen måste dock ske inom ramen för de allmänna principerna och får inte användas på ett särbehandlande eller godtyckligt sätt.

Konkurrenskommissionen förordar därför att dialogen likställs åt båda håll, det vill säga att leverantörerna ska ges möjlighet att rätta eller komplettera sitt anbud på samma sätt som upphandlande myndighet har möjlighet att begära en dylik rättelse eller komplettering.

Konkurrenskommissionen kan inte se någon praktisk nytta med den särskiljande begreppsbildningen avseende anbudsinfordran i förslaget till 19 kap. 21 § respektive 19 kap. 6 §. Konkurrenskommissionen önskar därför ett klargörande om någon skillnad i annonseringskravet ska finnas mellan de två paragraferna, och i detta fall vilken skillnad. För det fall ingen särskild skillnad åsyftats förordar Konkurrenskommissionen att begreppet anbudsinfordran används konsekvent i båda paragraferna.

Konkurrenskommissionen förordar att formkraven för annonsering förs direkt in i lagtexten, för att därigenom öka tydligheten för upphandlande myndighet som därmed slipper leta i parallella författningar. Alternativt förordas att det införs hänvisning till förordningen eftersom det annars finns rik för missuppfattningar hos den upphandlande myndigheter, såsom att det inte finns några andra krav än de som anges i lagen.

Förslaget om avskaffandet av CPV för nationella upphandlingar riskerar att medföra färre anbud, minskad konkurrens och ytterligare tröskeleffekter. Konkurrenskommissionen förordar därför att kravet på användande av CPV vid upphandlingar kvarstår såsom i nuvarande form.

Konkurrenskommissionen förordar att i lagtexten anges att information om att ett kontrakt är reserverat ska anges i annonsen.

Konkurrenskommissionen tillstyrker förslaget att skriva in direktupphandlingsgränsen och tröskelvärden med nominella belopp direkt i lagstiftningen. En uttrycklig lagregel är alltid att föredra framför flera parallella författningar.

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget om att införa nationella principer för direktupphandling. Kommissionen har svårt att se några betydande praktiska skillnader i de föreslagna nationella principerna för direktupphandling gentemot de EU-rättsliga principerna såsom Högsta förvaltningsdomstolens tolkning gett uttryck för i HFD 2018 ref. 60. Betänkandets förslag innebär helt nya rättsregler som ersätter tidigare praxis, varvid rättsläget återigen blir oklart och det skapas ett behov av ytterligare utveckling i praxis. Detta kan knappast vara en förenkling eller ligga i linje med utredningens direktiv om ett minskat antal mål.

Dessutom innebär föreslaget att upphandlande myndigheter i praktiken inte enbart behöver ställa sig frågan ”är detta förenligt med de EU-rättsliga principerna?” utan även fråga sig ”är detta förenligt med de nationella principerna, och finns det ett BGI?”. En etablerad princip ersätts således av två nya, utvecklade principer. Eftersom BGI ytterst uttolkas av EU-domstolen är de upphandlande myndigheterna likväl bundna av EU-domstolens praxis, oavsett om detta sker direkt via de EU-rättsliga principerna eller indirekt via BGI.

Mot bakgrund av att frågan berörts av lagstiftaren så sent som 2018, och utifrån helt andra avvägningar än vad som gjorts i betänkandet, avstyrker Konkurrenskommissionen förslaget att höja direktupphandlingsgränsen för sociala tjänster. För det fall att direktupphandlingsgränsen för tjänster med speciella hänsyn ändå anses behöva särskiljas från den ordinarie direktupphandlingsgränsen förordar Konkurrenskommissionen att detta i vart fall begränsas till de så kallade välfärdstjänsterna. I och med att dessa redan identifierats i förslaget till bilaga 2a kan direktupphandlingsgränsen med fördel hänvisa till tjänster som omfattas av bilagan.

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget att införa ett processkostnadsansvar i överprövningsmål, dels för att det kan ifrågasättas om behovet av en minskning av antalet överprövningar verkligen överväger den inskränkning av leverantörernas möjlighet att ta tillvara sin rätt som förslaget innebär, dels för att de processuella särdragen hos överprövningsmålen medför att måltypen inte lämpar sig för ett processkostnadsansvar..

Förslaget är vidare ägnat att medföra att processen kommer att ta längre tid, vilket enligt vad som redovisats ovan egentligen är det stora problemet med överprövningar.

Kommissionen delar utredningens slutsats att leverantörens rätt till ersättning inte kan inskränkas och anser även att de processuella särdragen hos överprövningsmålen medför att måltypen inte lämpar sig för processkostnadsansvar.

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget om att införa ansökningsavgifter i överprövningsmål.

För det fall en ansökningsavgift ändå införs ser inte Konkurrenskommissionen några skäl till att avgiften ska skilja sig från vad som gäller i allmän domstol. Konkurrenskommissionen förordar därför i sådant fall att ansökningsavgiften bestäms till samma belopp som avgiften för ordinarie tvistemål.

Om förslaget i betänkandet genomförs anser Konkurrenskommissionen att det är naturligt att överprövningsmålen istället förs över till organisationen för de allmänna domstolarna, förslagsvis till Patent- och marknadsdomstolen.

YTTRANDE

Grundläggande utgångspunkter

Konkurrenskommissionen delar helt och hållet den målsättning för den icke-direktivstyrda delen av upphandlingslagstiftningen som utredningen uttrycker i sitt betänkande. Lagstiftningen ska bland annat syfta till att motverka korruption, tillvarata konkurrensen, vara lättillgänglig och vara såväl effektiv som rättssäker. Konkurrenskommissionen välkomnar särskilt att utredningen beaktat upphandlingslagstiftningens korruptionsbegränsande syfte och delar uppfattningen att eventuella ändringar måste vägas mot risken för ett ökat missbruk av reglerna.

Konkurrenskommissionen konstaterar dock att utredningsdirektivet innehåller separata och motstående målsättningar, eftersom utredningen har haft att utreda såväl hur antalet överprövningar ska minskas som hur lagstiftningen kan förenklas. Utredningsdirektivet tycks utgå ifrån att en minskad regelmängd automatiskt skulle innebära just en efterfrågad förenkling.

Utredningens utgångspunkt är att ”ett regelverk som har färre och mindre detaljerade regler än det nuvarande” skulle vara ”lättare att ta till sig och tillämpa”¹, vilket är olyckligt eftersom ett sådant regelverk är direkt ägnat att öka antalet överprövningar.

Det finns gott om lagstiftning som innehåller få och allmänt hållna regler, såsom socialtjänstlagen (2001:453) eller lagen om anställningsskydd (1982:80). Gemensamt för denna typ av lagstiftningsteknik är dock att rättstillämpningen förskjuts till domstolarna, med den konsekvensen att nya rättsregler behöver utarbetas i praxis. En sådan upphandlingslagstiftning med färre och mindre detaljerade lagregler står därmed i direkt konflikt med utredningsdirektivets önskan om ett minskat antal överprövningar.

