

Yttrande avseende Överprövningsutredningens betänkande Överprövning av upphandlingsmål

Transportstyrelsen har anmodats att lämna synpunkter på förslagen i ovanstående betänkande.

Transportstyrelsens synpunkter

Transportstyrelsen delar utredningens slutsats att ett införande av ansökningsavgift eller ansvar för processkostnader inte bör införas, eftersom det skulle kunna leda till att även befogade ansökningar om överprövning minskade (s 77). Transportstyrelsen gör utifrån myndigheten egna mål om överprövning inte bedömningen att leverantörer i någon större utsträckning ”okynnesöverprövar”. Däremot beror många överprövningar, särskilt där ansökan avslås, på en bristande förståelse för upphandlingsprocessens förutsättningar, vilket eventuellt kan lösas genom en tydligare dialog mellan parterna.

Gällande förlängd avtalsspärr håller Transportstyrelsen med om att huvudregeln även fortsatt bör vara förlängd avtalsspärr (s 123). Det vore dock om möjligt önskvärt att ge vägledning om tillfällen när den lagliga möjligheten att upphäva avtalsspärren kan tillämpas, alternativt när domstolen bör ta upp ärendet till omedelbar prövning. Det bör även förtydligas att domstolen kan upphäva avtalsspärren i vissa delar, exempelvis när tilldelning av flera kontrakt sker oberoende av varandra i samma upphandling (”delad upphandling”).

Transportstyrelsen delar utredningens bedömning att en preklusionsfrist inte bör införas i sin helhet genom krav på ansökan om överprövning, utan istället kan hanteras genom en påtalandeskyldighet till den upphandlande myndigheten (s 141). Även vid denna mellanväg är det dock en stark invändning (s 142) att det först vid tilldelningsbeslut blir tydligt för en leverantör vad förfrågningsunderlaget och dess krav och villkor har betydelse.

för utvärderingen. Fristen blir därmed sannolikt endast aktuell avseende val av upphandlingsförfarande samt avseende proportionalitet på ställda krav, samt vid formella fel som exempelvis för kort anbudstid.

Transportstyrelsen upplever inte problem med att överprövning av myndighetens upphandlingar sker för att skapa möjlighet till affär i samband med direktupphandling (s 142). Det kan dock ändå finnas anledning att reglera att eventuell direktupphandling vid överprövning som huvudregel ska ske av den eller de leverantörer som tilldelats kontraktet, dvs. den/de som enligt den upphandlande myndigheten har lämnat bäst anbud. , Fördelen med en sådan hantering är att i de fall där ansökan om överprövning avslås (vilket är en större andel än de som beviljas) kan det direktupphandlade avtalet i många fall ”övergå i” upphandlingskontraktet. Detta förfarande skulle innebära en smidigare hantering än ett inledande kort direktavtal (oftast 3-6 månader), och ett senare tecknande av upphandlingskontraktet i sin helhet. Exempelvis minskas problematik med uppstartskostnader, som måste hanteras både i direktavtal och upphandlingskontrakt även om ansökan om överprövning avslås och tilldelningsbeslutet får bestå. Transportstyrelsen upplever en oklarhet i själva utformandet av leverantörens ”påtalande” (s 154 och s 156). Ska det tydligt framgå att en åsikt framförs i syfte att uppfylla påtalandeskyldigheten, eller kan det räcka att ställa en fråga? Går det exempelvis att ansöka om överprövning med anledning av oproportionerligt krav efter att i rätt tid ha ställt frågan ”varför måste kravet på lokal vara uppfyllt redan vid anbudets inlämnande”?

Det är även otydligt om fråga/påpekande av ovanstående slag, som publiceras av den upphandlande myndigheten innebär att påtalandeskyldigheten är uppfylld för samtliga leverantörer. Det skulle innebära en orimlig arbetsbörda för såväl leverantörer som upphandlande myndighet om samtliga leverantörer skulle upprepa samma fråga/påpekande även efter att det gjorts tillämpligt för alla i annonsen om upphandling.

