

Diarienummer Fi2020/05179

Finansdepartementet  
Offentlig förvaltning  
103 33 Stockholm

# Remissvar

Utkast till lagrådsremiss  
En effektivare överprövning av offentliga  
upphandlingar

## Sammanfattning

### ***Tenders instämmer i utkastets bedömning avseende rubrik***

- Skyndsamt handläggande, se 2.1 nedan,
- Ett krav på tidsplan för målens avgörande, se 2.3 nedan,
- Domstolens ansvar för materiell processledning, se 2.4 nedan,
- Preklusionsfrist under anbudstiden, se 3.1 nedan,
- Ansökningsavgift, se 4.1 nedan,
- Ett ömsesidigt processkostnadsansvar, se 4.2 nedan,
- Förlängd avtalspär, se 5.1 nedan,
- Ingående av ett avtal bör förhindra överprövning, se 5.2 nedan,
- Temporär direktupphandling, se 5.3 nedan,
- Ersättning för rättegångskostnader, se 6.1 nedan,
- Frister om att ansöka om skadestånd bör anpassas till EU-rätten, se 6.2 nedan,
- Tidsgränser vid uteslutning av en leverantör, se 8 nedan.

### ***Tenders instämmer inte i utkastets bedömning avseende rubrik***

- En tidsfrist för målens avgörande, se 2.2 nedan,
- Tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet, se 5.4 nedan,
- Efterannonsering, se 7.1 nedan.

### ***Tenders anser att utkastets bedömning och förslag bör tydliggöras avseende***

- Preklusionsfrist i mål om offentlig upphandling, se 3.2 nedan.

## Innehåll

Sammanfattning.....	2
1. Generella synpunkter .....	4
2. Handläggningen i domstol.....	4
2.1 Skyndsamt handläggande .....	4
2.2 En tidsfrist för målens avgörande .....	5
2.3 Ett krav på tidsplan för målens avgörande.....	6
2.4 Domstolens ansvar för materiell processledning.....	6
3. Preklusionsregler .....	6
3.1 Preklusionsfrist under anbudstiden.....	6
3.2 Preklusionsfrist i mål om offentlig upphandling .....	7
4. Ansökningsavgift och processkostnadsansvar.....	8
4.1 Ansökningsavgift.....	8
4.2 Ett ömsesidigt processkostnadsansvar.....	8
5. Övriga frågor rörande överprövning.....	8
5.1 Förlängd avtalsspärr .....	8
5.2 Ingående av ett avtal bör förhindra överprövning.....	9
5.3 Temporär direktupphandling .....	9
5.4 Tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet.....	9
6. Skadestånd .....	9
6.1 Ersättning för rättegångskostnader .....	9
6.2 Frister om att ansöka om skadestånd bör anpassas till EU-rätten .....	9
7. Annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar.....	9
8. Tidsgränser vid uteslutning av en leverantör .....	10
9. Slutord.....	10

## 1. Generella synpunkter

Tenders Sverige AB (nedan "Tenders") har en generell positiv inställning till det utkast till lagrådsremiss som nu har presenterats, nedan endast "utkastet"<sup>1</sup>. Flertalet av de punkter som Tenders i tidigare remissvar har haft invändningar mot har strukits eller omarbetats till nu aktuellt utkast.

Trots flertalet ändringar så finns det skäl att fortfarande påminna om att en anbudsgivares rätt att överpröva bör värnas och skyddas. Det kan förvisso föreligga ett problem att det sker för många överprövningar eller att en överprövningsprocess är ineffektiv, men lösningen på sådana problem bör inte utgöra inskränkningar eller hindrande av anbudsgivarens rätt att överpröva. Att försvåra och fördyra en anbudsgivares möjligheter till överprövning medför en betydande risk för att flertalet upphandlingar kommer att vara mindre transparenta och mindre likabehandlande än tillåtet.