Ett tydligt exempel är betänkandets förslag om nya nationella principer för direktupphandlingar. Dessa principer föreslås ersätta de unionsrättsliga principer som i nuläget gäller för direktupphandlingar. För de unionsrättsliga principerna, som onekligen är få och mindre detaljerade, finns en mängd nationell och unionsrättslig praxis – som förtydligar och konkretiserar principerna i en praktisk kontext för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer. Dessa föreslås nu bytas ut mot nya nationella principer som det kommer krävas ny praxis för att ens veta på vilket sätt de skiljer sig från de unionsrättsliga principerna.

Utgångspunkten med färre och mindre detaljerade lagregler är således snarare ägnad att försvåra tillämpningen av regelverket, med ökat antal överprövningar som följd – detta eftersom enda sättet att veta vad som är tillåtet är att låta frågan prövas i domstol. Det kan även noteras att unionslagstiftaren i och med införandet av direktiv 2014/24/EU valt en diametralt motsatt lösning, i syfte att förenkla tillämpningen av reglerna har dessa nämligen gjorts mer utförliga och mer detaljerade.²

Konkurrenskommissionen delar betänkandets grundsats att det som är möjligt, tillåtet och tillgängligt i den direktivstyrda regleringen också ska vara detsamma i den svenska nationella regleringen. Konkurrenskommissionen menar dock att även det som är *förbjudet* ska införas i den svenska nationella regleringen. De skyldigheter och begränsningar för upphandlande myndigheter som återfinns i upphandlingsdirektiven har införts som ett resultat av en balansgång mellan effektiviteten i lagstiftningen och behovet av att skydda leverantörerna och den fria konkurrensen. Vidare tillkommer många skyldigheter som ett resultat av de allmänna principerna, såsom att en upphandlande myndighet ska kommunicera sina beslut och att en leverantör ska ges möjlighet att yttra sig före uteslutning.

I betänkandet anges i minst elva avseenden att en i den direktivstyrda regleringen förekommande skyldighet även gäller för den nationella regleringen, men att skyldigheten inte behöver skrivas in i lagen. En lagstiftning som bygger på att upphandlande myndigheter och leverantörer ska känna till förarbetsuttalanden eller praxis kan knappast vara en förenkling jämfört med att direkt utläsa ett krav ur lagtexten. Vidare kan uppstå förvirring i de fall ett agerande eller krav är uttryckligen förbjudet i den direktivstyrda regleringen men inte nämns i den nationella regleringen. Den som ska tillämpa lagstiftningen kan väldigt lätt, och felaktigt, komma till slutsatsen att agerandet eller kravet därmed är tillåtet vid tillämpning av den nationella regleringen. Oavsett om ett krav följer av de allmänna principerna, praxis eller annan lagstiftning så förordar Konkurrenskommissionen att dessa kraven skrivs in i lagtexten.

¹ Betänkandet, s. 165.

² Se bland annat preambeln till direktiv 2014/24/EU, punkterna 2 och 10.

Konkurrenskommissionen tillstyrker att dagens rättsmedel, såsom föreslås i betänkandet, behålls intakta. En stor del av efterlevnaden av regelverket bygger på att det finns effektiva rättsmedel för att förhindra och åtgärda felaktiga upphandlingar, det är därför av största vikt att nuvarande prövningsmöjligheter kvarstår.

Utredningen föreslår att såväl processkostnadsansvar som ansökningsavgift ska införas i överprövningsmål. Detta synes ligga i linje med utredningens direktiv som, trots att tidigare utredningar avstyrkt ovanstående, återigen begärt en utredning av frågan. Det är enligt Konkurrenskommissionens mening tveksamt om några större eller betydande förändringar skett som i sig föranleder denna nya utredning.

Utredningsdirektivets grundsyn är att antalet överprövningar måste minskas, bland annat utifrån den kraftiga ökning av antalet överprövningar som registrerades under 2016. Konkurrenskommissionen menar att utgångspunkten dels vilar på en bristande statistik analys,³ dels är baserad på en felaktig problemställning.

Den nu (vid årsskiftet 2018-19) tillgängliga statistiken visar på att antalet överprövningar återvänt till en normal nivå – och dessutom stadigt minskar. Vidare måste antalet överprövningar skiljas från antalet överprövade upphandlingar, där betänkandet belyser att nya domstolsrutiner och vissa mål med synnerligen många parter kan ha haft en oproportionerlig verkan på antalet registrerade mål.⁴

Det är vidare viktigt att framhålla att det inte är *antalet* överprövningar som utgör ett problem, utan de *effekter* en överprövning medför på den konkreta upphandlingen. Detta ligger även i linje med vad tidigare utredningar konstaterat. Konkurrenskommissionen avstyrker redan av detta skäl såväl införande av processkostnadsansvar som ansökningsavgift i överprövningsmål, eftersom detta syftar till att lösa en problemställning som i grunden är felformulerad.

Konkurrenskommissionen förordar istället att frågan utreds hur de negativa effekterna av en överprövning kan minskas. I detta ligger inte minst problemen med domstolarnas långa handläggningstider, olikartade handläggning och spretiga praxis. Inom ramen för detta bör även frågan om specialdomstolar alternativt tydligare processledning från förvaltningsdomstolarna utredas.

Nedan kommenteras vissa delar av förslaget närmare.

1. Dialog i offentlig upphandling

Konkurrenskommissionen delar synen att en löpande dialog mellan upphandlande myndighet och leverantörer ger bättre förutsättningar för en lyckad upphandling och minskar risken för missförstånd och överprövningar. Dialogen måste dock ske inom ramen för de allmänna principerna, och får inte användas på ett särbehandlande eller godtyckligt sätt. Risk för otillbörligt gynnande kan annars uppstå.

Konkurrenskommissionen förordar därför att dialogen likställs åt båda håll, det vill säga att leverantörerna ska ges möjlighet att rätta eller komplettera sitt anbud på samma sätt som upphandlande myndighet har möjlighet att begära en dylik rättelse eller komplettering. Upphandlande myndighet ska därvid vara skyldig att beakta även leverantörsinitierad dialog, så länge den håller sig inom ramarna för de allmänna principerna.

³ Bland annat genererade en och samma upphandling mellan 3-400 målnummer under 2016, se Kartläggning och analys om mål om överprövning - Rapport 2017:7, Upphandlingsmyndigheten, s. 37.

⁴ Se fotnot 3.

Den av Konkurrenskommissionen föreslagna ordningen skulle öka transparensen i förfarandet, och minska risken för onödiga uteslutningar eftersom det skulle öka möjligheten för leverantörer att undanröja mindre missförstånd. Detta är i sin tur ägnat att stärka förtroendet för upphandlingsprocessen och kan i längden medföra ökat antal anbud och färre överprövningar.

Konkurrenskommissionen ställer sig dock tveksam till om de allmänna principerna, särskilt principerna om likabehandling och öppenhet, verkligen tillåter komplettering av saknade bevis eller förtydligande av otillåtna reservationer på det sätt som anges i betänkandet. En upphandlande myndighet har stor frihet att välja bevis som krävs och när dessa ska lämnas in, men en leverantör måste kunna räkna med att den upphandlande myndigheten vidhåller ett beviskrav som ansetts så avgörande att beviset obligatoriskt ska ges in med anbudet. En annan ordning skulle innebära allt för stora möjligheter för den upphandlande myndigheten att skönsmässigt avgöra vilka anbud som ska tillåtas respektive uteslutas.

