

# Överprövning av upphandlingsmål m.m.

*Betänkande av Överprövningsutredningen*

*Stockholm 2015*



---

STATENS OFFENTLIGA  
UTREDNINGAR

---

**SOU 2015:12**

SOU och Ds kan köpas från Fritzes kundtjänst.  
Beställningsadress: Fritzes kundtjänst, 106 47 Stockholm  
Ordertelefon: 08-598 191 90  
E-post: [order.fritzes@nj.se](mailto:order.fritzes@nj.se)  
Webbplats: [fritzes.se](http://fritzes.se)

För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Fritzes Offentliga Publikationer på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.

*Svara på remiss – hur och varför.*

*Statsrådsberedningen, SB PM 2003:2 (reviderad 2009-05-02)*

En kort handledning för dem som ska svara på remiss. Häftet är gratis och kan laddas ner som pdf från eller beställas på [regeringen.se/remiss](http://regeringen.se/remiss).

Layout: Kommittéservice, Regeringskansliet.

Omslag: Elanders Sverige AB.

Tryck: Elanders Sverige AB, Stockholm 2015.

ISBN 978-91-38-24239-1

ISSN 0375-250X

# Till statsrådet Ardalan Shekarabi

Regeringen beslutade den 21 november 2013 att uppdra åt en särskild utredare att se över rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen. Den 1 januari 2014 förordnades f.d. kammarrättslagmannen Christer Sjödin som särskild utredare.

Den 3 februari 2014 förordnades som experter att biträda utredningen departementssekreteraren Charlotte Brunlid, ämnesrådet Åsa Edman, ämnessakkunnige Jonatan Wahlberg, rättsakkunnige Eva Zawiska-Önnertson, lagmannen Birgitta Holmgren, juristen Ulrica Dyrke, kammarrättsrådet Gunilla Ericsson, processrådet Daniel Johansson, avtalscontroller Martin Magnusson, affärsjuristen Pernilla Samuelsson, förbundsjuristen Magnus Ljung, juristen och enhetschefen Anna Ekberg samt juristen Olof Erixon. Den 3 mars 2014 förordnades professorn Torbjörn Andersson som expert att biträda utredningen. Åsa Edman entledigades fr.o.m. den 16 december 2014.

Kammarrättsassessorn Åse Nevhage har varit anställd som sekreterare fr.o.m. den 13 januari 2014.

Överprövningsutredningen överlämnar härmed betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12).

Utredningens uppdrag är därmed avslutat.

Sundsvall i mars 2015

Christer Sjödin

/Åse Nevhage



# Innehåll

<b>Sammanfattning</b> .....	<b>11</b>
<b>1 Författningsförslag</b> .....	<b>17</b>
1.1 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling .....	17
1.2 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.....	22
1.3 Förslag till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet .....	28
<b>2 Ärendet</b> .....	<b>33</b>
2.1 Utredningens uppdrag.....	33
2.2 Arbetets bedrivande.....	34
<b>3 Bakgrund</b> .....	<b>37</b>
<b>4 Gällande rätt</b> .....	<b>41</b>
4.1 Allmänt om bestämmelser på upphandlingsområdet .....	41
4.1.1 EU-rätten .....	41
4.1.2 De svenska upphandlingslagarna .....	43
4.2 Regler om rättsmedel på upphandlingsområdet .....	44
4.2.1 Rättsmedel i EU-rätten .....	44
4.2.2 Rättsmedel i de svenska upphandlingslagarna .....	53
4.3 Direktupphandling.....	67

4.4	Förfaranderegler för icke direktivstyrda upphandlingar.....	70
<b>5</b>	<b>Överväganden och förslag .....</b>	<b>73</b>
5.1	Inledning.....	73
5.1.1	Syftet med upphandlingslagstiftningen och dess rättsmedel .....	73
5.1.2	Disposition .....	75
5.1.3	Allmänt om förslagen .....	76
5.2	Minska antalet överprövningar .....	78
5.2.1	Uppdraget.....	78
5.2.2	Aktuell reglering i nationell lagstiftning.....	80
5.2.3	Europakonventionen.....	85
5.2.4	EU-fördraget och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.....	86
5.2.5	Rättsmedelsdirektiven och EU-domstolens praxis .....	87
5.2.6	Om upphandlingsmålens karaktär .....	88
5.3	Avgifter vid ansökan om överprövning.....	91
5.3.1	Tidigare förarbeten och utredningar.....	92
5.3.2	Andra EU- och EES-länders reglering.....	103
5.3.3	Avgifter i allmän domstol.....	105
5.3.4	Bör avgifter införas?.....	108
5.4	Ersättning för processkostnader.....	111
5.4.1	Tidigare förarbeten och utredningar.....	112
5.4.2	Andra EU- och EES-länders reglering.....	117
5.4.3	Bör processkostnadsansvar införas? .....	119
5.5	Minska negativa konsekvenser av överprövning .....	123
5.6	Den förlängda avtalsspärren.....	123
5.6.1	Uppdraget.....	123
5.6.2	Aktuell reglering i nationell lagstiftning.....	124
5.6.3	Tidigare förarbeten och utredningar.....	126
5.6.4	Rättsmedelsdirektiven och EU-domstolens praxis .....	128
5.6.5	Andra EU- och EES-länders reglering.....	129
5.6.6	I vilken omfattning bör den förlängda avtalsspärren gälla? .....	130

5.7	Pröva trots avtal .....	132
5.7.1	Uppdraget .....	132
5.7.2	Aktuell reglering i nationell lagstiftning .....	133
5.7.3	Tidigare förarbeten och utredningar .....	136
5.7.4	Rättsmedelsdirektiven och EU-domstolens praxis.....	137
5.7.5	Andra EU- och EES-länders reglering .....	138
5.7.6	Bör domstol kunna pröva en upphandling trots ingånget avtal?.....	140
5.8	Preklusionsfrist .....	141
5.8.1	Uppdraget .....	141
5.8.2	Aktuell reglering i nationell lagstiftning .....	143
5.8.3	Rättsmedelsdirektiven och EU-domstolens praxis.....	143
5.8.4	Andra EU- och EES-länders reglering .....	145
5.8.5	Uppfyller den svenska regleringen skyndsamhets- och effektivitetsmålen i rättsmedelsdirektiven?.....	146
5.8.6	Är det möjligt att införa en preklusionsfrist? .....	148
5.8.7	Uppnås målen i direktiven bättre genom Högsta förvaltningsdomstolens rättspraxis?.....	150
5.8.8	Uppnås målen i direktiven bättre genom en renodlad preklusionsfrist?.....	151
5.8.9	En alternativ lösning (mellanvägen) .....	154
5.8.10	Nya omständigheter i kammarrätt .....	158
5.9	Undantag för temporär direktupphandling.....	161
5.9.1	Uppdraget .....	162
5.9.2	Aktuell reglering i nationell lagstiftning och praxis.....	162
5.9.3	Tidigare utredningar .....	163
5.9.4	Rättsmedelsdirektiven och EU-domstolens praxis.....	164
5.9.5	Andra länder som tillåter temporära lösningar .....	165
5.9.6	Bör ett undantag för temporär upphandling införas? .....	166

5.10	Tidsfrist för förvaltningsrättens prövning och skyndsam handläggning.....	169
5.10.1	Aktuell reglering i nationell lagstiftning.....	169
5.10.2	Rättsmedelsdirektiven och EU-domstolens praxis .....	170
5.10.3	Tidigare utredningar.....	171
5.10.4	Andra länder som har tidsfrister för prövning i första instans.....	176
5.10.5	Bör en regel om tidsfrist för förvaltningsrätternas prövning samt skyndsam handläggning införas? .....	176
5.11	Frister för ansökan om upphandlingsskadeavgift samt för talan om skadestånd .....	183
5.11.1	Uppdraget.....	184
5.11.2	Aktuell reglering i nationell lagstiftning.....	185
5.11.3	Tidigare förarbeten och utredningar .....	186
5.11.4	Rättsmedelsdirektiven och EU-domstolens praxis .....	196
5.11.5	Andra EU- och EES-länders reglering.....	196
5.11.6	Bör fristerna förlängas?.....	197
<b>6</b>	<b>Ikraftträdande och övergångsbestämmelser .....</b>	<b>205</b>
<b>7</b>	<b>Konsekvensanalys.....</b>	<b>207</b>
7.1	Inledning .....	207
7.2	Processkostnader inte ersättningsgill skada.....	210
7.3	Påtalandeskyldighet/mellanvägen.....	210
7.4	Regel avseende nya omständigheter .....	213
7.5	Temporär direktupphandling – exemplifiering.....	213
7.6	Tidsfrist för förvaltningsrätternas prövning.....	214
7.7	Tidsfrist för att väcka talan om skadestånd .....	217
<b>8</b>	<b>Författningskommentar .....</b>	<b>219</b>
8.1	Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.....	219



- 8.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster..... 223
- 8.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ..... 228

**Särskilt yttrande ..... 233**

**Litteraturförteckning ..... 243**

**Bilagor**

- Bilaga 1 Kommittédirektiv 2013:105 ..... 249
- Bilaga 2 Kommittédirektiv 2014:63 ..... 261
- Bilaga 3 Kommittédirektiv 2014:154 ..... 263
- Bilaga 4 Enkätfrågor ..... 267



# Sammanfattning

Betänkandet innehåller författningsförslag som syftar till att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena. Förslagen påverkar i första hand dels företag som önskar delta i offentlig upphandling dels upphandlande myndigheter eller enheter men också allmänheten i form av skattebetalare och avnämare samt domstolar.

I kommittédirektiven nämns två olika strategier som utredningen bör undersöka i syfte att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena. Utredningen ska finna sätt att komma till rätta med de problem som orsakas, både samhällsekonomiskt och för berörda aktörer, av att upphandlingar stoppas när de begärs överprövade i domstol. Den ena strategin innebär att man försöker minska antalet ansökningar om överprövning genom antingen ansökningsavgifter eller processkostnadsansvar. Den andra strategin innebär att man vidtar åtgärder som minskar de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad. En given utgångspunkt för utredningen är att eventuella förändringar av regelverket inte får innebära att rättssäkerheten eftersätts.

## *Ansökningsavgift och processkostnadsansvar*

Den strategi som innebär att man försöker minska antalet ansökningar om överprövning genom antingen ansökningsavgifter eller processkostnadsansvar och därmed antalet stoppade upphandlingar har av utredningen inte ansetts vara en framkomlig väg. Utredningen har därför inte föreslagit att ansökningsavgifter eller processkostnadsansvar bör införas. I dag är det dock i vissa situationer möjligt för en leverantör att genom skadestånd få ersättning för sina processkostnader medan den upphandlande myndigheten/enheten aldrig kan få sina kostnader ersatta, vilket enligt utredningens mening skapar en obalans mellan parterna. Utredningen föreslår därför en

regel som innebär att kostnader för ombud, biträde, utredning eller annat (processkostnader) som en part skäligen har behövt för att ta till vara sin rätt i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada. Utredningens avsikt med den föreslagna regeln är att återställa balansen mellan parterna i upphandlingsmål.

Strategin som innebär att man vidtar åtgärder som minskar de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad har av utredningen ansetts vara en mera framkomlig väg.

### *Förlängd avtalsspärr*

Utredningen ska enligt direktiven överväga om den förlängda avtalsspärren bör avskaffas. Om systemet skulle avskaffas måste domstolen enligt utredningens mening i stället fatta ett interimistiskt beslut, där också i och för sig en skadebedömning måste göras. Med beaktande av att det enligt praxis råder stark presumtion för att meddela interimistiskt beslut att inte låta upphandlingen fortgå anser utredningen att ett återinförande av regler som innebär att förvaltningsrätten ska fatta interimistiskt beslut inte skulle innebära att problemet med stoppade upphandlingar skulle minska nämnvärt. I stället kommer det att skapa merarbete för förvaltningsrätterna. Utredningen föreslår därför att den förlängda avtalsspärren ska kvarstå i befintlig omfattning.

### *Pröva efter ogiltigförklaring eller efter avtal*

Utredningen anser inte att man skulle vinna något i effektivitetshänseende i upphandlingsprocessen om domstolen efter ogiltigförklaring sedan också skulle pröva upphandlingen. Utredningen bedömer att något behov inte heller finns av att vid en överprövningsprocess efter det att ett avtal har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör, vid sidan om möjligheten att ogiltigförklara avtalet, ge domstolarna möjlighet att förordna om att en upphandling ska göras om eller att ett beslut om upphandling ska upphävas.

*Preklusionsfrist m.m.*

Utredningen har också i uppdrag att överväga om det ska införas en preklusionsfrist innebärande att ansökan om överprövning som avser brister i det konkurrensuppsökande skedet måste göras inom en viss tid vid påföljd att frågan annars inte prövas. Utredningen har funnit att en renodlad sådan inte bör införas. Utredningen föreslår i stället en alternativ lösning, den s.k. mellanvägen. Förslaget innebär att det införs en påtalandeskyldighet (mellanväg) för leverantörer avseende fel och brister innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud i upphandlingen löpt ut. Genom den föreslagna regeln förstärks incitamenten till dialog mellan leverantörer och upphandlande myndigheter/enheter hellre än domstolsprocesser. Om dialog förs mellan parterna kan fel och brister uppdagas och rättas till i ett tidigare skede vilket skulle kunna leda till att behovet av att ansöka om överprövning minskar. Enligt utredningens mening borde upphandlingsmålen i domstol bli mer renodlade till följd av den s.k. mellanvägen vilket borde leda till en bättre och effektivare process.

Som utredningen ser det borde upphandlingsprocessen vidare bli effektivare om processen koncentreras till underrätt. Utredningen har därför föreslagit att en regel bör införas i upphandlingslagarna som innebär att en part i kammarrätten till stöd för sin talan får åberopa en omständighet eller bevis som inte lagts fram tidigare endast om parten gör sannolikt att omständigheten eller beviset inte har kunnat åberopas vid förvaltningsrätten eller att parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det.

*Tidsfrist och direktupphandling*

Utredningen föreslår att det ska införas en tidsfrist på 90 dagar för förvaltningsrätternas handläggning och att det också ska införas ett skyndsamhetskrav i författningstexten. Utredningen föreslår också att det i författningstexten exemplifieras att en upphandlande myndighet/enhet bör kunna förutse att en upphandling begärs överprövad och att överprövning sker i en instans. Överprövningar är en viktig del av rättssäkerheten vid upphandlingar. Samtidigt innebär en överprövning att hela upphandlingsprocessen stannar upp, eftersom varken leverantören eller myndigheten/enheten kan vara

säker på när och om kontraktet kan undertecknas. De flesta överprövningar avgörs relativt snabbt men 25 procent av överprövningarna tar längre tid än tre månader för förvaltningsrätterna att avgöra. I tre fjärdedelar av alla överprövningar slutar överprövningsprocessen när förvaltningsrätten har fattat sitt slutliga beslut. En fjärdedel av förvaltningsrättens avgörande överklagas till kammarrätt men det är dock enbart cirka fem procent av förvaltningsrättens avgörande som sakprövas i kammarrätt. I mindre än en procent av det totala antalet annonserade upphandlingar sker således en sakprövning i två instanser.

Systemet med upphandlingar inklusive överprövningssystemet handlar, som utredningen ser det, inte bara om att skydda den leverantör som anser sig förfördelad under något stadium i upphandlingsförfarandet utan också om att man ska kunna tillhandahålla varor och tjänster för allmänheten på ett bra sätt. Konsekvensen av ett system där överprövningar stoppar upp och fördröjer upphandlingar under en längre period drabbar ytterst allmänheten. En lång process kan exempelvis innebära att ett antal personer inte får den livsnödvändiga medicin de skulle behöva.

Med de föreslagna författningsändringarna avseende en tidsfrist för förvaltningsrätternas prövning samt exemplifieringen av vad upphandlande myndighet/enhet kunnat förutse vill utredningen göra upphandlingsprocessen mer förutsebar och i vissa fall göra överprövningstiden betydligt kortare än tidigare. Leverantörer och upphandlande myndigheter/enheter kan med de föreslagna ändringarna bättre planera sin verksamhet. Genom en bättre planering bör också möjligheterna till att göra en god affär förbättras.

Om en ansökan om överprövning avslås i förvaltningsrätten och därefter inte överklagas till högre instans bör kontrakt kunna slutas efter drygt tre månader. Om en ansökan om överprövning inte stannar vid förvaltningsrättens avgörande eller inte avgjorts inom den tidsfrist som anges för förvaltningsrättens prövning bör en upphandlande myndighet eller enhet kunna tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering under överprövningstiden och till dess att en ny upphandling kunnat genomföras om övriga förutsättningar för synnerliga brådska är uppfyllda. Att en upphandling begärs överprövad borde då inte få den konsekvensen att en enskild individ inte kan få sitt behov tillgodosett på grund av att en överprövning drar ut på tiden. Det blir också mer rättssäkert för

företag att ingå avtal med upphandlande myndighet eller enhet under överprövningstiden.

#### *Tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift*

Regeringen har tidigare ansett att den nuvarande tidsfristen för att ansöka om upphandlingsskadeavgift är väl avvägd. Enligt utredningens mening bör det därför komma fram skäl som medför att den bedömningen bör frångås. Konkurrensverket har pekat främst på att den korta tiden får till följd att Konkurrensverket sammanfattningsvis inte kan utreda och ansöka om påförande av avgift i alla de fall där det kan anses vara påkallat. I sin skrivelse har verket dock inte närmare redogjort för vilka alternativa möjligheter att lösa frågan verket har utrett. Det finns t.ex. inte något underlag som gör det möjligt att utreda om det problem som Konkurrensverket anser finnas skulle gå att åtgärda genom t.ex. omorganisation av verksamheten eller omfördelning av resurser. Utredningen anser mot bakgrund av det anförda att de argument som tidigare lagts fram emot en tvåårig tidsfrist väger tyngre än de skäl som Konkurrensverket framfört för en förlängning av tidsfristen. Utredningen föreslår därför ingen förändring av reglerna. Frågan bör i stället hanteras som en fråga om resursfördelning inom Konkurrensverket.

#### *Frist för väckande av talan om skadestånd*

Enligt utredningens mening har det inte kommit fram några skäl som leder till slutsatsen att fristen för att väcka talan om skadestånd bör förlängas. Utredningen föreslår därför inte att fristen för att väcka talan om skadestånd bör ändras. Däremot anser utredningen att den tidpunkt från vilken fristen för att väcka talan om skadestånd ska räknas borde ändras för att vara förenlig med unionsrätten.





# 1 Författningsförslag

## 1.1 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

*dels* att 4 kap. 5 §, 16 kap. 6, 20 och 21 §§ ska ha följande lydelse, *dels* att det i lagen ska införas en ny bestämmelse, 16 kap. 6 a § av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

#### 4 kap. 5 §<sup>1</sup>

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om

1. det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,

2. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller

3. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådskas, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av

---

<sup>1</sup> Senaste lydelse 2010:571.

den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

*Exempel på en omständighet enligt första stycket 3 som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten är att upphandlingen begärs överprövad och att överprövning sker i en instans.*

Om Europeiska kommissionen begär det, ska den upphandlande myndigheten i en rapport till kommissionen redovisa sådana ärenden där bestämmelserna i första stycket 1 har tillämpats av myndigheten.

## Överprövning av en upphandling

### 16 kap.

#### 6 §<sup>2</sup>

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

*Om en överträdelse enligt första stycket avser fel eller brist som finns innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud i upphandlingen har löpt ut, ska rätten besluta om ingripande endast om leverantören visat att anmärkning mot felet eller bristen gjorts hos den upphandlande myndigheten eller hos allmän förvaltningsdomstol i ett mål om överprövning. Anmärkning ska ske innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud har*

---

<sup>2</sup> Senaste lydelse 2011:1030.

*gått, dock får anmärkning alltid göras inom tio dagar från det att leverantören fick kännedom eller borde ha fått kännedom om felet eller bristen.*

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

*Mål om överprövning av upphandling ska handläggas skyndsamt.*

*Om inte synnerliga hinder finns ska förvaltningsrätten avgöra mål om överprövning av upphandling innan det att 90 dagar har gått från det att ansökan om överprövning kom in till rätten.*

#### 6 a §

*En part får i kammarrätten till stöd för sin talan åberopa en omständighet eller ett bevis som inte lagts fram tidigare endast om*

*1. parten gör sannolikt att omständigheten eller beviset inte kunnat åberopas vid förvaltningsrätten, eller*

*2. parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det.*

### Skadestånd

#### 20 §<sup>3</sup>

En upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i en offentlig upphandling

---

<sup>3</sup> Senaste lydelse 2010:571.

och som har haft kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet.

*Kostnader för ombud, biträde, utredning eller annat som en part skäligen har behövt för att ta till vara sin rätt i mål angående överprövning utgör inte ersättningsgill skada.*

#### 21 §<sup>4</sup>

Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

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 avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller från den tidpunkt då avtal har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.*

*För sådan upphandling som avses i 1 kap. 2 § andra stycket ska talan om skadestånd väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.*

---

<sup>4</sup> Senaste lydelse 2011:1030.

- 
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
  2. Äldre bestämmelser gäller, förutom 4 kap. 5 § andra stycket och 16 kap. 6 § fjärde stycket, för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

## 1.2 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster dels att 4 kap. 2 §, 16 kap. 6, 20 och 21 §§ ska ha följande lydelse, dels att det i lagen ska införas en ny bestämmelse, 16 kap. 6 a § av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### Tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering

#### 4 kap.

#### 2 §<sup>5</sup>

En upphandlande enhet får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om

1. det vid ett förfarande med föregående annonsering inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,

2. det gäller ett kontrakt som är avsett endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, och kontraktet inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader och under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har något sådant syfte,

3. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör,

4. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådskas, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering,

---

<sup>5</sup> Senaste lydelse 2011:1031.

5. det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören, om

A. varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och

B. ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande enheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll,

6. det gäller kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, och under förutsättning att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och om

A. de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande enheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller

B. de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att det ursprungliga kontraktet ska kunna fullgöras,

7. det gäller en ny byggtreprenad, som är en upprepning av tidigare byggtreprenader under förutsättning

A. att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande,

B. att arbetena tilldelas samma leverantör,

C. att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,

D. att värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap., och

E. att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas,

8. det gäller varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad,

9. kontraktet grundar sig på ett ramavtal som upphandlats enligt denna lag,

10. det är möjligt att anskaffa varor genom att utnyttja särskilt förmånliga erbjudanden som gäller under mycket kort tid, när priset ligger betydligt under det normala marknadspriset, eller

11. det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor genom att köpa i samband med att en leverantör upphört med sin

verksamhet eller trätt i likvidation eller försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande.

*Exempel på en omständighet enligt första stycket 4 som kunnat förutses av den upphandlande enheten är att upphandlingen begärs överprövad och att överprövning sker i en instans.*

## Överprövning av en upphandling

### 16 kap.

#### 6 §<sup>6</sup>

Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

*Om en överträdelse enligt första stycket avser fel eller brist som finns innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud i upphandlingen har löpt ut, ska rätten besluta om ingripande enligt första stycket endast om leverantören visat att anmärkning mot felet eller bristen gjorts hos den upphandlande enheten eller hos allmän förvaltningsdomstol i ett mål om överprövning. Anmärkning ska ske innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud har gått, dock får anmärkning alltid göras inom tio dagar från det att leverantören fick kännedom eller borde ha fått kännedom om felet eller bristen.*

---

<sup>6</sup> Senaste lydelse 2011:1031.



Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör.

*Mål om överprövning av upphandling ska handläggas skyndsamt.*

*Om inte synnerliga hinder finns ska förvaltningsrätten avgöra mål om överprövning av upphandling innan det att 90 dagar har gått från det att ansökan om överprövning kom in till rätten.*

#### 6 a §

*En part får i kammarrätten till stöd för sin talan åberopa en omständighet eller ett bevis som inte lagts fram tidigare endast om*

*1. parten gör sannolikt att omständigheten eller beviset inte kunnat åberopas vid förvaltningsrätten, eller*

*2. parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det.*

### Skadestånd

#### 20 §<sup>7</sup>

En upphandlande enhet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i en upphandling och som har haft kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet.

---

<sup>7</sup> Senaste lydelse 2010:572.

*Kostnader för ombud, biträde, utredning eller annat som en part skäligen har behövt för att ta till vara sin rätt utgör inte ersättningsgill skada.*

21 §<sup>8</sup>

Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

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* avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör *eller från den tidpunkt då avtal* har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

*För sådan upphandling som avses i 1 kap. 2 § andra stycket ska talan om skadestånd väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.*

---

<sup>8</sup> Senaste lydelse 2011:1031.

- 
1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.
  2. Äldre bestämmelser gäller, förutom 4 kap. 2 § andra stycket och 16 kap. 6 § fjärde stycket, för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

### 1.3 Förslag till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

*dels* att 4 kap. 4 §, 16 kap. 6, 20 och 21 §§ ska ha följande lydelse,  
*dels* att det i lagen ska införas en ny bestämmelse, 16 kap. 6 a § av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

#### Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

##### 4 kap.

##### 4 §

En upphandlande myndighet eller enhet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, varor och tjänster om

1. det vid ett selektivt förfarande, ett förhandlat förfarande med föregående annonsering eller en konkurrenspräglad dialog inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,

2. det som ska upphandlas av tekniska skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör,

3. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten eller enheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, eller

4. det till följd av en kris är omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett selektivt förfarande eller ett förhandlat förfarande med föregående annonsering.

*Exempel på en omständighet enligt första stycket 3 som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten eller enheten är att upphandlingen begärs överprövad*

*och att överprövning sker i en instans.*

Om Europeiska kommissionen begär det, ska den upphandlande myndigheten eller enheten i en rapport till kommissionen redovisa sådana ärenden där första stycket 1 har tillämpats av myndigheten eller enheten.

## Överprövning av en upphandling

### 16 kap.

#### 6 §

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

*Om en överträdelse enligt första stycket avser fel eller brist som finns innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud i upphandlingen har löpt ut, ska rätten besluta om ingripande enligt första stycket endast om leverantören visat att anmärkning mot felet eller bristen gjorts hos den upphandlande myndigheten eller enheten eller hos allmän förvaltningsdomstol i ett mål om överprövning. Anmärkning ska ske innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud har gått, dock får anmärkning alltid göras inom tio dagar från det att leverantören fick kännedom eller borde ha fått kännedom om felet eller bristen.*

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör.

*Mål om överprövning av upphandling ska handläggas skyndsamt.*

*Om inte synnerliga hinder finns ska förvaltningsrätten avgöra mål om överprövning av upphandling innan det att 90 dagar har gått från det att ansökan om överprövning kom in till rätten.*

#### 6 a §

*En part får i kammarrätten till stöd för sin talan åberopa en omständighet eller ett bevis som inte lagts fram tidigare endast om*

*1. parten gör sannolikt att omständigheten eller beviset inte kunnat åberopas vid förvaltningsrätten, eller*

*2. parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det.*

### Skadestånd

#### 20 §

En upphandlande myndighet eller enhet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i en upphandling och som har haft kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet.

*Kostnader för ombud, biträde, utredning eller annat som en part skäligen har behövt för att ta till vara sin rätt utgör inte ersättningsgill skada.*

## 21 §

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 enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

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* avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör eller *från den tidpunkt då avtal* har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

*För sådan upphandling som avses i 1 kap. 2 § andra stycket ska talan om skadestånd 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 enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.*

---

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2017.

2. Äldre bestämmelser gäller, förutom 4 kap. 4 § andra stycket och 16 kap. 6 § fjärde stycket, för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.





## 2 Ärendet

### 2.1 Utredningens uppdrag

Utredningens huvudsakliga uppdrag är att se över rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen, närmare utreda frågan om s.k. temporär direktupphandling samt utreda frågor om avgifter och processkostnader i upphandlingsmål. Utredningen ska även se över fristerna för att ansöka om upphandlingsskadeavgift samt för talan om skadestånd.

Utredningen ska bl.a. analysera bestämmelser om en s.k. preklusionsfrist i upphandlingslagarna, analysera i vilken omfattning den förlängda avtalsspärren ska gälla, om domstol ska kunna pröva en upphandling trots ingånget avtal och om och i så fall hur en skadelidande leverantör ska kunna kompenseras.

En given utgångspunkt är att eventuella förändringar av regelverket inte får innebära att rättssäkerheten eftersätts.

Syftet med utredningen är att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena genom att finna sätt att komma till rätta med de problem som orsakas, både samhällsekonomiskt och för berörda parter, av att upphandlingar stoppas när de begärs överprövade i domstol.

En utblick mot EU/EES-området, särskilt Norden, ska göras.

Utredaren ska genomföra uppdraget på ett utåtriktat sätt i kontakt med statliga myndigheter, kommuner, landsting, näringslivsorganisationer och andra berörda organisationer. Av tilläggsdirektiven framgår särskilt att utredningen ska samråda med Försvarets Materielverk.

Utredaren ska i relevanta delar beakta Upphandlingsutredningens förslag samt det arbete som pågår i Regeringskansliet.

Utredaren ska överväga vilka förslag som bäst tillgodoser syftet och utifrån de överväganden som görs lämna fullständiga författningsförslag. Utredaren är oförhindrad att ta upp andra frågor än

de som särskilt omnämns i uppdraget, förutsatt att de har samband med nämnda syfte och uppdraget i övrigt.

I den utsträckning betänkandet innehåller förslag till nya eller ändrade regler, ska förslagens kostnadsmissiga och andra konsekvenser anges och då motsvara de krav som gäller i fråga om konsekvensutredning vid regelgivning. Utredaren ska särskilt utreda vilka effekter förslagen får för små företag, inkluderande deras möjligheter att tillvarata sina rättigheter enligt EU:s regelverk. Om förslagen väntas leda till kostnadsökningar för det allmänna, ska utredaren föreslå hur de ska finansieras.

## 2.2 Arbetets bedrivande

Under utredningstiden har åtta sammanträden hållits med experterna. Utredningen har även samrått med Försvarets materielverk. Utredningen har också inhämtat information om hur andra relevanta europeiska stater har genomfört EU:s rättsmedelsdirektiv<sup>1</sup> avseende upphandling och deras erfarenheter av tillämpningen har beaktats när utredningen har övervägt om det svenska regelverket skulle kunna förändras. Utredningen har vidare deltagit i en konferens avseende upphandling tillsammans med representanter från de nordiska departementen.

Nationell domstolspraxis och de olika aktörernas erfarenheter har även beaktats. Listor med öppna upphandlingsmål äldre än tre månader har tagits in från förvaltningsrätterna. Utredningen har även deltagit i en nätverksträff som anordnades av Juridiknätverket för kammarrättsråd avseende offentlig upphandling, i Domstolsakademins upphandlingsdagar och i ett seminarium om offentlig upphandling inom läkemedelsområdet. En enkät har genom Företagarna och Almega skickats ut till leverantörer. Enkätfrågorna redovisas i bilaga 4. Genom Konkurrensverket har även en under-

---

<sup>1</sup> Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

sökning gjorts av hur frekvent leverantörer begär överprövning efter tilldelningsbeslutet avseende de inledande momenten.



## 3 Bakgrund

Den offentliga upphandlingen är både omfattande och mångfasetterad och omsätter årligen stora värden, uppskattningsvis någonstans mellan 550 och 600 miljarder kronor. Upphandlingen involverar ett stort antal leverantörer, upphandlade myndigheter och enheter. Dessa grupper är på intet sätt homogena. Såväl ideella organisationer utan vinstsyfte som riskkapitalbolag av olika storlek finns bland leverantörerna.<sup>1</sup> Offentlig upphandling är ett viktigt verktyg för att öka effektiviteten i de offentliga utgifterna. Upphandlingen kan också bidra till att uppnå gemensamma samhällliga mål såsom skydd för miljön samt främjande av innovation, sysselsättning och social integration. Den offentliga upphandlingen utgör en betydande del av BNP och har en direkt inverkan på den svenska ekonomin.

Upphandlingsregelverket är ett viktigt verktyg för att åstadkomma en effektiv och rättssäker offentlig upphandling och en välfungerande överprövningsprocess är ett nödvändigt inslag för att lagstiftningen ska få genomslag. Bestämmelserna om rättsmedel i upphandlingslagarna<sup>2</sup> genomför bestämmelserna om rättsmedel i rådets direktiv 89/665/EEG<sup>3</sup> och 92/13/EEG<sup>4</sup> som har ändrats

---

<sup>1</sup> SOU 2013:12 s. 71. Enligt Dagens Samhälles kartläggning ”Den offentliga marknaden 2011” köper offentlig sektor in varor och tjänster för sammanlagt 820 miljarder kronor varje år. Utifrån DoubleChecks leverantörsanalyser, som utförts under snart fem år, beräknas den uppgå till mer än 1 000 miljarder kronor och har ca 250 000 olika leverantörer vilka är de som säkerställer att det svenska samhället fungerar (se <http://www.doublecheck.se/2011-05-02-12-33-35/55-doublecheck-ar-med-och-grundar-nya-branschorganisationen-foreningen-sveriges-offentliga-leverantorer-fsol>, hämtad 2015-01-08).

<sup>2</sup> Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUF5).

<sup>3</sup> Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.

genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG<sup>5</sup> (ändringsdirektivet) samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG<sup>6</sup> (upphandling på försvars- och säkerhetsområdet).

Alltsedan tillkomsten av rättsmedel i upphandlingsregelverket, dvs. i samband med Sveriges anslutning till Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet (EES), har prövningen av upphandlingsmål varit föremål för diskussion. Debatten har tilltagit bl.a. till följd av att antalet upphandlingsmål – med undantag för år 2011 – ökat stadigt under flera år. Diskussionen har också handlat om domstolarnas handläggningstider. Ett överprövningsärende tog under 2013 i genomsnitt 2,3 månader för förvaltningsrätten att avgöra. Handläggningstidernas längd varierar dock mycket. Vid en jämförelse mellan upphandlingar under respektive över EU:s tröskelvärden var det under 2011 mer än dubbelt så vanligt med ansökningar om överprövning i det senare fallet. Vidare var anbudsgivare i vissa branscher, t.ex. transportbranschen, mer benägna än andra att ansöka om överprövning (källa: Konkurrensverket/Domstolsverket).

Under senare år har diskuterats olika problem som följer av att upphandlingarna regelmässigt stoppas under handläggningen i domstol. Stoppen leder till svårigheter att försörja offentliga verksamheter med varor och tjänster som den offentliga sektorn ofta är skyldig att tillhandahålla medborgarna eller som på ett eller annat sätt ingår i den offentliga servicen. När en upphandling blir överprövad och stoppad händer det att de upphandlande myndigheterna/enheterna tvingas genomföra en direktupphandling för att täcka behoven under den pågående överprövningen och den tid det tar att genomföra en eventuell ny upphandling. Sådana upphandlingar riskerar i sin tur att bli stoppade i en ny överprövning eller bli föremål för en talan om ogiltighet enligt upphandlingslagarna.

---

<sup>4</sup> Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

<sup>5</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

<sup>6</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 31 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG.

Upphandlingsutredningen konstaterade i sitt slutbetänkande att antalet överprövningar var en av de mest diskuterade frågorna i samband med utredningsarbetet (Goda affärer – en strategi för en hållbar tillväxt, SOU 2013:12). Överprövningarna ansågs vara en av de viktigaste orsakerna till att många upphandlande myndigheter och företag upplever att offentlig upphandling blivit mer som en juridisk process än en process som syftar till att åstadkomma goda affärer. Rädslan för att upphandlingen stoppas i en överprövning leder enligt utredningen till suboptimering, dvs. att upphandlingarna utformas på ett sådant sätt som inte gagnar utvecklingen av innovativa och hållbara varor och tjänster av god kvalitet.

Det får anses sannolikt att en del leverantörer kompenserar sig för den osäkerhet som en utdragen process medför. Upphandlingar som riskerar att dra ut på tiden kan därför föranleda höjningar av priset på de aktuella varorna eller tjänsterna. Vidare kan mindre företag ha svårt att stå vid sina anbud under längre stopp. Det riskerar i sin tur att inverka negativt på konkurrensen.

För att komma till rätta med de beskrivna problemen är två strategier tänkbara. Den ena innebär att vidta åtgärder som minskar de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad. Den andra innebär att försöka minska antalet överprövningar och därmed antalet stoppade upphandlingar.

Upphandlingsutredningen lämnade förslag med huvudsakligt syfte att minska de negativa effekterna av stoppade upphandlingar. Förslagen handlade bl.a. om att koncentrera upphandlingsmålen till ett fåtal förvaltningsrätter och en kammarrätt. Den frågan bereds för närvarande inom Regeringskansliet.

Såvitt framkommit är det inom den närmaste tiden inte aktuellt med någon översyn av rättsmedelsdirektiven på EU-nivå.





## 4 Gällande rätt

### 4.1 Allmänt om bestämmelser på upphandlingsområdet

#### 4.1.1 EU-rätten

EU:s bestämmelser om offentlig upphandling regleras i dag genom Europaparlamentets och rådets direktiv<sup>1</sup> 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet). Upphandlingar inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster regleras genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet).