Lösningen på ineffektiva överprövningsprocesser måste enligt Tenders vara att effektivisera domstolarnas arbete snarare än att förhindra att en överprövning över huvud taget sker. En ineffektiv process som tar oproportionerligt lång tid är generellt till nackdel för samtliga inblandade parter, såväl för upphandlande myndighet/enhet som för anbudsgivare och antagen leverantör.

Det ska samtidigt anföras att förhållandet och lösningarna inte är ensidiga och enkla, de är snarare komplicerade och mångsidiga. Högst i prioriteringsordning måste dock vara att förkorta den tid som löper mellan det att ett mål är färdigkommunicerat mellan parterna och att en dom avkunnas. Genom att effektivisera och förkorta domstolsprocessen kommer leverantörer sällan tjäna på att överpröva upphandlingar av taktiska skäl, eftersom de positiva effekterna för leverantörerna av sådana överprövningar minskar. Genom att förkorta tiden för prövning i domstol kommer även flera andra problem att minska utan att ingripande åtgärder mot leverantörer eller upphandlande myndigheter/enheter måste vidtas.

## 2. Handläggningen i domstol

### 2.1 Skyndsamt handläggande

2.1.1 Tenders instämmer i utkastets bedömning om att ett lagstadgat skyndsamhetskrav ska införas för mål om överprövning. Tenders instämmer även i förslaget att ett lagstadgat skyndsamhetskrav ska införas för mål om utlämnande av kontrakt enligt upphandlingslagarna. Tenders instämmer inte i utkastets bedömning om att en tidsfrist inte bör införas.

2.1.2 En lagstadgad skyldighet är en förutsättning för att effektivisera överprövningsprocessen. Skyndsamheten måste avvägas mot domstolsprocessernas

---

<sup>1</sup> Utkast till Lagrådsremiss "En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar".



korrekthet och vikten av korrekta och rättssäkra domslut. För långa handläggningstider i domstol gynnar sällan någon part och kan även medföra en kringliggande problematik. En sådan problematisk följd är att arbetet med upphandlingen är inaktivt under en längre tid (från sista inskickade yttrande) att frågor som exempelvis anbudets giltighetstid inte hanteras i tid.

2.1.3 Det finns, utöver ett lagstadgat skyndsamhetskrav på domstolen från målets färdigkommunicerande till dom, skäl att överväga hur processen dessförinnan ska bli effektivare. Processen när målet är under kommunikering kan effektiviseras genom att exempelvis tydligare begränsa antal yttrande som var part får lämna, alternativt att domstolarna ger tydligare begränsningar om vad part får yttra sig över. En begränsning av yttranden skulle säkerligen begränsa tiden i flertalet mål, och en leverantörs vilja att överpröva en upphandling med det enda skälet att upphandlande myndighet fortsätter att avropa på det föregående avtalet skulle säkerligen vara ett mindre lönsamt agerande än vad som är fallet idag.

## **2.2 En tidsfrist för målens avgörande**

2.2.1 Tenders instämmer inte i utkastets bedömning och anser att en tidsfrist bör införas för målens avgörande. För att verkligen realisera skyndsamheten bör en tidsram införas, likt Överprövningsutredningens bedömning. Anledningen till att Tenders anser att en fastställd tidsfrist ska införas är att skyndsamhetskravet annars riskerar att bli verkslöst och inte ha någon positiv effekt. Överprövningsmål har i de flesta domstolar redan förtur, vilket kan tolkas som att de redan hanteras skyndsamt. Om inte kravet definieras i faktisk tid finns risk att domstolar anser sig uppfylla skyndsamhetskravet genom att endast ge överprövningsmål förtur, vilket inte innebär någon skillnad från idag.