2. Annonsering av upphandling

En grundläggande förutsättning för att bibehålla en effektiv konkurrens och en allmän insyn i det allmännas användande av skattemedel är att upphandlingar offentliggörs och annonseras. Därför är det av största vikt att regleringen kring anbudsinfordran och annonsering är klar, tydlig och enkel att tillämpa – samt inte minst att det överhuvudtaget finns ett krav på att annonsera en anbudsinfordran i upphandlingen.

Mot denna bakgrund är betänkandets utformning av annonseringsplikten problematiskt, inte minst utifrån att unionsrätten har en separat reglering för annonsering av sociala och andra tjänster över tröskelvärdet. Dessa tjänster ska bland annat annonseras i TED, inklusive viss information som fastställts i direktivets bilagor.

I förslaget till utformning av 19 kap. 21 § återfinns överhuvudtaget ingen uppgift om att det skulle finnas särskilda formkrav på annonsen i en upphandling av sociala tjänster. Vid en jämförelse av formuleringen av 19 kap. 21 § och 19 kap. 6 § (som 21 § ska tillämpas istället för) framgår följande:

Annonsering

21 § Vid upphandling av en sådan tjänst som anges i bilaga 2 ska en upphandlande myndighet, i stället för vad som anges i 6 §, informera genom en anbudsinfordran om sin avsikt att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal. En anbudsinfordran ska göras genom en annons om upphandling eller en förhandannons.

Jämförd med

Annonsering

6 § En upphandlande myndighet ska genom en annons informera om sin avsikt att genomföra en upphandling.

Dessa två formuleringar kan synas vara närmast identiska, men skrivningarna innehåller två språkliga skillnader. Dels särskiljs en anbudsinfordran från en annons, dels särskiljs avsikt att tilldela kontrakt från avsikt att genomföra upphandling. Denna skrivning medför en stor skillnad i vad som krävs av upphandlade myndighet.

Formuleringen av 6 § innebär att den upphandlande myndigheten, i alla fall rent språkligt, endast är skyldig att annonsera att den har för avsikt att genomföra en upphandling. Detta är närmast att likställa med en frivillig förhandsinsyn, särskilt mot bakgrund av att även en direktupphandling är en upphandling. Formuleringen kan således tolkas så att upphandlande myndighet inte behöver infordra anbud (och istället kan direkttilldela kontraktet) så länge *avsikten att upphandla* annonserats.

Om 6 § läses *e contrario* mot 21 § framstår denna tolkning som minst sagt rimlig och att lagstiftaren inte ansett att någon anbudsinfordran behöver ske. Av övervägandena i betänkandet⁵ framgår dock att annonsen ska innehålla åtminstone åtta olika informationspunkter, inklusive kraven på eventuella anbud. Det framstår därmed som uppenbart att det de facto är en anbudsinfordran som krävs enligt 6 §.

Konkurrenskommissionen kan inte se någon praktisk nytta med den särskiljande begreppsbildningen i de två paragraferna. Konkurrenskommissionen önskar därför ett klargörande om någon skillnad i annonseringskravet ska finnas mellan de två paragraferna, och i detta fall vilken skillnad och varför. För det fall ingen särskild skillnad åsyftats förordar Konkurrenskommissionen att begreppet anbudsinfordran används konsekvent i båda paragraferna.

Det kan i detta avseende konstateras att betänkandets författningskommentar, måhända förståeligt på grund av utredningens korta tidsram, inte redovisar skälet till varför paragraferna formulerats på det aktuella sättet.

Gemensamt för båda paragraferna är att de inte informerar den upphandlande myndigheten om att det finns ett antal formkrav på annonsen. Det finns därför risk att upphandlande myndigheter inte känner till att det finns särskilda formkrav eller var dessa återfinns. Som framgår av övervägandena ska annonsen bland annat ange vad som ska upphandlas, var upphandlingsdokumenten kan hämtas, sista anbudsdag och anbudets giltighetstid.

Konkurrenskommissionen förordar att formkraven för annonsering förs direkt in i lagtexten, för att därigenom öka tydligheten för upphandlande myndighet som därmed slipper leta i parallella författningar. Alternativt förordas att det införs hänvisning till förordningen. Det bör uppmärksammas att tillämpningen av regelverket i första hand åvilar inköpsavdelningar och försäljningsavdelningar där juridisk expertis normalt saknas.

Eventuella felaktigheter i en annons får sällan direkta effekter för den upphandlande myndigheten i och med att en leverantör kan ha svårt att påvisa skada av felet, men brister i annonseringen kan medföra färre anbud om inte alla intresserade leverantörer får kännedom om upphandlingen. Det är därför viktigt att informationen i annonserna är korrekt. Ett större problem för en upphandlande myndighet är om annonsen publiceras på fel plats, till exempel i nationell databas istället för i TED, eftersom detta i slutändan riskerar leda till att avtalet ogiltigförklaras.

⁵ Betänkandet s. 290.

Mot denna bakgrund är det förvånande att betänkandet överhuvudtaget inte belyser de skillnader som finns avseende annonser av sociala tjänster och andra tjänster över tröskelvärdet. Bortsett från att annonsen ska publiceras i TED så ska den även innehålla information som specificeras i direktiv 2014/24/EU bilaga V del H – däribland angivande av CPV.

Som betänkandet framhåller fyller CPV en stor funktion även för de svenska nationella upphandlingarna, eftersom det är det primära sätt som står leverantörer till buds för att identifiera upphandlingar i vilka de kan vara intresserade av att lämna anbud. Betänkandets förslag att undanta CPV för upphandlingar under tröskelvärdet synes huvudsakligen baseras på att upphandlande myndigheter verkar anse det besvärligt att tillämpa CPV och att det ändå inte går att garantera att rätt CPV används. Konkurrenskommissionen ställer sig tveksam till denna motivering eftersom upphandlande myndigheter ändå är skyldiga att använda CPV vid direktivstyrda upphandlingar, kunskapen och erfarenheten måste således likväl finnas i organisationen. Avskaffandet av CPV för nationella upphandlingar riskerar dessutom att medföra färre anbud, minskad konkurrens och ytterligare tröskeleffekter. Konkurrenskommissionen förordar därför att kravet på användande av CPV vid upphandlingar kvarstår i nuvarande form.

Vidare ska i annonsen anges om ett kontrakt är reserverat enligt artikel 77 i direktiv 2014/24/EU. Betänkandet hänvisar i dessa delar till att det framgår av EU-kommissionens standardformulär att annonsen ska innehålla denna information, varför kravet inte behöver anges i lagen. Det är dock Konkurrenskommissionens erfarenhet att även obligatoriska uppgifter, som framgår av standardformuläret, allt som oftast saknas i annonserna.