Av Asplunds m.fl. bok om överprövning av upphandling framgår följande. Upphandlingsdirektiven reglerar hur upphandlande myndigheter och enheter ska gå tillväga när de tilldelar kontrakt med ekonomiska villkor till fristående organ. Reglerna kännetecknas av att alla upphandlingar normalt ska annonseras och att alla leverantörer ska ha rätt att lämna anbud eller att ansöka om att lämna anbud. Direktiven gäller bara för upphandlingar över vissa

---

<sup>1</sup> Nya direktiv är antagna i form av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner. EU-länderna har 24 månader på sig att skriva in reglerna i sina nationella lagar. Dessa nya regler ska öka kvalitén och ge mer valuta för pengarna när myndigheter köper eller hyr in byggnadsarbeten, varor eller tjänster. De ska också göra det lättare för små och medelstora företag att bjuda på kontrakt samt innebär strängare regler när man lägger ut jobb på entreprenad.

tröskelvärden. Värdena varierar beroende på vad upphandlingen avser och vem som ska genomföra upphandlingen. Direktiven gäller inte heller för alla typer av tjänster. Tjänstekategorierna har i bilaga till direktiven delats upp i så kallade A-tjänster respektive B-tjänster. A-tjänsterna omfattas av direktivens förfaranderegler medan B-tjänster är undantagna, utom såvitt avser reglerna om tekniska specifikationer och efterannonsering. Anledningen till att B-tjänster är undantagna från direktiven är att dessa bedöms vara av sådan lokal karaktär att de normalt inte är av intresse för gränsöverskridande handel. Bland B-tjänster återfinns bl.a. sjukvårdstjänster samt advokat- och revisionstjänster.<sup>2</sup>

Upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet regleras i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG. Syftet med direktivet är framför allt att skapa förutsättningar för upphandlingar av sådant material och sådana tjänster som är av så känslig natur att upphandling enligt Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet) och Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) inte lämpar sig.<sup>3</sup>

Det ovan nämnda direktivet följer i princip de tidigare upphandlingsdirektiven. Den stora skillnaden jämfört med dessa är att direktivet innehåller bestämmelser om informationssäkerhet, försörjningstrygghet och underentreprenad. Till skillnad från det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet innehåller direktivet även bestämmelser om rättsmedel. Dessa bestämmelser är i stor utsträckning desamma som bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller

---

<sup>2</sup> Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, s. 19 f.

<sup>3</sup> SOU 2010:13 s. 11.

effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (rättsmedelsdirektiven).<sup>4</sup>

## 4.1.2 De svenska upphandlingslagarna

### Bakgrund och historik

Av förarbetena om *offentlig upphandling* framgår följande. Regler för de statliga myndigheternas upphandling har funnits under hela 1900-talet. Gällande regler i början av 1900-talet avsåg att tillgodose den tidens krav på affärsmässighet och avsåg att garantera offentlighet och rättssäkerhet. Vidare angavs att en svensk vara i princip skulle få företräde framför utländsk. I 1952 års upphandlingskungörelse skärptes kravet på affärsmässighet. Detta högre krav innebar att preferensen för svensk vara bröts, bl.a. föreskrevs att sysselsättningssituationen inte fick inverka på myndigheternas beslut. Regeringen utfärdade 1973 ytterligare en upphandlingskungörelse som också skulle omfatta upphandling av tjänster. 1986 års upphandlingsförordning innebar i huvudsak en omredigering och modernisering av 1973 års kungörelse.<sup>5</sup>

Av förarbetena *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet* framgår följande. Den 1 januari 2008 ersattes ÅLOU, av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF. Genom LOU genomfördes Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet). Genom LUF genomfördes Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet). LOU reglerar förfarandena m.m. för offentlig upphandling som görs av myndigheter, kommuner, landsting samt bolag, föreningar, delägarförvaltningar, samfälligheter och stiftelser som tillgodoser ett behov i det allmännas intresse under förutsättning att behovet inte är av kommersiell eller

---

<sup>4</sup> SOU 2010:13 s. 11.

<sup>5</sup> Prop. 1992/93:88 s. 34.

industriell karaktär (offentligt styrda organ). LUF reglerar förfarandena m.m. för upphandling som görs av myndigheter och offentligt styrda organ men också av dels företag vilka en myndighet har ett bestämmande inflytande över (offentliga företag), dels privata företag som bedriver verksamheter med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt inom försörjningssektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster.<sup>6</sup>

Genom lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, förkortad LUF, genomfördes Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG. LUF innehåller bestämmelser som avser anskaffning av vapen, ammunition och krigsmaterial, men även viss känslig säkerhetsutrustning av icke-militär karaktär.

## 4.2 Regler om rättsmedel på upphandlingsområdet

### 4.2.1 Rättsmedel i EU-rätten<sup>7</sup>

#### Allmänt om rättsmedelsdirektiven

Det finns två rättsmedelsdirektiv som syftar till att säkerställa efterlevnaden av upphandlingsreglerna. Det första direktivet avser upphandling inom den klassiska sektorn – rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (första rättsmedelsdirektivet). Det andra avser upphandling inom försörjningssektorerna – rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport-

---

<sup>6</sup> Prop. 2009/10:180 s. 88

<sup>7</sup> Framställningen nedan avseende rättsmedelsdirektiven är hämtad från prop. 2009/10:180 s. 99 f. om inte annat framgår. Genom nämnda prop. genomfördes ändringsdirektivet i svensk rätt.

och telekommunikationssektorerna (andra rättsmedelsdirektivet).<sup>8</sup> De båda rättsmedelsdirektiven ändrades genom Europaparlamentets och rådets direktiv (2007/66/EG) om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet).

Av Asplunds m.fl. bok om överprövning av upphandling framgår följande. Ändringsdirektivet innebar inte att första och andra rättsmedelsdirektivet upphörde att gälla. I stället innebar ändringsdirektivet att det skedde ändringar och tillägg till båda rättsmedelsdirektivens bestämmelser. Ändringsdirektivet som sådant har förlorat sin verkan i och med att dess bestämmelser förts in i befintliga rättsmedelsdirektiv. När man hänvisar till bestämmelser som införts eller fått sin nuvarande lydelse i och med ändringsdirektivet, är det följaktligen artikelnumreringen i rättsmedelsdirektivets konsoliderade versioner som avses.<sup>9</sup>

Ändringsdirektivets beaktandesatser är alltså av intresse och dessa återfinns inte i de konsoliderade versionerna av rättsmedelsdirektiven varför utredningen senare i detta avsnitt samt i avsnitt 5 hänvisar till ändringsdirektivet.

Det övergripande syftet med ändringsdirektivet var att komma till rätta med två väsentliga problem. Det första problemet var att en upphandlande myndighet eller enhet skyndar sig att teckna ett upphandlingskontrakt, dvs. ingår avtal för att på så sätt stänga möjligheten till överprövning ("race to signature"). Genom ändringsdirektivet infördes bestämmelser som innebär att upphandlande myndigheter och enheter förbjuds att ingå avtal inom en viss tid efter det att underrättelse om tilldelningsbeslutet har skickats till berörda anbudssökande och anbudsgivare (avtalspär). Det andra problemet var att det saknades effektiva rättsmedel mot otillåtna direktupphandlingar av kontrakt, dvs. upphandlingar som sker utan vederbörlig annonsering. För att komma till rätta med detta infördes bestämmelser om ogiltighet av avtal som påföljd vid otillåten direktupphandling.

---

<sup>8</sup> I avdelning IV Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG finns regler som ska tillämpas vid prövning av upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

<sup>9</sup> Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, s. 23 f.

## Rättsmedelsdirektivens innehåll

### *Tillämpningsområde och tillgängliga prövningsförfaranden*

Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets respektive enhets beslut gällande avtal som omfattas av direktiv 2004/18/EG och direktiv 2004/17/EG kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt enligt villkoren i artiklarna 2–2f i detta direktiv, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.<sup>10</sup>

Medlemsstaterna får kräva att den berörda personen först ska lämna in en ansökan om prövning till den upphandlande myndigheten och enheten. I det fallet ska medlemsstaterna se till att inlämnandet av en sådan ansökan omedelbart medför att avtalet tills vidare inte får ingås. Den förlängda period under vilken avtal inte får ingås ska inte upphöra före utgången av en tidsfrist på minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att den upphandlande myndigheten sände ett svar, om telefax eller elektroniska medel används, eller om andra kommunikationsmedel används, före utgången av en tidsfrist på minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att den upphandlande myndigheten eller enheten sände ett svar, eller minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att ett svar erhöles.<sup>11</sup>

### *Krav på prövningsförfaranden*

Medlemsstaterna ska se till att de åtgärder som vidtas vad avser prövningsförfarandena i artikel 1 innehåller bestämmelser om befogenheter att

1. vid första möjliga tillfälle och genom interimistiskt förfarande vidta provisoriska åtgärder i syfte att korrigera den påstådda överträdelsen eller förhindra att de berörda intressena skadas ytterligare, inbegripet åtgärder för att skjuta upp eller garantera uppskovet av förfarandet för tilldelning av ett offentligt kon-

<sup>10</sup> Artikel 1.1 tredje stycket första och andra rättsmedelsdirektiven (konsoliderade versioner).

<sup>11</sup> Artikel 1.5 första och andra rättsmedelsdirektiven.

trakt eller av genomförandet av ett beslut som fattas av den upphandlande myndigheten,

2. antingen åsidosättande eller garantera åsidosättande av beslut som fattats på olagligt sätt, inbegripet undanröjande av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbudsinfordran, kontraktshandlingarna eller något annat dokument som avser tilldelningsförfarandet,
3. bevilja skadestånd till personer som skadats av en överträdelse.<sup>12</sup>

Medlemsstaterna ska se till att bestämmelserna om prövning enligt artikel 1 ger prövningsorganet behörighet att handla antingen enligt a och b eller enligt c och i bägge fallen enligt d:

- a. Att så tidigt som möjligt vidta interimistiska åtgärder i syfte att åstadkomma rättelse av påstådda överträdelser eller förhindra ytterligare skada för berörda intressen, däribland åtgärder för att avbryta upphandlingen eller förhindra verkställigheten av upphandlaren beslut.
- b. Att undanröja eller låta undanröja ett beslut som tagits utan stöd i lag, och därvid bland annat undanröja diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i meddelanden om ett särskilt system för urval av leverantörer, inbjudan att avge anbud, kontraktshandlingar eller annat dokument som har samband med upphandlingen.
- c. Att så tidigt som möjligt och, om det är nödvändigt, efter egna beslut i sak själv vidta andra åtgärder än de som anges ovan under a och b för att rätta konstaterad överträdelse, förebygga att berörda intressen lider skada eller, där inte rättelse kunnat ske eller överträdelse förebyggas, besluta om föreläggande att betala en viss summa till berörda intressen. Medlemsstaterna får välja ett av dessa alternativ att gälla för alla upphandlare eller för upphandlarkategorier som definierats enligt objektiva kriterier, så länge de åtgärder som syftar till att förebygga skada för berörda intressen blir verkningsfulla.

---

<sup>12</sup> Artikel 2.1 första rättsmedelsdirektivet.

- d. Att tillerkänna skadestånd till dem som lidit skada av en överträdelse. När skadestånd begärs därför att ett beslut är lagstridigt, får medlemsstaterna när deras rättsordning det kräver och de har organ med tillräckliga rättsmedel för ändamålet föreskriva att det klandrade beslutet först undanröjs eller förklaras ogiltigt<sup>13, 14</sup>.

När ett organ i första instans, som är oberoende av den upphandlande myndigheten eller enheten, ska pröva ett beslut om tilldelning av kontrakt, ska medlemsstaterna se till att den upphandlande myndigheten respektive enheten inte kan ingå avtalet innan prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökan om provisoriska åtgärder eller om prövning. Uppskovet ska inte upphöra före utgången av den period under vilken avtal inte får ingås som avses i artiklarna 2a.2, 2d.4 och 2d.5.<sup>15</sup>

Utom i de fall som avses i artikel 2.3 och i artikel 1.5 ska prövningsförfarandena inte nödvändigtvis medföra att de upphandlingar som berörs av prövningen automatiskt skjuts upp.<sup>16</sup>

Medlemsstaterna får föreskriva att det behöriga prövningsorganet får ta hänsyn till de sannolika följderna av provisoriska åtgärder för alla berörda intressen som kan skadas, inklusive allmänintresset, och får besluta att inte vidta sådana åtgärder om de negativa följderna kan väga tyngre än fördelarna. Ett beslut att inte bevilja provisoriska åtgärder ska inte påverka andra yrkanden från den person som begärt åtgärderna.<sup>17</sup>

Utom i de fall som avses i artiklarna 2d–2f ska verkan av att de befogenheter har utövats som avses i punkt 1 i den här artikeln på ett avtal som ingås till följd av tilldelningen av det regleras i nationell lagstiftning. Vidare får medlemsstaterna, utom i de fall där ett beslut ska åsidosättas innan skadestånd beviljas, föreskriva att efter det att ett avtal ingåtts i enlighet med artikel 1.5, punkt 3 i den här artikeln eller artiklarna 2a–2f ska prövningsorganets befogenheter vara begränsade till beslut om skadestånd till den som lidit skada av överträdelsen.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> Andra meningen motsvarar artikel 2.6 första rättsmedelsdirektivet.

<sup>14</sup> Artikel 2.1 andra rättsmedelsdirektivet.

<sup>15</sup> Artikel 2.3 första och andra rättsmedelsdirektiven.

<sup>16</sup> Artikel 2.4 första rättsmedelsdirektivet och artikel 2.3a andra rättsmedelsdirektivet.

<sup>17</sup> Artikel 2.5 första rättsmedelsdirektivet och 2.4 andra rättsmedelsdirektivet.

<sup>18</sup> Artikel 2.7 första rättsmedelsdirektivet och artikel 2.6 andra rättsmedelsdirektivet.



Har någon begärt skadestånd som svarar mot kostnaderna för att förbereda anbud eller delta i ett upphandlingsförfarande, ska denne för att få sina kostnader täckta behöva visa endast att en överträdelse skett av gemenskapsregler, att han haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet.<sup>19</sup>

### *Period under vilken avtal inte får ingås*

Avtal enligt beslut om tilldelning av ett kontrakt som omfattas av direktiv 2004/18/EG respektive direktiv 2004/17/EG får inte ingås före utgången av en tidsfrist på minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena, om telefax eller elektroniska medel används eller, om andra kommunikationsmedel används, före utgången av antingen en tidsfrist på minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena, eller minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet har erhållits.<sup>20</sup>

Om en ansökan om prövning lämnas in strax innan den minimiperiod under vilken avtal inte får ingås löper ut, bör detta inte få till följd att det behöriga prövningsorganet berövas den tid som är nödvändig för att agera, särskilt för att förlänga den period under vilken avtal inte får ingås. Därför är det nödvändigt att det fastställs en oberoende minimiperiod som inte bör löpa ut förrän prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökningen. Detta bör inte hindra prövningsorganet från att göra en förhandsbedömning av om prövningen som sådan kan tas upp. Medlemsstaterna får föreskriva att denna period ska löpa ut antingen när prövningsorganet fattat ett beslut om ansökningen om provisoriska åtgärder, inbegripet ytterligare förlängning av perioden under vilken avtal inte får ingås, eller när prövningsorganet har fattat ett beslut i sak, särskilt avseende en ansökan om åsidosättande av ett olagligt beslut.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Artikel 2.7 första rättsmedelsdirektivet.

<sup>20</sup> Artikel 2a.2 första och andra rättsmedelsdirektiven.

<sup>21</sup> Beaktandesats 12 ändringsdirektivet.

*Tidsfrister för ansökan om överprövning*

När medlemsstaterna föreskriver att en ansökan om prövning av ett beslut av en upphandlande myndighet eller enhet, som fattats inom eller med anknytning till ett upphandlingsförfarande som omfattas av direktiv 2004/18/EG respektive direktiv 2004/17/EG, ska lämnas inom en viss tidsfrist, ska denna tidsfrist vara minst 10 kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då den upphandlande myndigheten eller enhetens beslut översändes till anbudsgivaren eller anbudssökanden, om telefax eller elektroniska medel används, eller, om andra kommunikationsmedel används, antingen minst 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter den dag då den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut översändes till anbudsgivaren eller anbudssökanden eller minst 10 kalenderdagar från och med dagen efter den dag då den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut erhöles. Meddelandet till varje anbudsgivare eller anbudssökande om beslutet ska åtföljas av en kortfattad redogörelse för skälen till beslutet. När det gäller en ansökan om prövning av beslut som avses i artikel 2.1b i det här direktivet, som inte är föremål för ett särskilt meddelande, ska tidsfristen vara minst 10 kalenderdagar räknat från och med den dag det berörda beslutet offentliggörs.<sup>22</sup>

*Ogiltighet*

Medlemsstaterna ska se till att ett prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten eller enheten förklarar ett avtal ogiltigt eller att ogiltigheten beror på ett beslut från ett sådant prövningsorgan,

- a) om den upphandlande myndigheten eller enheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående offentliggörande av ett meddelande om offentlig upphandling i Europeiska unionens officiella tidning utan att detta är tillåtet i enlighet med direktiv 2004/18/EG respektive direktiv 2004/17/EG,

---

<sup>22</sup> Artikel 2c första och andra rättsmedelsdirektiven.

- b) när det föreligger en överträdelse av artiklarna 1.5, 2.3 eller 2a.2 i detta direktiv, om denna överträdelse har berövat den anbudsgivare som ansökt om prövning möjligheten att rikta anspråk före ingåendet av avtalet, i kombination med en överträdelse av direktiv 2004/18/EG respektive av direktiv 2004/17/EG, om den överträdelsen har inverkat på möjligheterna för den anbudsgivare som ansöker om prövning att erhålla kontraktet,
- c) i de fall som avses i artikel 2b c andra stycket, om medlemsstaten har åberopat undantag från den period under vilken avtal inte får ingås om de bygger på ett ramavtal<sup>23</sup> och ett dynamiskt inköpssystem.<sup>24</sup>

Följderna av att ett avtal anses vara ogiltigt ska bestämmas i nationell lagstiftning. I nationell lagstiftning får det därför föreskrivas ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter eller en begränsning av upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts. I det senare fallet ska medlemsstaterna föreskriva tillämpning av andra sanktioner enligt artikel 2e.2.<sup>25</sup>

Medlemsstaterna får föreskriva att det prövningsorgan som är oberoende av den upphandlande myndigheten inte behöver anse att ett avtal är ogiltigt, även om det har tilldelats på olagligt sätt av de skäl som anges i punkt 1, om prövningsorganet finner, efter att ha undersökt alla relevanta omständigheter, att tvingande hänsyn till ett allmänintresse kräver att avtalets giltighet bör upprätthållas. I detta fall ska medlemsstaterna föreskriva alternativa påföljder enligt artikel 2e.2 som ska tillämpas i stället. Ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får endast betraktas som tvingande hänsyn om ogiltighet i undantagsfall skulle leda till oproportionerliga följder. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga ska emellertid inte utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet omfattar bland annat kostnader för förseningar i samband med fullgörandet av avtalet, kostnader i samband med inledandet av ett nytt upphandlingsförfarande, kostnader i samband med byte av ekono-

<sup>23</sup> Ramavtal avser endast första rättsmedelsdirektivet.

<sup>24</sup> Artikel 2d.1 första och andra rättsmedelsdirektiven.

<sup>25</sup> Artikel 2d.2 första och andra rättsmedelsdirektiven.

misk aktör samt kostnader för rättsliga skyldigheter i samband med ogiltighet.<sup>26</sup>

Av beaktandesatserna 13, 14 och 18 till ändringsdirektivet framgår att en ogiltighetssanktion är det effektivaste sättet för att återupprätta konkurrens och skapa nya affärsmöjligheter för de leverantörer som på ett olagligt sätt har berövats tillfälle att konkurrera om ett visst kontrakt.

### *Överprövning av beslut att avbryta en upphandling*

Av Asplunds m.fl. bok om överprövning av upphandling framgår följande. Det saknas uttryckliga bestämmelser i rättsmedelsdirektiven om att beslut att avbryta en upphandling ska kunna bli föremål för överprövning. De enda direktivbestämmelser som finns rörande avbrytandebeslut återfinns i upphandlingsdirektiven (artikel 41.1 direktiv 2004/18/EG och artikel 49.1 direktiv 2004/17/EG) och föreskriver att upphandlande myndighet och enhet är skyldiga att på begäran av anbudssökande eller anbudsgivare snarast underätta dessa om skälen för att en upphandling avbrutits.<sup>27</sup>

Enligt EU-domstolens praxis<sup>28</sup> ska dock upphandlande myndighets beslut att återkalla (avbryta) en anbudsinfordran avseende upphandling kunna vara föremål för ett överprövningsförfarande och, i förekommande fall, ogiltigförklaras om beslutet innebär ett åsidosättande av de unionsrättsliga upphandlingsbestämmelserna eller de nationella regler som genomfört denna rätt.<sup>29</sup>

### *Tidsfrister*

Medlemsstaterna får föreskriva att en ansökan om prövning i enlighet med artikel 2d.1 (ogiltighetstalan) ska göras före utgången av minst 30 kalenderdagar från och med dagen efter det att meddelande om tilldelning av kontrakt offentliggjorts eller under alla om-

---

<sup>26</sup> Artikel 2d.3 första och andra rättsmedelsdirektiven.

<sup>27</sup> Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, s.227.

<sup>28</sup> EU-domstolens dom C-92/00 Hospital Ingenieure (HI), p 54–55.

<sup>29</sup> HFD har i RÅ 2005 ref. 62 uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling kan överprövas enligt ÄLOU samt att sådan prövning ska göras i allmän förvaltningsdomstol.

ständigheter före utgången av minst sex månader räknat från och med dagen efter det att avtal ingicks.<sup>30</sup>

I alla övriga fall ska tidsfristerna för ansökan om prövning fastställas i nationell lagstiftning, om inte annat föreskrivs i artikel 2c.<sup>31</sup>

#### 4.2.2 Rättsmedel i de svenska upphandlingslagarna

##### Allmänt om rättsmedel i de svenska upphandlingslagarna

###### *Utveckling av de svenska överprövningsreglerna*

Av Asplunds m.fl. bok om överprövning av upphandling framgår följande. När ÅLOU trädde i kraft den 1 januari 1994 genomfördes inte bara de äldre upphandlingsdirektiven utan även det första och det andra rättsmedelsdirektiven. Lagstiftaren valde att genomföra rättsmedelsdirektivens bestämmelser om överprövning och skadestånd beträffande alla upphandlingar, dvs. även upphandlingar under tröskelvärdena och beträffande B-tjänster, som inte omfattades av upphandlings- och rättsmedelsdirektiven.<sup>32</sup>

I 7 kap. 2 § ÅLOU i dess ursprungliga lydelse angavs att domstolen fick avslå en ansökan om åtgärd om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra för den upphandlande myndigheten eller enheten kunde bedömas vara större än skadan för leverantören. Genom en lagändring år 1996 ändrades bestämmelsen på så sätt att en avvägning mellan leverantörens och den upphandlande myndighetens eller enhetens skada endast skulle göras vid prövningen av om ett interimistiskt beslut ska meddelas eller inte.<sup>33</sup>

När ÅLOU infördes angavs i 7 kap. 1 § andra stycket i dess dåvarande lydelse att en ansökan om överprövning inte fick prövas efter den tidpunkt då beslut om leverantör har fattats. Detta motiverades med att det inte vore en tillfredsställande ordning att ett civilrättsligt bindande kontrakt som sluts efter det att beslut om leverantör fattats ska kunna upphävas i administrativ ordning.<sup>34</sup> I

<sup>30</sup> Artikel 2f.1 första och andra rättsmedelsdirektiven.

<sup>31</sup> Artikel 2f.2 första och andra rättsmedelsdirektiven.

<sup>32</sup> Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, s. 75 f.

<sup>33</sup> Prop. 1995/96:165 s.15, jfr 16 kap. 9 § andra stycket LOU och LUF.

<sup>34</sup> Prop. 1992/93:88 s. 101.

rättsmedelsdirektiven (artikel 2.6 tidigare versioner av direktiven)<sup>35</sup> angavs dock att medlemsstaten får begränsa prövningsorganets behörighet att ingripa efter tidpunkten för att ett upphandlingsavtal har slutits. Högsta förvaltningsdomstolen fann i RÅ 1996 ref. 50 att direktivets bestämmelse hade direkt effekt och således skulle ges företräde framför den svenska regleringen. Genom en lagändring ändrades därefter 7 kap. 1 § ÄLOU för att bättre stämma överens med direktivets lydelse. Ändringen innebar att den tidpunkt efter vilken domstolens prövningsrätt upphör ändrades till efter det att avtal om upphandling slutits.<sup>36</sup>

Av Asplunds m.fl. bok om överprövning av upphandling framgår följande. Bestämmelsen i 7 kap. 1 § ÄLOU hade denna lydelse fram till lagändringarna den 1 juli 2002. Fram till denna tidpunkt fanns det inte något lagkrav på att den upphandlande myndigheten eller enheten skulle meddela tilldelningsbeslut eller på annat sätt före avtalslutandet upplysa anbudsgivarna om till vem man avsåg tilldela kontraktet och vilka grunder man hade för detta beslut. Ett vanligt förfarande var i stället att den upphandlande myndigheten eller enheten först efter det att skriftligt avtal ingåtts underrättade de övriga anbudsgivarna om upphandlingens resultat. Ofta skedde denna underrättelse enbart genom ett enkelt brev där den upphandlande myndigheten eller enheten utan närmare angivande av skäl upplyste att avtal ingåtts med annan leverantör och tackade för visat intresse. Överprövningar var relativt sällsynta under denna tid.<sup>37</sup>

EU-domstolen uttalade i dom den 26 oktober 1999 (C-81/98 Alcatel) att en upphandlande myndighets beslut om tilldelning av kontrakt utgör det viktigaste beslutet i upphandlingen och att det beslutet ska vara möjligt att överpröva. EU-domstolen uttalade att medlemsstaterna var skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket leverantörer kan utverka undanröjande av beslutet om vilken eller vilka leverantörer som ska tilldelas kontrakt.

För att uppfylla kraven i Alcatel-domen genomfördes förändringar i överprövningsreglerna i ÄLOU den 1 juli 2002. Förändringarna infördes såväl avseende direktivstyrda som inte direktivstyrda upphandlingar. Ändringarna gjordes i syfte att förbättra

<sup>35</sup> Artikel 2.7 första rättsmedelsdirektivet och artikel 2.6 andra rättsmedelsdirektivet.

<sup>36</sup> Prop. 1996/97:153 s. 56 f. och 75 f.

<sup>37</sup> Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, s. 77.

möjligheterna för leverantörer att ansöka om överprövning av tilldelningsbeslutet. En upphandling skulle i regel anses som avslutad när ett kontrakt föreligger, dock tidigast sedan tio dagar gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten lämnat upplysningar om tilldelningsbeslutet till anbudssökande och anbudsgivare. Om avtal tecknades i strid med denna s.k. tiodagarsfrist utgjorde ett sådant avtal inte hinder för överprövning. När tiodagarsfristen löpt ut kunde avtal tecknas. Detsamma gällde om ansökan om överprövning gjorts men rätten inte fattat ett interimistiskt beslut att upphandlingen inte fick avslutas. När kontrakt träffats fanns inte längre någon möjlighet för domstolarna att överpröva upphandlingen. Målet fick då avskrivas eller avvisas. Endast möjlighet att begära skadestånd återstod för den leverantör som ansåg att en överträdelse skett av regelverket.<sup>38</sup>

I mitten av 1990-talet gjordes cirka 50 överprövningar per år. År 2000 kom 108 mål om överprövning in till länsrätterna. Det låga antalet kan ha sin förklaring i att det inte fanns någon skyldighet att informera anbudsgivare innan avtal slutits såsom ovan beskrivits. Efter ändringarna 2002 skedde en markant ökning av antalet överprövningsmål i domstolarna.<sup>39</sup> Antalet överprövningar var 343 år 2002. År 2003 var överprövningarna 865, år 2004 var det 1 124 överprövningar, år 2008 var det 1 428 överprövningar och 2009 var det 2 085 överprövningar. År 2008 kom en ny upphandlingslag som kan antas ha skapat oklarheter som lett till en ökning av domstolsprövningarna.<sup>40</sup>

Av Asplunds m.fl. bok om överprövning av upphandling framgår följande. Med all sannolikhet har reglerna bidragit till ökad regelefterlevnad. Överprövningsinstitutet blev dock från tid till annan föremål för viss debatt. Inte minst riktades kritik mot att reglerna i praktiken nästan bara träffade de myndigheter och enheter som försökte följa reglerna om konkurrensutsättning, medan de som helt struntade i reglerna och genomförde otillåtna direktupphandlingar mycket sällan blev föremål för ingripande enligt överprövningsinstitutet. Sådana regler gav dåliga incitament för upphandlande myndigheter och enheter att tillämpa regelverket, menade

<sup>38</sup> Prop. 2001/02:142, s. 13, 25 f och s. 52 f.

<sup>39</sup> Att antalet överprövningar skulle komma att öka förutsågs i prop. 2001/02:142, s. 91.

<sup>40</sup> SOU 2006:28 s. 287 samt Konkurrensverkets statistik, [http://www.kkv.se/t/Page\\_\\_\\_8021.aspx](http://www.kkv.se/t/Page___8021.aspx) (hämtad 2014-11-25).

kritikerna. Även om det i vart fall efter Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2005 ref. 10 var möjligt att begära överprövning av en otillåten direktupphandling oavsett om civilrättsligt bindande avtal ingåtts, var det mycket ovanligt att så skedde. Domstolen hade inte heller någon formell rätt att ogiltigförklara ett avtal som ingåtts i strid med det upphandlingsrättsliga regelverket, utan kunde endast förordna om att upphandlingen skulle göras om. Det ankom därefter på den upphandlande myndigheten eller enheten att vidta alla nödvändiga åtgärder, bl.a. avveckla det olagliga avtalet, för att rätta sig efter domstolens dom. Om den upphandlande myndigheten eller enheten inte efterkom en dom fanns inga rättsliga möjligheter att framtvinga en regelefterlevnad.<sup>41</sup>

I samband med införandet av LOU och LUF den 1 januari 2008 placerades överprövningsbestämmelserna i 16 kapitlet i respektive lag. Några materiella förändringar av överprövningsbestämmelserna gjordes inte i samband med denna reform. Av förarbetena framgår följande. Kapitlet har varit föremål för översyn av Upphandlingsutredningen i slutbetänkandet SOU 2006:28. Beredningen av betänkandet är inte avslutad. Vidare har Europeiska gemenskapernas kommission utarbetat ett förslag till direktiv, som ändrar de båda nu gällande rättsmedelsdirektiven. Förslaget behandlas för närvarande i rådet. Mot denna bakgrund föreslås i kapitlet i princip endast vissa anpassningar till lagens övriga regler.<sup>42</sup>

Av förarbetena *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet* framgår följande. Det övergripande syftet med ändringsdirektivet är att komma till rätta med två väsentliga problem. Det första problemet är att en upphandlande myndighet eller enhet skyndar sig att teckna ett upphandlingskontrakt, dvs. ingår avtal för att på så sätt stänga möjligheten till överprövning ("race to signature"). Genom ändringsdirektivet införs bestämmelser som innebär att upphandlande myndigheter och enheter förbjuds att ingå avtal inom en viss tid efter det att underrättelse om tilldelningsbeslutet har skickats till berörda anbudssökande och anbudsgivare (avtalsspärr). Det andra problemet är att det saknas effektiva rättsmedel mot otillåtna direktupphandlingar av kontrakt, dvs. upphandlingar som sker utan

---

<sup>41</sup> Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, s. 78 f.

<sup>42</sup> Prop. 2006/07:128 s. 442–444.



vederbörlig annonsering. För att komma till rätta med detta införs bestämmelser om ogiltighet av avtal som påföljd vid otillåten direktupphandling.<sup>43</sup>

Av Asplunds m.fl. bok om överprövning av upphandling framgår följande. De nya bestämmelserna i rättsmedelsdirektiven om avtalsspärr, förhandsinsyn, ogiltigförklaring av avtal m.m. genomfördes i svensk rätt den 15 juli 2010. I ett väsentligt avseende har den svenska lagstiftaren gått längre än vad ändringsdirektivet kräver i och med att tillsynsmyndigheten fick talerätt i mål om upphandlingsskadeavgift. 2010 års överprövningsreform innebar mer omfattande regelförändringar än de som gjordes år 2002 och är den största förändringen som gjorts av överprövningsreglerna sedan ÄLOU trädde i kraft år 1994.<sup>44</sup>

I samband med att lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, förkortad LUF, trädde i kraft den 1 november 2011 omdisponerades bestämmelserna i 16 kap. LOU och LUF.<sup>45</sup>

### *Förhållandet mellan nationell rätt och EU-rätt*

Bestämmelserna om överprövning i 16 kap. LOU, LUF och LUF ska tolkas och tillämpas mot bakgrund av upphandlings- och rättsmedelsdirektivens lydelse och syften samt EU-domstolens praxis.<sup>46</sup> EU-rätten har företrädare framför nationell rätt.<sup>47</sup>

Av Asplunds m.fl. bok om överprövning av upphandling framgår följande. Trots att LOU, LUF och LUF grundar sig på unionsrättsliga direktiv skiljer sig dessa lagar på många sätt från upphandlingsregler i andra medlemsstater. Utvecklingen i svensk rättspraxis kan också göra att den svenska upphandlingsrätten tar sig ett uttryck som skiljer sig från andra länders. Unionsrätten på upphandlingsrättens område fungerar endast som ett ramverk, som ska genomföras och utvecklas inom ramen för den nationella rättsordningen och dess villkor. Den svenska upphandlingsrättens tillämp-

<sup>43</sup> Prop. 2009/10:180 s. 100.

<sup>44</sup> Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, s. 79.

<sup>45</sup> Prop. 2010/11:150 s. 326, 454–458 och 464–467.

<sup>46</sup> EU-domstolens dom C-397-403/01, Pfeiffer.

<sup>47</sup> EU-domstolens dom C-6/64 Costa mot Enel.

ning och utveckling får inte medföra att ändamålen med den unionsrättsliga regleringen på upphandlingsområdet förfelas eller urholkas. Tvärtom är det medlemsstaternas uppgift att se till att unionsrätten får den effekt som är avsedd. Denna skyldighet gäller inte bara för den svenska lagstiftaren utan även för upphandlande myndigheter och enheter samt inte minst för de svenska domstolarna. Nationella domstolar är skyldiga att i den utsträckning det är möjligt tillämpa och tolka nationell rätt som genomför EU-direktiv så att syftet och ändamålet med direktivet uppnås (Pfeiffer, mål C397-403/01). Metoden kallas direktivkonform tolkning eller indirekt effekt. En direktivbestämmelse kan också ha direkt effekt (endast åberopas av enskilda mot stat) förutsatt att bestämmelsen är tillräckligt klar och entydig samt ovillkorlig (jämför mål C 41/74 van Duyn, mål C-148/78 Ratti, mål C 152/84 Marshall).<sup>48</sup>

### *Förvaltningsprocess*

Mål om överprövning enligt LOU, LUF och LUFSS handläggs av de allmänna förvaltningsdomstolarna. Grundläggande processrättsliga regler i mål enligt LOU, LUF och LUFSS finns i förvaltningsprocesslagen (1971:271), förkortad FPL. Regleringen av förvaltningsprocessen i FPL är inte särskilt omfattande utan är att se som basregler vilka vid behov kan byggas på med kompletterande regler i andra författningar. Bestämmelser i annan lag som avviker från FPL gäller enligt 2 § framför bestämmelserna i FPL. Det kan också vara aktuellt att tillämpa reglerna i rättegångsbalken analogt när det saknas direkt tillämplig reglering i FPL eller i upphandlingslagstiftningen. Bestämmelserna i 16 kap. LOU, LUF och LUFSS ses som kompletterande regler till FPL.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, 2012, s. 24–29.

<sup>49</sup> Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, 2012, s. 113.

## Rättsmedel i de svenska upphandlingslagarna – 16 kap. LOU, LUF och LUFF

### *Avtalsspärr*

Om en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio dagar gått från det att underrättelsen skickades. Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar gått från utskickandet.<sup>50</sup>

Avtalsspärr gäller inte i den klassiska sektorn vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 5–9 §§, vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, eller vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket.<sup>51</sup> Vad avser försörjningssektorn gäller avtalsspärren inte vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 2 eller 3 § eller vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket.<sup>52</sup> Undantag från avtalsspärr regleras i 16 kap. 2 § LUFF avseende försvars- och säkerhetsområdet.

Vid förhandsinsyn får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att annonsen om förhandsinsyn publicerats.<sup>53</sup>

En avtalsspärr eller en pågående domstolsprövning hindrar inte den upphandlande myndigheten eller enheten från att rätta eller ompröva sitt tilldelningsbeslut.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> 16 kap. 1 § LOU, LUF och LUFF.

<sup>51</sup> 16 kap. 2 § LOU.

<sup>52</sup> 16 kap. 2 § LUF.

<sup>53</sup> 16 kap. 3 § LOU, LUF och LUFF.

<sup>54</sup> Jämför Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 2798-12.

### *Förlängd avtalsspärr*

Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr). Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.<sup>55</sup>

### *Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling*

I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts. Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.<sup>56</sup>

Av Högsta förvaltningsdomstolens dom den 20 februari 2014, HFD 2014 ref. 13, framgår följande. Ett interimistiskt beslut under en pågående upphandling har ansetts vara ett skäl för domstolen att skaffa sig tid för att kunna genomföra en överprövning. Ett sådant beslut skiljer sig därigenom från ett beslut om inhibition eller motsvarande beslut med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), se RÅ 2003 ref. 64 och RÅ 2005 ref. 17 samt SOU 2006:28 s. 296.

### *Tiodagarsfrist*

När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten avgjort målet. När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 § (interimistiskt beslut) får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet. När Högsta förvaltningsrätten har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar gått från beslutet om återförvisning. Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> 16 kap. 8 § LOU, LUF och LUF.S.

<sup>56</sup> 16 kap. 9 § LOU, LUF och LUF.S.

<sup>57</sup> 16 kap. 10 § LOU, LUF och LUF.S.