2.2.2 Tenders anser att en tidsfrist bör avse tiden mellan det att ett mål är klart för avgörande till det faktiska avgörandet. Tidsramen bör dock, likt vad som anges i *Skälen för utkastets bedömning*, vara veckor snarare än månader och Tenders anser därav att tidsramen i stället för 90 dagar ska vara fem till sex veckor. Tidsramen borde vara tillräcklig för att komma till en korrekt och rättssäker dom i den absoluta majoriteten av mål som överprövas. För det fall målen är av komplicerad karaktär eller av större omfattning bör undantag kunna ske, men detta ska kommuniceras till parterna av domstolen. De långa tiderna för målens avgörande som idag föreligger är oförutsebar och i vissa fall oförklarliga. En tidsfrist hade skapat förutsebarhet för samtliga parter och det skulle sannolikt vara till stor fördel för upphandlande myndigheter och enheter. En upphandlande myndighet ska i utformningen av upphandlingen och vid val av publiceringstid ta hänsyn till en eventuell överprövning. Ett införande av en tidsfrist skulle innebära att upphandlande myndigheter och enheter med större precision skulle kunna planera och förutse följderna av en eventuell överprövning.

2.2.3 Tenders är av uppfattningen att en tidsram inte per definition leder till fler förhastade slutsatser eller att rättssäkerheten på något sätt äventyras. En tidsram leder snarare till en ökad rättssäkerhet eftersom det ökar förutsebarhet i processen. Tenders

anser att en kortare tidsram än tidigare föreslagen bör konsekvensutredas ytterligare och uppmanar till en jämförelse med andra EU-länder.

### **2.3 Ett krav på tidsplan för målens avgörande**

2.3.1 Tenders är av uppfattningen att ett krav på tidsplan inte är nödvändigt om ett lagstadgat skyndsamhetskrav och en tidsfrist införs. Under beskrivna omständigheter tillstyrker Tenders utkastets bedömning.

### **2.4 Domstolens ansvar för materiell processledning**

2.4.1 Tenders tillstyrker utkastets bedömning. Tenders är dock, som ovan beskrivet, positiv till att en begränsning av yttranden eller att förvaltningsdomstolarna begär riktade yttrandehänvisningar. De regelverk som idag existerar behöver inte förtydligas, de mål som Tenders argumenterar för kan uppnås på andra sätt än ett förtydligande i lagstiftning.

## **3. Preklusionsregler**

### **3.1 Preklusionsfrist under anbudstiden**

3.1.1 Tenders instämmer i utkastets bedömning att det inte bör införas en skyldighet att påtala fel eller brister under anbudstiden för att dessa ska kunna prövas i en överprövningsprocess. En preklusionsfrist under anbudstiden skulle enligt Tenders bedömning få tre huvudsakliga konsekvenser:

- Den första konsekvensen är att anbudsgivare med lägre kompetens om upphandlingslagstiftningen eller större ovana att delta i upphandlingar skulle riskera att inte ha samma chanser som en anbudsgivare med högre kompetens och större erfarenhet att klaga på uppenbart felaktiga upphandlingar. Det är möjligt att anbudsgivare som inte har någon vana av att lämna anbud inser först i efterhand, exempelvis vid samråd med en jurist, att utvärderingsmetoden inte är tillåten eller att ska-kraven i upphandlingen är oproportionerliga.
- Den andra konsekvensen är att preklusionsfristen inte skulle få någon effekt för överprövningsprocessen i vilken klagande part är en erfaren och kompetent anbudsgivare. En sådan anbudsgivare skulle vid en preklusionsfrist under anbudstiden ställa större svepande frågor för att inte riskera att preklusionen görs gällande. Exempelvis skulle frågor likt *"Motivera hur utvärderingsmodellen i upphandlingen är tillåten"* kunna ställas utan att anbudsgivaren nödvändigtvis anser att utvärderingsmodellen inte är tillåten. Det skulle dessutom ställas betydligt fler frågor i upphandlingar, med risk för att sista anbudsdag behöver flyttas fram och att upphandlaren måste svara på frågor som inte nödvändigtvis är aktuella. I en upphandling med rutinerade och kompetenta anbudsgivare finns det således en risk att konsekvensen av en preklusionsfrist under anbudstiden är en ineffektivare upphandling och en icke minskad risk för överprövning.