Med tanke på att upphandlande myndighet ytterst riskerar att få avtalet ogiltigförklarat på grund av bristande annonsering, trots en i övrigt korrekt genomförd upphandling, förordar Konkurrenskommissionen att kraven skrivs in i lagtexten. Särskilt i förhållande till förslaget till 19 kap. 20§ där det synes enkelt att lägga till en skrivning om att villkor om reserverat kontrakt ska framgå av annonsen.

3. Direktupphandling

Det kan inledningsvis konstateras att Konkurrenskommissionen tillstyrker förslaget att skriva in direktupphandlingsgränsen och tröskelvärden med nominella belopp direkt i lagstiftningen. En uttrycklig lagregel är alltid att föredra framför flera parallella författningar. De mindre lagstiftningstekniska problem som kan uppstå med eftersläpning i förhållande till de av EU-kommissionen fastställda beloppen får anses överkomliga.

Förslaget till nya direktupphandlingsregler i betänkandet innebär dock grundläggande förändringar av hur upphandlingar under direktupphandlingsgränsen ska regleras i kombination med höjda direktupphandlingsgränser. Konkurrenskommissionen kan svårigen se att detta skulle medföra tillräckliga praktiska förenklingar i förhållande till det komplexa regelsystem som föreslås ersätta nuvarande ordning. Det kan ifrågasättas huruvida betänkandets förslag skulle innebära någon faktisk förenkling.

Dessutom har regleringen av direktupphandlingar nyligen behandlats i HFD 2018 ref.60. I och med Högsta förvaltningsdomstolens avgörande framgår det tydligt att dagens rättsläge innebär att de allmänna principerna gäller även för direktupphandlingar, men med begränsad relevans och faktisk innebörd i varje enskilt fall. Eftersom avgörandet meddelats efter utredningens överlämnande har detta inte kunnat beaktas i utredningen.

I betänkandet föreslås att de grundläggande unionsrättsliga principerna ska ersättas med en huvudprincip om att den upphandlande myndigheten ska ta tillvara konkurrensen i rimlig utsträckning och att direktupphandlingar ska genomföras på ett sakligt och opartiskt sätt. Betänkandet redogör dock överhuvudtaget inte för vilka skillnader som föreligger mellan de föreslagna principerna och de nuvarande EU-rättsliga principerna. Konkurrenskommissionen har svårt att se några betydande praktiska skillnader i de föreslagna principerna gentemot de EU-rättsliga principerna såsom Högsta förvaltningsdomstolens tolkning gett uttryck för i HFD 2018 ref. 60. Betänkandets förslag innebär helt nya rättsregler som ersätter tidigare praxis, varvid rättsläget återigen blir oklart och det skapas ett behov av ny praxis. Detta kan knappast vara en förenkling eller ligga i linje med utredningens direktiv om ett minskat antal mål.

Då avtal kan tecknas direkt kan det ifrågasättas huruvida de nya nationella principerna kommer att få någon praktisk effekt på direktupphandlingarna. En direktupphandling kan ju svårligen prövas i domstol eftersom principerna inte kan prövas efter att avtal tecknats.

En konsekvens av att de EU-rättsliga principerna avskaffas är dock att svensk nationell rätt måste ta hänsyn till det EU-rättsliga begreppet ”bestämt gränsöverskridande intresse” (BGI), som närmare beskrivs i betänkandet.

4. Bestämt gränsöverskridande intresse (BGI)

Med den nuvarande ordningen där de EU-rättsliga principerna gäller från första krona, men kraftigt begränsade enligt ovan noterade avgörande, slipper upphandlande myndighet fundera över om ett kontrakt kan ha ett bestämt gränsöverskridande intresse. Detta kommer att ändras om betänkandets förslag införs.

En bedömning av vad som är ett BGI är i bästa fall vanskelig och i sämsta fall en ren gissning. Betänkandet ger mycket liten ledning för hur en bedömning ska ske, och vilka parametrar som ska beaktas. Till exempel anges att ett senare inkommit klagomål från en aktör i en annan medlemsstat ska vara en indikator för BGI. Detta innebär således att riktigheten av en BGI-bedömning med säkerhet kan klarläggas först efter avtalets uppkomst. Detta medför i sig stor osäkerhet för den upphandlande myndigheten, som i värsta fall riskerar att få sitt avtal ogiltigförklarat. Konkurrenskommissionen ställer sig även tveksam till om det, som betänkandet anger, verkligen är så att BGI inte ska anses föreligga i fråga om leverantörer i andra medlemsstater som på något sätt är etablerade i Sverige, exempelvis genom dotterbolag eller filialkontor.

Med nuvarande reglering är de EU-rättsliga principerna alltid tillämpliga, varför det inte uppstår någon tröskeffekt. En följd av de nationella principerna är att upphandlande myndighet tvingas göra en BGI-bedömning.

Det är därför Konkurrenskommissionens bestämda uppfattning att förslaget skulle innebära en kraftig komplicering av rättsläget. Möjligheten till BGI blir dessutom större ju högre värdet på kontraktet är och ju närmre tröskelvärdet kontraktsvärdet är. Mot bakgrund av att vissa direktupphandlingsgränser föreslås höjas kommer denna bedömning därför behöva göras vid betydligt fler upphandlingar än vad som skulle vara fallet vid en bibehållen direktupphandlingsgräns.

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget om att införa nationella principer för direktupphandling, eftersom det i praktiken innebär att upphandlande myndigheter istället för att ställa sig frågan ”är detta förenligt med de EU-rättsliga principerna?” skulle vara tvingade att fråga sig ”är detta förenligt med de nationella principerna, och finns det ett BGI?”. En etablerad princip ersätts således med två nya, utvecklade principer. Eftersom BGI ytterst uttolkas av EU-domstolen är de upphandlande myndigheterna likväl bundna av EU-domstolens praxis, oavsett detta sker direkt via de EU-rättsliga principerna eller indirekt via BGI.

5. Sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Artikel 74 i upphandlingsdirektivet 2014/24/EU medger en så kallad ”light touch regime” varigenom medlemsstaterna ges möjlighet till en enklare reglering av sociala tjänster och andra särskilda tjänster (nedan gemensamt benämnda sociala tjänster) såsom sjukvård och utbildning. Det ska dock noteras att en betydande skillnad gentemot direktiv 2004/18/EG ligger i att dessa tjänster (som tidigare benämndes B-tjänster) numera omfattas av upphandlingsdirektivet – om än med en begränsad reglering avseende hur tilldelningsförfarandet ska gå till.

Detta innebär att de sociala tjänsterna över tröskelvärdet, som är högre än det ordinarie tröskelvärdet, omfattas av ett flertal krav i direktiv 2014/24/EU, såsom annonserings-skyldighet i EU:s databas TED. Betänkandets utformning av särregleringen för sociala tjänster över tröskelvärdet medför dock en osäkerhet om vad som faktiskt gäller.