## Överprövning

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling och giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör.<sup>58</sup> En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.<sup>59</sup>

En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för detta. Om underrättelsen skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från utskickandet.<sup>60</sup> Enligt 9 kap. 9 § andra stycket respektive 15 kap. 19 § LOU och LUF samt 10 kap. 9 § andra stycket och 15 kap. 21 § LUF ska upphandlande myndighet och enheter snarast möjligt lämna en underrättelse till anbudssökandena och anbudsgivarna om beslut att avbryta en upphandling samt ange skälen för beslutet.<sup>61</sup>

En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska som huvudregel ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.<sup>62</sup>

Överprövning kan ske av samtliga beslut under upphandlingsprocessen. En överprövning är även möjlig avseende ett beslut att direktupphandla eller ett beslut att en viss kontraktstilldelning inte omfattas av tillämpningsområdet för LOU, LUF eller LUF.<sup>63</sup> LOU, LUF och LUF innehåller inte några preklusionsfrister, dvs. leverantörer kan ansöka om överprövning avseende de inledande momenten under hela upphandlingsprocessen.

---

<sup>58</sup> 16 kap. 4 § LOU, LUF och LUF.

<sup>59</sup> 16 kap. 11 § LOU, LUF och LUF.

<sup>60</sup> 16 kap. 12 § LOU, LUF och LUF.

<sup>61</sup> Underrättelseskyldigheten sträcker sig således längre i LOU och LUF än i direktiven vilka endast kräver att upphandlande myndighet och enhet underrättar om skälen för beslutet på begäran av anbudssökande och anbudsgivare.

<sup>62</sup> 16 kap. 17 § LOU, LUF och LUF.

<sup>63</sup> Jfr RÅ 1998 not 44 och EU-domstolens dom C-26/03 Stadt Halle, punkt 37.

### *Överprövning av en upphandling*

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, 1 kap. 24 § LUF respektive 1 kap. 11 § LUF eller någon annan bestämmelse i respektive lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör.<sup>64</sup> Inom ramen för en överprövning av en upphandling inryms också överprövning av beslut att avbryta en upphandling.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.<sup>65</sup>

### *Överprövning av ett avtals giltighet<sup>66</sup>*

Före 2010 års reform var en överprövning av upphandlingen fortfarande möjlig om avtalet hade ingåtts genom otillåten direktupphandling, i strid mot ett interimistiskt beslut, i strid mot en tiodagarsfrist eller ett slutligt domstolsavgörande.<sup>67</sup> Genom 2010 års reform avskaffades möjligheten att överpröva en upphandling när avtal har ingåtts, trots att avtalet ingåtts i strid mot lagen eller ett domstolsförordnande. Numera finns i stället möjligheten att få det ingångna avtalets giltighet överprövat med stöd av reglerna i 16 kap. 13–15 §§ LOU, LUF och LUF.

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §, eller enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den para-

<sup>64</sup> 16 kap. 6 § LOU, LUF och LUF.

<sup>65</sup> 16 kap. 7 § LOU, LUF och LUF.

<sup>66</sup> Enligt artikel 2d i första och andra rättsmedelsdirektiven är medlemsstaterna skyldiga att införa bestämmelser som innebär att ett ingånget avtal under vissa förutsättningar ska kunna förklaras ogiltigt. Bestämmelsen infördes den 15 juli 2010 och innehåller uttömmande uppräknings.

<sup>67</sup> RÅ 2005 ref. 10 Ryan Air domen och RÅ 2005 ref. 17 Trängselskattedomen.

grafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbuds-förfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.<sup>68</sup>

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1, 2, 3, 4 eller 5, 13 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §.<sup>69</sup> När rätten ska besluta att ett avtal är ogiltigt på försvars- och säkerhetsområdet framgår av 16 kap. 13 § LUF.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid mot bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 §, eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, 1 kap. 24 § LUF respektive 1 kap. 11 § LUF eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.<sup>70</sup>

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse<sup>71</sup>, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningar för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.<sup>72</sup>

Av Rosén Anderssons m.fl. kommentar till lagen om upphandling framgår följande. Bestämmelsen är avsedd att tolkas restriktivt och endast i särskilda situationer ska ett avtal som uppfyller kraven för ogiltighetsförklaring kunna bestå. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att en sådan situation föreligger att avtalet ska bestå.<sup>73</sup>

Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas på avtal som slutits av en upphandlande myndighet med stöd av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, om den upphandlande myndigheten eller enheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, eller om en upphandlande myndighet eller enhet genom förhandsinsyn har med-

---

<sup>68</sup> 16 kap. 13 § första stycket LOU.

<sup>69</sup> 16 kap. 13 § första stycket LUF.

<sup>70</sup> 16 kap. 13 § andra stycket LOU, LUF och LUF.

<sup>71</sup> I artikel 36 i EUF-fördraget finns en uppräknning av de skäl som kan utgöra grund för att inskränka den fria rörligheten.

<sup>72</sup> 16 kap. 14 § LOU, LUF och LUF. Infördes den 15 juli 2010.

<sup>73</sup> Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar* (2013), s. 672.

delat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 3 §.<sup>74</sup>

Om ett avtal ogiltigförklaras av rätten anses detta medföra att ett eventuellt tilldelningsbeslut som meddelats inte längre gäller.<sup>75</sup> I HFD 2012 ref. 27 slog Högsta förvaltningsdomstolen fast att ett slutligt domstolsavgörande där ett avtal förklaras ogiltigt enligt 16 kap. LOU eller LUF inte gäller omedelbart utan först när det vunnit laga kraft.

Om avtalet förklaras ogiltigt innebär det att det är civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande. Skyldigheten att fullgöra avtalet bortfaller således för båda parter. Har förpliktelserna i avtalet helt eller delvis uppfyllts är huvudregeln att prestationerna ska återgå. Om en återgång inte är möjlig är utgångspunkten att det för-mögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts ska återställas.<sup>76</sup>

#### *Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet*

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts. Rätten får avstå från att fatta beslut enligt ovan om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas större än skadan för leverantören.<sup>77</sup>

Av Högsta förvaltningsdomstolens dom den 20 februari 2014 i HFD 2014 ref. 13 framgår följande avseende förutsättningarna för ett interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet. Ett interimistiskt beslut under en pågående upphandling har ansetts vara ett skäl för domstolen att skaffa sig tid för att kunna genomföra en överprövning. Ett sådant beslut skiljer sig därigenom från ett beslut om inhibition eller motsvarande beslut med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), se RÅ 2003 ref. 64 och RÅ 2005 ref. 17 samt SOU 2006:28 s. 296. Möjligheten att överpröva giltigheten av ett avtal upphör inte vid någon viss tidpunkt. Det är alltså fråga om en annan situation än den som motiverade 2003 års avgörande. Den nu aktuella situationen föranleder snarare det slags

<sup>74</sup> 16 kap. 15 § LOU, LUF och LUFs.

<sup>75</sup> Prop. 2009/10:180 s. 150–151 och 362.

<sup>76</sup> Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt* (7 uppl. 2007) och NJA 1987 s. 845.

<sup>77</sup> 16 kap. 16 § LOU, LUF och LUFs.



överväganden som ska göras i fråga om beslut med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen. För sådana beslut har det etablerats en praxis av innebörd att domstolen bl.a. har att göra en sannolikhetsbedömning av det möjliga utfallet av den slutliga prövningen och beakta vilken betydelse det har för enskilda och allmänna intressen att verkställigheten av ett beslut skjuts upp (se Wennergren och von Essen, Förvaltningsprocesslagen m.m. – En kommentar, 6 uppl. 2013, s. 259 f.)

### *Skadestånd*

En upphandlande myndighet eller enhet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör. Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i en offentlig upphandling och som har haft kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans eller hennes möjlighet att tilldelas kontraktet.<sup>78</sup>

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 enligt 13 § genom ett avgörande som vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid är rätten till skadestånd förlorad.<sup>79</sup>

Av Högsta domstolens dom den 18 juli 2013, NJA 2013 s. 762, framgår följande. Om det saknas möjlighet för en anbudsgivare att vid framgång med en ansökan om överprövning erhålla ersättning för skäligen rättegångskostnader såsom skadestånd, kan det avhålla en anbudsgivare från att ansöka om överprövning. Ett sådant övervägande skulle således motverka skadeståndets reparativa och preventiva effekt i upphandlingssammanhang. Ändamålsskäl talar således för att skäligen rättegångskostnader, vid framgång i överprövningsprocessen, ska kunna ersättas som skadestånd. Den kostnad som en anbudsgivare har ådragits genom att framgångsrikt driva en överprövningsprocess kan utgöra en ersättningsgill skada.

---

<sup>78</sup> 16 kap. 20 § LOU, LUF och LUF.S.

<sup>79</sup> 16 kap. 21 § LOU, LUF och LUF.S.

*Upphandlingsskadeavgift*

Konkurrensverket ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift om allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 § eller allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till allmänintresse enligt 16 kap. 14 §. Konkurrensverket får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift om myndigheten slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 eller 6 §. Allmän förvaltningsdomstol får efter ansökan från Konkurrensverket besluta om upphandlingsskadeavgift.<sup>80</sup> Av 17 kap. 7 § första stycket LOU, LUF och LUFSS framgår att när en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på att myndigheten eller enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Enligt 17 kap. 7 § andra stycket LOU, LUF och LUFSS ska, när ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ansökan om upphandlingsskadeavgift ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

---

<sup>80</sup> 17 kap. 1 och 2 §§ LOU, LUF och LUFSS. Högsta förvaltningsdomstolen har den 30 juni 2014 i HFD 2014 ref. 49 prövat förutsättningarna för upphandlingsskadeavgift när allmän förvaltningsdomstol i en lagakraftvunnen dom bedömt att det varit fråga om otillåten direktupphandling, men att efterföljande avtal har fått bestå med hänvisning till tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

### 4.3 Direktupphandling

I förarbetena anges att avgörande för om en otillåten direktupphandling ska anses föreligga är om tilldelningen av kontraktet, i strid med bestämmelserna i LOU eller LUF skett utan föregående offentliggörande av upphandlingen i fråga. Genomförande av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, trots att villkoren för ett sådant förfarande inte har varit uppfyllda, utgör därför en otillåten direktupphandling.<sup>81</sup> För att ett avtal ska kunna ogiltigförklaras på grund av att det tillkommit efter en otillåten direktupphandling enligt 16 kap. 13 § första stycket LOU, LUF respektive LUF S krävs inte att den leverantör som ansökt om överprövning av avtalet har lidit någon skada på grund av överträdelsen.

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenad, varor och tjänster om

1. det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,
2. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller
3. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.<sup>82</sup>

Av Rosén Anderssons m.fl. kommentar till lagen om offentlig upphandling framgår följande. Eftersom det är fråga om en undantagsregel ska regeln tillämpas restriktivt. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för de sakomständigheter som gör att undantaget blir tillämpligt.<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> Prop. 2009/10:180 s. 188.

<sup>82</sup> 4 kap. 5 § LOU.

<sup>83</sup> Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar (2013)*, s. 225.

Förfarandet kan sägas vara en slags direktupphandling. Vid ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering inbjuder den upphandlande myndigheten en eller flera utvalda leverantörer för förhandling om kontraktsvillkoren.

En upphandlande enhet får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om

1. det vid ett förfarande med föregående annonsering inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,
2. det gäller ett kontrakt som är avsett endast för forsknings-, studie- eller utvecklingsändamål, och kontraktet inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader och under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har något sådant syfte,
3. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör,
4. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering,
5. det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören, om
  - a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och
  - b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande enheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll,
6. det gäller kompletterande byggentreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, och

- under förutsättning att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och om,
- a) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande enheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller
  - b) de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att det ursprungliga kontraktet ska kunna fullgöras,
7. det gäller en ny byggentreprenad, som är en upprepning av tidigare byggentreprenader under förutsättning
- a) att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande,
  - b) att arbetena tilldelas samma leverantör,
  - c) att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,
  - d) att värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap., och
  - e) att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas,
8. det gäller varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad,
9. kontraktet grundar sig på ett ramavtal som upphandlats enligt denna lag,
10. det är möjligt att anskaffa varor genom att utnyttja särskilt förmånliga erbjudanden som gäller under mycket kort tid, när priset ligger betydligt under det normala marknadspriset, eller
11. det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor genom att köpa i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet eller trätt i likvidation eller försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande.<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> 4 kap. 2 § LUF.

En upphandlande myndighet eller enhet får för upphandling på försvars- och säkerhetsområdet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, varor och tjänster om

1. det vid ett selektivt förfarande, ett förhandlat förfarande med föregående annonsering eller en konkurrenspräglad dialog inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,
2. det som ska upphandlas av tekniska skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör,
3. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådskas, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten eller enheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, eller
4. det till följd av en kris är omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett selektivt förfarande eller ett förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Om Europeiska kommissionen begär det, ska den upphandlande myndigheten eller enheten i en rapport till kommissionen redovisa sådana ärenden där första stycket 1 har tillämpats av myndigheten eller enheten.<sup>85</sup>

#### **4.4 Förfaranderegler för icke direktivstyrda upphandlingar**

Icke direktivstyrda upphandlingar, dvs. upphandlingar under tröskelvärdena och beträffande B-tjänster oavsett värde ska, som huvudregel, genomföras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.<sup>86</sup> I undantagsfall får direktupphandling användas.

Direktupphandling är ett formlöst förfarande som får användas i vissa angivna situationer. Förfarandet får användas om det beräk-

---

<sup>85</sup> 4 kap. 4 § LUFS.

<sup>86</sup> 15 kap. 3 § LOU, LUF och LUFS.

nade totala värdet understiger den i LOU föreskrivna direktupphandlingsgränsen. Direktupphandlingsgränserna höjdes den 1 juli 2014. Direktupphandling enligt LOU ska få användas om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som gäller för kommuner och landsting vid upphandling av varor och tjänster, som för närvarande uppgår till 1 806 427 kronor, dvs. högst 505 800 kronor. Direktupphandling enligt LUF och LUF S ska få användas om kontraktets värde uppgår till högst 26 procent av det tröskelvärde som gäller vid upphandling av varor och tjänster, som för närvarande uppgår till 3 612 854 kronor, dvs. högst 939 342 kronor. En upphandlande myndighet eller enhet som använder sig av direktupphandling ska anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen om upphandlingens värde överstiger 100 000 kronor.

Direktupphandling får också användas om det finns synnerliga skäl eller i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ är uppfyllda (se ovan). Den upphandlande myndigheten kan då vända sig direkt till en eller flera leverantörer. Om en upphandlande myndighet har slutit avtal med en leverantör genom direktupphandling, utan att detta förfarande fick tillämpas, kan det ingångna avtalet ogiltigförklaras efter ansökan av en leverantör. Avtalet kan också bli föremål för en ansökan om upphandlingsskadeavgift av tillsynsmyndigheten.





# 5 Överväganden och förslag

## 5.1 Inledning

### 5.1.1 Syftet med upphandlingslagstiftningen och dess rättsmedel

De upphandlingsrättsliga regelverken beskrivs ofta med olika syften beroende på med vems ögon de betraktas; politiker, upphandlare och leverantörer vill gärna tillskriva de upphandlingsrättsliga regelverken de syften som gynnar dem.<sup>1</sup> Samhället och upphandlande myndigheter förväntas gynnas av de upphandlingsrättsliga regelverken: leverantörer, såväl existerande som potentiella, får genom upphandlingslagstiftningen incitament att erbjuda produkter och tjänster till konkurrensmässiga priser och med förmånliga villkor, den tekniska utvecklingen på marknaden förväntas främjas och upphandlande myndigheter förväntas spendera mindre pengar på offentlig upphandling. Användandet av öppna tilldelningsförfaranden förväntas eliminera risken att offentliga inköp av varor och tjänster drabbas av korruption och maktmissbruk.<sup>2</sup>

Utvecklingen av konkurrens inom unionen är enligt EU-domstolen en garanti för att det inte förekommer någon risk för favorisering från de upphandlande myndigheternas sida. Samordningen på unionsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling syftar till att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster till de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat och att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare ges företräde vid

---

<sup>1</sup> Se Slavicek Michael, Upphandlingens olika ansikten, Europarättslig tidskrift, nr 1 2002, s. 16.

<sup>2</sup> Se Hjelmborg Simon Evers m.fl., Public Procurement Law – the EU directive on public contracts, 1:a uppl, Djøf Publishing 2006. s. 23 f.

tilldelning av kontrakt som möjligheten att en offentlig upphandlande myndighet låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska.<sup>3</sup> Ur ett unionsrättsligt perspektiv är således syftet med de upphandlingsrättsliga regelverken att öka handeln inom unionen och att värna om den inre marknaden. Den inre marknaden är, enligt Europaparlamentet, ett område med välbefinnande och frihet som ger 500 miljoner européer tillgång till varor, tjänster, arbetstillfällen, affärsmöjligheter och den kulturella rikedom i 28 medlemsstater. Att bygga en inre marknad kräver fortlöpande arbete, men ytterligare fördjupning av den inre marknaden skulle enligt parlamentet kunna ge avsevärda vinster för konsumenter och företag i EU och öka BNP för EU-28 med 235 miljarder euro per år om de återstående hindren undanröjdes.<sup>4</sup>

Av beaktandesatserna till de nya upphandlingsdirektiven framgår bl.a. följande. Upphandlingsreglerna bör ses över och moderniseras, i syfte att använda offentliga medel effektivare, i synnerhet genom att underlätta små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling, och se till att upphandlande myndigheter kan utnyttja offentliga upphandlingar på ett bättre sätt till stöd för gemensamma samhällsmål.<sup>5</sup> Enligt rättsmedelsdirektiven ska vissa prövningsförfaranden vara tillgängliga, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse av unionsrätten på området offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna rätt. Medborgare, berörda parter, vare sig de är organiserade eller inte, och andra personer eller organ som inte har tillgång till prövningsförfaranden enligt rättsmedelsdirektiven har emellertid som skattebetalare ett legitimt intresse av att det finns sunda upphandlingsförfaranden.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> EU-domstolens dom C-285/99 och C-286/99, Impresa Lombardini SpA, punkterna 35 och 36. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge, punkterna 16 och 17, och av den 1 februari 2001 i mål C-237/99, Kommissionen mot Frankrike, punkterna 41 och 42.

<sup>4</sup> Faktablad om Europeiska unionen, <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/sv/>, Den inre marknaden: allmänna principer, hämtad den 10 oktober 2014.

<sup>5</sup> Beaktandesats 4, direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

<sup>6</sup> Beaktandesats 122, direktiv 2014/24/EU och beaktandesats 128, direktiv 2014/25/EU.

Rättsmedelsdirektiven syftar särskilt till att fullt ut säkerställa rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 första och andra styckena i stadgan.<sup>7</sup> Syftet med rättsmedlen ska, enligt utredningens mening, även ses mot samma bakgrund som syftet med upphandlingslagstiftningen eftersom rättsmedelsdirektiven också syftar till att säkerställa en effektiv tillämpning av upphandlingsdirektiven.<sup>8</sup> Systemet med upphandlingar inklusive överprövningssystemet handlar, som utredningen ser det, inte bara om att skydda den leverantör som inte fått kontraktet utan också om att man ska kunna tillhandahålla varor och tjänster för allmänheten på ett bra sätt. Konsekvensen av ett system där överprövningar stoppar upp och fördröjer upphandlingar under en längre period drabbar ytterst allmänheten. En lång process kan exempelvis innebära att ett antal personer inte får den livsnödvändiga medicin de skulle behöva.<sup>9</sup> EU-rätten erkänner allmänhetsperspektivet t.ex. genom reglerna om tvingande hänsyn till ett allmänintresse.<sup>10</sup> Skattebetalarnas legitima intresse av att det finns sunda upphandlingsförfaranden bör således enligt utredningens mening också vägas in i de bedömningar som utredningen gör vid fullgörande av uppdraget.

### 5.1.2 Disposition

I detta avsnitt finns utredningens överväganden och förslag. I de första delarna behandlas förslag och överväganden som enligt kommittédirektiven ska syfta till att minska antalet upphandlingsmål. I de första delarna analyseras därför om ansökningsavgifter samt regler om processkostnader bör införas i upphandlingsmål. Att utredningen valt att behandla dessa delar först beror på att utredningen här beskriver upphandlingsmålen i förhållande till andra typiska förvaltningsmål respektive till tvistemål i allmän domstol. Med denna disposition vill utredningen ge en bättre förståelse för upphandlingsmålenas karaktär.

---

<sup>7</sup> Beaktandesats 36 i ändringsdirektivet 2007/66/EG. Den stadga som avses är Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

<sup>8</sup> Beaktandesats 1 i ändringsdirektivet 2007/66/EG.

<sup>9</sup> Jämför t.ex. Kammarrättens i Stockholm avgöranden, mål nr 5609-5629-10 samt 6929-6949-11 avseende HPV-vaccin.

<sup>10</sup> Artikel 2d.3 och beaktandesats 22 i ändringsdirektivet 2007/66/EG.

I de därpå följande delarna behandlas de överväganden och förslag som syftar till att minska de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad. Utredningen analyserar här i vilken omfattning den förlängda avtalsspärren ska gälla samt om förvaltningsdomstol ska kunna pröva en upphandling trots att avtal har ingåtts. Vidare utreds lämpligheten av att en preklusionsfrist införs samt om leverantören ska ha fortsatt möjlighet att införa nya omständigheter i den utsträckning som i dag är tillåtet. Utredningen har även getts i uppdrag att undersöka möjligheten att införa ett undantag i upphandlingslagarna för direktupphandling under pågående överprövning och analyserar därför de rättsliga förutsättningarna härför. I samband med denna analys presenterar utredningen ett förslag om att införa en tidsgräns för prövning av upphandlingsmål i förvaltningsrätt. Ett förslag till tillägg görs även i upphandlingslagarna för att exemplifiera en omständighet som en upphandlande myndighet/enhet kunnat förutse.

I den sista delen analyseras om fristerna för att ansöka om upphandlingsskadeavgift respektive talan om skadestånd bör förändras.

### 5.1.3 Allmänt om förslagen

I kommittédirektiven nämns två olika strategier som utredningen bör undersöka i syfte att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena. Utredningen ska finna sätt att komma till rätta med de problem som orsakas, både samhällsekonomiskt och för berörda aktörer, av att upphandlingar stoppas när de begärs överprövade i domstol. En given utgångspunkt för utredningen är att eventuella förändringar av regelverket inte får innebära att rättssäkerheten eftersätts. Den strategi som innebär att man försöker minska antalet ansökningar om överprövning genom antingen ansökningsavgifter eller processkostnadsansvar och därmed antalet stoppade upphandlingar har av utredningen inte ansetts vara en framkomlig väg. Utredningen ställer sig tveksam till att generellt minska antalet ansökningar om överprövning då det kan ifrågasättas ur rättssäkerhetssynpunkt. Att bara minska det antal ansökningar om överprövning som kan anses vara obefogade är enligt utredningens mening svårt då det inte minst är osäkert om obefogade ansökningar om överprövning förekommer och i så fall i vilken omfattning. Om

utredningen skulle komma fram till att det förekommer obefogade ansökningar om överprövning är det vidare svårt att förhindra dessa. Att införa en ansökningsavgift eller ansvar för processkostnader skulle kunna riskera att även befogade ansökningar om överprövning minskade. Det framstår som troligt att de ansökningar om överprövning som då inte skulle ske till stor del är de som i dag görs av små eller medelstora företag. Utredningen anser därför inte att den strategi som innebär en minskning av antalet ansökningar om överprövning är en framkomlig väg. Utredningen föreslår däremot att en regel som innebär att kostnader för ombud, biträde, utredning eller annat som en part skäligen har behövt för att ta till vara sin rätt i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada bör införas.

Den strategi som innebär att man vidtar åtgärder som minskar de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad anser utredningen vara en mera framkomlig väg. I syfte att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena är det enligt utredningens mening således bättre att försöka minska behovet av överprövningar genom att försöka utöka incitament till dialog. Den mellanväg som utredningen föreslår har till syfte att främja dialog. Med en ökad dialog borde, enligt utredningens mening, behovet av att ansöka om överprövning minska. Detta bör ha positiva effekter för leverantörer och upphandlande myndigheter/enheter men även för samhället. För domstolarna borde det innebära att antalet mål om överprövning minskar.

Om en upphandling ändå blir överprövad och därigenom stoppad finns ett behov för upphandlande myndighet eller enhet att kunna planera sin verksamhet under den tid som överprövningen pågår. Detta för att upphandlande myndighet eller enhet ska kunna tillhandahålla de varor och tjänster som enligt lag krävs. Då utredningen inte ansett det vara möjligt att gå utöver det undantag som unionsrätten föreskriver för när en myndighet eller enhet får upphandla utan föregående annonsering har utredningen sökt att på annat sätt skapa förutsättningar för upphandlande myndighet eller enhet att kunna planera sin verksamhet. Utredningen har därför föreslagit att en exemplifiering bör göras av vad som kan anses vara förutsebart för en myndighet eller enhet. Utredningen anser också att det finns ett behov av att ytterligare öka förutsägbarheten och möjligheten att göra en bättre affär. Till följd av detta föreslår

utredningen att en tidsfrist införs för förvaltningsrätternas prövning. Den föreslagna tidsfristen har således ett samband med förslaget att exemplifiera vad en myndighet eller enhet anses kunna förutse. Med dessa två förslag borde förutsättningarna för att kunna göra en bra affär öka. Att upphandlande myndighet eller enhet kan utgå från att överprövning i första instans som huvudregel är avslutad efter 90 dagar från det att ansökan om överprövning gjorts i domstol borde enligt utredningens mening minska den suboptimering, dvs. att förfrågningsunderlagen utformas på ett sätt som inte gagnar den goda affären, som enligt Upphandlingsutredningen sker på grund av rädslan för överprövning. Det borde också minska risken att myndigheternas verksamhet lamslås i samband med överprövningar.

Utredningen föreslår vidare att fristen för att ansöka om upphandlingsskadeavgift inte bör ändras samt att fristen för att väcka talan om skadestånd bör ändras endast på så sätt att fristen ska räknas från och med den dag då sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om avtalet.

## **5.2 Minska antalet överprövningar**

### **5.2.1 Uppdraget**

Av kommittédirektiven framgår följande. Syftet med utredningen är att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena genom att finna sätt att komma till rätta med de problem som orsakas, både samhällsekonomiskt och för berörda aktörer, av att upphandlingar stoppas när de begärs överprövade i domstol. En given utgångspunkt för utredningen är att eventuella förändringar av regelverket inte får innebära att rättssäkerheten eftersätts. För att komma till rätta med de beskrivna problemen är två strategier tänkbara. Den ena innebär att man vidtar åtgärder som minskar de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad (se mer i avsnitt 5.6–5.10). Den andra innebär att man försöker minska antalet överprövningar och därmed antalet stoppade upphandlingar. När det gäller den andra strategin kan ett sätt att minska antalet upphandlingsmål, eller åtminstone bromsa ökningen, vara att införa ansökningsavgifter eller bestämmelser om ansvar för processkostnader. Trenden i Sverige under senare år visar på en ökande till-

strömning av upphandlingsmål. Övriga nordiska länder tillämpar ansökningsavgifter eller låter förlorande part ansvara för motpartens kostnader i upphandlingsmål. Lärdomar kan dras av övriga EU-/EES-länders tillvägagångssätt och erfarenheter.

Upphandlingsutredningen ansåg att varken ansökningsavgifter eller ersättning för motpartens processkostnader borde införas (SOU 2013:12 s. 364). Ett antal organisationer, bl.a. Domstolsverket, Försvarets materielverk, Skatteverket, Göteborgs kommun och Nacka kommun påtalade i sina remissvar att frågan borde utredas grundligare.

Trots att en avgift skulle innebära en principiell nyordning är det motiverat att undersöka om fördelarna med en avgift skulle överväga nackdelarna. I detta sammanhang ska domstolarnas administration av avgifterna belysas.

Bestämmelser om skyldighet att ersätta vinnande parts processkostnader skulle kunna medföra att upphandlande myndigheter och enheter tvingas bli mer omsorgsfulla vid utformningen av sina förfrågningsunderlag och vid kontraktstilldelning samt att sökanden tvingas göra en mer gedigen bedömning av möjligheten till framgång innan ansökan om överprövning lämnas in. Det borde rimligen kunna inverka på måltillströmningen. Det ligger därför nära till hands att överväga bestämmelser om ersättning för processkostnader i upphandlingsmål som motsvarar bestämmelserna som gäller för civilprocessen i allmän domstol.

Mot detta ska rättssäkerhetsaspekterna vägas, i synnerhet att också mindre resursstarka men skadelidande företag måste ha möjlighet att ansöka om överprövning och beivra överträdelser som de har lidit eller kan komma att lida skada av. I det sammanhanget bör utredaren beakta Högsta domstolens avgörande den 18 juli 2013 i NJA 2013 s. 762. Utredningen ska också omfatta frågan i vad mån det är nödvändigt med kompletterande bestämmelser om t.ex. yrkanden och bevisning för att domstolen ska kunna avgöra vilken part i målet som vinner respektive förlorar målet och om det finns skäl för jämkning.

Utredaren ska därför utreda och överväga bestämmelser om ersättning för processkostnader i mål om överprövning enligt upphandlingslagarna, utreda och överväga bestämmelser om avgifter vid ansökan i mål om överprövning enligt upphandlingslagarna, samt analysera vilka behov av följdändringar i exempelvis förvaltnings-

processlagen som kan föränledas av nya bestämmelser om processkostnader och avgifter.

### 5.2.2 Aktuell reglering i nationell lagstiftning

Avgifter för att ansöka om domstolens prövning tillämpas inte i någon måltyp i allmän förvaltningsdomstol. Förvaltningsprocesslagen (1971:291) och upphandlingslagstiftningen saknar även motsvarighet till huvudregeln i dispositiva tvistemål i allmänna domstolar om ersättningskyldighet för förlorande part och rätt till ersättning för vinnande part. I förvaltningsprocessen gäller i stället som huvudregel att en enskild part saknar rätt till ersättning för processkostnader. Precis som i merparten av de måltyper som handläggs i de allmänna förvaltningsdomstolarna står vardera parten för sina egna processkostnader oavsett utgången. För några av förvaltningsdomstolarnas måltyper finns en specialreglering, främst i mål om s.k. administrativa frihetsberövanden och i skattemål.

I den s.k. Fidelia-domen (NJA 2013 s. 762) drar Högsta domstolen slutsatsen att den kostnad som en anbudsgivare har ådragit sig genom att framgångsrikt driva en överprövningsprocess kan utgöra en ersättningsgill skada. Skadan har ett så nära samband med upphandlingsfelet att den i allmänhet bör anses ha uppkommit genom överträdelsen av lagens bestämmelser. Skadan kan då ersättas med stöd av 7 kap. 6 § 1992 års LOU (16 kap. 20 § första stycket 2007 års LOU).

### Rätt till offentligt biträde

I mål om s.k. administrativa frihetsberövanden (tvångsvård i anledning av psykisk sjukdom eller missbruk m.fl. måltyper) har den enskilde rätt till offentligt biträde och staten står för ersättningen till biträdet. I samtliga fall gäller att biträde ska förordnas om det inte måste antas att behov av biträde saknas.



## Skattemål

En grundförutsättning för att rätt till ersättning enligt 43 kap. skatteförfarandelagen (2011:1244) ska finnas är att den som ärendet eller målet gäller skäligen har behövt ombud m.m. för att ta till vara sin rätt. Därutöver krävs att sökanden helt eller delvis har vunnit bifall till sina yrkanden i ärendet eller målet, att ärendet eller målet avser en fråga som är av betydelse för rättstillämpningen eller att det finns synnerliga skäl för ersättning. Möjligheterna att få ersättning för sina kostnader i ärenden och mål om skatt var enligt lagens ursprungliga lydelse och motiv mycket begränsade.<sup>11</sup> För näringsidkare var möjligheten att få ersättning enligt 4 § 1989 års ersättningslag i det närmaste obefintlig.<sup>12</sup> Mot bakgrund av de begränsade möjligheterna till ersättning enligt 1989 års ersättningslag fick Rättssäkerhetskommittén (Fi 1992:07) i uppdrag att utreda frågan om ersättning för kostnader i ärenden och mål om skatt. Rättssäkerhetskommitténs förslag innebar att skattskyldiga i ökad utsträckning kan ersättas för sina kostnader. Av den proposition som följde Rättssäkerhetskommittén framgår följande. Skattelagstiftningen har fortlöpande blivit alltmer komplicerad, särskilt för näringsidkare. Allt fler skattskyldiga har därför funnit för gott att anlita skatteexpertis i ärenden och mål om skatt. Det framstår då som angeläget att den enskilde inte ställs utan ekonomiskt stöd i en situation där det under vissa omständigheter skulle framstå som stötande att han själv svarade för sina kostnader. Av rättviseskäl är det också viktigt att den skattskyldige så långt det är möjligt bereds samma möjligheter att oberoende av olika förutsättningar kunna föra en framgångsrik process. Däremot är det inte meningsfullt att ge ersättning till en enskild som av bekvämlighetsskäl låter ett juridiskt ombud föra talan.<sup>13</sup> Det ska med andra ord ha förelegat ett verkligt behov av sakkunnig hjälp. Här avses i första hand objektiva omständigheter, men även subjektiva omständigheter kan i vissa fall vägas in. Till de objektiva förutsättningarna hör främst sakens beskaffenhet, dvs. hur svår den skatterättsliga problemställningen är. Subjektiva omständigheter som kan vägas mot skattefrågans beskaffenhet är frågan om den skattskyldiges ålder, sjukdom, brist-

<sup>11</sup> Prop. 1988/89:126 s. 15 ff.

<sup>12</sup> SOU 1993:62 s. 101 f och SOU 1991:106 del A s. 625 f.

<sup>13</sup> Prop. 1993/94:151 s. 134 f.

ande erfarenhet och liknande förhållanden. Ärenden och mål av enklare beskaffenhet eller där myndigheten i tillräcklig utsträckning redovisat gällande rätt och sakomständigheter bör således falla utanför ersättningsfallen. Vidare bör man kunna ställa högre krav på personer som driver någon form av näringsverksamhet beträffande uppgifter som de till följd av detta kan antas ha större insikt i än skattskyldiga i allmänhet.<sup>14</sup>

## Rättshjälp

Rättshjälp får beviljas en fysisk person vars ekonomiska underlag inte överstiger 260 000 kr. Rättshjälp är i första hand avsedd för fysiska personer. Även dödsbon kan dock i vissa fall få rättshjälp. Andra juridiska personer än dödsbon kan aldrig beviljas rättshjälp. Rättshjälp får beviljas om den rättssökande behöver juridiskt biträde utöver rådgivning och detta behov inte kan tillgodoses på annat sätt. Rättshjälp får inte beviljas i sådana angelägenheter där hjälp genom offentlig försvarare eller offentligt biträde kan komma i fråga. Rättshjälp får beviljas endast om det med hänsyn till angelägenhetens art och betydelse, tvisteföremålets värde och omständigheterna i övrigt är rimligt att staten bidrar till kostnaderna.<sup>15</sup> En förlorande part kan aldrig få ersättning ur sin egen rättshjälp för att täcka rättegångskostnaderna för den vinnande parten.

## Fidelia-domen (NJA 2013 s. 762)

Högsta domstolen har i NJA 2013 s. 762 prövat frågan om den som har vunnit en överprövningsprocess ska kunna få ersättning för kostnaderna men då som skadestånd med stöd av 7 kap. 6 § 1992 års LOU varvid följande framkommer. Enligt 7 kap. 6 § 1992 års LOU är den upphandlande myndigheten, utan någon uttrycklig inskränkning till vad skadan avser, skyldig att ersätta den skada som uppstår till följd av upphandlingsfelet. Regelns utformning talar således för att ersättning ska kunna utgå för skäliga ombudskostnader som har orsakats av en överträdelse av LOU. Det kan även

---

<sup>14</sup> Prop. 1993/94:151 s. 174 f.

<sup>15</sup> 6–8 §§ Rättshjälpslagen (1996:1619).

noteras att HD i rättsfallet NJA 2010 s. 112, som gällde en tillämpning av den i 3 kap. 2 § skadeståndslagen angivna skadeståndsregeln, har nämnt att det har ansetts kunna bli aktuellt att under vissa förhållanden ersätta ombudskostnader i en förvaltningsprocess som skadestånd. Det saknas dock avgöranden från HD i den frågan.<sup>16</sup>

Om en överprövning leder till en rättelse av ett upphandlingsfel, avvärjs ofta den skada som annars skulle kunna uppstå, t.ex. att kontrakt tecknas med en anbudsgivare som rätteligen inte borde ha fått kontraktet. Att en domstol ska kunna ta ställning till ett påstått fel innan en faktisk skada har uppstått är en av avsikterna med överprövningsinstitutet. Om det saknas möjlighet för en anbudsgivare att vid framgång med en ansökan om överprövning erhålla ersättning för skäligen rättegångskostnader såsom skadestånd, kan det avhålla en anbudsgivare från att ansöka om överprövning. Det gäller i vart fall om anbudsgivaren inte är helt säker på att just han (om en rättelse sker) kommer att vinna upphandlingen. Ett sådant övervägande skulle således motverka den avsedda effektiviteten med överprövningsinstitutet och motverka skadeståndets reparativa och preventiva effekt i upphandlingssammanhang. Ändamålsskäl talar således för att skäligen rättegångskostnader, vid framgång i överprövningsprocessen, ska kunna ersättas som skadestånd.<sup>17</sup>

Slutsatsen är att den kostnad som en anbudsgivare har ådragit sig genom att framgångsrikt driva en överprövningsprocess kan utgöra en ersättningsgill skada. Skadan har ett så nära samband med upphandlingsfelet att den i allmänhet bör anses ha uppkommit genom överträdelsen av lagens bestämmelser. Skadan kan då ersättas med stöd av 7 kap. 6 § 1992 års LOU (16 kap. 20 § första stycket 2007 års LOU).<sup>18</sup>

*Två justitieråd var skiljaktiga och anförde:*

I förvaltningsprocessen gäller som huvudregel att en enskild part saknar rätt till ersättning för rättegångskostnader. Förvaltningsprocessen saknar bestämmelser i ämnet; däremot finns särskilda

---

<sup>16</sup> Punkterna 20 och 21.