- Den tredje huvudsakliga konsekvensen är att anbudstiden för anbudsgivarna, det vill säga den tid som anbudsgivaren erhåller för att prestera ett konkurrenskraftigt anbud indirekt förkortas. Det kan vid upprättandet av ett anbud uppstå väsentliga frågor bl.a. om utvärderingen eller vilka ska-krav som ska verifieras i anbudet. Om en preklusionsfrist under anbudstiden införs innebär det indirekt att anbudsgivaren måste prestera ett anbud helst innan sista dag för påtalande. Tiden för att upprätta ett anbud minskar således från en redan relativ kort tidsperiod till en oskälig kort tidsperiod. Den förkortade tidsperioden innebär även betydligt högre krav på leverantören vad avser bevakning av upphandlingar. Om annonsen upptäcks först efter sista dag för påtalande har löpt ut kan det innebära att en leverantör inte har haft någon möjlighet att upptäcka och ifrågasätta uppenbara felaktigheter.

3.1.2 Det kan enligt Tenders mening inte vara överensstämmande med de grundläggande principerna för offentlig upphandling att införa bestämmelser om hur mindre och oerfarna leverantörer ges en än mindre chans att vinna upphandlingen, att indirekt förkorta anbudstiden samt att ge större och erfarna leverantörer en omotiverad fördel. Preklusionsfristen under anbudstiden bör därför, likt utkastets bedömning, inte införas.

## **3.2 Preklusionsfrist i mål om offentlig upphandling**

3.2.1 Tenders har en generellt positiv inställning till preklusionsfrist i överprövningsmål. För att få klarhet i vad som ska anses utgöra nya omständigheter anser Tenders att det tydligare bör redogöras för vad som är nya omständigheter.

Det är även av vikt att betona att överprövande leverantör alltid ska ha möjlighet att bemöta nya uppgifter som presenteras av motparten utan att detta ska anses vara nya omständigheter. Skillnad bör göras mellan omständighet som part rimligtvis kan ha kännedom om under preklusionsfristen och omständighet som part får kännedom om efter preklusionsfristen. Vid nya omständigheter såsom i det senare exemplet bör en ny frist startas.

Om det inte finns en klagjord avgränsning för vad en ny omständighet är och när en ny omständighet får åberopas finns risk att:

1. Processen blir onödigt lång till följd av att domstolen behöver tolka huruvida en omständighet är tillåten att åberopa eller inte.
2. Olika domstolar gör olika tolkningar, vilken negativt påverkar rättssäkerheten.
3. Den ansökande parten tar med långt fler omständigheter än nödvändigt för att "säkra upp", vilket leder till mer omfattande och tidskrävande mål.

Ett uttryckligt undantag bör även införas i mål som är beroende av en annan process, exempelvis en parallell process gällande överklagande av en myndighets beslut att inte lämna ut allmänna handlingar.



## 4. Ansökningsavgift och processkostnadsansvar

### 4.1 Ansökningsavgift

4.1.1 Tenders tillstyrker utkastets bedömning om att en ansökningsavgift i mål om överprövning inte bör införas. Införandet av en ansökningsavgift kommer att drabba små och mindre resursstarka leverantörer onödigt hårt. Ett införande av en ansökningsavgift skulle främst leda till att de mindre resursstarka företagen väljer att avstå från att ansöka om överprövning, vad gäller särskilt kontrakt med lågt kontraktsvärde. Det skulle till och med kunna leda till att mindre resursstarka leverantörer till och med avstår från att lämna anbud eftersom de vet att det är hög konkurrens och att de inte är villiga att betala för att ansöka om överprövning. Följderna av en ansökningsavgift skulle därmed även leda till att rättssäkerheten försämras.

En ansökningsavgift skulle, för att uppnå sitt syfte, dessutom behöva vara betydligt högre än förslaget på 7 500 kronor för att verkligen ge effekten att överprövningar av resursstarka anbudsgivare skulle minskas i antal. Ansökningsavgiften är således inte ett effektivt medel att åstadkomma verklig förändring, det är snarare en begränsning för mindre resursstarka leverantörer att vinna framgång på den offentliga marknaden.