Utifrån direktivets utformning finns det anledning anta att ytterligare delar av direktivet är tillämpliga även på sociala tjänster. Reglerna om ändring av kontrakt (artikel 72) anger till exempel ”*Kontrakt och ramavtal får ändras utan nytt upphandlingsförfarande enligt detta direktiv*” varför även kontrakt om sociala tjänster omfattas av artikeln. Konkurrenskommissionen hade önskat en djupare redovisning för vilka delar av direktiv 2014/24/EU, förutom artiklarna 74-77, som är tillämpliga på sociala tjänster. Det kan noteras att utredningen tycks ansluta sig till åsikten att flera delar av direktivet kan vara tillämpliga, eftersom betänkandets förslag om 19 kap. 23 och 24 §§ grundar sig på skyldigheter som återfinns i artikel 84 - d.v.s. utanför direktivets direkta reglering av sociala tjänster.

Den största föreslagna förändringen är dock den höjda direktupphandlingsgränsen för sociala tjänster. Denna motiveras med att utredningen vill ge upphandlande myndigheter stort handlingsutrymme och främja idéburna aktörer. I betänkande påstås också att förslaget innebär en rimlig balans mellan intresset av en flexibel reglering och konkurrensutsättning i tillräcklig omfattning.

Någon sådan balans mellan flexibilitet och konkurrensutsättning skapas dock inte genom förslaget. Även om de nationella principerna för direktupphandling skulle innebära krav på viss konkurrensutsättning så är detta helt osanktionerat. Eftersom en direktupphandling per definition möjliggör *direkttilldelning* (och direkt slutande) av kontrakt är det i princip omöjligt att överpröva en direktupphandling. Det enda kvarvarande rättsmedlet är då ogiltighet av avtal – vilket inte kommer kunna komma ifråga eftersom brott mot principerna i 19a kap. 3 § inte omnämns i grunderna för ogiltighet i 20 kap. 13 och 13a §.

Utifrån detta framstår påståendet om balansen som närmast vilseledande, och skiljer sig markant från de uttalanden som lagstiftaren gjort i prop. 2017/18:158 – där det istället framhålls att annonseringskrav är av betydelse för förtroendet för det allmänna, öppnar för konkurrens och medför en kontroll av förfarandets opartiskhet. Vidare framhåller nämnda proposition risken för att upphandlande myndighet vänder sig direkt till utvalda leverantörer och på så sätt i princip utestänger övriga leverantörer. Betänkandet tar överhuvudtaget inte i beaktande dessa synpunkter som lagstiftaren alldeles nyligen bedömt vara av så stor vikt att det uppväger behovet av ett flexibelt förfarande. Någon sådan avvägning, eller balans, följer således inte av den föreslagna regleringen.

Det ska även noteras att de så kallade välfärdstjänsterna i prop. 2017/18:158 separerats från övriga tjänster i bilaga XIV till direktivet – såsom hotell, catering och juristtjänster. Detta eftersom dessa tjänster inte är föremål för sådana särskilda hänsyn, såsom brukar- eller patientintresse, som de så kallade välfärdstjänsterna. Betänkandet gör ingen sådan distinktion och saknar helt motivering till varför upphandling av till exempel cateringtjänster behöver ha en högre direktupphandlingsgräns.

De i prop. 2017/18:158 föreslagna ändringarna trädde ikraft den 1 januari 2019. Effekten av dessa ändringar har således inte kunnat ses, varför det inte ännu är möjligt att avgöra om de föreslagna ändringarna kommer att behövas.

Mot bakgrund av att frågan behandlats av lagstiftaren så sent som i 2018, och utifrån helt andra avvägningar än vad som gjorts i betänkandet, avstyrker Konkurrenskommissionen förslaget att höja direktupphandlingsgränsen för sociala tjänster. För det fall att direktupphandlingsgränsen för tjänster med speciella hänsyn ändå anses behöva särskiljas från den ordinarie direktupphandlingsgränsen förordar Konkurrenskommissionen att detta i vart fall begränsas till de så kallade välfärdstjänsterna. I och med att dessa redan identifierats i förslaget till bilaga 2a kan direktupphandlingsgränsen med fördel hänvisa till tjänster som omfattas av bilagan.

6. Processkostnadsansvar i överprövningsmål

Som konstaterats ovan avstyrker Konkurrenskommissionen förslaget att införa ett processkostnadsansvar i överprövningsmål, dels för att det kan ifrågasättas om behovet av en minskning av antalet överprövningar verkligen överväger den inskränkning av leverantörernas möjlighet att ta tillvara sin rätt som förslaget innebär, dels för att de processuella särdragen hos överprövningsmålen medför att måltypen inte lämpar sig för ett processkostnadsansvar.

6.1 Grundläggande principiella invändningar mot förslaget om processkostnadsansvar

Förslaget skulle innebära en kraftig inskränkning i leverantörers möjlighet att tillvarata sin rätt i upphandlingar, särskilt för små- och microföretag. Potentiella leverantörer måste idag väga intresset för att leverera till en upphandlande myndighet mot den ekonomiska risk som ett icke antaget anbud medför i form av onyttigt nedlagt arbete och kostnader. Skulle förslaget om processkostnadsansvar genomföras utökas denna bedömning med risk för att behöva betala processkostnader. I dagsläget förfogar leverantören helt och hållet själv över vilka resurser denne lägger ned i ett anbud och en överprövning; med förslaget kommer denna kontroll att försvinna. Detta kan utgöra ett hinder mot att delta i en upphandling, och riskerar att ytterligare minska ett redan minskande antal anbud per upphandling. Särskilt finns risk att små- och microföretag i högre grad avstår från att lämna anbud.

För det fall en processkostnad överhuvudtaget skulle komma att minska antalet överprövningar kommer detta på ett oproportionerligt sätt drabba mindre företag, eftersom kostnaden för överprövningen i princip är oberoende av kontraktets värde. I en upphandling av ett kontrakt värt miljardbelopp är en kostnad på några hundra tusen kronor för en domstolsprocess marginell och kan närmast anses vara en del av kostnaden för att lämna anbud.

I en upphandling av ett kontrakt värt en miljon framstår det som företagsekonomiskt oförsvarbart att överpröva upphandlingen. Detta särskilt mot bakgrund av att även en framgång i målet kan innebära ett processkostnadsansvar – se utförligare resonemang nedan. Mindre företag anlitar mer sällan ombud, trots att ett ombud markant ökar chansen för framgång i målet.⁶ De står därmed redan i dagsläget i ett underläge i processen.

Mot bakgrund av att små- och microföretag står för 50 procent av alla kontrakterade anbud, men endast svarar för 18 procent av utbetalade kontraktsbeloppen⁷ är det uppenbart att ett förslag som är kraftigt ägnat att öka den potentiella kostnaden för anbudsgivning kommer att slå hårdast mot mindre företag. Detta eftersom förhållandet kontraktsvärde kontra potentiell anbudskostnad kraftigt förskjuts till leverantörens nackdel. Utifrån detta framstår betänkandets förslag närmast som småföretagarfientligt och direkt ägnat att minska antalet anbud i offentliga upphandlingar.