<sup>17</sup> Punkt 22.

<sup>18</sup> Punkt 23.

regler om rätt till sådan ersättning i skattemål. När frågan om ersättning för rättegångskostnader i förvaltningsprocessen togs upp i lagstiftningsärendet om det allmännas skadeståndsansvar ansågs frågan främst vara just en rättegångskostnadsfråga och inte en skadeståndsförfråga och skulle därför behandlas i annat sammanhang (prop. 1997/98:105 s. 44). I 1992 års LOU finns inga regler om rätt till ersättning för rättegångskostnader i överprövningsförfarandet. Det kan också noteras att Upphandlingsutredningen i sitt slutbetänkande gör bedömningen att parterna även fortsättningsvis bör stå sina egna kostnader i sådana mål (SOU 2013:12 s. 364 ff.).

Lagstiftaren har alltså valt att inte införa regler om rätt till ersättning för rättegångskostnad i överprövningsmål. Mot den redovisade bakgrunden och med hänsyn till att överprövningen utgör en uttryckligen reglerad del av upphandlingsförfarandet kan kostnad för överprövningsförfarandet inte anses utgöra en skada i LOU:s mening. Om en upphandlande enhet blir skadeståndsskyldig för överprövningskostnader skulle det skapa en obalans mellan parterna i överprövningsförfarandet, där den upphandlande enheten aldrig kan få sina kostnader ersatta. Vidare kommer ett skadeståndsansvar för en upphandlande enhet att vara processdrivande, eftersom frågan om skadeståndsskyldighet kommer att behöva prövas i allmän domstol sedan upphandlingen avslutats. Utöver ett utökat antal processer kommer ett sådant system att innebära att yrkade belopps skälighet ska prövas av en annan domstol än den som prövade frågan i sak. Det ter sig sålunda även av lämplighetsskäl omotiverat att tillskapa en skadeståndsskyldighet för överprövningskostnader.

### Högsta förvaltningsdomstolens praxis

Av Högsta förvaltningsdomstolens (HFD) praxis framgår följande avseende upphandlingsmålens karaktär.<sup>19</sup> Tillämpningen av officialprincipen i förvaltningsprocessen diskuterades ingående i förarbetena till förvaltningsprocesslagen (1971:291), förkortad FPL (prop. 1971:30 Del 2 s. 526 ff.). Det uttalades bl.a. att domstolens aktivitet måste växla beroende på bl.a. vad för slags mål det gäller, om det finns en offentlig motpart i målet och om en enskild har ombud i

---

<sup>19</sup> RÅ 2009 ref. 69.

målet. Att ett mål i förvaltningsdomstol kunde gälla en tvist mellan två enskilda togs inte upp. Förmodligen var det över huvud taget inte aktuellt då. Under de nära 40 år som gått sedan FPL tillkom har processen i förvaltningsdomstolarna i viss mån ändrat karaktär. Förvaltningsprocessen har blivit en tvåpartsprocess där den enskilde så gott som alltid har en myndighet som motpart. En följd av det är att officialprincipen gör sig mindre gällande. Mål om offentlig upphandling gäller i princip ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare. De har alltså en större likhet med sådana mål där man inom den allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen än med mål som är typiska i förvaltningsdomstolarna och för vilka FPL konstruerats. Detta leder till slutsatsen att officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling. Som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

### 5.2.3 Europakonventionen<sup>20</sup>

I artikel 6 i Europakonventionen regleras rätten till en rättvis rättegång och i artikel 13 regleras rätten till ett effektivt rättsmedel.

Av Asplunds m.fl. bok om överprövning av upphandling framgår följande. Det är oklart om en leverantörs rättigheter i ett upphandlingsförfarande enligt LOU eller LUF utgör civila rättigheter i den mening som avses i artikel 6 i Europakonventionen. Europadomstolen har i målet *Tinelly & Sons Ltd m.fl. och McElduff m.fl. mot Förenade kungariket* funnit att leverantörers klagomål i nationella instanser angående påstådd diskriminering vid ett upphandlingsförfarande i Nordirland berörde deras civila rättigheter enligt artikel 6.1 [*Tinelly & Sons Ltd och McElduff m.fl. mot Förenade kungariket*, punkt 61–63 (appl. nr 62/1997/846/1052–1053)]. I ett annat mål, *Marti m.fl. mot Schweiz* fann dock Europadomstolen att leverantörers ställning i ett upphandlingsförfarande enligt en upphandlingslag i en delstat i Schweiz inte utgjorde en civil rättighet

<sup>20</sup> Kravet på domstolsprövning i artikel 6 tillämpas även med avseende på juridiska personer. Se t.ex. fallet *Ligue du Monde Islamique och Organisation Islamique Mondiale du Secours Islamique mot Frankrike*, där klaganden var två saudiarabiska organisationer, Europadomstolens dom den 15 januari 2009. Det kan dessutom vara så att den enskilde i ett upphandlingsmål är en fysisk person, t.ex. egenföretagare.

enligt artikel 6.1 [Marti m.fl. mot Schweiz (appl. nr. 36308/97)]. EU-domstolen har dock – utan några närmare resonemang kring huruvida en leverantörs ställning i ett direktivstyrt upphandlingsförfarande utgör en ”civil rättighet” – tillämpat artikel 6.1 i Europakonventionen i ett förhandsavgörande rörande processrättsliga rättigheter för en sökande leverantör i en nationell överprövningsprocess av en offentlig upphandling (Mål C-450/06 Varec, punkt 44–46).<sup>21</sup>

Tillgången till domstolsprövning enligt artikel 6.1 Europakonventionen får vara föremål för begränsningar, såsom överklagandeavgifter. En avgift får dock inte vara så hög att den enskilde i praktiken hindras från att ha tillgång till domstolsprövning.<sup>22</sup> Av betydelse för bedömningen av om ett system med avgifter för prövning i domstol är förenligt med artikel 6.1 Europakonventionen är domstolsavgifternas storlek och möjligheterna till befrielse eller nedsättning av avgifterna för personer som inte har möjlighet att betala dem. En avgift för domstolsprövning som inte kunde anses vara särskilt överdriven har i målet V.M. mot Bulgarien (Europadomstolens avgörande den 8 juni 2006, ansökan nr 45723/99) inte bedömts utgöra en inskränkning av den klagandes tillgång till domstolsprövning. Europadomstolen tog i bedömningen även hänsyn till att det fanns ett system där den enskilde kunde ansöka om undantag från överklagandeavgift samt att domstolen vid bedömningen av den klagandes ansökan om undantag gjort en prövning utifrån den enskildes ekonomiska situation.<sup>23</sup>

#### 5.2.4 EU-fördraget och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

I artikel 19.1 i EU-fördraget finns en uttrycklig bestämmelse om rätt till effektiva rättsmedel. I fråga om grundläggande rättigheter ska, sedan Lissabonfördragets ikraftträdande, även Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna tas i beaktande. Enligt artikel 6.1 första stycket EU-fördraget har stadgan ”samma rättsliga värde som fördragen”. I artikel 51.1 i stadgan föreskrivs att

<sup>21</sup> Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, s. 32 f.

<sup>22</sup> Se t.ex. Europadomstolens avgörande den 28 oktober 1998, i mål nr 103/1997/887/1099, Aït-Mouhoub mot Frankrike.

<sup>23</sup> SOU 2014:14 Effektiv och rättssäker PBL-överprövning, s. 141 f.

bestämmelserna i stadgan riktar sig till medlemsstaterna när dessa tillämpar unionsrätten.

I artikel 47 i stadgan finns en bestämmelse om rätt till ett effektivt rättsmedel och till en rättvis rättegång inför en oavhängig och opartisk domstol. Enligt förklaringen till artikel 47 i stadgan motsvarar första stycket artikel 13 i Europakonventionen och andra stycket motsvarar artikel 6.1 i Europakonventionen.<sup>24</sup> Principen om ett effektivt domstolsskydd, såsom den stadfästs i artikel 47 ska tolkas så, att det inte är uteslutet att denna princip åberopas av juridiska personer.<sup>25</sup>

### 5.2.5 Rättsmedelsdirektiven och EU-domstolens praxis

Rättsmedelsdirektiven syftar som tidigare nämnts särskilt till att fullt ut säkerställa rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 första och andra styckena i stadgan.<sup>26</sup> Frågan om ansökningsavgift är inte reglerad i rättsmedelsdirektiven. Såvitt utredningen kunnat finna har EU-domstolen inte prövat frågan om avgifter men en italiensk domstol har den 14 mars 2014 hos EU-domstolen begärt förhandsbesked om principerna i rättsmedelsdirektiven utgör hinder för nationella bestämmelser där höga ansökningsavgifter fastställs för tillgång till prövning vid förvaltningsdomstol i mål rörande offentlig upphandling.<sup>27</sup> Frågan om processkostnadsansvar är inte heller reglerad i rättsmedelsdirektiven.

Av Asplunds m.fl. bok om överprövning av upphandling framgår följande. Unionsrättsliga lagstiftningsakter genomförs av den nationella lagstiftaren, tillämpas av nationella myndigheter, åberopas inför nationella domstolar och verkställs med de rättsmedel som finns tillgängliga inom den nationella rättsordningen. Normalt sett är det därför också nationella processrättsliga regler som används

---

<sup>24</sup> Förklaringarna avseende stadgan ska enligt artikel 6.1 tredje stycket EU-fördraget och artikel 52.7 i stadgan beaktas vid tolkningen av densamma.

<sup>25</sup> Mål C-279/09 DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH mot Bundesrepublik Deutschland.

<sup>26</sup> Beaktandesats 36 till ändringsdirektivet 2007/66/EG.

<sup>27</sup> Mål C-61/14. Målet har en förväntad handläggningstid på cirka ett och ett halvt år. Av punkten 9 i begäran om förhandsbesked framgår att avgifterna uppgår till mellan 2 000 euro och 6 000 euro beroende på upphandlingens värde. Dessutom utgår ett tillägg om 50 procent på samtliga dessa avgifter i överklagandemål inför Consiglio di Stato i Italien.

när unionsrätten tillämpas. Det nationella självbestämmandet gäller endast så länge som det inte finns någon unionsrättslig reglering som anger något annat. Även om medlemsstaterna själva får råda över hur EU-rätten ska få genomslag i den nationella rättsordningen måste en viss skyddsnivå upprätthållas. EU-domstolen har i det s.k. *Rewe-målet* (Mål C-33/76) framhållit två kriterier som måste vara uppfyllda. Dels får de regler som gäller för prövning av en överträdelse av unionsrätten inte vara mindre gynnsamma än de som gäller för motsvarande överträdelse som har sin grund i den nationella rätten, likvärdighetsprincipen. Dels får de nationella reglerna inte vara av sådant slag att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten, effektivitetsprincipen.<sup>28</sup>

### 5.2.6 Om upphandlingsmålens karaktär

Frågan om upphandlingsmålens karaktär har diskuterats i doktrinen. Av den diskussion som utredningen tagit del av framgår att upphandlingsmål inte helt enkelt kan inordnas under offentlig rätt eller civilrätt.

Michael Slavicek (f.d. chefsjurist vid Nämnden för offentlig upphandling) har i en artikel i *Europarättslig tidskrift* från 2002 anfört att upphandling inte är myndighetsutövning.<sup>29</sup> Slavicek hänvisar bl.a. till att JO i beslut den 17 december 2001, dnr 3497-2000, konstaterat att det inte är möjligt att ingripa med åtal för tjänstefel vid t.ex. domstolstrots, eftersom beslutsfattandet att inte följa en dom och fortsätta med olaglig upphandling ”inte är att anse som myndighetsutövning i brottsbalkens mening”. Ett beslut att lägga till krav (på miljövänlighet eller social rättvisa) utöver vad som motiveras av upphandlingskontraktets innehåll antar dock enligt Slavicek myndighetskaraktär.

Av förarbetena till ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster framgår följande. Begreppet myndighetsutövning, i den mening som avses i förvaltningslagen, omfattar endast ärenden där

<sup>28</sup> Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, s. 34 f.

<sup>29</sup> Michael Slavicek, *Upphandlingens olika ansikten*, s. 25.



saken avgörs ensidigt genom beslut av myndigheten. Begreppet kan därmed inte omfatta ärenden som avgörs genom att myndigheten träffar avtal med en enskild. Ärenden rörande offentlig upphandling omfattas således inte av de bestämmelser i förvaltningslagen som enbart gäller handläggning av ärenden som avser myndighetsutövning.<sup>30</sup>

Av Lagrådets yttrande vid granskningen av ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster<sup>31</sup> framgår följande. I det remitterade förslaget sägs att förvaltningslagen (1986:223), (FL), inte är tillämplig vid en myndighets handläggning av upphandlingsärenden. Enligt Lagrådets uppfattning är detta ett alltför kategoriskt uttalande. Klart är att upphandling inte är en fråga om myndighetsutövning och att de bestämmelser i FL som endast gäller vid myndighetsutövning inte är tillämpliga i upphandlingsärenden. Däremot kan vissa andra bestämmelser i FL, i den mån förfarandet inte regleras i upphandlingsförfattningarna, vara tillämpliga i ett upphandlingsärende hos en myndighet. Detta gäller t.ex. FL:s bestämmelser om jäv.

Wiweka Warnling-Nerep (professor i offentlig rätt vid Stockholms universitet) har hänvisat till hur LOU har genomgått en förändring till att numera utgöra vad hon anser vara en utpräglat offentlig-rättslig reglering och uppger följande. Ett antal mer eller mindre preciserade förpliktelser anges för kommunen (dvs. i egenskap av upphandlande enhet), möjlighet finns till överprövning av kommunens åtgärder hos förvaltningsdomstol, diverse rättsmedel kan tillgripas, etc. Lika lite som Konkurrensverkets uppdrag enligt konkurrenslagen kan anses gälla "privat näringsverksamhet", eller att detta offentlighetsrättsliga kontrollsystem skulle röra "privaträttsliga tvister" etc., anser Warnling-Nerep att offentlig upphandling överlag kan klassificeras som civilrättslig och därför per se icke utgöra någon myndighetsutövning. Man måste i stället vara beredd att se till olika delar i upphandlingen. Mycket talar för att vissa av de beslut som en kommun fattar enligt LOU, t.ex. tilldelning vid offentlig upphandling, bör uppfattas som offentlighetsrättsliga, och att det är fråga om ett sådant maktförhållande att myndighetsutövning kan

---

<sup>30</sup> Prop. 2006/07:128 s. 142 f.

<sup>31</sup> Prop. 2006/07:128, bilaga 14, s. 598.

föreligga. Den andra delen av en upphandling, närmare bestämt den omedelbara kontakten mellan kommunen och det företag med vilket avtal tecknas, utgörs däremot främst av ett civilrättsligt förhållande.<sup>32</sup>

Enligt Per Molander har de flesta auktoriteter som yttrat sig i frågan om offentlig upphandling är att betrakta som myndighetsutövning eller inte kommit fram till ett nekande svar. Det är enligt Molander kravet på ensidighet – att det alltså inte ska vara fråga om jämbördigt förhållande som utmynnar i ett avtal – som torde ligga bakom de flesta bedömares åsikt att offentlig upphandling inte är att betrakta som myndighetsutövning. Slutsatsen synes dock enligt Molander förutsätta att man betraktar hela upphandlingen som en svart låda, ur vilken det kommer ett avtal. Påfallande är att kommentatorerna enligt Molander tenderar att presentera sin ståndpunkt utan föregående diskussion och, i den mån de tar stöd någonstans, gör detta i en tradition som går tillbaka till tiden före moderniseringen av upphandlingslagstiftningen. En mer precis beskrivning av vad som försiggår under en upphandling skapar förutsättningar för en annan och mer adekvat bedömning. Per Molander anser att den offentliga upphandlingen något förenklat bör betraktas som bestående av två komponenter: en del, som leder till ett tilldelningsbeslut, och en del som resulterar i ett avtal. Den förstnämnda bör ses som offentlighetsrättslig till sin natur och ska anses utgöra myndighetsutövning. Den andra är att betrakta som huvudsakligen civilrättslig. I de flesta fall är situationen dock inte så enkel att hela den offentlighetsrättsliga delen i tiden föregår den civilrättsliga. Även avtalsskrivandet kan innehålla moment som är kringgärdade med restriktioner av offentlighetsrättslig natur.<sup>33</sup>

Enligt Ulrik von Essen finns det avgörande skillnader mellan t.ex. ett förmögenhetsmål, som onekligen handlar om att slita tvister, och förvaltningsmål. Dessa skillnader kan enligt von Essen hänföras både till föremålet för processen och till grunden för partsställningen. Ett förmögenhetsmål om t.ex. betalningsförpliktelse har normalt sin grund i att käranden mot bakgrund av den civilrättsliga lagstiftningen anser sig ha rätt till någon form av ersätt-

<sup>32</sup> W Warnling-Nerep, Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolstrots? Juridisk tidskrift 2, 2006/07 s. 384–407.

<sup>33</sup> P Molander, Rättsmedel inom området offentlig upphandling, Mapsec, 2008-12-14, s. 6 f. Juristen Per Molander är en fristående konsult och, har på Konkurrensverkets uppdrag gjort en genomgång av gällande rätt och lämnat förslag till förbättringar.

ning med hänvisning till svarandens handlande eller underlåtenhet. Även förvaltningsmål kan gälla någon typ av ersättning, allt från socialförsäkringsförmåner till kulturbidrag. Huruvida ersättning ska utgå beror då normalt på en förvaltningsmyndighets bedömning av om förutsättningarna i en offentlighetsrättslig författning är uppfyllda för denna rättsföljd. Detta gäller också i förvaltningsmål av mer kommersiell natur, t.ex. angående samtrafikavgifter på teleområdet, avgifter enligt ellagstiftningen eller offentlig upphandling. Även i dessa situationer handlar det enligt von Essen i grunden om att en myndighet ska fatta ett avgörande utifrån en offentlighetsrättslig reglering som syftar till att även tillgodose andra intressen än parternas, t.ex. att skapa förutsättningar för sund konkurrens.<sup>34</sup>

### 5.3 Avgifter vid ansökan om överprövning

**Bedömning:** Bestämmelser om avgifter vid ansökan i mål om överprövning enligt upphandlingslagarna bör inte införas i LOU, LUF eller LUFSS.

I avsnitt 5.2 har utredningen beskrivit uppdraget enligt kommittédirektiven, beskrivit den diskussion om upphandlingsmålens karaktär som utredningen tagit del av samt redogjort för aktuell reglering avseende bl.a. avgifter. I detta avsnitt kommer utredningen att redovisa tidigare utredningar och förarbeten som behandlat frågan om avgifter i domstol, hur andra EU-/EES-länder reglerat frågan om avgifter i upphandlingsmål samt det system med ansökningsavgifter som tillämpas i allmän domstol. Slutligen överväger utredningen om bestämmelser om avgifter vid ansökan i mål om överprövning bör införas.

---

<sup>34</sup> Ulrik von Essen, Likheter och skillnader i nordisk förvaltningsrätt, Förhandlingarna vid det 39:e nordiska juristmötet i Stockholm 18–19 augusti 2011. Del 1, s. 609 f.

### 5.3.1 Tidigare förarbeten och utredningar

Frågan om avgifter vid domstol har diskuterats i olika utredningar under lång tid. Här nedan följer en redogörelse för en del uttalanden hämtat från dessa förarbeten.

#### **PBL-överklagandeutredningens betänkande Effektiv och rättssäker PBL-överprövning varav följande framgår<sup>35</sup>**

Fördelarna med att införa en överklagandavgift för ärenden enligt plan- och bygglagen (2010:900) överväger inte nackdelarna. En avgift skulle troligtvis ha viss effekt på antalet överklaganden. Det är dock svårt att utforma ett system som skulle minska antalet s.k. okynnesöverklaganden utan att samtidigt riskera att personer som har ett berättigat intresse av att få sin sak prövad avstår från att överklaga av ekonomiska skäl. Dessutom skulle överklagandesystemet, troligtvis behöva utformas på ett sätt som skulle medföra ökad administration. Systemet skulle även riskera att leda till längre handläggningstider för de ärenden som överklagas. En avgift vid överklagande bör därför inte införas.

I Plangenomförandeutredningens delbetänkande uttalas att i syfte att minska antalet okynnesöverklaganden och därigenom korta ner handläggningstiderna skulle en mindre avgift kunna tas ut från klaganden när ett ärende anhängiggörs. PBL-överklagandeutredningen har konstaterat att begreppet okynnesöverklagande har ett subjektivt inslag som gör det svårt att utvärdera i vilken omfattning sådana överklaganden förekommer. PBL-överklagandeutredningen har inte heller hittat några konkreta indikationer för att överklaganden enbart för att fördröja processen skulle vara vanliga, vilket leder till att huvudargumentet för att införa en överklagandavgift faller.

En överklagandavgift skulle dock troligtvis kunna medföra en viss minskning av antalet överklaganden. Hur stor effekt en överklagandavgift skulle få är enligt utredningens mening beroende av nivån på avgiften. En avgift på 10 000 kronor för att överklaga har troligtvis en större effekt än en avgift på 500 kronor. En hög överklagandavgift är effektiv på så sätt att den troligtvis minskar an-

---

<sup>35</sup> SOU 2014:14 s. 144 f. och s. 206 f.

talet överklaganden. Med en hög avgift är risken stor att även personer som riskerar att utsättas för betydande olägenheter och som därigenom har ett berättigat intresse att få sin talan prövad av ekonomiska skäl avstår från att överklaga. En överklagandeavgift bör därför inte sättas alltför högt utan det bör vara fråga om en mer begränsad avgift.

Eftersom det skulle vara fråga om ett överklagande av ett myndighetsbeslut är ett avgiftsuttag i de fall klaganden har framgång med sitt överklagande tveksamt ur principiell synvinkel. Det framstår inte som tilltalande att den enskilde ska behöva betala för att få ett myndighetsbeslut rättat. Ett avgiftssystem, om det införs, bör därför utformas på så sätt att avgiften betalas tillbaka i de fall den enskilde vinner framgång med sitt överklagande. På detta sätt är även överklagandeavgiftssystemet utformat i bl.a. Danmark. Ett sådant system skapar administration i två steg, både vid inbetalning av avgiften och vid återbetalning av avgiften. Om systemet i stället skulle utformas som Finlands, där avgiften betalas i efterhand, kan det ifrågasättas vilken avhållande effekt en avgift skulle få. Det skulle även tillkomma kostnader för indrivning av de avgifter som inte betalas frivilligt. Principen om att en avgift inte ska betalas vid bifall till överklagande kan i det enskilda fallet medföra gränsdragningsproblem. Om en avgift infördes med undantag för de med inkomst i nivå med försörjningsstöd samt med återbetalning av avgiften i de fall den enskilde har framgång med sitt överklagande innebär det att vissa bedömningar ska göras i samband med beslut om avgift. Det vore därför rimligt att avgiftsbeslutet skulle kunna överklagas alternativt omprövas, vilket i sin tur skapar ökad administration för domstolarna.

Det finns enligt utredningens mening en rad skäl som talar emot att införa en avgift för att överklaga PBL-ärenden. Först och främst kan det ifrågasättas om det finns skäl att införa en överklagandeavgift. Det är en begränsad del av besluten om lov och förhandsbesked som överklagas, enligt våra beräkningar 2,5–3,5 procent. Det är svårt att motivera varför en avgift för att begränsa överklagandena skulle införas för dessa beslut. Dessutom är bifallsfrekvensen relativt hög i första instans. Andelen ändrade eller upphävda beslut om lov eller förhandsbesked hos länsstyrelserna har under perioden 2008 till 2012 legat mellan 15 och 19 procent.

I förhållande till ärenden med flera klaganden kan det ifrågasättas om en överklagandeavgift skulle medföra ökad effektivitet. Om en överklagandeavgift, precis som en ansökningsavgift, ska betalas i samband med överklagandet kommer erläggandet av avgiften utgöra en processförutsättning. Det innebär att handläggningen av målet inte kan påbörjas förrän överklagandeavgiften är betald. I de fall avgift inte betalas ska i sådana fall överklagandet avvisas. För att följa de processregler som gäller i dag vid bristande processförutsättningar så måste den enskilde ta del av ett föreläggande om att betala avgift för att överklagandet ska kunna avvisas på grund av att avgiften inte betalats. En sådan hantering riskerar att ta tid och förlänga processen. I vart fall skapar det en möjlighet att medvetet förlänga processen genom att undandra sig delgivning i de fall förenklad delgivning inte tillämpas. Om förenklad delgivning tillämpas tar själva delgivningen två veckor sedan måste den enskilde få tid att betala avgiften.

Ett system med överklagandeavgifter drabbar ekonomiskt svagare parter hårdare än ekonomiskt starkare parter. Det gäller även om man undantar de med lägst inkomst. Detta är ur ett demokrati- och rättssäkerhetsperspektiv problematiskt. Det är även problematiskt att enskilda ska behöva betala en avgift för att få riktigheten av ett myndighetsbeslut prövat.

Sammantaget anser utredningen att en överklagandeavgift skulle ha viss effekt på antalet överklaganden. Systemet skulle för att tillgodose kravet på bibehållen rättssäkerhet troligtvis behöva utformas så att de med lägst ekonomiska förutsättningar undantas från kravet på att betala avgift och att avgiften återbetalas om den enskilde vinner framgång med sitt överklagande. En sådan ordning skulle skapa en ökad administration. Utredningen anser att det kan ifrågasättas om domstolarnas resurser ska läggas på ökad administrativ handläggning och det skulle även gå stick i stäv med den strävan som finns att renodla domstolarnas roll till rättskipning. Överklagandeavgift framstår som ett trubbigt instrument för att minska handläggningstiderna. En talan som saknar grund tar begränsad tid att pröva och vi anser en lämpligare effektiviseringsåtgärd är att ha en arbetsordning där sådana ärenden snabbt kan avgöras. Mot bakgrund av de negativa effekterna och osäkerheten om vad som kan vinnas med en överklagandeavgift anser utredningen inte att ett system med överklagandeavgifter bör införas.

## Upphandlingsutredningens betänkande Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling varav följande framgår<sup>36</sup>

Enligt Upphandlingsutredningens bedömning bör en ansökan om överprövning inte avgiftsbeläggas. Ett fåtal remissinstanser<sup>37</sup> har berört frågan om avgifter i upphandlingsmål. Av dessa vill de flesta – dock inte alla – att utredningen utreder möjligheten att införa en avgift för att ansöka om överprövning eller att en ordning övervägs, där förlorande part ska ersätta motpartens rättegångskostnader.

Konkurrensverket har i sitt remissvar<sup>38</sup> anförat att det är olämpligt att införa avgifter för överprövningsmål. Andelen bifall i upphandlingsmål talar, enligt verket, mot en sådan ordning. Intresseorganisationen Företagarna delar verkets bedömning i frågan. Vidare anför Konkurrensverket att storleken, på de avgifter domstolarna i vissa fall tar i andra måltyper, varierar mellan 400–500 kronor. Det ifrågasätts om en så låg avgift skulle påverka leverantörers benägenhet att ansöka om överprövning. Detta gäller sannolikt, anför Konkurrensverket, även om avgiften skulle fastställas till ett betydligt högre belopp. I den utsträckning en avgift faktiskt skulle verka avhållande på leverantörer skulle det främst gälla småföretagare.

Det finns ingen tradition i Sverige med ansökningsavgifter i förvaltningsrätt. I tingsrätt är det däremot förenat med en avgift att lämna in en stämningsansökan. Upphandlingsutredningen instämmer i Konkurrensverkets resonemang avseende en avgift för ansökan om överprövning. I sammanhanget kan tilläggas att både Norge och Danmark nyligen har höjt avgifterna för ansökan om överprövning. Trots det fortsätter antalet mål att öka<sup>39</sup>. Utredningen bedömer inte att en ansökningsavgift för upphandlingsmål skulle leda till önskat resultat och förordar därför inte att avgift införs.

---

<sup>36</sup> SOU 2013:12 s. 364 f.

<sup>37</sup> Avseende delbetänkandet På jakt efter den goda affären – analyser, erfarenheter och synpunkter på den offentliga upphandlingen (SOU 2011:73).

<sup>38</sup> Remissvar avseende Upphandlingsutredningens delbetänkandet På jakt efter den goda affären – analyser, erfarenheter och synpunkter på den offentliga upphandlingen (SOU 2011:73).

<sup>39</sup> Se dock avsnitt 5.3.2 där andra EU-/EES-länders system beskrivs närmare.

## Remissinstansernas synpunkter avseende Upphandlingsutredningens bedömning vad gäller avgifter (SOU 2013:12)

*Försvarets materielverk* (FMV) förordar en fördjupad analys rörande frågan huruvida avgifter vid ansökningar om överprövning ska införas i LOU, LUF och LUFSS. Ett argument som anförs mot att avgifter införs är att dessa skulle kunna försvåra för små och medelstora leverantörers möjligheter att ansöka om överprövning. Reglerna om överprövning skulle enligt FMV förfelas om leverantörer, trots att de lider skada på grund av klara regelöverträdelser, tvingas avstå från att ansöka till följd av att avgifter måste utgå. FMV kan dock inte finna att sådana negativa effekter med nödvändighet måste uppstå. Rätt utformade skulle avgifter vid ansökningar om överprövning kunna bidra till att leverantörerna i högre utsträckning överväger om det är befogat att begära överprövning eller att överklaga ett domstolsavgörande. En ordning där sökanden måste erlägga en avgift skulle sannolikt bidra till att minska antalet obefogade överprövningar, vilket kan antas leda till snabbare slutliga avgöranden i de enskilda målen. Dessutom skulle det frigöra resurser som domstolarna skulle kunna lägga på andra, mer befogade, överprövningar, som därmed skulle kunna hanteras mer skyndsamt. Även små avgifter, t.ex. motsvarande ansökningsavgifter hos allmän domstol, kan ha viss effekt.

*Domstolsverket* delar utredningens bedömning att en ansökan om överprövning av en upphandling i förvaltningsrätt inte bör avgiftsbeläggas. När det gäller frågan om införande av ansökningsavgifter förekommer för närvarande inga ansökningsavgifter i förvaltningsrätterna. Med hänsyn till upphandlingsmålens karaktär anser Domstolsverket i och för sig att det finns flera skäl som talar för att ansökningsavgifter borde införas för dessa mål. Samtidigt skulle införandet av en sådan avgift för enbart dessa måltypen leda till en kostsam administration, vars nytta skulle vara begränsad till endast en mindre del av förvaltningsrätternas verksamhet. Domstolsverket anser därför att frågan om införandet av ansökningsavgifter i upphandlingsmål behöver en mer grundlig analys utifrån ett helhetsperspektiv för förvaltningsrätternas verksamhet.

*Trafikverket*: Upphandlingsutredningen anger som ett motiv, för att inte införa en möjlighet att avgiftsbelägga en ansökan om över-



prövning eller möjligheten att få ersättning för kostnader i samband med ett överprövningsförfarande, att det inte är tradition i Sverige inom förvaltningsprocessen. Upphandlingsprocessen har dock tydliga drag av civilprocessen och är i många fall inte jämförbar med övriga mål som handläggs av förvaltningsdomstolarna. Anbudslämnarna är näringsidkare och parterna i processen är i förhållande till varandra köpare respektive säljare. Även ansökan om överprövning av en upphandling är, liksom ansökan om stämning i civilprocessen, frivillig. Det ligger därför nära till hands att anse att såväl reglerna om ansökningsavgift som rättegångskostnadsreglerna i upphandlingsmål bör hanteras på motsvarande sätt som gäller för civilprocessen i tingsrätt. Upphandlingsutredningens hänvisning till att upphandlingsmålen i Danmark och Norge fortsatt att öka trots en höjning av ansökningsavgiften är för knapphändig för att ligga till grund för ställningstagandet att gällande regler i detta avseende bör bibehållas. Trafikverket förordar att frågan utreds vidare inom ramen för regeringens kommande utredning avseende förvaltningsprocessen.

*Göteborgs kommun:* Ansökningsavgift eller ansvar för motpartens rättegångskostnader bör övervägas. Mot bakgrund av statistiken, och att antalet överprövningar återigen ökar, framstår draget av kostsamt okynnesprocessande tydligt. Göteborgs Stads upphandlings AB vinner över 90 procent av överprövningsmålen och det förhåller sig sannolikt på motsvarande sätt för de stora upphandlande myndigheterna och de upphandlingar som rör stora värden. Detta förhållande kommer inte kunna åtgärdas med mindre än att det införs ansvar för motpartens rättegångskostnader eller väl tilltagna ansökningsavgifter. I sammanhanget bör vidare uppmärksammas den skillnad som finns mellan upphandlingsmål och andra förvaltningsmål i det att upphandlingsprocessen i princip är akusatorisk. När det gäller konsekvensen för parten av en otillräcklig bevis- eller processföring har den följaktligen mer likhet med civilprocessen i de allmänna domstolarna än de ordinära målen i förvaltningsdomstol.

*Mullsjö kommun* anför att överprövning i domstol har kommit att bli ett problem då det inom vissa branscher utnyttjas taktiskt och förordar därför att den som begär överprövning erlägger en avgift, som återbetalas om klaganden vinner gehör för sin klagan, förutsatt att den klagande deltar med nytt anbud i den förnyade upphandlingsprocessen. Skulle så inte ske är avgiften förverkad.

*Nacka kommun:* Om det ska vara rättegångskostnader eller kännbara ansökningsavgifter som den som vinner en överprövning får tillbaka eller något annat, måste snarast utredas i syfte att lägga förslag på lagstiftning. Risken för överprövningar medför att de upphandlande myndigheterna håller sig till beprövade metoder, oavsett om de ger den bästa affären eller inte. Den effekten försvinner inte genom att överprövningarna sker i en minskad skara förvaltningsrätter även om de i sig blir duktigare både i sak och i att hantera den här typen av mål. Det går inte att avvisa tanken på rättegångskostnader eller avgifter på de grunder som Upphandlingsutredningen gör på knappa två sidor. Man måste kunna göra sådant man inte har gjort förut eller som inte traditionellt har tillämpats i förvaltningsdomstol. Upphandling som måltyp är redan i sig tillräckligt väsensskild från andra måltyper som räknas till förvaltningsprocessen, att man gott kan titta på den här typen av åtgärder.

*Sigtuna kommun* anser till skillnad från utredningen att det bör införas en ansökningsavgift i upphandlingsmål. Enligt kommunens uppfattning skulle en sådan avgift, rätt utformad, kunna vara ett effektivt sätt att förhindra att företag av mer eller mindre okynne påkallar överprövningar. Avgiftens storlek kan lämpligen relateras till upphandlingens värde i varje enskilt fall. Om företaget vinner målet betalas avgiften tillbaka, annars tillfaller den staten.

*Företagarna* instämmer i utredningens ställningstagande i fråga om att ansökningar om överprövning av offentliga upphandlingar inte ska avgiftsbeläggas. I dagsläget överprövas sju procent av alla annonserade upphandlingar och i omkring en tredjedel av målen får det överklagande företaget bifall. Detta är siffror som i sig talar mot ett avgiftsbeläggande. Avgiftsbeläggande skulle på ett orättfärdigt sätt begränsa möjligheterna för överprövning och skulle särskilt drabba mindre företag med begränsade resurser.

*Almega* instämmer i att en ansökan om överprövning inte bör avgiftsbeläggas. Det är en viktig rättssäkerhetsaspekt att också mindre resursstarka företag ska kunna överväga att driva ett upphandlingsmål i domstol utan att även behöva överväga kostnaderna. Det ska inte kosta pengar för att få rätt i domstol, trots det är det redan i dag behäftat med stora kostnader för ett företag att driva ett upphandlingsmål.

*Mölnadal stad:* Det finns säkerligen flera alternativa sätt att komma till rätta med överprövningsproblematiken men ett effektivt sätt att

minska antalet överprövningar kan vara en kännbar avgift som sökanden betalar för att få upphandlingen överprövad. Såsom utredningen har konstaterat är de administrativa avgifterna hos svenska domstolar låga och en avgift i motsvarande storleksordning vid överprövning av upphandling kan inte ha någon större betydelse. Däremot en avgift av väl avvägd men ändå kännbar storlek kan effektivt minska överprövningsprocesser där leverantören inte gjort en korrekt juridisk riskbedömning innan en domstolsprocess inleds.

*Konkurrensverket, MAQS Law Firm Advokatbyrå AB i Göteborg, Svenska Teknik & Designföretagen (STD-företagen), Konkurrenskommissionen och Sveriges Byggindustrier* ställer sig positiva till förslaget att en ansökan om överprövning inte bör avgiftsbeläggas.

### **Målutredningens betänkande Mål och medel – särskilda åtgärder för vissa måltyper i domstol varav följande framgår<sup>40</sup>**

Målutredningen har i sitt betänkande analyserat möjligheten att införa en avgift vid överklagande till en högre domstolsinstans. Avgifter vid överklaganden till en högre domstol skulle möjligen kunna bidra till att parterna i högre utsträckning tänkte över om det är befogat att överklaga ett domstolsavgörande eller inte. Sådana avgifter skulle i sådana fall kunna minska antalet onödiga överklaganden, vilket skulle leda till snabbare slutliga avgöranden i de enskilda målen samt frigöra resurser som domstolarna skulle kunna lägga på andra, mer befogade, överprövningar.