### 4.2 Ett ömsesidigt processkostnadsansvar

4.2.1 Tenders tillstyrker utkastets bedömning att ett ömsesidigt processkostnadsansvar inte bör införas i mål om överprövning. Ett ömsesidigt processkostnadsansvar kommer att slå än hårdare mot mindre resursstarka leverantörer än vad en ansökningsavgift gör. Ett ömsesidigt processkostnadsansvar innebär att rädslan för att förlora en överprövning kommer att öka med ökade kostnader för juridisk konsultation för båda parter. Kostnaderna kommer således att öka för samtliga inblandade och det finns en allvarlig risk att förslaget skulle hämma innovativa upphandlingar och anbud samt bromsa den upphandlingsrättsliga utvecklingen.

Införande av ett ömsesidigt processkostnadsansvar skulle sannolikt medföra längre handläggningstider i domstol på grund av ökad juridisk konsultation till följd av riskerna att förlora ett mål. Förslaget går därför helt emot syftet att effektivisera överprövningsmålen.

## 5. Övriga frågor rörande överprövning

### 5.1 Förlängd avtalsspärr

5.1.1 Tenders tillstyrker utkastets bedömning att reglerna om förlängd avtalsspärr i upphandlingarna inte bör ändras. En automatisk förlängd avtalsspärr exempelvis vid prövning i Kammarrätten skulle förvisso gynnas av mindre juridiskt kunniga leverantörer, men risken finns att möjligheten nyttjas av erfarna leverantörer av taktiska skäl. Det finns enligt Tenders idag tillräckliga medel för att få till stånd en förlängd avtalsspärr.

## **5.2 Ingående av ett avtal bör förhindra överprövning**

5.2.1 Tenders tillstyrker utkastets bedömning och har inget att tillföra.

## **5.3 Temporär direktupphandling**

5.3.1 Tenders tillstyrker utkastets bedömning. Temporära direktupphandlingar bör betraktas som en illa tillämpad lösning på ett problem. Den verkliga lösningen på problemet bör vara att istället effektivisera domstolsprocesserna i mål om överprövning.

## **5.4 Tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet**

5.4.1 Tenders avstyrker utkastets förslag. Det finns få skäl att försvåra ansökan om överprövning av ett avtals giltighet vid icke-direktivstyrda upphandlingar. Den nya skyldigheten att efterannonsera även icke-direktivstyrda upphandlingar är inte tillräckliga skäl för att korta ner tiden för överprövning. Utkastets bedömning innebär att ett orimligt stort ansvar läggs på leverantörer att bevaka efterannonser för att kunna tillvarata sin rätt att överpröva inom 30 dagar. Det är inte rimligt att kräva en sådan bevakning av leverantörer som inte är tilldelade eller ens tillfrågade att delta i upphandlingen. Det finns skäl att skilja icke-direktivstyrda upphandlingar gentemot de direktivstyrda. De icke-direktivstyrda upphandlingarna är inte lika tillgängliga för leverantörer under anbudstiden och det är därför orimligt att försvåra för leverantörer genom att korta ner tidsfristen för överprövning av ett avtals giltighet. Det bör vara möjligt att överpröva ett avtals giltighet sex månader efter från det att avtalets slöts, trots skyldigheten att efterannonsera.

## **6. Skadestånd**

### **6.1 Ersättning för rättegångskostnader**

6.1.1 Tenders tillstyrker utkastets bedömning. En begränsning i lag kommer att innebära att verklig skada för leverantören inte till fullo kan ersättas. Det skadestånd som kan utgå i samband med en upphandlande myndighets eller enhets bristande agerande gentemot upphandlingslagarna måste anses övervägande reparerande snarare än förebyggande. Att begränsa en ersättning för skada som till sin typ kan vara omfattande i lag kan inte anses vara enligt ändamålet med skadeståndet. Det bör vara fritt för allmän domstol att utifrån givna omständigheter besluta om skadeståndets storlek.