Denna inskränkning i småföretagares möjlighet att hävda sin rätt ska vägas mot de följder av förslaget som betänkandet redovisar. Bland annat anges att detta kan komma att medföra en längre handläggningstid i målen.⁸ Konkurrenskommissionen kan inte se något annat än att detta framstår som givet, eftersom det efter avslutad skriftväxling kommer krävas ytterligare skriftväxling enbart för att framställa, och ta ställning till, kostnadsräkningarna. Det kan efter att räkningarna lämnats in tillkomma ytterligare skriftväxling i sak, till exempel på grund av 3:e-partsinträde eller på grund av ett avbrytandebeslut av upphandlande myndighet. Vid detta förhållande kommer ytterligare en skriftväxling behövas bara för att återigen klargöra kostnadsfrågan. Detta är en problematik som vanligtvis inte uppstår i allmän domstol eftersom kostnadsräkningarna lämnas in först efter avslutad huvudförhandling.

⁶ Se Kartläggning och analys om mål om överprövning - Rapport 2017:7, Upphandlingsmyndigheten, s. 81.

⁷ Se Statistik om offentlig upphandling 2018 - Rapport 2018:2 Upphandlingsmyndigheten, s. 128.

⁸ Betänkandet s. 428.

Förslaget är således ägnat att medföra att processen kommer att ta längre tid, vilket enligt vad som redovisats ovan egentligen är det stora problemet med överprövningar. Betänkandet konstaterar även att antalet överklagade mål antagligen kommer att öka, eftersom det kommer att införas ytterligare ett processuellt tvisteföremål som kan överklagas separat.⁹

Vidare hänvisar betänkandet till att de komplicerade överväganden som förslaget medför i slutändan kommer att behöva avgöras av domstolarna.¹⁰ Detta innebär att processkostnadsansvaret i sig är processdrivande och riskerar att medföra fler mål. Dessutom anger betänkandet att det finns en möjlighet att leverantörer som i dagsläget avstår från att söka överprövning, på grund av de inte får betalt för sina processkostnader, kommer att begära överprövning eftersom de tror sig få tillbaka sina kostnader. Även detta är således en konsekvens av förslaget som kan medföra ett ökat antal mål.

Detta ska således ställas mot vad betänkandet anger om att processkostnadsansvaret ska minska antalet överprövningsmål, nämligen att

*”Utredningen konstaterar att ett processkostnadsansvar i och för sig kan minska benägenheten att använda överprövning som rättsmedel men att det är svårt att förutse vilka konsekvenser sådana regler kommer att få...”*¹¹

Utredningen bedömer likväl att en minskning av antalet mål kommer att ske med 15 %¹² om processkostnadsansvaret införs, men betänkandet innehåller överhuvudtaget inga grunder för detta antagande. Det framgår heller inte om utredningen beaktat det som ovan anges om att benägenheten att överpröva kan komma att öka till följd av förslaget. Det är enligt Konkurrenskommissionens mening högst tveksamt om antalet mål kommer minska på det sätt som antas.

Vidare anför betänkandet att förslaget kommer att medföra en kostnadsminskning för upphandlande myndigheter.¹³ Konkurrenskommissionen ställer sig kraftigt skeptisk till även detta antagande. På samma sätt som leverantörer i dagsläget helt och hållet kan styra själva över vilka kostnader de lägger ned i en process, styr upphandlande myndigheter över vilka kostnader de är beredda att ådra sig i samband med en överprövning. Det finns i teorin en möjlighet för leverantörer till kostnadstäckning redan idag via skadestånd, men denna utnyttjas enligt Konkurrenskommissionens erfarenhet i princip aldrig. Vid kontakt med Migrationsverket uppgavs att verket under hösten 2018 betalat ut sitt första processkostnadskadestånd någonsin, vilket avsåg 89 000 kronor för en överprövad upphandling av flyttjänster. Det är rimligt att anta att de flesta upphandlande myndigheter inte behöver ersätta processkostnader i dagsläget. Rätten till skadestånd för processkostnader har dessutom nyligen beskurits ytterligare av Högsta domstolen.¹⁴ Med utredningens förslag kommer kostnaden *alltid* att behöva ersättas vid en tappad process, vilket medför att upphandlande myndigheter helt förlorar kontrollen över vad en överprövning – och i förlängningen själva upphandlingen – kommer att kosta.

⁹ Betänkandet s. 428.

¹⁰ Betänkandet s. 435f

¹¹ Betänkandet s. 425

¹² Betänkandet s. 515

¹³ Betänkandet s. 518

¹⁴ Se HD:s dom i mål nr. T 1055-18 meddelad den 27 december 2018.

Om betänkandets övriga antaganden dessutom realiseras, att ombud kommer att användas i större grad av leverantörer och att målen i större grad kommer utgöras av mål där leverantören är säker på vinst, så bör detta medföra en ökad andel tappade mål för upphandlande myndigheter. Det är tveksamt om eventuella intäkter från vunna mål kommer uppväga en ökad andel tappade mål där processkostnadsansvar garanterat utgår.

För en upphandlande myndighet som idag inte behöver stå för något processkostnadsansvar, i och med att möjligheten till skadestånd nästintill aldrig utnyttjas, kan det bli mycket dyrt med en förlorad process mot ett flertal leverantörer. För mindre upphandlande myndigheter är det dessutom möjligt att processkostnadsansvaret för en process i flera instanser överstiger kontraktsvärdet, och således kan motsvara en stor del av budgeten för de aktuella varorna eller tjänsterna. Detta är enligt Konkurrenskommissionen kraftigt ägnat att minska utvecklingsmöjligheten och initiativkraften hos de upphandlande myndigheter som primärt upphandlar kontrakt av lägre värde. Det kommer knappast att vara motiverat att riskera att större delen av budgeten går till att betala processkostnader i det fall en upphandlande myndighet vill pröva en ny utvärderingsmodell eller kravställning. Dessutom kan situationen uppstå där en myndighet låter ekonomiska aspekter, snarare än rättsliga, avgöra huruvida ett tilldelningsbeslut ska rättas. Detta kan innebära att upphandlande myndighet rättar ett tilldelningsbeslut efter uppmaning från en stor leverantör för att denne inte vågar riskera processkostnaderna – på en mindre leverantörs bekostnad som i sin tur inte vågar riskera att behöva stå för både upphandlande myndighets och den stora leverantörens processkostnader och därmed inte kan försvara sig.

Ett av betänkandets huvudargument för att införa ett processkostnadsansvar är att det skulle återställa den processuella balansen mellan parterna i överprövningsmålen, eftersom det endast är leverantören som i dagsläget har en teoretisk möjlighet att få kostnadstäckning. Konkurrenskommissionen delar i detta sammanhang utredningens slutsats att leverantörens rätt till ersättning inte kan inskränkas.¹⁵ Den påstådda obalansen är dock enligt Konkurrenskommissionens erfarenhet endast av akademisk art, eftersom en försvinnande liten del av leverantörerna i dagsläget faktiskt begär ersättning för sina rättegångskostnader. Som belysande exempel kan återigen nämnas Migrationsverket – som exempelvis under 2016 fick över 40 % av sina upphandlingar överpröva – men trots detta hittills endast betalat ut processkostnader vid ett tillfälle.¹⁶ Rätten till skadestånd för rättegångskostnader har dessutom ytterligare beskurets, se Högsta domstolens dom i mål nr. T 1055-18 meddelad den 27 december 2018. Den nuvarande ordningen innebär således inte en sådan praktisk problematik som betänkandet synes mena.