Det finns dock flera tungt vägande skäl emot att införa avgifter vid överklagande. Att en parts möjlighet att få rätt skulle vara avhängigt av om han eller hon betalar en avgift kan från principiella utgångspunkter anses vara mindre tilltalande. Det kan inte uteslutas att ett avgiftskrav i enskilda fall skulle kunna avhålla parter från att överklaga avgöranden som faktiskt borde ändras. En annan aspekt är att ekonomiskt svagare parter drabbas hårdare än ekonomiskt starkare parter. Det skulle visserligen vara möjligt att lindra denna effekt genom att sätta avgifterna lågt. I ett sådant system skulle å andra sidan den återhållande verkan vara begränsad. Låga avgifter skulle normalt inte avhålla den som t.ex. vill överklaga ett avgör-

---

<sup>40</sup> SOU 2010:44 s. 374.

ande bara för att fördröja processen. Dessutom finns det en risk för att den administrativa kostnaden för systemet skulle bli orimligt hög i förhållande till avgifterna och att det därmed blir en förlustaffär för samhället. För att inte personer med en särskilt ansträngd ekonomisk situation ska drabbas oskäligt hårt, skulle en annan möjlighet vara att befria dem från skyldigheten att betala avgift. En sådan ordning medför emellertid ett administrativt merarbete. Regelverket för avgifterna riskerar vidare att bli komplicerat till följd av att avgiften sannolikt i vissa fall måste kunna återbetalas till klaganden. I ett system utan återbetalningsmöjlighet finns det en risk för att vissa orimliga konsekvenser kan uppstå, t.ex. att parter skulle kunna drabbas av merkostnader på grund av ett rättegångsfel i lägre domstol. Det finns således både principiella och praktiska invändningar mot ett system med avgifter vid överklagande till en högre domstol. Sammantaget finner Målutredningen att avgifter vid överklagande inte är en ändamålsenlig åtgärd för att uppnå ett mer skyndsamt förfarande.

### **PBL-kommitténs slutbetänkande Får jag lov? Om planering och byggande varav följande framgår<sup>41</sup>**

Rätten att utan kostnad få till stånd överprövningar i högre instans anses av många i Sverige vara en grundläggande rättighet. Det är mycket tveksamt om ett system med överklagandeavgifter skulle förhindra det som kan kallas okynnesöverklaganden eller obefogade överklaganden. Det skulle också innebära ett avsteg från ordningen att begära en överprövning av en myndighets beslut inte ska kosta något. Det finns dessutom anledning att ifrågasätta om inte den resursförbrukning som administrationen skulle medföra kunde användas på ett bättre sätt, dvs. för att avgöra ärenden. Andra vägar för att öka effektiviteten bör därför övervägas och avgiftsfrihet för överprövning finnas kvar som en grundläggande princip i systemet också för beslut enligt PBL enligt kommitténs bedömning.

---

<sup>41</sup> SOU 2005:77 del 3, s. 824 f.

### **Proposition om ändringar i rättegångsbalken – hovrättsfrågor m.m. varav följande framgår<sup>42</sup>**

I den proposition som behandlade hovrättsprocessutredningens betänkande (se nedan) konstaterades att ingen av remissinstanserna uttalat sig helt positivt om förslaget. I remissvaren hade bl.a. framförts att systemet skulle bli ineffektivt som medel att avhålla från grundlösa överklaganden och att det skulle bli administrativt krångligt. Vidare varnades för gränsdragningsproblem och andra tillämpningssvårigheter. Regeringen bedömde att utredningens förslag inte borde genomföras.

### **Hovrättsprocessutredningens betänkande, Ett reformerat hovrättsförfarande varav följande framgår<sup>43</sup>**

Hovrättsprocessutredningen föreslog i sitt betänkande att en avgift för överklagande av tvistemål och domstolsärenden till hovrätten och till Högsta domstolen skulle införas. Avgiften skulle vara en förutsättning för att målet skulle tas upp i högre rätt. I mål där det fanns ett flerpartsförhållande skulle avgiften vara en ersättningsgill rättegångskostnad. I andra mål skulle domstolen betala tillbaka avgiften till de klagande som nådde framgång med sitt överklagande. Avgiften skulle också omfattas av beviljad rättshjälp. Utredningen angav att det rent allmänt torde vara så att offentliga tjänster som är kostnadsfria utnyttjas i högre grad än andra. Det var enligt utredningen inte uteslutet att redan relativt låga överklagandavgifter skulle kunna påverka många parter att noggrannare tänka över om ett överklagande är befogat och därmed bidra till att minska antalet grundlösa överklaganden. Höga överklagandavgifter borde dock inte förekomma eftersom det var troligt att sådana skulle leda till att en part även skulle avstå från att överklaga avgöranden beträffande vilka ett överklagande framstod som befogat.

---

<sup>42</sup> Prop. 1998/99:37 s. 39.

<sup>43</sup> SOU 1995:124 s. 318 f.

**Proposition 1981/82:31 om avgifter vid tingsrätt, m.m. varav följande framgår**

I den proposition som följde efter stämpelskatteutredningen (se nedan) framhölls grundsatsen att den som vänder sig till en domstol och tar dess tjänster i anspråk också ska bidra till att täcka den kostnad som därigenom drabbar det allmänna.

**Stämpelskatteutredningens betänkande, Avgifter vid tingsrätt m.m. varav följande framgår**

En generell invändning som ibland förs fram mot avgiftsbeläggning av samhällets prestationer är att en verksamhet i första hand kommit till för det allmännas bästa och inte primärt för att betjäna den som anlitar verksamheten. Detta argument har dock i en rad fall inte ansetts utgöra något hinder mot statsmakternas beslut om avgiftsbeläggning. Sålunda belastar kostnaderna för en rad av samhällets kontrollfunktioner de kollektiv som på ett eller annat sätt föranleder kontrollen. Någon värdering av hur stor samhällets nytta av kontrollverksamheten är i förhållande till avgiftsbetalarnas har inte gjorts. Statsmakterna har i stället bedömt det som rimligt att de som föranleder verksamheten får täcka kostnaderna för denna med avgifter, även om verksamheten också är av betydande värde för samhället.<sup>44</sup>

I fråga om brottmålen ansåg utredningen att dessa mot bakgrund av principiella handläggningsskillnader i förhållande till tvistemålen alltjämt skulle vara avgiftsbefriade. Särskilt rättens skyldighet att tillvarata den misstänktes rättigheter och rättens utredningskyldighet lyftes fram.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Ds B 1980:7 s. 143–144.

<sup>45</sup> Ds B 1980:7 s. 109–122.

## Domstolskommitténs betänkande Fullföljd av talan m.m. varav följande framgår<sup>46</sup>

Att överklaga beslut och domar är i dag inte förenat med en avgift, oavsett om prövningen sker i allmän domstol eller förvaltningsdomstol. Prövningen i Högsta domstolen har dock under en period varit avgiftsbelagd. Avgiften avskaffades 1971. Det huvudsakliga skälet till avskaffandet var enligt Domstolskommittén att systemet hade lett till omfattande tillämpningsproblem. Domstolskommittén ansåg att redan den grundläggande tanken att en parts möjlighet att komma till sin rätt skulle vara betingad av erläggande av en avgift var föga tilltalande. Enligt kommittén hade avgiften knappast någon återhållande verkan på den som avsiktligt ville förhålla processen genom överklagande. Vid nedsättning, redovisning och återbetalning av avgifterna uppkom ett kameralt och administrativt merarbete som inte stod i rimlig proportion till de fördelar som vanns. Systemet medförde även tillämpningssvårigheter.

### 5.3.2 Andra EU- och EES-länders reglering<sup>47</sup>

Avgifter tas ut vid överklaganden i en rad europeiska länder. Våra grannländer Finland, Danmark och Norge tar ut avgifter vid överklaganden i domstol. Varken Danmark eller Norge har särskilda förvaltningsdomstolar utan förvaltningsärenden prövas i allmän domstol.

I *Finland* prövas upphandlingsmålen i Marknadsdomstolen som är en förvaltningsdomstol. Marknadsdomstolens avgörande överklagas till Högsta förvaltningsdomstolen. En avgift om 244 euro betalas av den ingivande parten såväl för processen i Marknadsdomstolen som i Högsta förvaltningsdomstolen.<sup>48</sup> Avgifterna återbetalas inte om klaganden får rätt. Avgifter har tagits ut sedan upphandlingsreglerna infördes.

Handläggningstiden i *Norge* ökade fram till 2012 då den genomsnittliga handläggningstiden i Klagenemnda for offentlige anskaffelser

<sup>46</sup> SOU 1969:41 s. 57 f.

<sup>47</sup> Detta avsnitt bygger till stor del på de svar utredningen fått från respektive land.

<sup>48</sup> I andra förvaltningsmål tas en avgift om 90 euro ut, dock inte i socialärenden, i ärenden som gäller offentligrättsliga anställningsförhållanden och inte heller i ärenden som gäller val och inte vid förvaltningsdomstolen i ärenden som gäller beskattning, befrielse från kommunalskatt, statliga bidrag eller offentliga avgifter enligt Lag om avgifter för domstolars och vissa justitieförvaltningsmyndigheters prestationer.

(KOFA)<sup>49</sup> var 15 månader. Antalet mål i KOFA har minskat markant sedan avgiften höjdes från 800 NOK till 8 000 NOK. Avgiftsökningen kom dock samtidigt som de nya reglerna i upphandlingsdirektiven infördes, något som innebar flera ändringar i det norska regelverket, bl.a. att KOFA:s behörighet att utdöma böter vid otillåten direktupphandling togs bort och alla sanktioner i mål om offentlig upphandling flyttades till domstolarna. Det är därför svårt att slå fast hur stor betydelse avgiftsökningen haft för att minska antalet mål i KOFA. För en ansökan om prövning avseende en otillåten direktupphandling är avgiften 1 000 NOK. Beloppen är satta mot bakgrund av en avvägning mellan effektivitet och kvalitet avseende KOFA:s handläggning. Även handläggningstiden har minskat.<sup>50</sup> En rättegångsavgift om 860 NOK tas ut när man klagar till domstol. Rättegångsavgiften återbetalas inte.

I *Danmark* kostar det 10 000 DKK att inleda ett ärende hos Klagenævnet for Udbud (Klagenämnden)<sup>51</sup> avseende överträdelse av tillbudsloven (avser upphandlingar under EU:s tröskelvärde) och 20 000 DKK vid överträdelse av upphandlingsdirektiven. Detta belopp återfås om klaganden får rätt i någon del. Avgiften höjdes 2013 och samtidigt infördes nya regler om rättegångskostnadsansvar (mer om detta i avsnitt 5.4.2) där den förlorande parten ska stå motpartens kostnader. Anledningen till förändringarna var att det fanns för många upphandlingsmål. Antalet överprövningar utan grund har efter införandet av de nya reglerna minskat. Skälen till denna minskning är att det ansågs vara för lätt tidigare att begära överprövning. I cirka 20 procent av målen vinner den leverantör som begärt överprövning.

---

<sup>49</sup> Det norska domstolsväsendet är uppbyggt kring allmänna domstolar och ett litet antal specialdomstolar. I Norge kan man ansöka om överprövning i allmän domstol. Erfarenheterna i Norge pekade dock tidigt mot att upphandlingsmål hade behov av en alternativ tvistlösningsmodell. För att ge en snabbare och billigare tvistlösning för leverantörer på en lägre nivå inrättades den 1 januari 2003 en oberoende överklagande nämnd KOFA. KOFA:s beslut är rådgivande, men det förväntas att dessa följs.

<sup>50</sup> KOFA har sedan starten avgjort drygt 2 000 ärenden. Ärendena delas in i prioriterade rådgivande ärenden, prioriterade bötesärenden, rådgivande ärenden och bötesärenden. De prioriterade ärendena innebär att det är fråga om upphandlingar där den upphandlande myndigheten väntar med att skriva avtal tills ärendet är avgjort hos KOFA. Handläggningstiden är cirka två månader för de prioriterade ärendena vilket motsvarar KOFA:s målsättning. Bötesärenden tar tio månader vilket avviker från målsättningen som är fyra månader. Handläggningstiden för de rådgivande ärendena är ett år vilket radikalt avviker från målsättningen om tre månader. I genomsnitt är handläggningstiden nu sex månader.

<sup>51</sup> Klagenämnden behandlar klagomål på offentliga upphandlingar. Den är en oberoende domstolsliknande administrativ klagoinstans och dess beslut kan överklagas till domstol.



I *Tyskland* där upphandlingsmålen prövas i förvaltningsdomstol tas en avgift om 2 500 euro ut för att initiera ett överklagande till första instans. Själva avgiften i överprövningsprocessen i första och andra instans beror på värdet av den överprövade upphandlingen (t.ex. om värdet på upphandlingen uppgår till 10 000 000 euro är avgiften för den administrativa processen 10 000 euro). Avgifterna återbetalas inte.

I *Nederländerna* varierar avgifterna från 26 till 4 563 euro per sökande. Avgiftens storlek är beroende av vilken domstol som handlägger målet och värdet av den omtvistade upphandlingen. Avgifterna återbetalas inte.

I *Österrike* varierar avgifterna från 128 till 36 936 euro. Avgiftens storlek är beroende av vilken domstol som handlägger målet och värdet av den omtvistade upphandlingen. Detta belopp återfås om klaganden får rätt i någon del. Österrike har inte alltid tagit ut avgifter och har inte sett någon påverkan på antalet mål om upphandling sedan införandet av avgifter.

### 5.3.3 Avgifter i allmän domstol

#### Systemet i allmän domstol

I allmän domstol tillämpas ett system med ansökningsavgifter för majoriteten av de mål och ärenden som inte är brottmål. Enligt förordningen (1987:452) om avgifter vid de allmänna domstolarna, avgiftsförordningen, ska avgiften betalas när ett mål eller ärende inleds i tingsrätten av den som anhängiggör målet eller ärendet (2 och 4 §§). Att ansökningsavgiften betalas är en processförutsättning och handläggningen av målet eller ärendet påbörjas inte förrän betalning skett. Om ansökningsavgiften inte betalas, trots ett föreläggande om det, ska stämningsansökan eller motsvarande avvisas. Ansökningsavgiften ska betalas tillbaka om rättshjälp enligt rätts-hjälplagen (1996:1619) har beviljats den part som har betalat avgiften. Ansökningsavgifterna i de allmänna domstolarna har den 1 juli 2014 höjts. För att stämma i ett mål som rör ett krav under 22 200 kr (ett halvt prisbasbelopp) är ansökningsavgiften som utgångspunkt 900 kr. För att stämma i ett mål som rör ett krav över 22 200 kr är ansökningsavgiften som utgångspunkt 2 800 kr.

Regeringen beslutade den 1 september 2011 att ge Domstolsverket i uppdrag att överväga om det borde införas nya principer för uttaget av de ansöknings- och kungörandeavgifter som gäller enligt förordningen (1987:452) om avgifter vid de allmänna domstolarna (domstolsavgiftsförordningen). Det system som nu gäller är inte exakt vad Domstolsverket föreslog i sin rapport.

### **Domstolsverkets rapport 2012:1**

Av Domstolsverkets rapport framgår bl.a. följande. Domstolsverket har tagit hänsyn till flera omständigheter vid valet av metod, för uttag av ansökningsavgifter. Domstolsverket föreslår att ekonomiska mål ska användas som metod för att bestämma ansökningsavgifter till allmän domstol, i stället för att bestämma avgifterna schablonmässigt.

Arbetet har bedrivits utifrån följande utgångspunkter. En första utgångspunkt är att den som vänder sig till en allmän domstol och tar dess tjänster i anspråk också ska bidra till att täcka den kostnad som han eller hon på detta sätt förorsakar det allmänna (prop. 1964:75 s. 309).

Det är även av grundläggande betydelse att den administrativa bördan för domstolarna inte ökar genom förändrade regler om ansökningsavgifter och att reglerna därför förblir enkla att tillämpa och är förutsägbara. I detta ligger att käranden eller sökanden inte ska behöva presentera ett särskilt underlag för att ansökningsavgiften ska kunna fastställas. Någon omfattande prövning för att fastställa ansökningsavgiften ska heller inte krävas. Därmed undviks också att avgiftens storlek blir en tvistefråga i sig. Det ska även fortsättningsvis vara möjligt för domstolarnas registratorer och annan administrativ personal att fastställa ansökningsavgiften i de allra flesta fallen.

Det är också viktigt att reglerna om ansökningsavgifter är pedagogiskt utformade och att det finns en logik i systemet. Det bör finnas en möjlighet att ställa ansökningsavgiften i relation till den kostnad staten har haft för målet eller ärendet och i relation till vad andra mål eller ärenden kostar i fråga om ansökningsavgift.

När det gäller avgiftsnivåerna är det vidare viktigt att de är rimligt avvägda. Avgifterna bör inte hamna på en sådan nivå att de

kommer i konflikt med medborgarnas grundläggande rätt till domstolsprövning. Det var heller inte aktuellt för Domstolsverket att föreslå helt andra och drastiskt högre avgiftsnivåer än de som gällde enligt dåvarande regler, t.ex. sådana avgiftsnivåer som finns i Danmark. En förutsättning för sådana avgiftsnivåer är nämligen att t.ex. rättshjälpsreglerna samtidigt ses över, vilket inte ingick i Domstolsverkets uppdrag. Å andra sidan är det även viktigt att avgifterna inte är för låga. Avgifterna enligt dåvarande regler var så låga att t.ex. käranden i ett tvistemål i praktiken endast bidrog med en mycket liten del för att täcka den kostnad han eller hon vållar staten genom sin talan. De var även så låga att de inte avhöll en part från att inleda en rättegång som parten själv insåg var onödig och som inte borde belasta Sveriges Domstolar. Det finns fall som måste ses som missbruk av domstolsprocessen. Det kan t.ex. vara fråga om grundlösa skadeståndskrav, ibland om astronomiska belopp, eller obefogade fodringskrav eller vissa enskilda åtal. Det förekommer även tvister som får anses drivas i trakasserande syfte. Det gäller t.ex. vårdnadsfall där en part upprepade gånger väcker talan mot en annan part som har skyddade personuppgifter och som fått ensam vårdnad på grund av tidigare våld eller trakasserier. Högre ansökningsavgifter kan motverka att denna typ av tvister tar domstolens resurser i anspråk. Mot denna bakgrund, och även med beaktande av att ansökningsavgifterna inte hade höjts sedan 1995, ansågs det finnas ett förhållandevis stort utrymme att genomföra generella höjningar av ansökningsavgifterna. Det ansågs också viktigt att nivåerna på ansökningsavgifterna är rimliga utifrån vilka mål eller ärenden det gäller.

Det förslag som verket lämnade bygger på en metod som innebär att ansökningsavgifterna beräknas utifrån ett grundbelopp. Grundbeloppet ska beräknas utifrån en andel i procent av den genomsnittliga styckkostnaden för mål och ärenden. För varje mål- och ärendegrupp ska även en multiplikator bestämmas. Ansökningsavgiften ska motsvara grundbeloppet multiplicerat med det aktuella målets eller ärendets multiplikator. Verket föreslog att grundbeloppet skulle bestämmas till 10 procent av den genomsnittliga styckkostnaden för mål och ärenden, vilket då var 950 kr.

### 5.3.4 Bör avgifter införas?

Det finns ingen tradition i Sverige med ansökningsavgifter i förvaltningsdomstol. I allmän domstol är det däremot förenat med en avgift att lämna in en stämningsansökan när det gäller tvistemål. Grundsatsen vad gäller avgifter i allmän domstol är, som ovan redovisats, att den som vänder sig till en domstol och tar dess tjänster i anspråk också ska bidra till att täcka den kostnad som därigenom drabbar det allmänna. Att minska antalet mål i domstolarna har däremot inte primärt angetts som skäl för avgifter. Att brottmålen är avgiftsbefriade har förklarats med att det finns principiella handläggningsskillnader i förhållande till tvistemålen. Särskilt rättens skyldighet att tillvarata den misstänktes rättigheter och rättens utredningsskyldighet har i det sammanhanget lyfts fram.

Att överklaga beslut och domar är i dag inte förenat med någon avgift, oavsett om prövningen sker i allmän domstol eller förvaltningsdomstol. Att en parts möjlighet att få rätt skulle vara avhängigt av om han eller hon betalar en avgift har i det sammanhanget ansetts från principiella utgångspunkter vara mindre tilltalande. En annan aspekt har uppgetts vara att ekonomiskt svagare parter drabbas hårdare än ekonomiskt starkare parter.

Under 2013 blev 7,8<sup>52</sup> procent av alla annonserade upphandlingar överprövade. Det är ungefär samma andel som under 2010–2012.<sup>53</sup> Ansökningar om överprövning är mer än dubbelt så vanliga vid direktivstyrda upphandlingar. Upphandlingar som genomfördes med öppet förfarande blev överprövade i 13 procent av fallen, vilket kan jämföras med 5 procent av de upphandlingar som genomfördes med förenklat förfarande.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> "Upphandlingsutredningen 2010 nämner på sidan 82 att det är drygt fem procent av 2010 års annonserade upphandlingar som var föremål för överprövning. Räknar man även in antalet direktupphandlingar (som enligt Jerker Holms beräkningar är cirka 50 000 stycken) så visar det sig dock att det endast var en dryg promille av det totala antalet upphandlingar som överprövades" ur Remissvar från Svenskt Näringsliv avseende Upphandlingsutredningen 2010:s delbetänkande "På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen" (SOU 2011:73), s. 4.

<sup>53</sup> 7,9 procent av de annonserade upphandlingarna överprövades 2012 enligt Rapport 2014:1 s. 70.

<sup>54</sup> Siffror och fakta om offentlig upphandling Statistik om upphandlingar som genomförts under 2013 respektive 2012, Rapport 2014:1 s. 69 f. och Rapport 2013:9 s. 73 f.

Enligt Domstolsverkets statistik avgjordes 3 296 mål<sup>55</sup> om överprövning av förvaltningsrätterna under 2013. I 30 procent av målen fick leverantörerna helt eller delvis bifall till sin ansökan. Det innebär att upphandlande myndigheten/enheten ålagts att helt eller delvis rätta eller göra om upphandlingen i nästan 1 000 mål. I 23 procent av målen avgjorde förvaltningsrätten ärendet utan att ta ställning till den fråga som sökande leverantör tagit upp. Detta kan bland annat bero på att ansökan om överprövning kommit in för sent, att sökanden inte hade talerätt eller på att målet lämnats över till en annan förvaltningsrätt. I 48 procent av målen, dvs. i nära hälften av målen, fick leverantören inte bifall till sin ansökan. Om man enbart ser till de mål som blev sakprövade av förvaltningsrätterna fick leverantörerna bifall till sin talan i 37 procent av målen.<sup>56</sup>

I kommittédirektiven anges, som nämnts tidigare, att en strategi för att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena kan vara att försöka minska antalet ansökningar om överprövning och därmed antalet stoppade upphandlingar. Ett sätt att minska antalet upphandlingsmål, eller åtminstone bromsa ökningen, kan enligt kommittédirektiven vara att införa ansökningsavgifter. Att ha som mål att generellt minska antalet ansökningar om överprövning skulle enligt utredningens mening medföra en risk för att rättssäkerheten efteråtts. Det kan däremot inte anses strida mot rättssäkerhetsprinciper om antalet ansökningar om överprövning – i de fall de objektivt sett kan anses vara onödiga – minskade. En del remissinstanser<sup>57</sup> har uppgett att s.k. okynnesansökningar om överprövning eller onödiga ansökningar om överprövning förekommer. Antalet bifall talar enligt utredningens mening i en annan riktning. I den mån det objektivt sett är så att s.k. okynnesöverprövningar eller onödiga överprövningar förekommer och i så fall i vilken utsträckning är det svårt att ha någon uppfattning om varför huvudargumentet för att minska antalet ansökningar om överprövning inte framstår som särskilt bärkraftigt. Utredningen anser därutöver att flera tungt

---

<sup>55</sup> Enligt Konkurrensverkets statistik motsvarar det cirka 1 535 st upphandlingar år 2013, enligt Konkurrensverkets Rapport 2014:1, Siffror och fakta om offentlig upphandling, Statistik om upphandlingar som genomförts under 2013, s. 67 f.

<sup>56</sup> Siffror och fakta om offentlig upphandling Statistik om upphandlingar som genomförts under 2012, Rapport 2013:9 s.80.

<sup>57</sup> Avseende SOU 2013:12.

vägande skäl talar emot att införa avgifter vid överprövning av upphandlingsmål.

Upphandlingsprocessen har visserligen drag av civilprocessen där anbudslämnarna är näringsidkare och parterna i förhållande till varandra är köpare respektive säljare. I upphandlingsmålen ska vidare officialprincipen tillämpas med försiktighet och den som ansöker om överprövning har åberopsbörd. Trots att upphandlingsmål i vissa avseenden påminner om de förmögenhetsrättsliga mål som prövas i allmän domstol anser utredningen att det i grunden handlar om en överprövning av om en myndighets beslut varit i enlighet med offentligrättslig reglering. Det avtal som sluts mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör bör enligt utredningens mening inte ses isolerat utan som en följd av det tilldelningsbeslut som föregått avtalets slutande. Som utredningen ser det styr offentligrättslig lagstiftning på vilket sätt en myndighet eller enhet kan fatta ett tilldelningsbeslut. Om myndigheten eller enheten inte följt den offentligrättsliga lagstiftningen, dvs. upphandlingslagarna, upphandlingsdirektiven eller rättsmedelsdirektiven, står olika rättsmedel till leverantörens förfogande. En förvaltningsdomstol kan efter ansökan om överprövning upphäva ett tilldelningsbeslut eller besluta att ett tilldelningsbeslut ska rättas och ett avtal kan i vissa situationer ogiltigförklaras. En allmän domstol kan besluta att en myndighet eller enhet till följd av överträdelse av nämnda lagar ska betala skadestånd till en förfördelad leverantör. Som utredningen uppfattar det är det centrala syftet med en överprövning i upphandlingsmål såväl som i andra förvaltningsmål att kontrollera en myndighets beslut.<sup>58</sup> Med en sådan utgångspunkt skiljer sig inte överprövning av upphandlingsmål från prövningar av övriga förvaltningsmål.

Många av de som pekar på upphandlingsmålen likhet med tvistemålsprocessen har inte berört att i upphandlingsmålen kan parterna inte förlikas. Om upphandlingsmålen ska jämföras med tvistemål borde det närmast ligga till hands att jämföra med indispositiva tvistemål. Mot bakgrund av det som anförts ovan anser utredningen att det inte är lämpligt att ta ut en avgift för att den enskilde ska

---

<sup>58</sup> Enligt Högsta förvaltningsdomstolen (HFD 2013 ref. 5) tar en överprövning i upphandlingsmål inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit principer och regler som anges i LOU.

kunna ta till vara sin rätt att genom överprövning ansöka om att allmän förvaltningsdomstol ska kontrollera att en myndighets beslut är i enlighet med offentlighetsreglering. Till det kommer att bifallsfrekvensen såsom ovan visats är relativt hög i första instans vilket i sig kan anses tala emot införandet av avgifter. Införande av ansökningsavgifter innebär enligt Domstolsverket ett relativt omfattande administrativt arbete för domstolarna.

Ett annat skäl som talar emot en avgift är att den då skulle behöva vara så hög att den får en reellt avhållande effekt också när det gäller upphandlingar avseende stora belopp, exempelvis rörande infrastruktursatsningar. Så höga avgifter skulle då kunna medföra att små, kapitalsvaga leverantörer, inte skulle våga ansöka om överprövning ens i de fall där det skulle finnas anledning att förvänta sig bifall. En differentierad avgift beroende på upphandlingens värde skulle kunna vara en möjlighet men en sådan avgift skulle medföra administrativa kostnader för domstolen som skulle kunna uppgå till betydande belopp. Ett sådant system skulle dessutom avvika från de principer som i dag gäller för avgifter och som beskrivits i Domstolsverket rapport (se mer i avsnitt 5.3.3). Utredningen bedömer därför sammanfattningsvis att någon avgift inte bör införas.

## 5.4 Ersättning för processkostnader

**Bedömning:** En regel som innebär att förlorande part ska betala processkostnaderna bör inte införas i LOU, LUF eller LUF3.

**Förslag:** En regel bör införas i upphandlingslagstiftningen som innebär att processkostnader i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada.

I avsnitt 5.2 har utredningen beskrivit uppdraget enligt kommittédirektiven, beskrivit den diskussion om upphandlingsmålens karaktär som utredningen tagit del av samt redogjort för aktuell reglering avseende bl.a. processkostnader. I detta avsnitt kommer utredningen att redovisa tidigare utredningar och förarbeten som behandlat frågan om processkostnadsansvar i domstol och hur andra EU- och EES-länder reglerat processkostnadsansvar i upphandlingsmål. Slutligen överväger utredningen om bestämmelser om ersätt-

ning för processkostnader i mål om överprövning enligt upphandlingslagarna bör införas.

#### 5.4.1 Tidigare förarbeten och utredningar

Frågan om det ska införas regler avseende processkostnadsansvar i förvaltningsdomstol har diskuterats i olika utredningar under lång tid. Här nedan följer en redogörelse för en del uttalanden hämtat från dessa förarbeten.

#### **PBL-överklagandeutredningens betänkande Effektiv och rättssäker PBL-överprövning varav följande framgår<sup>59</sup>**

Under arbetets gång har det framförts att det skulle kunna införas en skyldighet för enskilda som förlorar PBL-mål i domstol att betala motpartens rättegångskostnader på liknande sätt som gäller vid prövningen av tvistemål enligt rättegångsbalken. Det finns dock flera invändningar som kan framföras mot en sådan ordning. Ett PBL-mål är inte ett tvistemål utan ett överklagat myndighetsbeslut. Grundtanken är att enskilda ska kunna föra en process utan ombud och enskilda beviljas inte heller rättshjälp i PBL-mål. Detta talar emot att införa en ordning där den ena parten ska betala den andra partens rättegångskostnader, i de fall det uppkommer sådana. Det kan även ifrågasättas om kommunernas skattepengar ska användas till att betala rättegångskostnader för enskilda i de fall den enskilde har framgång med sitt överklagande. PBL-ärendena kan ha många klaganden, i t.ex. överklagandet av den medialt uppmärksammade detaljplanen för Slussen i Stockholm (Mark- och miljödomstolen vid Nacka tingsrätts avgörande den 12 december 2012, mål nr P 3602-12) var det 157 klagande. Att i ett mål med så många klaganden ha ett krav på att betala motpartens rättegångskostnader skulle kunna bli komplicerat. Det skulle även bli dyrt för tappande part i en process med så många klaganden. Slutligen täcker rättsskyddet genom försäkringar i regel inte rättegångskostnader för prövningar av överklagade myndighetsbeslut, vilket gör att det kan bli mycket dyrt för

---

<sup>59</sup> SOU 2014:14, s. 151.



den enskilde. En skyldighet att betala motpartens rättegångskostnader i PBL-mål bör därför inte införas.

### Upphandlingsutredningens betänkande Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling varav följande framgår<sup>60</sup>

Upphandlingsutredningen bedömer att parterna även fortsättningsvis bör stå sina egna kostnader i överprövningsmål och anför följande. Ett fåtal remissinstanser<sup>61</sup> har berört frågan om rättegångskostnader i upphandlingsmål. Av dessa vill de flesta – dock inte alla – att en ordning övervägs där förlorande part ska ersätta motpartens rättegångskostnader. Upphandlingsutredningen vill till att börja med påpeka att uppfattningen att det inte skulle vara förenat med kostnader att begära överprövning av en upphandling är en sanning med modifikation. Dels är det fråga om kostnader i form av arbetstid och dels i regel kostnader för ombud. I dag står båda parter för sina egna kostnader i samband med en överprövning. Det finns få möjligheter att få ersättning för kostnader i samband med ett förvaltningsrättsligt förfarande. Detta gäller i stort sett för samtliga måltyper. I 43 kap. skatteförfarandelagen (2011:1244) finns regler om att en skattskyldig kan få ersättning i vissa fall. Vidare finns i rättshjälplagen (1996:1619) bestämmelser om rättshjälp för fysiska personer som gäller under vissa förutsättningar. Det finns ingen tradition i Sverige att en part får ersättning för sina rättegångskostnader i förvaltningsrätt.

Konkurrensverket har anfört<sup>62</sup> att det är olämpligt att införa avgifter för överprövningsmål, att andelen bifall i upphandlingsmål talar mot en sådan ordning samt att en eventuell skyldighet att förlorande part ska ersätta motpartens rättegångskostnader skulle, utöver den avhållande effekt det skulle kunna ha på främst mindre leverantörer, dessutom kunna få till följd att förlorande part i större utsträckning än i dag skulle överklaga domen till ytterligare en nivå för att få bifall och befrias från ersättningsskyldigheten. En sådan

<sup>60</sup> SOU 2013:12 s. 364–366.

<sup>61</sup> Avseende delbetänkandet På jakt efter den goda affären – analyser, erfarenheter och synpunkter på den offentliga upphandlingen (SOU 2011:73).

<sup>62</sup> I sitt remissvar avseende delbetänkandet På jakt efter den goda affären – analyser, erfarenheter och synpunkter på den offentliga upphandlingen (SOU 2011:73).

ordning skulle kunna få till följd att fler avgöranden överklagas till överinstans med en längre total handläggningstid som följd.

Upphandlingsutredningen instämmer i Konkurrensverkets resonemang vad gäller skyldigheten att betala rättegångskostnader och bedömer att ersättning för rättegångskostnader inte skulle leda till önskat resultat.

### **Remissinstansernas synpunkter avseende Upphandlingsutredningens bedömning vad gäller processkostnader (SOU 2013:12)**

Endast ett fåtal remissinstanser uttalar sig. Remissinstanser som tillstyrker bedömningen: *Domstolsverket, Förvaltningsrätten i Karlstad, Konkurrensverket, Företagarna, Svenska teknik- och designföretagen, Mölndals stad* och *Sveriges Byggindustrier*. Remissinstanser som avstyrker bedömningen: *Försvarets materielverk (FMV), Trafikverket, Skatteverket, Göteborgs stad, Nacka kommun* och *Konkurrenskommissionen*.

*Domstolsverket* delar utredningens bedömning att parterna även fortsättningsvis bör stå sina egna kostnader i överprövningsmål. Ersättningskyldighet för motpartens rättegångskostnader skulle inte leda till mer än marginella konsekvenser när det gäller antalet överprövningar.

*FMV* förordar en fördjupad analys rörande frågan huruvida en regel med innebörd att tappande part ersätter motpartens rättegångskostnader ska införas i LOU, LUF och LUFSS och anför följande. Goda argument talar för att tappande part, i likhet med vad som gäller i mål hos allmän domstol, bör ersätta motpartens rättegångskostnader. *FMV* tror att en sådan ordning kan vara till fördel för såväl upphandlande myndigheter och enheter som för leverantörer. Överprövningsmålen liknar i princip mål om ekonomiska förhållanden mellan näringsidkare. I dispositiva tvistemål gäller generellt att tappande part ersätter motpartens rättegångskostnader. *FMV* kan inte inse att denna ordning inte skulle kunna gälla även i mål om överprövning. De överväganden som legat bakom att denna ordning gäller i dispositiva tvistemål torde tvärtom kunna göras gällande med samma styrka i överprövningsmålen. En regel om att tappande part ska ersätta motpartens rättegångskostnader ger leverantören incitament att överväga dennes möjligheter att vinna

processen. Sådana incitament saknas i dag. Införs en sådan regel skulle det med andra ord kunna medföra att antalet obefogade eller ogrundade överprövningar minskar. En ordning där tappande part ersätter motpartens rättegångskostnader har knappast någon skyddsvärd negativ effekt för leverantörer. Ordningen medför inte att leverantörernas möjligheter att angripa överträdelser av regelverket försvåras eller förhindras. Tvärtom kan ordningen vara till fördel för inte minst små och medelstora leverantörer, som många gånger kan ha svårt att bära kostnaderna för att anlita ombud. Mindre leverantörer är till följd av dagens ordning ofta hänvisade till att föra sin talan på egen hand. Det upphandlingsrättsliga regelverket är emellertid mycket komplext och praxis inom rättsområdet är under ständig utveckling. En leverantör som har lidit skada till följd av en överträdelse mot det upphandlingsrättsliga regelverket, och som inte förfogar över egen juridisk expertis i sin organisation, har bättre möjligheter att vinna en talan om leverantören biträds av ett ombud – t.ex. en advokat – än om han eller hon tvingas föra sin talan på egen hand. Med hänsyn till att leverantören i dag inte kan få sådana kostnader ersatta från motparten, kan det väl tänkas att han eller hon ändå tvingas avstå från att anlita ombud även i befogade och välgrundade fall. Det gäller inte minst i upphandlingar med mindre kontraktsvärden. Såvitt FMV känner till finns redan regler om att tappande part ska ersätta motpartens rättegångskostnader i överprövningsmål i många av EU:s medlemsstaters lagstiftning. Sådana regler gäller också redan i dag för upphandlingsrättsliga skadeståndsmål.

*Skatteverket* föreslår att domstolen ska kunna döma förlorande part att betala motpartens rättegångskostnader, då sökande saknat grund för att ansöka om överprövning och anför följande. Syftet är att avskräcka från oseriösa överprövningar. Det finns i dag upphandlingar som överprövas utan saklig grund. Det är lätt att skicka in en ansökan om överprövning och det kostar ingenting. En anledning kan, som ovan framförts, vara att leverantörer vill blockera ett avtal. Dessa överprövningar skapar stora problem för myndigheterna, som står utan avtal, ibland under en lång överprövningsperiod, trots att det är uppenbart att leverantören inte kommer att vinna framgång med sin talan. Problemet drabbar även den vinnande leverantören som inte får börja leverera under den tid som överprövningen pågår.

*Göteborgs kommun:* Ansökningsavgift eller ansvar för motpartens rättegångskostnader bör övervägas. Mot bakgrund av statistiken, och att antalet överprövningar återigen ökar, framstår draget av kostsamt okynnesprocessande tydligt. Göteborgs Stads upphandlings AB vinner över 90 procent av överprövningsmålen och det förhåller sig sannolikt på motsvarande sätt för de stora upphandlande myndigheterna och de upphandlingar som rör stora värden. Detta förhållande kommer inte kunna åtgärdas med mindre än att det införs ansvar för motpartens rättegångskostnader eller väl tilltagna ansökningsavgifter. I sammanhanget bör vidare uppmärksammas den skillnad som finns mellan upphandlingsmål och andra förvaltningsmål i det att upphandlingsprocessen i princip är ackusatorisk. När det gäller konsekvensen för parten av en otillräcklig bevis- eller processföring har den följaktligen mer likhet med civilprocessen i de allmänna domstolarna än de ordinära målen i förvaltningsdomstol. Med hänsyn härtill framstår ett ansvar för motpartens rättegångskostnader både som lämpligt och systemkoherent.