Transportstyrelsen anser att tidsgränsen på ”innan halva tiden att inkomma med anbud eller ansökan” (vilket i praktiken bör innebära ca 15-20 dagar innan sista dag att lämna anbud/ansökan) är tveksam. Det bör inte vara ovanligt att leverantör väntar med att i detalj sätta sig in i ett anbudsunderlag, och även om det är önskvärt med framförhållning bör det innebära en onödig detaljstyrning av anbudsgivares arbetssätt.

Det är heller inte ovanligt att den upphandlande myndigheten lämnar kompletterande upplysningar och därmed förändrar anbudsunderlaget. Detta kan göras på eget initiativ, eller i form av svar på frågor och synpunkter från leverantörer och är enligt LOU möjligt, fram till 6 dagar innan sista dag att lämna anbud (s 155). Enligt utredningens förslag ska denna nya information

inte anses omfattas av regeln om halva tiden eftersom leverantören inte haft möjlighet att ta del av den innan den publicerats. Transportstyrelsen tror att det kan bli en svår hantering för domstolen, och därmed en krångligare handläggning av ärenden, att bedöma vilka kompletterande upplysningar som ger helt ny information och därmed skäl till senare påtalande respektive vilka som endast ska anses vara förtydligande av tidigare lämnad uppgift och därmed inte ge skäl till senare påtalande. Transportstyrelsen föreslår därför att påtalandeskyldigheten knyts till sista dag för kompletterande information, dvs. 6 dagar innan sista dag att lämna anbud eller ansökan.

Det framgår (s 155) att påtalandeskyldighet inträder innan ”halva tiden att lämna anbud” men i tvåstegsförfaranden **istället** när ”halva tiden för att lämna in anbudsansökan löper ut”. Transportstyrelsen anser att det är otydligt om detta innebär att det i tvåstegsförfaranden innebär att motsvarande begränsning inte finns under anbudstiden (steg 2). Om så är fallet vore det olyckligt, eftersom behovet av att i tid påkalla fel eller oklarheter är lika stort som i ett enstegsförfarande.

De undantagsmöjligheter som ges (s 156-157) utifrån ”borde ha fått kännedom”, ”borde ha förstått”, ”omöjligt eller orimligt svårt att förstå” osv. kan sannolikt ge upphov till svårigheter vid bedömning, vilket inledningsvis kommer att ställa höga krav på domstolarna innan en tydlig praxis har skapats. Transportstyrelsen ser även en viss risk för att tydlig praxis inte kommer skapas, eftersom bedömningen i upphandlingsmål i vissa hänseenden skiljer sig mycket åt mellan olika kammarrätter och prövningen av ärenden i Högsta förvaltningsdomstolen är relativt få. Denna problematik finns idag gällande exempelvis frågan om utvärdering av referenser. Transportstyrelsen vill därför starkt förordna den koncentration av handläggning av upphandlingsmål till ett fåtal förvaltningsrätter och en kammarrätt, som nämns i utredningen.

Exemplifiering av förutsättning för temporär direktupphandling (s 161) är positiv, men leder enligt Transportstyrelsen inte till någon större skillnad från nuvarande reglering. Liksom tidigare kommer ärenden om direktupphandling snarare att fokusera på nödvändigheten av tilldelningen samt om synnerlig brådskan verkligen föreligger.

Transportstyrelsen bedömer att en reglering av att upphandlingsmål ska handläggas skyndsamt är positiv (s 169), även om den redan bör täckas i dagens arbetsordning med förtursmål. En reglering av maximalt 90 dagar är dock tveksam, särskilt eftersom hälften av alla ärenden avgörs inom 1,7 månader den genomsnittliga handläggningstiden understiger 60 dagar. Transportstyrelsen förordar istället (eller i kombination med nuvarande

förslag) Danmarks lösning (s 176) som innebär att rätten inom 30 dagar ska pröva skälen för den förlängda avtalsspärren.

Beslut i detta ärende har fattats av Jacob Gramenius, GD-stab. I handläggningen av ärendet deltog Kristina Portugués, chef för inköpsenheten och Anna Englund, jurist på inköpsenheten, den senare föredragande.

Jacob Gramenius
Stabschef