6.2 Måltypen lämpar sig inte för ett processkostnadsansvar

Av ovanstående framstår det som klart att det finns ett antal tungt vägande principiella skäl som talar emot att införa ett processkostnadsansvar i överprövningsmål. Utöver detta anser Konkurrenskommissionen att de processuella särdragen hos överprövningsmålen medför att måltypen inte lämpar sig för processkostnadsansvar.

¹⁵ Betänkande s. 431, se även NJA 2015 s. 374.

¹⁶ Se Kartläggning och analys om mål om överprövning - Rapport 2017:7, Upphandlingsmyndigheten s. 33.

Ett tydligt exempel på detta är det faktum att parterna inte styr över processen i upphandlingsmål och de praktiska svårigheter som detta medför. Som betänkandet framhåller är ett av de primära syftena med processkostnadsansvaret i dispositiva tvistemål att förmå parterna att förlikas och därmed undvika process.¹⁷ I överprövningsmål finns det överhuvudtaget inga möjligheter att förlikas. Även om upphandlande myndighet medger talan så ska domstolen ändå pröva huruvida förutsättningarna för ingripande är uppfyllda.¹⁸ Detta innebär att upphandlande myndighet inte kan minska sitt processkostnadsansvar genom att medge talan, eftersom en klagande leverantör ändå måste föra en fullständig process.

Parterna förfogar inte heller över yrkandena i målet, eftersom det står domstolen fritt att välja mellan att besluta om en upphandling ska rättas eller göras om.¹⁹ Valet av åtgärd ska bland annat göras med ledning av huruvida andra (potentiella leverantörer som inte är part i målet) påverkats av felet. Domstolen ska därmed beakta övergripande omständigheter och det allmänna intresset vid val av åtgärd. Ett beslut om omgörelse kan mycket väl tänkas stå i direkt motsats till såväl leverantörens som upphandlande myndighets intresse av rättelse, medförande att myndigheten kan gå vidare med samma upphandling. En anbudsgivare torde primärt vara intresserad av att skydda sitt anbud och kan närmast se ett beslut om omgörelse som en förlust i målet. Trots detta har anbudsgivaren inte rätt att överklaga domen, eftersom den inte gått honom emot.²⁰

Den nu berörda problematiken kan synas vara processrättsliga nyanser som saknar direkt praktisk tillämpning. Problemet uppstår dock på grund av förslaget om processkostnadsansvar eftersom förslaget anger att förlorande part ska ersätta vinnande parts rättegångskostnader.

I ovanstående exempel är det långt ifrån tydligt vem som är vinnande respektive förlorande part.

Problematiken kan ytterligare exemplifieras genom följande. I förvaltningsrätten yrkar leverantören på rättelse, men domstolen beslutar att upphandlingen ska göras om. Leverantören har då inte fått direkt bifall till sitt yrkande, men kan inte överklaga domen eftersom den inte anses gå denne emot. Det får således ligga närmast till hands att anta att leverantören är vinnande part.

Problem uppstår dock i det fall domen överklagas av upphandlande myndighet som i första hand yrkar att förvaltningsrättens dom ska ändras så att begäran om överprövning avslås, i andra hand att domstolen ska besluta om rättelse. Om överinstansen då ändrar underinstansens dom och beslutar om rättelse så har ju den upphandlande myndigheten delvis vunnit framgång med sitt överklagande – men å andra sidan har leverantören (utan eget ingripande) faktiskt vunnit framgång med sitt yrkande i förvaltningsrätten.

Vem som i detta fall är vinnande respektive förlorande part framstår som oklart eftersom både leverantören och upphandlande myndigheten vunnit bifall till sina yrkanden.

¹⁷ Betänkandet, s. 428.

¹⁸ Se Kammarrätten i Jönköpings dom av den 4 juni 2013 i mål nr 3998-12. För en tidigare, delvis avvikande åsikt se samma domstols dom av den 5 juni 2012 i mål nr. 1693-12.

¹⁹ Se RÅ 2005 ref. 47 och RÅ 2008 not 26.

²⁰ Se HFD 2012 ref. 2.

Grunden till problematiken är att domstolen i sin bedömning ska beakta tredje mans intresse och detta är något som parterna helt och hållet saknar möjlighet att påverka. Utgången i målet, och därigenom fördelningen av processkostnaderna, ligger således i vissa delar utanför parternas kontroll.

Att parterna ska riskera processkostnadsansvar för en process de inte styr över framstår för Konkurrenskommissionen som stötande, och medför framför allt att processkostnadsansvaret i överprövningsmål blir ett helt annat rättsligt institut än motsvarande kostnadsansvar i dispositiva tvistemål.

Allra tydligast blir detta i de fall en leverantör begär ogiltighet av avtal. I dessa mål kan en leverantör helt vinna framgång med sin argumentation, men ändå anses förlora målet eftersom domstolen finner att avtalet ska få bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset. I målet kan dessutom en tredje part inträda i efterhand, eftersom den leverantör som riskerar att få sitt avtal ogiltigförklarat bör ges partsinträde i målet.²¹

I dylika mål kan följande situation uppstå. Klagande leverantör får fullt gehör för sina argument, men överprövningen av avtalets giltighet avslås på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset. Det har således överhuvudtaget inte funnits någonting i leverantörens makt som gör att denne kunnat vinna målet. Upphandlande myndighet får i sin tur bifall till yrkandet att ansökan ska avslås, men kan få samtliga sina sakargument underkända av domstolen. Mot myndighetens bestridande av överprövningen kan avtalet dock beslutas bestå, vilket upphandlande myndighet dessutom är förhindrad att överklaga.²² Upphandlande myndighets avtalspart har dessutom, utanför dess kontroll, blivit indragen som part i en process trots att den inte kan påstås ha gjort något fel. Denne tvingas nu försvara sitt avtal, och upphandlande myndighets påstådda felaktigheter, för att undvika att förlora målet och därigenom behöva betala rättegångskostnader.

En liknande situation uppstår om anbudsgivare A begär rättelse genom att anbud B utesluts. Detta bestrids av upphandlande myndighet, men domstolen för in anbudsgivare B som part i målet. Anbudsgivare B bestrider rättelse på grunden att anbudsgivare A också ska uteslutas. Domstolen finner att både A och B ska uteslutas, och förordar att upphandlingen ska göras om. Vem har vunnit målet?

Ovanstående situationer skulle normalt inte kunna uppstå i ett dispositivt tvistemål som kännetecknas av att parterna själva styr över processen, och utifrån dessa kan göra en cost-benefitbedömning av varje processuell åtgärd. Parterna riskerar heller aldrig att bli överkörda av domstol som behöver tillvarata det allmännas intresse på parternas bekostnad. Sådana bedömningar är dock vanligt förekommande i överprövningsmål och medför att det enligt Konkurrenskommissionens mening är direkt olämpligt med ett processkostnadsansvar i måltypen.