*Nacka kommun:* Om det ska vara rättegångskostnader eller kända ansökningsavgifter som den som vinner en överprövning får tillbaka eller något annat, måste snarast utredas i syfte att lägga förslag på lagstiftning. Risken för överprövningar medför att de upphandlande myndigheterna håller sig till beprövade metoder, oavsett om de ger den bästa affären eller inte. Den effekten försvinner inte genom att överprövningarna sker i en minskad skara förvaltningsrätter även om de i sig blir duktigare både i sak och i att hantera den här typen av mål. Det går inte att avvisa tanken på rättegångskostnader eller avgifter på de grunder som Upphandlingsutredningen gör på knappa två sidor. Man måste kunna göra sådant man inte har gjort förut eller som inte traditionellt har tillämpats i förvaltningsdomstol. Upphandling som måltyp är, enligt Nacka kommuns uppfattning, redan i sig tillräckligt väsensskild från andra måltyper som räknas till förvaltningsprocessen, att man gott kan titta på den här typen av åtgärder.

*Företagarna* instämmer i utredningens ställningstagande i fråga om att parterna även fortsättningsvis bör stå för sina egna kostnader i överprövningsmål. I dagsläget överprövas sju procent av alla annonserade upphandlingar och i omkring en tredjedel av målen får det överklagande företaget bifall. Att införa en skyldighet för förlorande part att betala motpartens rättegångskostnader skulle riskera

att avskräcka små företag från överprövning, även i sådana fall då överprövning vore berättigat.

*Mölnadal*s stad instämmer i utredningens bedömning om att tappande part inte ska stå för andra partens rättegångskostnader. I ett mål där förlikning inte är tillåten kan det vara svårt att överblicka konsekvenserna av en sådan bestämmelse.

### **Proposition 1997/98:105 Det allmännas skadeståndsansvar varav följande framgår<sup>63</sup>**

I diskussionen om det allmännas skyldighet att ersätta enskilda motparter för rättegångskostnader i förvaltningsprocessen har två alternativ utkristalliserats. Det ena, det s.k. processuella alternativet, innebär att frågan regleras just som en fråga om rättegångskostnader. Det andra alternativet, det s.k. skadeståndsrättsliga alternativet, innebär att man låter ansvaret inträda huvudsakligen inom ramen för ett skadeståndssystem.

Frågan om ersättning för rättegångskostnader i förvaltningsprocessen bör enligt regeringens uppfattning främst ses som just en rättegångsfråga och inte som en skadeståndsfråga. Det s.k. processuella alternativet bör alltså ha ett företräde. Det är då naturligt att frågan får behandlas i ett annat sammanhang. Regeringen avser att ta upp saken i samband med en genomgång av vissa förvaltningsprocessuella frågor. Det överensstämmer med regeringens ställningstagande vid tillkomsten av ärendelagen (se prop. 1995/96:115 s. 118).<sup>64</sup>

#### **5.4.2 Andra EU- och EES-länders reglering<sup>65</sup>**

I *Finland* prövas upphandlingsmålen såsom tidigare nämnts i Marknadsdomstolen. Marknadsdomstolen är en förvaltningsdomstol och dess avgöranden överklagas till Högsta förvaltningsdomstolen. Processkostnaderna betalas i normalfallet av tappande part. Före 2010 behövde en leverantör inte betala upphandlande myndighets

---

<sup>63</sup> Prop. 1997/98:105 s. 43 f.

<sup>64</sup> Någon sådan genomgång har inte ännu kommit till stånd; utredningens anmärkning.

<sup>65</sup> Detta avsnitt bygger till stor del på de svar utredningen fått från respektive land.

rättegångskostnader om inte den enskilda parten framfört ett uppenbart ogrundat yrkande. Denna reglering ledde till att i de allra flesta fall behövde leverantören inte betala rättegångskostnaderna. Principen var ursprungligen tänkt att tillämpas på mål mellan en enskild individ och staten och ansågs inte vara relevant i upphandlingsmål där den enskilda parten ofta var större och ekonomiskt starkare än den upphandlande myndigheten (exempelvis ett stort företag mot en liten kommun). Regleringen togs därför bort. Domstolen bestämmer hur stora processkostnader den tappande parten ska betala. I de flesta fall bestämmer domstolen att tappande part ska betala skäliga och inte särskilt höga processkostnader.

I *Norge* beslutar domstolarna om hur kostnaderna i samband med överklagandet ska fördelas mellan parterna. Om man vinner kan motparten bli ålagd att betala rättegångsavgiften som en del av processkostnaderna. I Klagenemnda for offentlige anskaffelser (KOFA)<sup>66</sup> bär parterna dock sina egna kostnader.

I *Danmark* infördes 2013 nya regler där den förlorande parten ska stå för motpartens kostnader. Detta gjordes i samband med att avgifterna höjdes. Anledningen till förändringarna var att det fanns för många upphandlingsmål. Antalet överprövningar utan grund har efter förändringarna minskat. Det anses att det var för enkelt att begära överprövning förut. I cirka 20 procent av målen vinner den leverantör som begärt överprövning.

I *Tyskland* där upphandlingsmålen prövas i förvaltningsdomstol bär den förlorande parten alla rättegångskostnader.

Om leverantören får helt bifall i *Nederländerna* kan den upphandlande myndigheten åläggas av domstol att betala processkostnader, inklusive domstolsavgifter och ombudskostnader. Om den upphandlande myndigheten får helt bifall kan leverantören åläggas av domstol att betala processkostnader, inklusive domstolsavgifter och ombudskostnader. Om en leverantör får delvis bifall delas processkostnaderna mer eller mindre mellan parterna.

---

<sup>66</sup> Det norska domstolsväsendet är uppbyggt kring allmänna domstolar och ett litet antal specialdomstolar. I Norge kan man ansöka om överprövning i allmän domstol. Erfarenheterna i Norge pekade dock tidigt mot att upphandlingsmål hade behov av en alternativ tvistlösningsmodell. För att ge en snabbare och billigare tvistlösning för leverantörer på en lägre nivå inrättades den 1 januari 2003 en oberoende överklagande nämnd KOFA. KOFA:s beslut är rådgivande, men det förväntas att dessa följs.

I *Österrike* bär vardera parten sina kostnader vid överprövning av upphandling i förvaltningsdomstol. Om leverantören får bifall kan ersättning begäras genom skadeståndstalan i allmän domstol.

### 5.4.3 Bör processkostnadsansvar införas?

I tvistemål är huvudregeln att den förlorande parten ska svara för den vinnande partens kostnader. Detsamma kan sägas gälla även i brottmål, även om kostnadsansvaret för en tilltalad är begränsat med hänsyn till hans eller hennes ekonomiska förhållanden. Från huvudregeln görs undantag i familjemål och andra s.k. indispositiva mål, dvs. mål där parterna inte kan träffa förlikning utan måste få frågan prövad i domstol. I dessa mål är det vanligt att vardera parten får stå sina egna kostnader. Som tidigare nämnts gäller i förvaltningsprocessen som huvudregel att en enskild part saknar rätt till ersättning för processkostnader. För några av förvaltningsdomstolarnas måltyper finns dock en specialreglering, främst mål om s.k. administrativa frihetsberövanden och skattemål. Det finns inga mål i förvaltningsprocessen där processkostnaderna fördelas mellan parterna. Inte heller i upphandlingslagstiftningen finns några särskilda regler om rätt till ersättning för processkostnader. Upphandlingsutredningen har i sitt slutbetänkande gjort bedömningen att parterna även fortsättningsvis bör stå sina egna kostnader i sådana mål (se mer i avsnitt 5.4.1).

Frågan om ersättning för processkostnader i förvaltningsprocessen har tidigare av regeringen ansetts vara främst en rättegångsfråga och inte som en skadeståndsfråga (se mer i avsnitt 5.4.1). Högsta domstolen har emellertid som beskrivits ovan, i NJA 2013 s. 762, dragit slutsatsen att den kostnad som en anbudsgivare har ådragit sig genom att framgångsrikt driva en överprövningsprocess i vissa fall kan utgöra en ersättningsgill skada. Att en upphandlande myndighet eller enhet kan bli ersättningsskyldig för motpartens processkostnader såsom skadestånd skapar enligt utredningens mening en obalans mellan parterna i överprövningsförfarandet, där den upphandlande myndigheten eller enheten aldrig kan få sina kostnader ersatta. Till det kommer att ett skadeståndsansvar för en upphandlande myndighet eller enhet kan verka processdrivande i en vidare mening, eftersom frågan om skadeståndsskyldighet kommer att

behöva prövas i ytterligare en process men nu i allmän domstol sedan upphandlingen avslutats.

Det finns olika alternativa lösningar för att komma till rätta med den obalans som nu råder mellan parterna i upphandlingsmål.

Ett alternativ för att rätta till obalansen skulle kunna vara att införa en regel som innebär att förlorande part ska svara för den vinnande partens kostnader. Liknande regler när det gäller upphandlingsmål finns bl.a. i Finland, Norge<sup>67</sup>, Danmark, Tyskland och Nederländerna. I Sverige förekommer det, bortsett från de dispositiva tvistemålen, i andra sammanhang att den enskilde får betala delar av statens/motpartens kostnader. I exempelvis brottmål blir den som döms för brottet, beroende på inkomsten, vanligen skyldig att betala hela eller delar av statens kostnader. I de skadeståndsmål som prövas i allmän domstol och som avser skada som uppstår till följd av upphandlingsfel är den enskildes motpart också en upphandlande myndighet/enhet. Även i dessa mål ska den förlorande parten betala motpartens processkostnader. Att den enskildes motpart är staten har alltså inte någon betydelse i sig för frågan om ett processkostnadsansvar.

Inom förvaltningsprocessen finns det däremot inte några regler som innebär att processkostnadsansvar finns om den enskilde parten inte vinner bifall till sin talan. Om en sådan regel skulle införas skulle det i sig skapa problem i form av ökade kostnader för domstolarna och dessutom, eftersom det skulle röra sig om en specialreglering för endast en måltyp inom förvaltningsprocessens ram, kunna ifrågasättas utifrån likvärdighetsprincipen. De ökade kostnaderna för domstolarna skulle i och för sig kunna försvaras om effekterna av ett processkostnadsansvar i fråga om ökad effektivitet blir tillräckligt stora. Man skulle möjligen också kunna argumentera för att det inte strider mot likvärdighetsprincipen att införa processkostnadsansvar för upphandlingsmålen eftersom dessa mål till viss del påminner om de tvistemål i allmän domstol där processkostnadsansvar gäller. Gränserna mellan förvaltningsdomstol och allmän domstol är inte helt klara och kanske inte heller så lätta att förstå när det gäller vilka mål som hör till det ena eller det andra

---

<sup>67</sup> Gäller processkostnader i allmän domstol men inte processkostnader i KOFA, se mer i avsnitt 5.4.2.



domstolsslaget. Många gånger torde det ha varit mera praktiska än principiella överväganden som styrt valet av domstolsslag.

Utredningen anser inte att man kan utgå från att den enskilde parten i upphandlingsmål ofta är större och ekonomiskt starkare än den upphandlande myndigheten/enheten, även om så kan vara fallet i en del situationer. Även om mål om offentlig upphandling enligt HFD i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare är det fortfarande, enligt utredningens mening, så att det centrala syftet med en överprövning i förvaltningsdomstol är att kontrollera en myndighets beslut utifrån en offentlighetsreglering. Vid en jämförelse med civilmål i allmän domstol skiljer sig upphandlingsmålen vidare bland annat från de dispositiva tvistemålen genom att parterna inte får förlikas. I familjemål och andra s.k. indispositiva mål, dvs. när parterna inte kan träffa förlikning utan måste få frågan avgjord i domstol gäller inte den annars rådande huvudregeln i tvistemål att den förlorande parten åläggs att svara för den vinnande partens kostnader. Många av de remissinstanser som yttrat sig i frågan när de yttrat sig över Upphandlingsutredningens betänkande tycks inte ha beaktat den distinktionen.

Enligt utredningens mening (se även avsnitt 5.2.6 och 5.3.4) handlar förvaltningsmål i grunden – även beträffande förvaltningsmål av mer kommersiell natur som t.ex. angående offentlig upphandling – om att en myndighet ska fatta ett avgörande utifrån en offentlighetsreglering. Som utredningen uppfattar det är det centrala syftet med en överprövning i upphandlingsmål såväl som i andra förvaltningsmål att kontrollera en myndighets beslut.<sup>68</sup> Med en sådan utgångspunkt skiljer sig inte överprövning av upphandlingsmålen från prövningen av övriga förvaltningsmål. En eventuell skyldighet för en förlorande enskild part att ersätta upphandlande myndighets eller enhets processkostnader skulle troligen få den effekten att antalet ansökningar om överprövning minskar. Det finns dock anledning att befara att den processavhållande effekten främst kommer att gälla mindre, kapitalsvaga leverantörer som inte vågar riskera att förlora en överprövningsprocess med de kostnader

---

<sup>68</sup> Enligt Högsta förvaltningsdomstolen (HFD 2013 ref 5) tar en överprövning i upphandlingsmål inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit principer och regler som anges i LOU.

som kan bli följd. Ett system med processkostnadsansvar skulle dessutom kunna få till följd att förlorande part i större utsträckning skulle överklaga domen till ytterligare en nivå för att få bifall och befrias från ersättningskyldigheten. En sådan ordning skulle alltså kunna få till följd att fler avgöranden överklagas till överinstans med en längre total handläggningstid som följd. Vid sådana förhållanden skulle effektiviteten i upphandlingsförfarandet inte öka.

Ovan nämnda talar enligt utredningens mening emot att införa en regel som innebär att förlorande enskild part ska ersätta den vinnande partens processkostnader. Utredningen föreslår därför inte någon sådan reglering.

Ett annat alternativ för att rätta till den obalans som ovan beskrivits skulle kunna vara att införa en regel som innebär att processkostnader inte utgör en ersättningsgill skada i upphandlingsmål. Enligt nu gällande upphandlingslagar är den upphandlande myndigheten eller enheten, utan någon uttrycklig inskränkning till vad skadan avser, skyldig att ersätta den skada som uppstår till följd av upphandlingsfelet. Möjligheten för en leverantör att erhålla skadestånd till följd av ett upphandlingsfel är då en viktig komponent. Enligt rättsmedelsdirektivet ska överprövningsinstitutet vara effektivt. Det innebär att det inte får vara omöjligt eller orimligt svårt för en leverantör att begära överprövning. Högsta domstolen (HD) har i NJA 2013 s. 762 anfört att den upphandlande myndigheten enligt skadeståndsbestämmelsen, utan någon uttrycklig inskränkning till vad skadan avser, är skyldig att ersätta den skada som uppstår till följd av upphandlingsfel. Som utredningen ser det gör HD en tolkning av den befintliga bestämmelsen utan att explicit ta ställning till dess förenlighet med unionsrätten. HD anger att enligt 7 kap. 6 § 1992 års LOU är den upphandlande myndigheten utan någon uttrycklig inskränkning till vad skadan avser, skyldig att ersätta den skada som uppstår till följd av upphandlingsfelet och att regelns utformning talar för att ersättning ska kunna utgå för skäligen ombudskostnader som har orsakats av en överträdelse av 1992 års LOU. Enligt utredningen kan det inte utläsas att HD anser att utformningen av bestämmelsen grundas på unionsrätten.

Att införa en regel som innebär att en leverantör inte kan få sina processkostnader ersatta genom skadestånd gör inte, enligt utredningens mening, det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt för en leverantör att få till stånd en överprövning av en upphandling. En

sådan regel är således inte, som utredningen ser det, oförenlig med EU-rätten. En nationell ordning där vare sig leverantör eller upphandlande myndighet/enhet kan få ersättning för sina processkostnader i överprövningsmål kan utifrån ett unionsrättsligt perspektiv enligt utredningens mening inte ses som mindre effektiv än en ordning där såväl leverantör som upphandlande myndighet/enhet kan få ersättning för dessa kostnader. Utredningen föreslår därför att en regel som innebär att processkostnader i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada bör införas. Genom en sådan regel är det möjligt att återställa balansen mellan parterna i upphandlingsmål.

## 5.5 Minska negativa konsekvenser av överprövning

Såsom nämnts i avsnitt 5.2 anges i kommittédirektiven två tänkbara strategier för att komma till rätta med de problem som orsakas, både samhällsekonomiskt och för berörda aktörer, av att upphandlingar stoppas när de begärs överprövade i domstol. Den strategi som innebär att man försöker minska antalet ansökningar om överprövning och därmed antalet stoppade upphandlingar har beskrivits och bedömts i avsnitt 5.2–5.4. Den strategi som innebär att man vidtar åtgärder som minskar de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad kommer att behandlas i avsnitt 5.6–5.10.

## 5.6 Den förlängda avtalsspärren

<p><b>Bedömning:</b> Den förlängda avtalsspärren bör kvarstå i befintlig omfattning.</p>
--

### 5.6.1 Uppdraget

Av kommittédirektiven framgår följande. Att den förlängda avtalsspärren gäller under hela tiden för förvaltningsrättens prövning följer inte av rättsmedelsdirektiven, utan beror på andra överväganden. Det finns alltså ett nationellt utrymme att utforma regelverket för att möjliggöra en mer nyanserad prövning av om upphandlingen ska få fortgå och avslutas under den tid som en överpröv-

ning pågår. Utredaren ska redogöra för hur ett relevant urval av EU- eller EES-länder valt att genomföra bestämmelserna om förlängd avtalsspärr och analysera i vilken omfattning den förlängda avtalsspärren ska gälla.

### 5.6.2 Aktuell reglering i nationell lagstiftning

Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 16 kap. 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr). Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.<sup>69</sup> I fall då avtalsspärr enligt 16 kap. 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten/enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts. Rätten får dock avstå från att fatta beslut att den upphandlande myndigheten/enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.<sup>70</sup>

I RÅ 2003 ref. 64 beslutade Högsta förvaltningsdomstolen samma dag som överklagandet kom in att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat har beslutats. Av RÅ 2005 ref. 17 framgår följande. På grund av den förhållandevis korta fristen uppkom dock större anledning än tidigare för den överprövande domstolen att genom ett interimistiskt förordnande enligt 7 kap. 2 § andra stycket LOU göra det möjligt att över huvud taget kunna genomföra en överprövning (RÅ 2003 ref. 64). Det interimistiska förordnandet med stöd av LOU skiljer sig således i detta hänseende från inhibition eller motsvarande beslut med stöd av 28 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), där det normalt förutsätts att en viss sannolikhetsbedömning av den slutliga utgången i målet har föregått beslutet. Ett interimistiskt beslut med stöd av LOU måste ses mot bakgrund av Alcateldomen och sättas in i sitt särskilda sammanhang. Sambandet mellan informationen om tilldelningsbeslutet, tio-dagarsfristen och ett interimistiskt beslut visar då entydigt att tidsfristreglerna tillkommit för att säkerställa en effektiv överprövning, särskilt avseende tilldelningsbeslutet.

---

<sup>69</sup> 16 kap. 8 § LOU, LUF respektive LUF5.

<sup>70</sup> 16 kap. 9 § LOU, LUF respektive LUF5.

Enligt flera kammarrättsavgöranden ska RÅ 2003 ref. 64 och RÅ 2005 ref. 17 tolkas på så sätt att det råder en stark presumtion för att meddela interimistiskt beslut.<sup>71</sup>

I Rosén Anderssons m.fl. kommentar till lagen om offentlig upphandling anges följande. Åtgärden att häva en avtalsspärr bör därför komma i fråga endast i rena undantagsfall, t.ex. om ansökan om överprövning saknar innehåll eller annars kan vara inlämnad av rent okynne. Vanligtvis bör ett beslut enligt denna bestämmelse aktualiseras först efter ett yrkande av en part. Om det är uppenbart för förvaltningsrätten att den som har begärt överprövning inte kan betraktas som leverantör och överprövningsansökan således ska avvisas, är det möjligt att en domstol finner anledning till att omedelbart häva en avtalsspärr.<sup>72</sup>

Av Asplunds m.fl. bok om överprövning av upphandling framgår följande. Förvaltningsrätten torde vara oförhindrad att med stöd av 16 kap. 8 § andra stycket LOU upphäva en förlängd avtalsspärr i *vissa delar*.<sup>73</sup> Det har i förarbetena inte angetts några exempel då ett upphävande kan ske. Ett sådant beslut skulle möjligen kunna aktualiseras vid uppenbart ogrundade ansökningar eller om den sökande leverantören uppenbart obstruerar rättens handläggning av målet i syfte att fördröja upphandlingen. På grund av att ett beslut att upphäva en förlängd avtalsspärr många gånger leder till att möjligheten till överprövning helt utsläcks kan det tänkas att domstolarna, som ett alternativ till att fatta sådana beslut, i stället utan dröjsmål tar upp målet till prövning i sak och avslår ansökan. För att rätten ska fatta ett interimistiskt beslut att avtal inte får ingås torde det inte krävas att det är visat eller ens framstår som klart att den upphandlande myndigheten eller enheten brutit mot LOU eller LUF. I stället torde det räcka att det inte framstår som osannolikt att den upphandlande myndigheten eller enheten begått fel som har betydelse för utgången i målet. Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden äger alltså giltighet vid överprövning av

---

<sup>71</sup> Se Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2597-10 och Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5211-10.

<sup>72</sup> H Rosén Andersson mfl, Lagen om offentlig upphandling – en kommentar, s. 639 f.

<sup>73</sup> Jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 6 mars 2013 i mål nr 8953-12 och den 25 april 2014 i mål nr 1066-1067-14.

en upphandling med tillämpning av reglerna i 16 kap. LOU eller LUF i lydelsen efter 2010 års överprövningsreform.<sup>74</sup>

### 5.6.3 Tidigare förarbeten och utredningar

#### Proposition om nya rättsmedel på upphandlingsområdet varav följande framgår<sup>75</sup>

Eftersom en förlängd avtalsspärr i princip har samma syfte som ett interimistiskt beslut, dvs. att hindra att avtal om upphandling ingås för att möjliggöra överprövning av tilldelningsbeslutet, finns egentligen inga processuella skäl för att den bör upphöra och ersättas av ett interimistiskt beslut. En leverantör har inget intresse av detta och för domstolens del innebär det merarbete. För en upphandlande myndighet eller enhet kan det förstås finnas ett intresse av att den förlängda avtalsspärren omedelbart ska upphävas, dock utan att ersättas av ett interimistiskt beslut. Utgångspunkten vad gäller upphandlingar där en förlängd avtalsspärr gäller bör vara att ett avtal inte ska få ingås under den tid tilldelningsbeslutet är föremål för handläggning i förvaltningsrätten. Sammanfattningsvis anser regeringen att den förlängda avtalsspärren bör gälla till dess förvaltningsrätten har avgjort målet och således inte endast till dess rätten fattat ett interimistiskt beslut.

För att undvika orimliga konsekvenser bör det finnas möjlighet för rätten att i ett mål om överprövning av beslut om upphandling omedelbart upphäva en förlängd avtalsspärr. Effekten av att den förlängda avtalsspärren upphävs blir att den upphandlande myndigheten eller enheten omedelbart får ingå avtal om upphandling. Situationen kan jämföras med när domstolen, enligt gällande rätt, avslår ett yrkande om interimistiskt beslut att upphandlingen inte får avslutas och tiodagarsfristen har löpt ut. Om avtal ingås ska målet inte prövas. Därmed minskar leverantörens möjlighet till överprövning av ett beslut om upphandling. Möjligheten att upphäva en förlängd avtalsspärr bör därför användas endast i undantagsfall och med försiktighet.

---

<sup>74</sup> A Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, s. 158 f.

<sup>75</sup> Prop. 2009/10:180 s. 124 f.

Flera remissinstanser har ansett att förlängd avtalsspärr bör införas även i överinstans. Regeringen ser både för- och nackdelar med en förlängd avtalsspärr i överrätt. En sådan spärr skulle göra systemet mer enhetligt och därmed minska risken för att leverantörer drabbas av rättsförluster på grund av att det av misstag inte framställs ett interimistiskt yrkande i överinstans. Mot bakgrund av att Regeringsrätten är prejudikatinstans är det emellertid, enligt regeringens mening, inte lämpligt att en förlängd avtalsspärr ska gälla under den domstolens prövning. I Regeringsrätten bör det därför även fortsättningsvis krävas att en leverantör framställer ett interimistiskt yrkande. Även om förlängd avtalsspärr införs i kammarrätt skulle systemet därmed inte bli enhetligt i alla instanser. En förlängd avtalsspärr i överrätt riskerar också att bidra till en fördröjning av upphandlingsprocessen. Om förlängd avtalsspärr införs i kammarrätt skulle den förlängda avtalsspärren behöva överensstamma med överklagandetiden. Tiden för att överklaga en förvaltningsrätts avgörande är enligt 6 a § förvaltningsprocesslagen (1971:291) tre veckor. Regeringen anser att en förlängd avtalsspärr om tre veckor efter förvaltningsrätts avgörande är en allt för lång tid och skulle innebära en oskälig fördröjning av upphandlingsprocessen jämfört med dagens ordning. Inom ramen för nuvarande förslag är det inte heller möjligt att göra de överväganden som krävs för att genomföra en generell förkortning av överklagandetiden i upphandlingsmål.

### **Upphandlingsutredningens betänkande Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling varav följande framgår<sup>76</sup>**

När en leverantör ansöker om överprövning fortsätter avtalsspärren automatiskt under prövningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr). Detta innebär att inget avtal tecknas under denna tid. Bestämmelserna har utformats så att domstolen inte kan pröva ett mål om avtal redan har tecknats. Av den anledningen har Sverige valt förlängd avtalsspärr under hela handläggningen i förvaltningsrätten. Anledningen till denna lösning är enligt förarbetena, att man inte

---

<sup>76</sup> SOU 2013:12 s. 346.

ansåg att det vore tillfredställande att domstolen kunde upphäva civilrättsligt bindande kontrakt. Detta argument har nu förlorat i kraft efter de nya reglerna om ogiltigförklaring av avtal som infördes den 15 juli 2010. Av de nordiska länderna är det bara Sverige som valt att implementera rättsmedelsdirektiven på detta sätt, dvs. som hindrar domstolarna från att pröva en upphandling i sak efter det att kontrakt tecknats.

#### 5.6.4 Rättsmedelsdirektiven och EU-domstolens praxis

Syftet med rättsmedelsdirektiven är som tidigare nämnts att säkerställa att upphandlingsdirektiven verkligen tillämpas, särskilt på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till.<sup>77</sup> Enligt rättsmedelsdirektiven ska den förlängda avtalsspärren antingen gälla fram till dess att domstolen har fattat beslut om ansökan om provisoriska åtgärder eller om prövning. Domstolen får ta hänsyn till sannolika följder av provisoriska åtgärder för alla berörda intressen som kan skadas, inklusive allmänintresset och får besluta att inte vidta sådana åtgärder om de negativa följderna kan väga tyngre än fördelarna. Ett beslut att inte bevilja provisoriska åtgärder ska inte påverka andra yrkanden från den person som begärt åtgärderna.<sup>78</sup>

Skälen för artikel 2.3 i ändringsdirektivet utvecklas i beaktandesats 12.

(12) Om en ansökan om prövning lämnas in strax innan den minimiperiod under vilken avtal inte får ingås löper ut, bör detta inte få till följd att det behöriga prövningsorganet berövas den tid som är nödvändig för att agera, särskilt för att förlänga den period under vilken avtal inte får ingås. Därför är det nödvändigt att det fastställs en oberoende minimiperiod som inte bör löpa ut förrän prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökningen. Detta bör inte hindra prövningsorganet från att göra en förhandsbedömning av om prövningen som sådan kan tas upp. Medlemsstaterna får föreskriva att denna period ska löpa ut antingen när prövningsorganet har fattat ett beslut om ansökningen om provisoriska åtgärder, inbegripet ytterligare förlängning av perioden under vilken avtal inte får ingås, eller när prövningsorganet har fattat ett beslut i sak, särskilt avseende en ansökan om åsidosättande av ett olagligt beslut.

<sup>77</sup> Beaktandesats 1 ändringsdirektivet samt EU-domstolens dom C 81/98 (Alcatel), p 33.

<sup>78</sup> Artikel 2.3 och 2.5 första konsoliderade rättsmedelsdirektivet samt artikel 2.3 och 2.4 andra konsoliderade rättsmedelsdirektivet (artikel 2.3 ändringsdirektivet).



EU-domstolens avgörande i *Alcatelmålet* innebär att medlemsstaterna är skyldiga att, vad gäller den upphandlande myndighetens beslut innan kontrakt ingås, i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av det beslutet, om förutsättningarna för detta är uppfyllda. Detta gäller oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontraktet har ingåtts.<sup>79</sup>

### 5.6.5 Andra EU- och EES-länders reglering<sup>80</sup>

Om en upphandling begärs överprövad i *Finland* och upphandlingens värde överstiger EU:s tröskelvärden inträder en förlängd avtalsspärr automatiskt till dess att domstolen prövat målet. Upphandlande myndighet kan ansöka om att avtalsspärren ska upphöra men det är relativt svårt att få spärren upphävd. Om upphandlingens värde understiger EU:s tröskelvärden måste leverantören ansöka om förlängd avtalsspärr.

I *Norge* inträder en avtalsspärr automatiskt om en leverantör begär överprövning av upphandling över EU:s tröskelvärden. Spärren gäller från och med att rätten meddelat den upphandlande myndigheten att upphandlingen begärts överprövad och till dess att interimistiskt beslut fattats. Om upphandlingens värde understiger EU:s tröskelvärde kan leverantör ansöka om att spärr ska inträda.

I *Danmark* inträder en förlängd avtalsspärr tills Klagenämnden beslutat om den förlängda avtalsspärren ska fortsätta att gälla. Ett sådant beslut ska fattas inom 30 dagar och utgör en ganska omfattande prövning där vikten av den upphandlande myndighetens intresse av att upphandlingen får fortgå tas med i bedömningen. Endast ett fåtal upphandlingar stoppas under hela överprövningen. I det fall en leverantör får rätt i slutändan återstår skadestånd. Därför upplevs stoppade upphandlingar inte som något stort problem i Danmark.

I *Frankrike* finns en bestämmelse som ofta nyttjas för att domstolen ska hinna avgöra frågan i sak som innebär att den fattar ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås under en period om 20 dagar. Efter den tidsutdräkten återfår myndigheten kapacitet att

<sup>79</sup> Mål C-81/98 Alcatel, punkt 43.

<sup>80</sup> Detta avsnitt bygger till stor del på de svar utredningen fått från respektive land.

ingå avtal. Upphandlingsförfarandet i *Irland* stoppas inte per automatik under pågående rättsprocess. En process i förvaltningsdomstol i *Portugal* hindrar att avtal ingås. I *Storbritannien* gäller att om myndigheten har kännedom om att en överprövning kommer att initieras får ett avtal inte ingås förrän överprövningen är avslutad. Det är inte särskilt vanligt förekommande att upphandlingar i *Storbritannien* överklagas. En uppfattning hos näringslivet som framhålls är att en process kan få negativa konsekvenser för framtida affärsrelationer och att det är svårt att bevisa förekomsten av begångna fel. I *Tyskland* gäller att ett avgörande ska fattas av en särskild prövningsinstans (Vergabekammern, VK) inom fem veckor från det att ärendet kom in. Möjlighet finns att förlänga tiden för prövning. När en upphandlande myndighet fått kännedom om att en överprövning inletts får den inte ingå avtal innan VK meddelat beslut. En myndighet får dock ansöka om att ingå avtal under den tid som prövningen pågår.<sup>81</sup>

#### **5.6.6 I vilken omfattning bör den förlängda avtalsspärren gälla?**

Det utrymme som finns att låta en upphandling fortgå och avslutas under den tid som en överprövning pågår i första instans är, enligt utredningens mening, den intresseavvägning som tillåts genom rättsmedelsdirektiven. Med beaktande av EU-domstolens samt Högsta förvaltningsdomstolens praxis såsom redogjorts för ovan är utrymmet att låta en upphandling fortgå och avslutas under den tid som en överprövning pågår i första instans enligt utredningens mening detsamma oavsett om första instans ska fatta interimistiskt beslut eller om första instans har möjlighet att häva avtalsspärren. Eftersom Sverige valt att låta den förlängda avtalsspärren gälla under handläggningen i förvaltningsrätten görs inte den skadeavvägning som rättsmedelsdirektiven tillåter i samband med ett interimistiskt beslut i förvaltningsrätten. Det finns dock en möjlighet att upphäva den förlängda avtalsspärren och i samband därmed göra en skadeavvägning.

---

<sup>81</sup> Ds 2009:30 s. 121 f.

Vid införandet av den förlängda avtalsspärren angavs i förarbetena *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet* att eftersom en förlängd avtalsspärr i princip har samma syfte som ett interimistiskt beslut, dvs. att hindra att avtal om upphandling ingås för att möjliggöra överprövning av tilldelningsbeslutet, finns det egentligen inga processuella skäl för att den bör upphöra och ersättas av ett interimistiskt beslut. Det angavs vidare att en leverantör inte har något intresse av detta och att det för domstolens del skulle innebära merarbete. I förarbetena angavs också att det för en upphandlande myndighet eller enhet förstås kunde finnas ett intresse av att den förlängda avtalsspärren omedelbart ska upphävas, dock utan att ersättas av ett interimistiskt beslut.<sup>82</sup>

Om systemet med förlängd avtalsspärr skulle avskaffas måste domstolen enligt utredningens mening i stället fatta ett interimistiskt beslut, där också i och för sig en skadebedömning måste göras. Med beaktande av att det enligt praxis råder stark presumtion för att meddela interimistiskt beslut att inte låta upphandlingen fortgå anser utredningen att ett återinförande av regler som innebär att förvaltningsrätten ska fatta interimistiskt beslut inte skulle innebära att problemet med stoppade upphandlingar skulle minska nämnvärt. I stället kommer det att skapa merarbete för förvaltningsrätterna. Utredningen föreslår därför att den förlängda avtalsspärren ska kvarstå i befintlig omfattning.

Utredningen har övervägt om den förlängda avtalsspärren ska gälla även under kammarrättens prövning. Det finns för- och nackdelar med ett sådant system. I dag meddelas i kammarrätterna, med hänsyn till HFD:s praxis (se mer i avsnitt 5.6.2), interimistiskt beslut i den största delen av målen. Detta innebär att de flesta upphandlingar i dag stoppas till dess kammarrätten beslutat annat, antingen genom att vägra prövningstillstånd eller genom att avgöra målet i sak.

Fördelarna med att låta den förlängda avtalsspärren gälla även under kammarrätternas handläggning är att det borde underlätta kammarrättens handläggning av upphandlingsmål, eftersom ett moment i prövningen försvinner. Det förekommer att överklaganden kommer in i slutet av tiodagarsfristen, vilket medför att kammarrätten på grund av tidsskäl ibland tvingas att interimistiskt besluta

---

<sup>82</sup> Prop. 2009/10:180 s. 124.

att avtal inte får ingås förrän annat beslutats för att kunna ta ställning till om prövningstillstånd ska meddelas eller inte. En sådan förlängd avtalsspärr i kammarrätt skulle också tillgodose de parter som klagar i tid i kammarrätten men inte känner till att de ska yrka interimistiskt beslut. Detta gäller framförallt småföretag utan ombud. Den minskade arbetsbördan borde innebära en ökad effektivitet i kammarrättens handläggning.

Konsekvensen av att låta den förlängda avtalsspärren även gälla under kammarrättens prövning kan dock bli att vissa upphandlingar stoppas under en längre tid om inte kammarrätten utnyttjar möjligheten att häva avtalsspärren i de fall man annars inte hade fattat ett interimistiskt beslut att avtal inte får ingås förrän annat beslutats. Om den förlängda avtalsspärren även skulle gälla under kammarrättens prövning skulle även incitament för rätten att avgöra målet så fort det går efter överklagandetidens utgång kunna falla bort, vilket skulle kunna få till följd att upphandlingar stoppas under en längre tid.

Utredningen har inte funnit att det i nuläget finns tillräckliga skäl att låta den förlängda avtalsspärren gälla även i kammarrätt. När effekterna av utredningens övriga förslag utvärderats kan det dock finnas anledning att utreda frågan på nytt.

## 5.7 Pröva trots avtal

**Bedömning:** Avtal bör även i fortsättningen avskära möjligheten att överpröva en upphandling.

### 5.7.1 Uppdraget

Av kommittédirektiven framgår följande. Enligt upphandlingslagarna gäller att om en upphandlande myndighet eller enhet ingår avtal i en upphandling, får upphandlingen inte längre överprövas. Sannantaget med den förlängda avtalsspärren blir konsekvensen att en upphandling regelmässigt stoppas under hela den tid som förvaltningsrättens prövning pågår. En fråga är vad rättsmedelsdirektiven och övrig unionsrätt kräver och vad som i övrigt är lämpligt i fråga om kompensation till en skadelidande leverantör, om en

förvaltningsdomstol kommer fram till att en avslutad upphandling har varit felaktig i något avseende.

Utredaren ska därför redogöra för hur ett relevant urval av EU- eller EES-länder valt att genomföra bestämmelserna om upphandling kan prövas efter det att kontrakt eller ramavtal slutits och vilken kompensation som i sådana fall finns tillgänglig för en leverantör som får rätt i överprövningen. Utredaren ska analysera om en domstol ska kunna pröva upphandlingen trots ingånget avtal samt analysera om och i så fall hur en skadelidande leverantör ska kompenseras.