### **6.2 Frister om att ansöka om skadestånd bör anpassas till EU-rätten**

6.2.1 Tenders tillstyrker utkastets bedömning och har inget att tillföra.

## **7. Annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar**

### **7.1 Efterannonsering**

7.1.1 Tenders avstyrker utkastets förslag att införa en beloppsgräns på 100 000 kronor för efterannonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar. Tenders tillstyrker utkastets

förslag att reglerna om efterannonsering ska gälla för samtliga upphandlingar av sådana välfärdstjänster som anges i bilaga 2 a till lagen om offentlig upphandling.

Tenders anser inte att det finns tillräckliga skäl att undanta upphandlingar under en viss beloppsgräns från efterannonsering. Syftet med den nya regleringen<sup>2</sup> att efterannonsera upphandlingar är att få fram bättre nationell upphandlingsstatistik. En enligt Tenders positiv följd av regleringen är även att det leder till ökad insyn.

Offentliga upphandlingar ska vara transparenta och ska på ett förhållandevis enkelt sätt kunna granskas av allmänheten för att säkerställa att tilldelning av avtal sker på affärsmässiga grunder. En ökad arbetsbörda att publicera en efterannons anser Tenders inte är tillräckliga skäl för att begränsa transparensen, försvåra möjligheten för granskning, försämra leverantörers rätt att överpröva och försämra upphandlingsstatistiken. Att efterannonsera upphandlingar under 100 000 kronor kan inte anses medföra en extraordinär arbetsbelastning, särskilt mot bakgrund av att efterannonsering ska ske av övriga offentliga upphandlingar och att det sker genom tillgängliga digitala databaser. Offentlig upphandling ska inte ske i det dolda utan det bör finnas en full transparens för att värna om skattemedlen och säkra sund konkurrens. Tenders anser därför inte att det finns skäl att införa en beloppsgräns för efterannonsering.

## 8. Tidsgränser vid uteslutning av en leverantör

8.1 Tenders tillstyrker utkastets bedömning och har inget att tillföra.

## 9. Slutord

9.1 Bakgrunden till utkastet förslag är Överprövningsutredningens och Förenklingsutredningens betänkanden. Utredningarnas förslag signalerade att regeringen, med ekonomiska medel, söker styra antalet överprövningar numerärt och korta ner handläggningstiden för överprövningsmål. Utkastets bedömning att inte införa processkostansansvar och avgift för att ansöka om överprövning är, enligt Tenders, rätt väg att gå. Det finns däremot andra sätt att komma till rätta med volymen överprövningar. Nedan ges förslag på andra åtgärder.

1. Utbilda upphandlare i än högre utsträckning för att minska risken att upphandlingsdokumenten i sig leder till överprövning

Kunskap är nyckelord för att åstadkomma en lyckad upphandling. Utan kunskap riskerar upphandlingen att bli ogenomtänkt. När, ur tidsaspekt, en upphandling annonseras är också en avgörande faktor för om konkurrenskraftiga anbud kommer att inkomma. Marknaden styrs av olika faktorer och val av tidpunkt för annonsering av upphandling kan

---

<sup>2</sup> Lag (2019:668) om upphandlingsstatistik.



vara avgörande för att rätt leverantörer ska lämna anbud. För att skapa än bättre upphandlingar behöver kompetens skapas och tillskjutas och upphandlande myndigheter och enheter behöver tillskjutas kapital för att kunna utbilda upphandlingsenheten ytterligare.

## 2. Mer resurser till domstolarna.

Domstolarna i Sverige är överbelastade vilket gör att antalet mål som ligger i avvaktan på avgörande ökar stadigt. Det ger i sig upphov till överprövningar av skäl exempelvis såsom att behålla leverans i avvaktan på dom. En lösning som eventuellt åtgärdar problemet kan vara att domstolarna tilldelas mer resurser så att rekrytering av fler kompetenta personer kan genomföras.

---

Linköping 2021-03-31

Tenders Sverige AB

Jonathan Sundberg, Upphandlingsjurist

Erica Ström, Upphandlingsjurist

Rebecca Holm, Upphandlingsjurist

Malin Grundström, Upphandlingsjurist

Björn Ledelius, VD

Dan Frödén, Ägare och Senior Advisor