7. Ansökningsavgifter i överprövningsmål

Betänkandet föreslår en ansökningsavgift i överprövningsmål om 7.500 kronor, eftersom detta bedöms kunna minska antalet överprövningsmål. Till detta anförs ett antal argument som är värda att bemöta. Betänkandet anger att en ansökningsavgift är ett incitament att påpeka fel och brister direkt till den upphandlande myndigheten. Med tanke på att 97 procent av alla

²¹ Jmf. HFD 2011 ref. 29.

²² Se HFD 2017 ref. 45, för ett avvikande resonemang se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 3 december 2018 i mål nr. 3295-18 m. fl.

ansökningar om överprövningar sker efter tilldelningsbeslutet kan dock slutsatsen sättas ifråga.²³ I en sådan situation, där leverantören anser fel föreligga efter tilldelningsbeslut, har leverantören endast 10 dagar på sig att begära överprövning. Att felet under denna period ska hinna utredas av leverantören och kommuniceras den upphandlande myndigheten samt att denna ska svara och rätta felet innan avtalsspärren löpt ut får anses som en något pressad tidsplan. De situationer då dialog med upphandlande myndighet leder till tillfredsställande rättelse inom 10 dagar får nog anses som sällan förekommande. För att säkerställa att rättelse sker är således leverantören tvungen att ansöka om överprövning ändå. Utifrån denna aspekt torde en ansökningsavgift få högst marginell effekt.

Den, enligt betänkandet, *främsta* fördelen med en ansökningsavgift i överprövningsmål är att en leverantör får en extra anledning att tänka igenom sitt beslut att begära överprövning. Som exempel anges att leverantören mellan det att ansökan skett och att avgiften ska vara betald kanske är i kontakt med den upphandlande myndigheten, rättslig expertis eller Upphandlingsmyndigheten och därigenom kommer till insikt om att möjligheten till framgång i domstolen. Konkurrenskommissionen kan överhuvudtaget inte förstå detta argument. Det finns ingenting i dagsläget som hindrar leverantören från att, till exempel under tiden den första skriftväxlingen sker, söka exakt samma kontakter. Dessutom företräds 47 procent av leverantörerna i dagsläget av ombud²⁴, vilka får antas utgöra rättslig expertis. Dessa är dessutom en andel som enligt betänkandet får antas öka om förslaget genomförs. Argumentet kan således antas gälla mindre än hälften av alla omprövningsmål och förslaget medför inte i sig någon längre betänketid eller tid för kontakt jämfört med dagens läge.

Om utredningen är orolig för att leverantörer inte har tillräckligt med tid att söka råd innan de beslutar att begära överprövning kan detta på ett enkelt sätt lösas genom att lagens avtalsspärr förlängs i motsvarande mån som den föreslagna tiden för att betala ansökningsavgift.

Det kan även noteras att argumentet helt saknar effekt på *antalet* överprövningsmål. En ansökan om överprövning kommer alltid att generera ett mål i statistiken, även om avgiften inte betalas och målet avvisas.

De påstådda fördelarna ska vägas mot de nackdelar som framhålls i betänkandet, bland annat den principiella utgångspunkten att förvaltningsmål ska vara kostnadsfria för den enskilde. Därtill kommer att förslaget främst drabbar små- och microföretag. Vad som dock är mer anmärkningsvärt är att betänkandet redogör för, men inte beaktar, de invändningar som i tidigare utredningar framförts mot att införa ansökningsavgift – inte minst det faktum att en avgift inte kan antas leda till färre överprövningsmål och att den relativt höga bifallsfrekvensen också talar emot avgiftsbeläggning.

Dessa invändningar är fortfarande aktuella men har inte bemötts av utredningen. Mot bakgrund av de invändningar som kvarstår, men framför allt utifrån att förslaget inte kan antas minska antalet överprövningar, avstyrker Konkurrenskommissionen förslaget att införa ansökningsavgifter i överprövningsmål i sin helhet.

²³ Se Kartläggning och analys om mål om överprövning - Rapport 2017:7, Upphandlingsmyndigheten, s. 81.

²⁴ Se Kartläggning och analys om mål om överprövning - Rapport 2017:7, Upphandlingsmyndigheten s. 80.

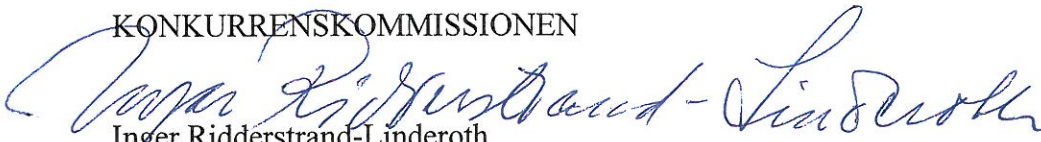
För det fall en ansökningsavgift ändå införs ser inte Konkurrenskommissionen några skäl till att avgiften ska skilja sig från vad som gäller i allmän domstol. Konkurrenskommissionen förordar därför i sådant fall att ansökningsavgiften bestäms till samma belopp som avgiften för ett ordinarie tvistemål. Det kan noteras att denna avgift gäller för mål i patent- och marknadsdomstolarna, vilka nästan uteslutande har rent kommersiella aktörer som parter.

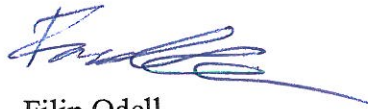
8. Överprövningsmålen bör flyttas till patent- och marknadsdomstolarna

Skulle förslagen i betänkandet genomföras innebär det att överprövningsmål i princip helt särskiljs från ordinarie förvaltningsbesvär, eftersom de kommer att utgå ifrån andra grundläggande förutsättningar och principer än övriga mål i förvaltningsdomstolarna. Processen kommer därför närmast att motsvara den i allmän domstol.

Vid detta förhållande tycks det naturligt att överprövningsmålen istället förs över till organisationen för de allmänna domstolarna, förslagsvis till Patent- och marknadsdomstolen. Som Per Carlson, hovrättslagman och ordförande i Patent- och marknadsöverdomstolen, konstaterat finns det en naturlig koppling mellan upphandlingsmålen och domstolens övriga måltyper.²⁵ En sådan ordning skulle även innebära att samtliga upphandlingsmål, det vill säga även skadeståndsmålen, skulle kunna koncentreras till en domstol. Detta skulle både minska antalet mål och ge processuella samordningsfördelar. Patent och -marknadsdomstol torde vidare redan idag ha fullgoda rutiner för att hantera ansökningsavgifter och rättegångskostnader, vilket skulle garantera en smidigare övergång till det nya regelverket.

KONKURRENSKOMMISSIONEN


Inger Ridderstrand-Linderöth
/ordförande/


Filip Odell
/föredragande/

²⁵ Se "Vad innebär de nya patent- och marknadsdomstolarna?" krönika av Christina Hansson publicerad på Karnov 2016-08-15, <https://pro.karnovgroup.se/document/2149584/1?page=2&rank=30>