### 5.7.2 Aktuell reglering i nationell lagstiftning

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör.<sup>83</sup>

Av Asplunds m.fl. bok om överprövning av upphandling framgår följande. Bestämmelsen tar bland annat sikte på de situationer då någon avtalsspärr inte gäller, såsom vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU, LUF och LUFSS eller upphandling utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5–9 §§ LOU, 4 kap. 2–3 §§ LUF respektive 4 kap. 5 § LUFSS. Bestämmelsen i 16 kap. 6 § andra stycket gäller emellertid även när den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att iaktta en avtalsspärr eller något annat förbud mot att ingå avtal. Om en upphandlande myndighet eller enhet ingår avtal trots att ett förbud mot detta gäller, kan rätten inte besluta om ingripande genom rättelse eller att upphandlingen ska göras om. Om ett avtal har ingåtts utsläcks alltid möjligheten till överprövning av upphandlingen, oavsett om det var tillåtet eller inte för den upphandlande myndigheten eller enheten att ingå avtalet. I de fall ett avtal ingåtts utan att det skett i strid med något av förbuden mot att ingå avtal, torde rätten skilja sig från målet utan att pröva det i sak. Detta kan exempelvis aktualiseras när ett mål har överklagats till kammarrätten eller Högsta förvaltningsdomstolen, men den upphandlande myndigheten eller enheten efter iakttagande av tiodagarsfristen i 16 kap. 10 § har

---

<sup>83</sup> 16 kap. 6 § andra stycket LOU, LUF och LUFSS.

ingått avtal utan att rätten dessförinnan har meddelat ett interimistiskt beslut att avtal inte får ingås. Annorlunda förhåller det sig när en upphandlande myndighet eller enhet ingått avtal i strid med något av förbuden i 16 kap. Leverantören kan då begära överprövning av det ingångna avtalets giltighet, antingen genom att ändra yrkandet i det pågående målet om överprövning, eller genom att en ny ansökan om överprövning av det ingångna avtalets giltighet ges in till förvaltningsrätten. Den leverantör som får sin rätt till överprövning av upphandlingen utsläckt genom att myndigheten eller enheten rättsstridigt ingår avtal står följaktligen inte utan rätt till överprövning. Däremot är det i dessa situationer inte möjligt för domstolen att förordna om att upphandlingen ska rättas eller göras om, utan den enda rättsföljden som kan beslutas vid ett eventuellt bifall till leverantörens talan är att det ingångna avtalet ogiltigförklaras. Vid läsningen av lagtexten i 16 kap. LOU, LUF och LUF S är det viktigt att notera skillnaden mellan det generella begreppet *överprövning* och de mera specifika instituten *överprövning av upphandling* respektive *överprövning av avtals giltighet*. Denna åtskillnad fanns inte i överprövningsreglerna före 2010 års reform. Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i RÅ 2005 ref. 10 (Ryan Air-domen) och RÅ 2005 ref. 17 (Trängselskattedomen) innebar att ett ingånget avtal enligt äldre rätt under vissa förhållanden inte utgjorde hinder mot överprövning av upphandlingen och att domstolen alltså var behörig att förordna att upphandlingen skulle rättas eller göras om. En överprövning av upphandlingen var fortfarande möjlig om avtalet hade ingåtts genom en otillåten direktupphandling, i strid med ett interimistiskt beslut, i strid med en tiodagars frist eller ett slutligt domstolsavgörande. När en domstol tidigare beslutade att exempelvis en otillåten direktupphandling skulle göras om fanns inget krav på att redan utförda prestationer skulle återgå eftersom avtalet inte kunde ogiltigförklaras. Genom 2010 års överprövningsreform avskaffades möjligheten att överpröva en upphandling när avtal har ingåtts, trots att avtalet ingåtts i strid med lagen eller ett domstolsförordnande. Numera finns i stället den mera verkningsfulla möjligheten att få det ingångna avtalets giltighet överprövat med stöd av reglerna i 16 kap. 13 §.<sup>84</sup>

<sup>84</sup> Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, s. 186 f.

I förarbetena till 1992 års LOU uttalades att det inte vore önskvärt att ett civilrättsligt bindande kontrakt mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör som slutits efter valet av leverantör kunde upphävas.<sup>85</sup> Även i en senare proposition uttalades att ogiltigheten är en opraktisk rättsföljd som bör användas med viss försiktighet vad gäller upphandlingskontrakt, vilket motiverades med att en återgång av en avtalad prestation som redan fullgjorts inte borde vara möjlig vid tjänsteupphandlingar. Även vid varuupphandlingar kunde problem uppstå eftersom varan redan kan tänkas ha förbrukats eller använts.<sup>86</sup>

Om ett avtal ogiltigförklaras av rätten anses detta medföra att ett eventuellt tilldelningsbeslut som meddelats i samma upphandling inte längre gäller.<sup>87</sup>

Av Asplunds m.fl. bok om överprövning av upphandling framgår vidare följande. Om den upphandlande myndigheten eller enheten meddelar ett nytt tilldelningsbeslut efter en ogiltigförklaring av avtal i upphandlingen, har detta beslut ansetts också kunna bli föremål för en överprövning av upphandling enligt 16 kap. 6 § första stycket, utan hinder av bestämmelsen i 16 kap. 6 § andra stycket om ingånget avtal som hinder mot överprövning av en upphandling. I en sådan situation har ett nytt beslut fattats i upphandlingen som i sig måste kunna överprövas, och det finns då inte heller något ingånget avtal att överpröva giltigheten av. Därmed kan det tidigare ingångna men sedermera ogiltigförklarade avtalet följaktligen inte anses utgöra hinder mot överprövning av en upphandling.<sup>88</sup>

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan domstol besluta att ett avtal får bestå även om avtalet har tillkommit genom en otillåten direktupphandling eller har tecknats i strid med en avtalsspärr, förlängd avtalsspärr eller ett interimistiskt beslut.<sup>89</sup> Undantaget ska tillämpas restriktivt och det är den som åberopar att undantag från ogiltighet ska göras som har bevisbördan för att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Ekonomiska in-

---

<sup>85</sup> Prop. 1992/93:88 s. 101.

<sup>86</sup> Prop. 2001/02:142 s. 74 f.

<sup>87</sup> Prop. 2009/10:180 s. 150–151 och 362.

<sup>88</sup> Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, s. 187 f. samt Konkurrensverkets yttrande (dnr 337/2012) till Kammarrätten i Göteborg mål nr 2262-12.

<sup>89</sup> 16 kap. 14 § LOU, LUF och LUF5.

tressen med direkt koppling till avtalet i fråga, såsom kostnader för förseningar, nytt upphandlingsförfarande, byte av leverantör och rättsliga skyldigheter i samband med ogiltighet, ska normalt sett inte anses utgöra tvingande hänsyn till ett samhällsintresse.<sup>90</sup>

### 5.7.3 Tidigare förarbeten och utredningar

#### **Proposition om nya rättsmedel på upphandlingsområdet varav följande framgår<sup>91</sup>**

Ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör ska kunna ogiltigförklaras. Därmed kan ingripande ske i behövlig omfattning även efter att avtal har slutits. Av ogiltigförklaring av ett avtal får anses följa att exempelvis ett tilldelningsbeslut inte längre gäller. Något behov av att vid en överprövningsprocess efter det att ett avtal har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör, vid sidan om möjligheten att ogiltigförklara avtalet, ge domstolarna möjlighet att förordna om att en upphandling ska göras om eller att ett beslut om upphandling ska upphävas finns därför inte. Eftersom möjligheten att ogiltigförklara ett avtal införs, är det enligt regeringens mening mer lämpligt att leverantören när avtal ingåtts ansöker om överprövning av avtalet, varvid rätten kan komma att ogiltigförklara det ingångna avtalet. Överprövning av en upphandling föreslås därför inte kunna ske sedan avtal slutits.

#### **Upphandlingsutredningens betänkande Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling varav följande framgår<sup>92</sup>**

När en leverantör ansöker om överprövning fortsätter avtalsspärren automatiskt under prövningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr). Detta innebär att inget avtal tecknas under denna tid. Bestämmelserna har utformats så att domstolen inte kan pröva ett mål om avtal redan har tecknats. Av den anledningen har Sverige

---

<sup>90</sup> Jfr prop. 2009/10:180, s. 362 f.

<sup>91</sup> Prop. 2009/10:180 s. 150 f. och 174.

<sup>92</sup> SOU 2013:12 s. 346.



valt förlängd avtalsspärr under hela handläggningen i förvaltningsrätten. Anledningen till denna lösning är enligt förarbetena, att man inte ansåg att det vore tillfredställande att domstolen kunde upphäva civilrättsligt bindande kontrakt. Detta argument har nu förlorat i kraft efter de nya reglerna om ogiltigförklaring av avtal som infördes den 15 juli 2010. Av de nordiska länderna är det bara Sverige som valt att implementera rättsmedelsdirektiven på detta sätt, dvs. som hindrar domstolarna från att pröva en upphandling i sak efter det att kontrakt tecknats.

#### 5.7.4 Rättsmedelsdirektiven och EU-domstolens praxis

Av rättsmedelsdirektiven framgår att det överlämnas åt medlemsstaten att reglera vilken effekt en tillämpning av de obligatoriska rättsmedlen ska ha på ett redan slutet avtal om upphandling. Medlemsstaterna får begränsa prövningsorganets behörighet att ingripa efter tidpunkten för att ett kontrakt har slutits.<sup>93</sup> Rättsmedelsdirektiven skiljer mellan prövning före det att ett avtal har ingåtts – de prekontraktuella rättsmedlen, vilka syftar till att inom rimlig tid rätta till överträdelser av de upphandlingsrättsliga regelverken, och prövning efter det att avtal har ingåtts – de postkontraktuella rättsmedlen (skadestånd).

Syftet med rättsmedelsdirektiven är att säkerställa att upphandlingsdirektiven verkligen tillämpas, särskilt på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till. Enligt EU-domstolens avgörande innebär detta att medlemsstaterna är skyldiga att, vad gäller den upphandlande myndighetens beslut innan kontrakt ingås, i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av det beslutet, om förutsättningarna för detta är uppfyllda. Detta gäller oberoende av möjligheten att erhalla skadestånd när kontraktet har ingåtts.<sup>94</sup>

---

<sup>93</sup> Artikel 2.7 andra stycket direktiv 89/665 samt artikel 2.6 andra stycket direktiv 92/13.

<sup>94</sup> Alcatel, punkt 43.

### 5.7.5 Andra EU- och EES-länders reglering<sup>95</sup>

I *Finland* är det möjligt att pröva upphandlingen/tilldelningsbeslutet efter att kontraktet ogiltigförklarats. Ett kontrakt kan ogiltigförklarats dels vid otillåten direktupphandling dels när den upphandlande myndigheten eller enheten inte tillämpat avtalsspärren korrekt i kombination med att annan överträdelse av upphandlingslagarna skett. Denna bestämmelse liknar rättsmedelsdirektivens bestämmelser (artikel 2d). Ogiltighetspåföljd, påföljdsavgift och förkortning av kontraktperioden kan bestämmas endast vid upphandling som överstiger EU:s tröskelvärden. Marknadsdomstolen kan bestämma att den upphandlande enheten betalar staten en påföljdsavgift, om Marknadsdomstolen har bestämt en ogiltighetspåföljd för upphandlingskontraktet. När en påföljd bestäms av Marknadsdomstolen ska denna ta hänsyn till arten av det fel eller den försummelse som den upphandlande enheten gjort sig skyldig till och värdet av den upphandling som är föremål för besvär. Påföljdsavgiftens belopp får inte överstiga 10 procent av kontraktets värde.

Om upphandlingens värde understiger EU:s tröskelvärden kan den förfördelade leverantören endast få gottgörelse. Gottgörelsen består av två element där hänsyn tas dels till överträdelsens art, dels till vilka effekter överträdelsen gett. Den sammanlagda gottgörelsen är vanligtvis högst 10 procent av upphandlingens värde. Den sökande måste visa att leverantören skulle haft en realistisk möjlighet att få kontraktet, om förfarandet hade varit felfritt.

Gottgörelse kan även påföras, om ett upphävande av beslutet, ett förbud för upphandlande myndighet att tillämpa en oriktig punkt i ett dokument som gäller upphandlingen eller att annars iaktta ett oriktigt förfarande eller ett åläggande för den upphandlande enheten att korrigera sitt oriktiga förfarande, kan orsaka större skada för den upphandlande enheten, för övriga aktörers rättigheter eller för det allmänna intresset än de fördelar som åtgärden medför eller om besvaren har lämnats in först efter det att kontraktet slutits.

I *Norge* kan tilldelningsbeslutet prövas om ett kontrakt ogiltigförklarats. Ett kontrakt kan ogiltigförklarats vid otillåten direktupphandling, när kontrakt tilldelats inom ramavtal eller ett dynamiskt inköpssystem i strid med upphandlingslagarna och när den upp-

---

<sup>95</sup> Detta avsnitt bygger till stor del på de svar utredningen fått från respektive land.

handlande myndigheten eller enheten inte tillämpat avtalsspärren korrekt i kombination med att annan överträdelse av upphandlingslagarna skett. Denna bestämmelse liknar rättsmedelsdirektivens bestämmelser (artikel 2d). Den leverantör som felaktigt tilldelats kontraktet kan efter ogiltigförklaring tillerkännas ersättning. Den upphandlande myndigheten kan sedan 2007 bli skyldig att betala böter vid otillåten direktupphandling.

En upphandling kan inte prövas när ett kontrakt ogiltigförklarats i *Danmark* eftersom man inte anser att det finns några kvarstående rättsliga anspråk. Den förfördelade leverantören kan dock begära skadestånd.

En pågående överprövningsprocess i *Tyskland* slutar i och med att avtalet slutits men man kan i en annan process visa att avtalet är ogiltigt. Ansökan om ogiltighetsprövning ska göras inom sex månader från avtalets slutande. Ersättning kan då betalas ut beroende på omständigheterna. När ett avtal kan ogiltigförklaras följer artikel 2 d rättsmedelsdirektiven. En upphandling kan inte överprövas efter avtal ogiltigförklarats.

En domstol i *Nederländerna* kan pröva en upphandling trots ingånget avtal under vissa särskilda förutsättningar. För att upphäva ett avtal krävs berättigat intresse, brådska och lagöverträdelse. Domstolen upphäver endast avtalet om en lagöverträdelse finns samt om domstolen anser att lagöverträdelsen är sådan att tilldelningsbeslutet bör upphävas. Beroende på vad parten yrkar kan domstolen besluta att den upphandlande myndigheten ska säga upp avtalet, inte teckna avtal, inte genomföra avtalet, påbörja nytt upphandlingsförfarande, acceptera en leverantörs anbud som lämpligt etc. Om en leverantör yrkat skadestånd i allmän domstol och visat att leverantören lidit skada med anledning av den avtalade överenskommelsen kan domstolen besluta om skadestånd.

I *Österrike* kan en upphandling prövas dels under den pågående upphandlingsprocessen, dels efter att kontrakt slutits. Den administrativa domstolen kan i enlighet med rättsmedelsdirektiven ogiltigförklara avtal i vissa situationer. Skadestandsfrågan prövas dock i allmän domstol. För att kunna få skadestånd måste den administrativa domstolen ha konstaterat att överträdelse av upphandlingslagarna har skett.

### 5.7.6 Bör domstol kunna pröva en upphandling trots ingånget avtal?

Att ett offentligt avtal upprätthålls och genomförs kan ligga i flera olika parterers intresse. Leverantören påverkas ekonomiskt av att den tänkta affären inte blir av. Den upphandlande myndigheten/enheten kan drabbas av förseningar och kostnader om ett avtal inte längre kan göras gällande. Det är dock inte bara avtalsparterna som riskerar att påverkas av att ett avtal inte kan genomföras. Även allmänheten kan drabbas om en offentlig myndighet eller enhet till följd av en ogiltigförklaring av avtalet inte kan tillhandahålla viktiga samhällstjänster.

I och med medlemskapet i EU och de rättsmedelsdirektiv som gäller ställdes krav på medlemsstaterna att införa bestämmelser som innebär ogiltigförklaring av avtal. I Sverige kan sedan 2010 även offentliga kontrakt utanför det direktivstyrda området ogiltigförklaras – något som EU inte kräver av medlemsstaterna. Enligt rättsmedelsdirektiven får medlemsstaterna begränsa prövningsorganets behörighet att ingripa efter tidpunkten för att ett upphandlingskontrakt har slutits.

Av tidigare förarbeten<sup>96</sup> framgår att något behov av att vid en överprövningsprocess efter det att ett avtal har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör, vid sidan om möjligheten att ogiltigförklara avtalet, ge domstolarna möjlighet att förordna om att en upphandling ska göras om eller att ett beslut om upphandling ska upphävas inte finns. Om ett avtal ogiltigförklaras av rätten anses detta medföra att ett eventuellt tilldelningsbeslut som meddelats i samma upphandling inte längre gäller. Det tilldelningsbeslut som senare fattas kan överprövas i vanlig ordning.

Utredningen anser inte att man skulle vinna något i effektivitetshänseende i upphandlingsprocessen om domstolen efter ogiltigförklaring sedan också skulle pröva upphandlingen. Utredningen bedömer att något behov av att vid en överprövningsprocess efter det att ett avtal har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör, vid sidan om möjligheten att ogiltigförklara avtalet, ge domstolarna möjlighet att förordna om att en

---

<sup>96</sup> Prop. 2009/10:180 s. 150 f.

upphandling ska göras om eller att ett beslut om upphandling ska upphävas inte heller finns.

## 5.8 Preklusionsfrist

**Bedömning:** Styrkeförhållandena mellan de som ansöker om överprövning och deras motpart, normalt en förvaltningsmyndighet, är inte så ojämn att det utesluter användningen av preklusionsregler.

**Förslag:** Om en överträdelse enligt 16 kap. 6 § första stycket<sup>97</sup> avser fel eller brist som finns innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud i upphandlingen löpt ut, ska rätten besluta om ingripande enligt första stycket endast om leverantören visat att anmärkning mot felet eller bristen gjorts hos den upphandlande myndigheten/enheten eller hos allmän förvaltningsdomstol i ett mål om överprövning. Anmärkning ska göras innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud gått, dock får anmärkning alltid göras inom tio dagar från det att leverantören fick kännedom eller borde ha fått kännedom om felet eller bristen.

### 5.8.1 Uppdraget

Enligt kommittédirektiven ska utredaren analysera lämpligheten av att införa bestämmelser om en s.k. preklusionsfrist i upphandlingslagarna, undersöka förekomsten av preklusionsfrister i andra europeiska staters rättsordningar och erfarenheter från tillämpningen samt undersöka om och varför leverantörerna väntar till efter tilldelningsbeslutet med att begära överprövning med invändningar mot de inledande momenten i upphandlingen.

Med preklusionsfrist menas att vissa av de inledande momenten i en upphandling endast får överprövas inom en viss tid. En frist

<sup>97</sup> 16 kap. 6 § första stycket LOU, LUF och LUFs: Om den upphandlande myndigheten/enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § (LOU), 24 § (LUF) respektive 11 § (LUFs) eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

kan t.ex. innebära ett förbud mot invändningar mot förfrågningsunderlagets utformning efter att anbudstiden löpt ut. Rättsmedelsdirektiven ger medlemsstaterna en möjlighet att införa preklusionsfrister.

Sverige har dock hittills valt att inte införa bestämmelser om preklusionsfrist. Frågan övervägdes senast i propositionen *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet* (2009/10:180, del 1 s. 155 f.). Som främsta skäl mot en frist framhölls att det ofta är först när anbudsgivarna tar del av tilldelningsbeslutet som det står klart för leverantören vad förfrågningsunderlaget har betydelse för utvärderingen. Först då har leverantören tillräcklig information för att avgöra om det finns anledning att begära överprövning av förfrågningsunderlaget.

Överprövningsmål som kommer in till domstolen i ett sent skede av upphandlingsförfarandet och innehåller invändningar om både det inledande konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen (t.ex. mot valet av upphandlingsförfarande eller villkor i förfrågningsunderlaget) och anbudsutvärderingen tenderar att bli omfattande och "tungrodda" både för den handläggande domstolen och för parterna. Detta påverkar rimligen handläggningstiden. Om domstolen sedan beslutar att upphandlingen ska göras om t.ex. på grund av fel i förfrågningsunderlaget, innebär det en försening och framför allt högre kostnader för den upphandlande myndigheten eller enheten och anbudsgivarna jämfört med om felet hade upptäckts och korrigerats tidigare.

Vissa upphandlande myndigheter har vidare redogjort för uppfattningen att det finns leverantörer som ansöker om överprövning för att skapa affärstillfällen i samband med de direktupphandlingar som genomförs för att täcka behoven av varor eller tjänster som uppstår när den huvudsakliga upphandlingen stoppas i väntan på avgörande.

Syftet med en preklusionsfrist är att påskynda upphandlingsprocessen i de fall överprövning sker. Mot bakgrund av det ökade antalet upphandlingsmål anser regeringen att det är angeläget att sträva efter att hanteringen av målen blir så smidig som möjlig. Därför finns det skäl att på nytt överväga frågan om en preklusionsfrist bör införas. Äldre analyser och överväganden kan tjäna som utgångspunkt. De bör dock kompletteras bl.a. med hänsyn till att de inte beaktade om och i vilken utsträckning leverantörernas

affärsstrategiska bedömningar eventuellt påverkar när en ansökan om överprövning lämnas.

### 5.8.2 Aktuell reglering i nationell lagstiftning

Enligt den svenska upphandlingslagstiftningen kan leverantörer ansöka om överprövning av beslut avseende de inledande momenten under hela upphandlingsprocessen.<sup>98</sup>

### 5.8.3 Rättsmedelsdirektiven och EU-domstolens praxis

Av de unionsrättsliga bestämmelserna framgår att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden kan prövas effektivt och i synnerhet, så skyndsamt som möjligt om det hävdas att sådana beslut har inneburit överträdelse av unionsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan.<sup>99</sup>

EU-domstolen har fastställt att direktiv 89/665 (första rättsmedelsdirektivet) inte utgör hinder för nationella bestämmelser i vilka det föreskrivs att prövning av ett beslut av den upphandlande myndigheten måste begäras inom en föreskriven tidsfrist och att alla oegentligheter under upphandlingsförfarandet som åberopas till stöd för begäran om prövning måste åberopas inom samma tidsfrist vid äventyr av preklusion, med följd att det inte längre är möjligt att ifrågasätta ett sådant beslut eller att åberopa en sådan oegentlighet när fristen löpt ut, under förutsättning att den ifrågasvarande fristen är skälig.<sup>100</sup>

Domstolen grundar i denna rättspraxis sin uppfattning på att ett fullständigt uppnående av målet för direktiv 89/665 skulle äventyras om anbudssökande och anbudsgivare tilläts att åberopa överträdelser av reglerna för offentlig upphandling i varje skede av upphandlingsförfarandet, eftersom den upphandlande myndigheten då skulle tvingas att börja om hela förfarandet för att korrigera över-

<sup>98</sup> Exempel på när överprövning kunde skett innan tilldelningsbeslut: Kammarrätten i Stockholms dom den 23 mars 2011, mål nr 5609-5629-10 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 mars 2013, mål nr 7024-7026-12.

<sup>99</sup> Artikel 1.1 direktiv 89/665, artikel 1.1 direktiv 92/13 och artikel 55.2 direktiv 09/81.

<sup>100</sup> Mål C-241/06, Lämmerzahl, punkt 50 och där angiven rättspraxis.

trädelserna.<sup>101</sup> Det ska konstateras att skyndsamhets- och effektivitetsmålen i direktiv 89/665 inte är uppfyllda när en person inte ansöker om prövning av den upphandlande myndighetens beslut att fastställa specifikationerna för upphandlingsförfarandet trots att han anser att specifikationerna är diskriminerande för honom, eftersom de hindrar honom från att avge ett godtagbart anbud i det ifrågavarande upphandlingsförfarandet, utan i stället inväntar delgivningen av beslutet att tilldela upphandlingsavtalet innan han ansöker om att den behöriga myndigheten ska pröva detta beslut med motiveringen att specifikationerna är diskriminerande för honom. Ett sådant förfarings sätt kan vara till skada för tillämpningen av gemenskapsdirektiven om förfarandet vid offentlig upphandling, eftersom det utan objektiva skäl kan försena inledningen av de prövningsförfaranden som ålagts medlemsstaterna genom direktiv 89/665.<sup>102</sup>

Den nationella preklusionsfristen, inbegripet det sätt på vilket den tillämpas, får däremot inte som sådan vara av sådant slag att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt för den som berörs att utöva sina rättigheter enligt unionsrätten.<sup>103</sup> Det ska erinras att om att en sådan frist, som löper från den dag då rättsakten offentliggjorts eller från den dag som den berörda personen fick full kännedom om den, även är förenlig med effektivitetsprincipen. En sådan frist innebär nämligen inte i sig att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt för den som berörs att utöva sina rättigheter enligt unionsrätten.<sup>104</sup>

Visserligen åläggs medlemsstaterna att garantera att en upphandlande myndighets beslut kan prövas så effektivt och skyndsamt som möjligt. Medlemsstaterna kan härvid, för att se till att det mål i direktivet som rör skyndsamhet uppfylls, införa tidsfrister för begäran om prövning, så att de berörda aktörerna blir skyldiga att så snart som möjligt agera mot förberedande handlingar eller preliminära beslut inom ramen för upphandlingsförfaranden.<sup>105</sup>

Det mål avseende skyndsamhet som eftersträvas i direktiv 89/665 ska emellertid genomföras i nationell rätt på ett sätt som

---

<sup>101</sup> Lämmerzahl, punkt 51.

<sup>102</sup> Mål C-230/02, Grossman Air, punkterna 37 och 38.

<sup>103</sup> Lämmerzahl, punkt 52.

<sup>104</sup> Mål C327/00, Santex, punkt 55.

<sup>105</sup> Mål C-456/08, Europeiska kommissionen mot Irland, punkt 60 och där angiven rättspraxis.



uppfyller kraven på rättssäkerhet. Medlemsstaterna är därför skyldiga att införa ett regelverk avseende tidsfrister som är så precist, klart och förutsägbart att enskilda ges en klar bild av sina rättigheter och skyldigheter.<sup>106</sup>

Detta mål avseende skyndsamhet innebär inte att medlemsstaterna får avvika från effektivitetsprincipen, enligt vilken nationella preklusionsfrister inte får tillämpas på ett sådant sätt att det blir omöjligt eller orimligt svårt för den som berörs att utöva sina rättigheter enligt unionsrätten. Effektivitetsprincipen är den princip som ligger bakom det mål att säkerställa en effektiv prövning som klart uttrycks i artikel 1.1 i nämnda direktiv.<sup>107</sup>

#### 5.8.4 Andra EU- och EES-länders reglering<sup>108</sup>

Om en upphandlande myndighet i *Finland* fattar ett beslut i det inledande skedet av en upphandling och meddelar leverantörerna beslutet (t.ex. angående förval av leverantörer vid selektivt förfarande) begränsar detta beslut tidsfristen för begäran om överprövning. Besvär ska anföras skriftligen inom 14 dagar efter det att anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått del av upphandlingsbeslutet jämte besvärshänvisning

I *Norge* kan upphandlande myndighet i selektivt förfarande (begränsat anbudskonkurrens) eller förhandlat förfarande (konkurrens med förhandling) fastställa en frist för när leverantörer kan ansöka om överprövning av myndighetens beslut att avvisa eller förkasta en begäran om att få delta i upphandlingen, (avvisning på grund av leverantörens förhållanden, eller när man begränsat antalet deltagare) hos tingsrätten. Fristen ska vara minst 15 dagar räknat från dagen efter myndighetens meddelande är sänt.

Om en upphandlande myndighet i *Danmark* valt selektivt förfarande, förhandlat förfarande eller konkurrenspräglad dialog ska anbudssökande klaga över upphandlingsförfarandet inom 30 dagar från underrättelse om vilka som får lämna anbud.

I *Tyskland* ska man begära prövning av fel i förfarandet så snart som möjligt.

<sup>106</sup> Mål C-456/08, Europeiska kommissionen mot Irland, punkt 61 och där angiven rättspraxis.

<sup>107</sup> Mål C-456/08, Europeiska kommissionen mot Irland, punkt 62.

<sup>108</sup> Detta avsnitt bygger till stor del på de svar utredningen fått från respektive land.

I *Österrike* ska en leverantör, som anser att ett beslut som den upphandlande myndigheten har fattat innan den har tilldelat kontraktet bryter mot lagen och att han därigenom lidit eller kan komma att lida skada, sända ett skriftligt och motiverat meddelande om detta till den upphandlande myndigheten. Leverantören ska samtidigt underrätta den upphandlande myndigheten om att han avser att inleda ett prövningsförfarande. När den upphandlande myndigheten har fått meddelandet ska den antingen omedelbart rätta till det påtalade förhållandet och underrätta leverantörerna därom, eller skriftligen underrätta klaganden om varför det påstådda rättsstridiga förhållandet inte är för handen. Ansökan om genomförande av ett prövningsförfarande innan kontraktet tilldelats får framställas endast om entreprenören kan visa att han har underrettat den upphandlande enheten om det förhållande som han anser vara rättsstridigt och sin avsikt att ansöka om ett prövningsförfarande och den upphandlande enheten inte inom två veckor har underrättat entreprenören om att rättelse har gjorts. Avseende förkastade anbud ska ansökan framställas inom två veckor och avseende uppgifter i det offentliga meddelande i vilket leverantörer uppmanas att delta i ett selektivt eller ett förhandlat förfarande, eller avseende uppgifter i ett meddelande om upphandling, inom två veckor.<sup>109</sup>

I *Nederländerna* kan alla beslut begäras överprövade under hela upphandlingsförfarandet.

### 5.8.5 Uppfyller den svenska regleringen skyndsamhets- och effektivitetsmålen i rättsmedelsdirektiven?

Den svenska regleringen innebär som nämnts ovan att anbudssökande och anbudsgivare tillåts att åberopa överträdelser av reglerna för offentlig upphandling i varje skede av upphandlingsförfarandet. Den upphandlande myndigheten eller enheten tvingas då, om leverantören vinner framgång med sin ansökan, att börja om hela förfarandet för att korrigera överträdelserna. Den svenska regleringen kan medföra större kostnader för alla berörda aktörer än en rättelse under en pågående upphandling. Anbudssökande och anbudsgivare

---

<sup>109</sup> 96–98 §§ lagen om offentlig upphandling för delstaten Wien, dom i mål C470/99, *Universale-Bau*, punkterna 15–17.

har i dag inte någon anledning att reagera på val av upphandlingsmetod, att man uteslutits från att lämna anbud, inte inbjudits att lämna anbud eller hur förfrågningsunderlaget är utformat förrän efter tilldelningsbeslutet.

Såväl Norge, Finland, Danmark, Tyskland som Österrike har regler som innebär att fel i förfarandet ska prövas så snart som möjligt.

Såsom utredningen ser det äventyras ett fullständigt uppnående av målen för rättsmedelsdirektiven genom att anbudssökande och anbudsgivare tillåts att åberopa överträdelse av reglerna för offentlig upphandling i varje skede av upphandlingsförfarandet. Av unionsrätten kan utredningen dock inte utläsa att det krävs att en renodlad preklusionsfrist införs.

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i juli 2013 i HFD 2013 ref. 53 framgår att det för att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga inte är tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats. Högsta förvaltningsdomstolen har i ovan nämnda mål lagt såväl åberopsbörda som bevisbörda på leverantören, vilket innebär att en presumtion för skada vid åberopande av brist i förfarandet inte finns. Utredningen gör nedan en analys av om Högsta förvaltningsdomstolens praxis innebär att målen i rättsmedelsdirektiven bättre uppnås.

Ett annat sätt att bättre nå målen i direktiven skulle kunna vara att införa en renodlad preklusionsfrist som innebär att en leverantör som vill få ett i upphandlingsprocessen tidigt beslut överprövat måste ansöka om överprövning inom en föreskriven tid. Ytterligare ett sätt kan vara att införa en regel som innebär att en leverantör – för att rätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas – ska visa att denne till den upphandlande myndigheten eller enheten, inom en viss tid, anmärkt mot ett fel eller en brist som finns innan tiden för att lämna anbud eller anbudsansökan i upphandlingen löpt ut (se mer i 5.8.9). Dessa alternativ analyseras även nedan.

### 5.8.6 Är det möjligt att införa en preklusionsfrist?

Upphandlingsmål räknas till de förvaltningsrättsliga måltyperna (se mer i 5.2.6). I förvaltningsrättsliga mål gäller officialprincipen som huvudregel. I mål om överprövning av upphandling gäller emellertid en särskild ordning. Denna ordning har framtagits av rättspraxis och ytterst av Högsta förvaltningsdomstolen (HFD), under senare år.

Av HFD:s rättspraxis följer att dispositionsprincipen som regel gäller i överprövningsmål beträffande återopade omständigheter, jfr RÅ 2009 ref. 69. Av nämnda dom framgår följande. Bestämelse om domstolarnas utredningsansvar ger uttryck för den s.k. officialprincipen. Motsatsen till officialprincipen är förhandlingsprincipen<sup>110</sup>. Enligt förhandlingsprincipen i dess renodlade form ligger ansvaret för utredningen helt på parterna. Tillämpningen av officialprincipen i förvaltningsprocessen diskuterades ingående i förarbetena till förvaltningsprocesslagen (1971:291), förkortad FPL, prop. 1971:30 Del 2 s. 526 f. Det uttalades bl.a. att domstolens aktivitet måste växla beroende på bl.a. vad för slags mål det gäller, om det finns en offentlig motpart i målet och om en enskild har ombud i målet. Att ett mål i en förvaltningsdomstol kunde gälla en tvist mellan två enskilda togs inte upp. Förmodligen var det över huvud taget inte aktuellt då. Under de nära 40 år som gått sedan FPL tillkom har processen i förvaltningsdomstolarna i viss mån ändrat karaktär. Förvaltningsprocessen har blivit en tvåpartsprocess där den enskilde så gott som alltid har en myndighet som motpart. En följd av det är att officialprincipen gör sig mindre gällande. Mål om offentlig upphandling gäller i princip ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare. De har alltså en större likhet med sådana mål där man inom den allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen än med mål som är typiska i förvaltningsdomstolarna och för vilka FPL har konstruerats. Detta leder till slutsatsen att officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling. Som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

---

<sup>110</sup> Den s.k. dispositionsprincipen.

*Exempel på preklusionsregler i förvaltningsprocess*

I förvaltningsprocessen finns preklusionsregler på vissa områden. I 37 § FPL finns t.ex. en bestämmelse om preklusion för mål som kräver prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen. Av bestämmelsen följer att omständigheter eller bevis, som en klagande åberopar först i Högsta förvaltningsdomstolen, får beaktas endast om det finns särskilda skäl.

Det finns också en särskild preklusionsbestämmelse för mål om laglighetsprövning. Den som vill få lagligheten av en kommuns eller ett landstings beslut prövad kan överklaga beslutet till förvaltningsrätt. Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag när det tillkännagavs på kommunens, landstingets eller kommunalförbundets anslagstavla att protokollet över beslutet justerats. Vid prövningen av överklagandet får inte beaktas andra omständigheter än sådana som klaganden har hänvisat till före klagotidens utgång (10 kap. 1, 6 och 10 §§ kommunalagen (1991:900).

Vidare finns särskilda preklusionsregler i 8 kap. 24 § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation, förkortad LEK. Av förarbetena till bestämmelsen framgår följande. Det stora krav på utredningsskyldighet som ålagts förvaltningsdomstolarna avspeglar det oftast mycket ojämna styrkeförhållandet mellan en enskild part, som oftast för sin egen talan, och en offentlig motpart. Det gör också att det inte är lämpligt att införa generella preklusionsregler i förvaltningsprocessen. I de måltyper där regeringen föreslår att målen ska handläggas skyndsamt ligger det nära till hands att införa begränsningar av rätten att åberopa nya omständigheter och ny bevisning.<sup>111</sup> Det finns vissa typer av förvaltningsmål som står de dispositiva tvistemålen nära. Det finns också måltyper som handläggs enligt reglerna för indispositiva tvistemål som innehåller dispositiva moment. Här avses främst olika typer av kommersiella tvister, t.ex. på immaterialrättens, konkurrensrättens och marknadsrättens områden. Dessa måltyper skiljer sig i några avseenden från flertalet övriga förvaltningsmål och indispositiva tvistemål. De enskilda parterna, normalt företag, är förhållandevis resursstarka och företräds vanligen av erfarna juridiska ombud. Styrkeförhållandena

---

<sup>111</sup> Prop. 2006/07:119 s. 32 f.

mellan dessa parter och deras motpart, normalt en förvaltningsmyndighet, är inte så ojämn att det utesluter användningen av preklusionsregler. Det bör vara möjligt att i tvister av kommersiell natur lägga ett större ansvar på parterna för utredningen i målet.<sup>112</sup>

Även i plan- och bygglagen förekommer en slags preklusionsregel som innebär att ett beslut att anta, ändra eller upphäva en detaljplan eller områdesbestämmelser endast får överklagas av den som före utgången av granskningstiden skriftligen har framfört synpunkter som inte har blivit tillgodosedda. Den inskränkning i rätten att överklaga som följer av första stycket gäller dock inte om beslutet har gått emot sakägaren genom att förslaget ändrats efter granskningstiden, eller överklagandet grundas på att beslutet inte har tillkommit i laga ordning.<sup>113</sup>

### *Utredningens bedömning*

Även om de enskilda parterna i upphandlingsmålen inte alltid är resursstarka och företräds av juridiska ombud anser utredningen att styrkeförhållandena mellan parterna i vart fall inte är så ojämn att det utesluter användning av preklusionsregler.

### **5.8.7 Uppnås målen i direktiven bättre genom Högsta förvaltningsdomstolens rättspraxis?**

Enligt Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) ska leverantören klargöra på vilket sätt valet av förfarande eller åberopade brister i förfrågningsunderlaget har medfört skada eller risk för skada för leverantören<sup>114</sup>. HFD lägger således såväl åberopsbörda som bevisbörda på leverantören. Om leverantören bara har invändningar på förfarandet måste leverantören visa att det lett till skada.

HFD:s praxis avseende skadeprövning kan visserligen göra att handläggningstiden i domstol minskar då domstolen inte behöver gå vidare i sin prövning om den konstaterat att leverantören inte visat att den åberopade bristen har medfört skada eller risk för

---

<sup>112</sup> SOU 2010:44 s. 372 f.

<sup>113</sup> 13 kap. 11 § plan- och bygglagen (2010:900).

<sup>114</sup> Jfr HFD 2013 ref. 53.

skada för leverantören. Rättspraxisen innebär dock inte, som utredningen ser det, att de berörda aktörerna blir skyldiga att så snart som möjligt agera mot förberedande handlingar eller preliminära beslut inom ramen för upphandlingsförfaranden. Enligt utredningens mening uppnås inte det skyndsamhetsmål som anges i direktiven fullt ut genom HFD:s rättspraxis.

### **5.8.8 Uppnås målen i direktiven bättre genom en renodlad preklusionsfrist?**

Som tidigare beskrivits innebär det svenska systemet att anbudssökande och anbudsgivare tillåts att åberopa överträdelse av reglerna i offentlig upphandling i varje skede av upphandlingsförfarandet. Den upphandlande myndigheten tvingas då för det fall en ansökan om överprövning vinner bifall att börja om hela förfarandet för att korrigera överträdelsen.

Konkurrensverket har undersökt förvaltningsrätternas avgöranden i upphandlingsmål under perioden april – juni 2014. Av denna undersökning framgår följande. Vanligast är att leverantörer ansöker om överprövning avseende enbart tillämpningen av förfrågningsunderlaget (cirka 27 procent). Därefter kommer klagomål på både tillämpning av förfrågningsunderlaget samt vinnande anbud (cirka 18 procent). Det är lika vanligt (eller ovanligt) att bara ansöka om överprövning avseende brist i konkurrensuppsökande skedet (lika stor andel ansöker om överprövning före som efter tilldelningsbeslutet), att ansöka om överprövning avseende brister i dels det konkurrensuppsökande skedet, dels förfrågningsunderlaget, dels brister hos vinnande anbud (cirka 7 procent vardera). Det är alltså cirka 20 procent av överprövningarna som kommer att beröras av en preklusionsfrist.

Enligt utredningens mening innebär HFD:s rättspraxis, som ovan nämnts, inte att de berörda aktörerna blir skyldiga att så snart som möjligt agera mot förberedande handlingar eller preliminära beslut inom ramen för upphandlingsförfaranden. Genom att införa regler som innebär att anbudssökande och anbudsgivare inte tillåts att åberopa överträdelse av reglerna för offentlig upphandling i varje skede av upphandlingsförfarandet skulle Sverige bättre uppnå målen i rättsmedelsdirektiven.

En preklusionsfrist bör dock innefatta en möjlighet att begära överprövning av de inledande momenten även efter tilldelningsbeslutet i de fall då den upphandlande myndighetens agerande inte visar sig förrän efter utgången av preklusionsfristen. En sådan ventil krävs för att uppfylla effektivitetsprincipen i unionsrätten eftersom nämnda princip ställer krav på att nationella preklusionsfrister inte får tillämpas på ett sådant sätt att det blir omöjligt eller orimligt svårt för den som berörs att utöva sina rättigheter enligt unionsrätten. Det som tidigare har ansetts vara det främsta skälet emot att införa preklusionsfrist, dvs. att felaktigheter i förfrågningsunderlaget inte kan upptäckas förrän efter tilldelningsbeslutet skulle, enligt utredningens mening, genom att en sådan ventil införs inte längre vara ett bärande skäl emot att införa en preklusionsfrist.

Ett annat argument mot att införa en preklusionsfrist har uppgetts vara att det finns en risk för att ett ökat antal ansökningar om överprövning sker för säkerhets skull (t.ex. för att begränsa sin skada vid eventuell skadeståndsprocess).<sup>115</sup> Enligt utredningens mening är skälet för att införa en preklusionsfrist inte i sig att minska antalet överprövningar utan att påskynda upphandlingsprocessen i de fall överprövning sker samt att renodla upphandlingsmålen i domstolarna. Överprövningar som avser både de inledande momenten och tilldelningsbeslutet tenderar att bli omfattande och tungrodda både för den handläggande domstolen och för parterna. Detta påverkar rimligen handläggningstiden. Om domstolen sedan beslutar att upphandlingen ska göras om t.ex. på grund av fel i förfrågningsunderlaget, innebär det en försening och framförallt högre kostnader för den upphandlande myndigheten/enheten och anbudsgivarna jämfört med om felet hade upptäckts och korrigerats tidigare.

Ett annat skäl som angetts mot att införa preklusionsfrist är att bristfälliga förfaranden som leverantören inte klagat på i rätt tid kan fortgå utan möjlighet till korrigerande och att det inte bidrar till en korrekt tillämpning av unionsrättsliga upphandlingsregler. EU-domstolen har i flertalet mål uttalat att medlemsstaterna kan se till att målet som rör skyndsamt uppfylls genom att bl.a. införa tidsfrister för begäran om prövning så att de berörda aktörerna blir skyldiga att så snart som möjligt agera mot förberedande hand-

---

<sup>115</sup> SOU 2006:28 s. 290 f.



lingar eller preliminära beslut.<sup>116</sup> Enligt utredningens mening är det mot bakgrund härav svårt att argumentera för att ett införande av preklusionsregler som även uppfyller kraven på rättssäkerhet och effektivitet inte anses bidra till en korrekt tillämpning av unionsrättsliga upphandlingsregler.

Om en preklusionsfrist införs måste den utformas på ett sådant sätt att kraven på rättssäkerhet uppfylls. En preklusionsfrist måste vara så precis, klar och förutsägbar att enskilda ges en klar bild av sina rättigheter och skyldigheter.

Ytterligare ett argument mot att införa en preklusionsfrist har uppgetts vara att en leverantör som är rädd för att framstå som besvärlig skulle avstå från att begära överprövning vilket skulle leda till färre överprövningar som i sig skulle strida mot direktiven.<sup>117</sup> Av förarbetena *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet* framgår att någon överhängande risk för att en leverantör skulle avhålla sig från att begära överprövning av rädsla för att hamna i dålig dager inte bör vara avgörande då det inte är ovanligt att leverantörer kontaktar upphandlande myndighet avseende oklarheter i förfrågningsunderlaget. Av de enkätsvar<sup>118</sup> utredningen tagit del av framgår att leverantörer inte drar sig för att ställa frågor till den upphandlande myndigheten eller enheten. Det är dock en stor skillnad mellan att ställa frågor och att faktiskt gå till domstol. Av enkätsvaren framgår att leverantörer är mindre benägna att ansöka om överprövning efter tilldelningsbeslutet än de är att ställa frågor till den upphandlande myndigheten. Enligt utredningens mening borde tröskeln vara ännu högre för att begära överprövning innan tilldelningsbeslutet. Att införa en preklusionsfrist som innebär att leverantörer måste ansöka om överprövning av de inledande momenten inom en viss tid vid äventyr av preklusion skulle kunna leda till att antalet överprövningar minskade till följd av leverantörers rädsla att framstå som besvärliga. Sammantaget finner utredningen att skälen mot en preklusionsfrist i den diskuterade formen är så starka att utredningen inte föreslår en sådan regel.

---

<sup>116</sup> Jämför dom i mål C 456/08 Europeiska kommissionen mot Irland, punkt 60 och där angiven rättspraxis.

<sup>117</sup> SOU 2006:28 s. 291 f.

<sup>118</sup> Enkätfrågorna finns i bilaga 4.

### 5.8.9 En alternativ lösning (mellanvägen)

Såsom utredningen angett i föregående avsnitt bör inte en preklusionsfrist införas som innebär att en leverantör inom en viss tid ska ansöka om överprövning avseende beslut som den upphandlande myndigheten/enheten fattat före utgången av tiden för mottagande av anbud eller anbudsansökningar ska ha kommit in. För att ändå söka bättre uppnå skyndsamhetsmålen i direktiven anser dock utredningen att en förändring av nuvarande system bör göras. Den mellanväg som utredningen därför föreslår syftar till att leverantörer ska ges incitament att försöka begränsa sin skada i situationer där felaktigheter och brister i en upphandlings konkurrensuppsökande skede rätteligen borde ha kunnat påtalas tidigare. Regeln inskräpper ansvaret hos leverantörer att påtala fel och brister så snart det kan ske, och att en underlåtenhet att göra detta kan leda till att en ansökan om överprövning som tar sikte på sådana fel eller brister avslås. Leverantörer ska inte kunna medvetet avvakta med att påtala fel eller brister i det konkurrensuppsökande skedet i en upphandling till dess att meddelande om tilldelningsbeslut har skickats ut. Förslaget ska också ses mot bakgrund av att utredningen anser att det är angeläget att så långt möjligt lösa tvistefrågor innan de kommer till domstol. En tidig dialog mellan parterna kan ha stor betydelse för såväl antalet mål som handläggningstiden i domstolarna.

En fördel med den föreslagna regeln jämfört med en sådan preklusionsfrist som beskrivits ovan i avsnitt 5.8.8 är att det inte krävs att leverantörer ovillkorligen måste väcka talan i domstol när fel eller brister i det konkurrensuppsökande skedet upptäcks i en upphandling, utan det är tillräckligt att sådana fel påtalas för den upphandlande myndigheten eller enheten. På så sätt kan det huvudsakliga syftet med en preklusionsfrist uppnås genom enklare, mindre ingripande och mindre kostsamma åtgärder för både leverantörer, upphandlande myndigheter/enheter och domstolar. Den föreslagna bestämmelsen får anses förstärka incitamenten till dialog mellan leverantörer och upphandlande myndigheter/enheter hellre än domstolsprocesser.

Det kan emellertid inte uteslutas att det finns situationer där det för en leverantör kan framstå som utsiktslöst att anmärka mot felet hos den upphandlande myndigheten/enheten, exempelvis för att myndigheten i ett tidigare skede har gjort klart att ett ifrågasatt

krav eller kriterium i upphandlingen inte kommer att frångås eller omformuleras. För att undvika orimliga konsekvenser och för att inte betunga upphandlingsförfarandet i onödan, bör leverantörer därför som ett alternativ kunna vända sig till domstol och där påtala bristen eller felaktigheten inom samma tid och uppnå samma effekt som när man vänder sig direkt till den upphandlande myndigheten/enheten. På detta sätt är det som hade varit en skyldighet för leverantörer enligt en renodlad preklusionsfrist, dvs. att ansöka om överprövning vid invändningar mot upphandlingens konkurrensuppsökande snabbt efter att man fått vetskap om en sådan brist eller felaktighet, kvar som en alternativ möjlighet till att vända sig till den upphandlande myndigheten/enheten.

Med den föreslagna utformningen av lagtexten kommer alla beslut och åtgärder som en upphandlande myndighet/enhet vidtar fram till dess att halva tiden för att lämna anbud löpt ut att omfattas av leverantörers "påtalandeskyldighet". Vid upphandlingar med flera steg, såsom selektivt förfarande eller konkurrenspräglad dialog, kommer den relevanta tidpunkten i stället vara när halva tiden för att lämna in anbudsansökan löper ut. De åtgärder som vidtas under upphandlingens konkurrensuppsökande skede, men efter halva anbudstiden löpt ut, t.ex. myndigheternas uttalanden under "frågor och svar" omfattas av begreppet konkurrensuppsökande skedet samtidigt som felet begåtts först efter att preklusionen inträtt. Fel och brister som begåtts i tiden efter preklusionsfristens utgång kan inte anses prekluderade eftersom leverantören inte har kunnat anmärka på något som ännu inte skett.

Bestämmelsen är utformad så att rätten ska avstå från att besluta om ingripande på den aktuella grunden om leverantören inte kan visa att han eller hon anmärkt mot felet eller bristen i rätt tid. Har även andra fel eller brister aktualiserats i målet, ska dessa prövas i sedvanlig ordning och, beroende på utfallet i dessa delar, leda till beslut om ingripande av domstolen. Det kan alltså bli fråga om att bifalla en ansökan om överprövning på viss grund, men att en annan i målet åberopad brist inte ska leda till bifall på grund av att leverantören i den delen inte uppfyllt kraven enligt 6 § andra stycket.

När det gäller kravet på leverantörens anmärkning enligt den föreslagna bestämmelsen, bör motsvarande nivå kunna tillämpas som enligt RÅ 2009 ref. 69 gäller i allmänhet för leverantörers talan i mål om överprövning enligt LOU. Leverantören ska således i

anmärkningen till den upphandlande myndigheten/enheten eller rätten på ett klart och tydligt sätt ange den eller de omständigheter i upphandlingen som denne anser utgör en överträdelse av regelverket eller de grundläggande principerna. Vad som krävs av leverantören får bedömas från fall till fall, men en allmän måttstock bör vara att den upphandlande myndigheten/enheten genom anmärkningen objektivt sett borde ha förstått vad leverantören menar är fel i upphandlingen. Detta innebär dock inte att leverantören måste ange vilka bestämmelser eller principer i LOU m.m., s.k. abstrakta rättsfakta, som denne anser har överträtts eller riskerar att överträdas genom det anmärkta felet eller bristen. Inte heller bör leverantören vara förhindrad att i ett senare skede i en domstolsprocess genom rättslig argumentation utveckla och plädera för varför den anmärkta omständigheten utgör en överträdelse av regelverket, eller att åberopa s.k. hjälpfakta för att åskådliggöra varför den anmärkta omständigheten utgör en överträdelse. Däremot bör krävas att det är möjligt för den upphandlande myndigheten/enheten att förstå att det är fråga om just en anmärkning mot ett påstått fel, och inte endast en fråga om innebörden av t.ex. ett visst krav eller kriterium i upphandlingen. Genom att anmärkningen ska vara av motsvarande omfattning och kvalitet som vad som gäller vid bedömningen av vad som kan anses åberopat och kan ligga till grund för rättens avgörande i ett mål om överprövning, underlättas domstolarnas tillämpning av den nya bestämmelsen, eftersom en sådan prövning görs av domstolarna i överprövningsmål redan i dag.

I formuleringen ”att leverantören fick kännedom...” ligger att det är den leverantör som ansökt om överprövning med åberopande av en överträdelse i det konkurrensuppsökande skedet som ska ha fått kännedom om överträdelsen för att en ansökan ska kunna avslås med tillämpning av 6 § andra stycket. Om den sökande leverantören utan egen förskyllan inte har fått kännedom om omständigheten, kan ansökan inte avslås med tillämpning av denna bestämmelse. Med formuleringen ”...borde ha fått kännedom...” menas situationen att leverantören rätteligen bör ha nåtts av informationen, men denne på grund av omständigheter som inte kan läggas den upphandlande myndigheten/enheten till last, inte har tagit del av relevanta uppgifter eller inte förstått innebörden av dessa.

Det kan uppkomma situationer då en påstådd överträdelse i en upphandlings konkurrensuppsökande skede uppdragas först efter att den upphandlande myndigheten/enheten har genomfört prövningen och utvärderingen av leverantörerna och anbudet, dvs. i praktiken ofta först när meddelande om tilldelningsbeslut har skickats ut till anbudsgivarna. Detta kan till exempel vara fallet om den upphandlande myndigheten/enheten under anbudstiden i svar på frågor från leverantörer gett uttryck för en tolkning av ett krav i upphandlingen, som senare frångås och tillämpas annorlunda av myndigheten/enheten. Om det varit omöjligt eller orimligt svårt för leverantören att förstå hur kravet skulle komma att tillämpas, är det inte rimligt att kräva att det ska anmärkas mot kravet innan det står klart hur det tillämpats av den upphandlande myndigheten/enheten. Det kan även förekomma situationer då det inte är möjligt att påtala överträdelser inom den angivna tiden eftersom materialet varit så omfattande eller så komplicerat att det inte funnits möjlighet att upptäcka felet eller bristen. Enligt EU-domstolens praxis är det inte tillåtet med nationella regler som i sådana situationer avskär möjligheten för leverantörer att med möjlighet till framgång påtala överträdelser i upphandlingar.<sup>119</sup>

För att bestämmelsen i 6 § andra stycket ska överensstämma med unionsrätten ska det alltså vara möjligt för rätten att besluta om ingripande vid överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet som det varit omöjligt eller orimligt svårt för leverantören att anmärka inom den nu aktuella tiodagarsfristen. Momentet ”...fick kännedom eller borde ha fått kännedom om felet eller bristen” i 6 § andra stycket ska därför förstås så att ett fel eller en brist som det varit omöjligt eller orimligt svårt för leverantören att anmärka mot redan när t.ex. upphandlingen annonserats och dokumenten publicerats, inte kan anses utgöra sådant som leverantören har fått eller borde ha fått kännedom om.

Leverantören ska göra anmärkning senast efter halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud gått, dock får anmärkning alltid göras inom tio dagar från det att leverantören fick kännedom eller borde ha fått kännedom om felet eller bristen. En sådan frist utgör en avvägning mellan intresset av att upphandlingsförfaranden

---

<sup>119</sup> Se bl.a. mål C-327/00 Santex, punkterna 43–66.

inte fördröjs mer än nödvändigt och leverantörers möjlighet att hinna upptäcka eventuella felaktigheter eller brister.

### 5.8.10 Nya omständigheter i kammarrätt

**Förslag:** En regel bör införas som innebär att en part i kammarrätten till stöd för sin talan får åberopa en omständighet eller bevis som inte lagts fram tidigare endast om parten gör sannolikt att omständigheten eller beviset inte kunnat åberopas vid förvaltningsrätten eller parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det.

### Aktuell reglering och praxis

Av en dom från EU-domstolen följer att frågan om och på vilka villkor en nationell domstol i ett mål om offentlig upphandling kan pröva felaktigheter som inte har åberopats av parterna regleras av varje medlemsstats nationella rättsordning. Enligt domstolen strider det inte mot syftet med rättsmedelsdirektivet – som är att säkerställa efterlevnaden av unionsrättens regler för offentlig upphandling genom att snabba och effektiva rättsmedel står till förfogande – att en domstol ex officio prövar felaktigheter i ett anbuds-förfarande som den är först att upptäcka.<sup>120</sup> Frågan regleras alltså av den svenska nationella rätten.

Det finns inga bestämmelser i upphandlingslagarna som reglerar möjligheten att i ett överklagande till kammarrätten åberopa nya omständigheter. Det innebär att förvaltningsprocesslagen (1971:291) och allmänna förvaltningsrättsliga principer ska tillämpas. Grundregeln i förvaltningsprocessen är att nya omständigheter ska avvisas om de medför att fråga blir om en ny sak. Detta regleras inte i förvaltningsprocesslagen utan är en effekt av instansordningsprincipen. En allmän princip är att nya omständigheter får anföras hos kammarrätten om det inte leder till att saken blir en annan än den som prövats av förvaltningsrätten.<sup>121</sup> I förvaltningsprocesslagen an-

<sup>120</sup> Mål C-315/01 Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) v Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG), punkterna 45–56.

<sup>121</sup> Se t.ex. RÅ 2003 ref. 15.

ges inte något hinder för en överinstans att pröva omständigheter som inte framförts i underinstans utom i det särskilda fall som gäller för sådan prövning i Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) och som hänger samman med den domstolens ställning som prejudikatinstans (37 §). Vad som utgör särskilda skäl kan inte besvaras generellt utan en prövning måste göras i varje enskilt fall.

Av HFD:s avgörande i RÅ 2009 ref. 69 framgår följande. Mål om offentlig upphandling gäller i princip ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare. De har alltså en större likhet med sådana mål där man inom den allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen än med mål som är typiska i förvaltningsdomstolarna och för vilka FPL har konstruerats. Detta leder till slutsatsen att officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling. Som huvudprincip bör krävas att den som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

Av HFD:s praxis framgår vidare följande.<sup>122</sup> Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Det som skulle avgöras av kammarrätten var om det med anledning av leverantörens talan fanns skäl för ingripande enligt LOU. De omständigheter som leverantören åberopade först hos kammarrätten innebär därmed inte att saken ändrades. Kammarrätten skulle således antingen själv ha prövat de nya omständigheterna eller, av instansordningsskäl, ha återförvisat målet till förvaltningsrätten för en första prövning där. En bedömning av de nya omständigheterna direkt hos kammarrätten skulle innebära att sökanden går miste om en instans i prövningen. Med hänsyn till att sökanden i mål om offentlig upphandling har ett särskilt ansvar för att på ett klart sätt ange vilka omständigheter som talan grundas på (RÅ 2009 ref. 69) bör det i mål av detta slag ändå i regel anses tillräckligt att kammarrätten låter omständigheterna ingå i den egna bedömningen.

---

<sup>122</sup> HFD 2013 ref. 5.

## Laglighetsprövning

Föreskrifter om hinder mot att beakta eller anföra nya omständigheter i vissa mål finns även i 10 kap. 10 § kommunallagen (1991:900). Rätten får vid prövningen av ett överklagande inte beakta andra omständigheter än sådana som klaganden har hänvisat till före klagotidens utgång, dvs. klagotiden avseende kommunens beslut. Vissa möjligheter till preciseringar och förtydliganden finns dock. När det gäller laglighetsprövning är det under alla förhållanden uteslutet att komma med nya omständigheter i högre rätt.

Den strikta ordningen har sin grund främst i att kommunala beslut kan verkställas även om de överklagas och att kommunen måste kunna göra en bedömning av om ett beslut lämpligen bör verkställas eller inte utifrån sannolikheten för att det kan komma att upphävas. Till detta kommer att prövningen med hänsyn till den kommunala självstyrelsen ansetts böra begränsas till de förhållanden som klaganden gör gällande. Det kan tilläggas att anstånd inte ges (RÅ 1997 not 15) och att kompletteringar per telefon inte är möjligt (RÅ 1982 2:42).<sup>123</sup>

## Allmän domstol

I mål där förlikning om saken är tillåten får en part i hovrätten till stöd för sin talan åberopa en omständighet eller ett bevis som inte lagts fram tidigare endast om han eller hon gör sannolikt att han eller hon inte kunnat åberopa omständigheten eller beviset vid tingsrätten eller han eller hon annars haft giltig ursäkt att inte göra det.<sup>124</sup>

## Bör regler som begränsar möjlighet att åberopa nya omständigheter i kammarrätt införas?

Enligt utredningen borde upphandlingsprocessen bli effektivare om processen koncentreras till underrätt. För prövning av upphandlingsmål krävs prövningstillstånd i kammarrätt. Även om mål om offentlig upphandling enligt Högsta förvaltningsdomstolen (HFD)

<sup>123</sup> Wennergren och von Essen, Förvaltningsprocesslagen m.m. – En kommentar (Zeteo, kommentar till 37 § förvaltningsprocesslagen (1971:291)).

<sup>124</sup> Rättegångsbalken 50 kap. 25 § tredje stycket.



i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare är det fortfarande, enligt utredningens mening, så att det centrala syftet med en överprövning av upphandlingsmål i förvaltningsdomstol är att kontrollera en myndighets beslut vilket gör att målen i vissa avseenden mer liknar de ordinära förvaltningsmålen. Med beaktande av hur HFD resonerat kring vilket särskilt ansvar sökanden har i mål om offentlig upphandling att på ett klart sätt ange vilka omständigheter som talan grundas på ligger det ändå nära till hands att införa regler som begränsar leverantörens möjlighet att åberopa nya omständigheter i kammarrätt.

Enligt utredningens mening tar HFD:s avgörande i HFD 2013 ref. 5 endast sikte på om det inom ramen för nuvarande lagstiftning går att begränsa möjligheten att åberopa nya omständigheter i kammarrätt. Avgörandet hindrar däremot inte att en regel införs i upphandlingslagarna som anger i vilken utsträckning nya omständigheter får införas i kammarrätten.

Utredningen anser att en regel bör införas i upphandlingslagarna som innebär att en part i kammarrätten till stöd för sin talan får åberopa en omständighet eller bevis som inte lagts fram tidigare endast om parten gör sannolikt att omständigheten eller beviset inte kunnat åberopas vid förvaltningsrätten eller parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det.

## 5.9 Undantag för temporär direktupphandling

**Bedömning:** Det bör inte införas några nya bestämmelser i upphandlingslagarna om upphandling utan föregående annonsering på grund av att en ursprunglig annonserad upphandling blivit stoppad i en överprövningsprocess.

**Förslag:** En regel bör införas som exemplifierar att omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten är att upphandlingen begärs överprövad och att överprövning sker i en instans.

### 5.9.1 Uppdraget

Av kommittédirektiven framgår följande. Upphandlingsutredningen föreslog i sitt slutbetänkande att ett nytt undantag ska införas i 15 kap. i upphandlingslagarna av innebörd att direktupphandling ska få användas temporärt när en upphandling överprövats och en förlängd avtalsspärr inträtt.<sup>125</sup> En sådan reglering kan vara ett alternativ för att minska de negativa konsekvenserna av att en upphandling stoppas. Regeringen anser dock, i likhet med många remissinstanser, att förslaget kräver ytterligare analys av de rättsliga förutsättningarna, de faktiska konsekvenserna och hur en eventuell reglering bör utformas för att bäst uppnå det avsedda syftet. Utredaren ska därför undersöka möjligheten att införa ett undantag i upphandlingslagarna för temporär upphandling (direktupphandling under pågående överprövning).

### 5.9.2 Aktuell reglering i nationell lagstiftning och praxis

Av 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU följer att en upphandlande myndighet får tilldela kontrakt (och sluta avtal) utan föregående annonsering om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU får direktupphandling användas om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket.<sup>126</sup> Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna enligt bl.a. 4 kap. 5 § andra stycket 3 är uppfyllda, eller om det annars finns synnerliga skäl. De icke direktivstyrda bestämmelserna i 15 kap. LOU innebär således att direktupphandling dels får ske i samtliga

---

<sup>125</sup> SOU 2013:12 s. 366 f.

<sup>126</sup> Av prop. 2013/14:133 s. 1 framgår följande. Direktupphandling enligt LOU ska få användas om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som gäller för kommuner och landsting vid upphandling av varor och tjänster, som för närvarande uppgår till 1 806 427 kronor, dvs. högst 505 800 kronor. Direktupphandling enligt LUF och LUF S ska få användas om kontraktets värde uppgår till högst 26 procent av det tröskelvärde som gäller vid upphandling av varor och tjänster, som för närvarande uppgår till 3 612 854 kronor, dvs. högst 939 342 kronor.

fall som motsvarande icke-annonserat förfarande får ske enligt bestämmelserna i 4 kap., och därutöver om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av tröskelvärdet eller om det finns synnerliga skäl. Bestämmelser med motsvarande innebörd finns i LUF och LUF S.

Det finns ingen rättspraxis från Högsta förvaltningsdomstolen som behandlar frågan om hur undantaget för synnerlig brådska i upphandlingsdirektiven eller de svenska upphandlingslagarna ska tolkas och tillämpas när en upphandlande myndighet eller enhet hamnar i tidsnöd på grund av att en annonserad upphandling begärts överprövad i domstol. Det finns inte heller någon enhetlig praxis från kammarrätterna i frågan.

### 5.9.3 Tidigare utredningar

#### Upphandlingsutredningens betänkande Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling varav följande framgår<sup>127</sup>

En undantagsbestämmelse i 15 kap. 3 § LOU och LUF föreslås med innebörden att direktupphandling får användas temporärt när upphandlingen blivit föremål för överprövning och en förlängd avtalsspärr har inträtt. Ett av de allvarigaste problemen i samband med överprövningar är det faktum att upphandlingen stoppas vilket leder till att myndigheten eller enheten inte får den vara eller tjänst som de har behov av eller är skyldiga att tillhandahålla allmänheten. Inte sällan går det ut över servicen till medborgarna. För att fullgöra sina uppgifter riskerar upphandlande myndigheter att bryta mot antingen upphandlingslagstiftningen eller annan lagstiftning, t.ex. skyldigheter i kommunallag. För att i någon mån underlätta för de upphandlande myndigheterna och enheterna att anskaffa de varor och tjänster som behövs under den tid som överprövningen pågår, dvs. när upphandlingen har stoppats, har Upphandlingsutredningen sett över det rättsliga utrymme som Sverige förfogar över. De resonemang som förs i det följande gäller därför endast i förhållande till sådana direktupphandlingar vars värden inte kan komma att överstiga EU:s tröskelvärden. När en upphandling blir föremål

<sup>127</sup> SOU 2013:12 s. 366 f.

för överprövning uppstår effektivitetsförluster eftersom upphandlande myndigheter respektive enheter kan stoppas från att fullgöra sina skyldigheter. Det ska därför införas en undantagsbestämmelse i 15 kap. 3 § LOU och LUF med innebörden att direktupphandling får användas om upphandlingen blivit föremål för överprövning och en förlängd avtals spärr har inträtt. Bestämmelsen borde, liksom den finländska regleringen, göra det möjligt att temporärt upphandla av en leverantör som har deltagit i upphandlingsförfarandet som är föremål för prövning eller kunna göras från den tidigare leverantören. Vidare borde ytterligare en förutsättning vara uppfylld, nämligen att det inte är möjligt att skjuta upp genomförandet av upphandlingen pga. upphandlingens art. En undantagsbestämmelse som denna bedöms komma att minska antalet överprövningar.

#### 5.9.4 Rättsmedelsdirektiven och EU-domstolens praxis

Av artikel 31.1 c, direktiv 2004/18/EEG framgår följande.<sup>128</sup> Om, när det är absolut nödvändigt, på grund av synnerlig brådska till följd av omständigheter som den upphandlande enheten inte har kunnat förutse, det är omöjligt att iaktta de tidsfrister som gäller vid öppna, selektiva eller förhandlade förfaranden med offentliggörande av meddelande om upphandling får de upphandlande myndigheterna eller enheterna tillämpa det förhandlade förfarandet utan offentliggörande av meddelande om upphandling. De omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska får inte i något fall tillskrivas den upphandlande myndigheten. Bestämmelser med motsvarande innebörd finns i direktiv 2004/17/EEG<sup>129</sup> om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt i direktiv 2009/81/EG om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet.

Det finns ingen rättspraxis från EU-domstolen som behandlar frågan om hur undantaget för synnerlig brådska i upphandlingsdirektiven eller de svenska upphandlingslagarna ska tolkas och

<sup>128</sup> Motsvarar artikel 50.d upphandlingsdirektivet 2014/24/EU.

<sup>129</sup> Motsvarar artikel 50.d direktiv 2014/25/EU.

tillämpas när en upphandlande myndighet eller enhet hamnar i tidsnöd på grund av att en annonserad upphandling begärts överprövad i domstol. EU-domstolen har vid flera tillfällen uttalat att de enda undantag från tillämpningen av direktiven för offentlig upphandling är de som uttömmande och uttryckligen är angivna i direktiven.<sup>130</sup>

### 5.9.5 Andra länder som tillåter temporära lösningar<sup>131</sup>

I *Finland* kan den upphandlande myndigheten teckna ett tillfälligt avtal (temporär organisering) antingen med den tidigare avtalsparten eller med en av anbudsgivarna i den överprövade upphandlingen. Detta är endast möjligt när tillhandahållande av tjänster, arbete eller varor inte kan skjutas upp under den tid överprövning sker. Ett tillfälligt avtal får dock inte leda till en situation där domstolen inte kan undanröja den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut (till exempel i ett fall då byggnaden i fråga redan skulle vara byggd eller när ingen annan leverantör skulle kunna fortsätta arbetet).<sup>132</sup> Det tillfälliga avtalet kan inte vara längre än överprövningsprocessen samt lämplig tid för en ny upphandlingsförfrågan. Det har ingen betydelse om den upphandlande myndigheten orsakat behovet av ett tillfälligt avtal.

Syftet med bestämmelsen om temporär organisering är att klarlägga praxis om i hur stor utsträckning en upphandlande myndighet kan organisera en upphandling som är föremål för ändringsökande under den tid ändringsökandet pågår. Avsikten med bestämmelsen är inte att ändra regleringen av direktupphandling. För direktupphandling har i lagen föreskrivits strikta förbehåll och direktupphandling genomförs oftast helt utan konkurrensutsättning. Av denna orsak föreslås striktare förutsättningar för direktupphandling än de som föreskrivs för temporär organisering av upphandling. Om förutsättningarna för direktupphandling dock upp-

---

<sup>130</sup> Se mål C-71/92 Kommissionen mot Spanien, punkt 10, mål C-328/92 Kommissionen mot Spanien, punkt 12, mål C-107/98 Teckal, punkt 43, mål C-26/03 Stadt Halle, punkt 24, mål C-340/04 Carbotermo, punkt 45 samt mål C-220/05 Jean Auroux, punkt 59.

<sup>131</sup> Detta avsnitt bygger till stor del på de svar utredningen fått från respektive land.

<sup>132</sup> 93 § finska lagen om offentlig upphandling 30.3.2007/348.

fills, kan den upphandlande myndigheten om den så vill alternativt genomföra upphandlingen som direktupphandling.<sup>133</sup>

I anslutning till genomförandet av direktiv 2007/66/EU infördes i *Norge* en ny regel om möjlighet att göra täckningsköp.<sup>134</sup> Det är tillåtet att ingå förhandlingar med en leverantör utan annonsering när det är ett täckningsköp som är nödvändigt till följd av att ett avtal förklarats ogiltigt, förutsatt att det inte är möjligt att hålla de tidsfrister som anges i forskriften och avtal inte ingås för en längre period än nödvändigt för att genomföra en upphandling i enlighet med forskriften. Upphandlingens värde eller vad som orsakat nödvändigheten av ett täckningsköp har ingen betydelse.

### 5.9.6 Bör ett undantag för temporär upphandling införas?

#### Bakgrund

Det är inte ovanligt att mål om överprövning av avtals giltighet enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU/LUFS respektive 16 kap. 13 § första stycket LUF rör icke annonserade upphandlingar som genomförs på grund av att en tidigare annonserad upphandling stoppats i en överprövningsprocess. Upphandlande myndigheter och enheter kan i vissa fall, på grund av en överprövningsprocess avseende den annonserade upphandlingen, anse sig tvingade att tillgodose behov av varor, tjänster eller byggtreprenader genom att genomföra en upphandling och sluta avtal utan föregående annonsering.

Eftersom det i dessa situationer inte sällan, på grund av den annonserade upphandlingen och det pågående överprövningsmålet rörande denna, finns en krets av leverantörer som har vetskap om och insyn i upphandlingen, ligger det i sakens natur att icke annonserade upphandlingar i sådana fall typiskt sett oftare begärs överprövade av den eller de leverantörer som inte tilldelas kontraktet i den tillfälliga upphandlingen än vad som gäller i allmänhet för upphandlingar utan föregående annonsering.

---

<sup>133</sup> Finska regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagar om ändring av lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster och marknadsdomstolslagen, RP 190/2009 rd, 93 §.

<sup>134</sup> Forskrift om offentliga anskaffelser § 14-4 bokstav l.

Mål om överprövning där sökande leverantör gör gällande att det skett en otillåten direktupphandling rör med andra ord inte sällan tillämpningen av undantaget för synnerlig brådska med anledning av att en annonserad upphandling blivit stoppad i en överprövningsprocess.

### **Möjlighet att i dag genomföra upphandling utan föregående annonsering på grund av en överprövningsprocess**

En upphandlande myndighet eller enhet får anses, inom ramen för undantaget i upphandlingslagarna gällande synnerlig brådska, i vissa fall kunna genomföra upphandling utan föregående annonsering, när den upphandlande myndigheten eller enheten har hamnat i tidsnöd på grund av en överprövningsprocess avseende en annonserad upphandling. En sådan icke annonserad upphandling får inte avse anskaffningar av varor, tjänster eller byggtreprenader i en större utsträckning än vad som är absolut nödvändigt för att täcka det tillfälliga behovet.

Det finns ingen rättspraxis från vare sig EU-domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen som behandlar frågan om hur undantaget för synnerlig brådska i upphandlingsdirektiven eller de svenska upphandlingslagarna ska tolkas och tillämpas när en upphandlande myndighet eller enhet hamnar i tidsnöd på grund av att en annonserad upphandling begärts överprövad i domstol. Det finns således inga uttalanden från prejudikatinstanserna om exempelvis vilken tidsåtgång för en eventuell överprövningsprocess en upphandlande myndighet eller enhet bör ta med vid planeringen av en upphandling, eller efter hur lång tid det kan anses uppkomma en rätt att genomföra en temporär icke annonserad upphandling med stöd av undantaget för synnerlig brådska. Frågan har prövats i kammar-rättsavgöranden samt i ett yttrande från Konkurrensverket. Någon entydig bild av rättsläget framkommer inte vid en genomgång av dessa.

Konkurrensverket yttrade i Kammarrättens i Göteborg mål nr 784-10 att, med hänsyn till att cirka 20 procent av förvaltningsrätternas avgöranden i överprövningsmål år 2009 överklagades till kammar-rätten, bör i vart fall den tid en tvåinstansprövning kan förväntas ta tas med i beräkningen. Vidare anfördes att bedömningen av vad som i varje enskild upphandling kan anses vara en rimlig framför-

hållning bör ske med beaktande av den aktuella upphandlingens art, omfattning och komplexitet. Det bör dock enligt Konkurrensverket anmärkas att ett alltför utdraget upphandlingsförfarande av affärsmässiga skäl kan vara mindre lämpligt.

Av den statistik som utredningen tagit del av framgår att under 2013 överklagades 818 utav förvaltningsrätternas mål till kammarrätterna. Utav dessa meddelades prövningstillstånd i cirka 170 mål.<sup>135</sup> I förvaltningsrätterna avgjordes totalt 3 296 mål under 2013. Det är således cirka 25 procent av förvaltningsrätternas avgöranden i överprövningsmål år 2013 som överklagades till kammarrätten och endast cirka 5 procent som beviljas prövningstillstånd. Ställt i relation till antalet annonserade upphandlingar är det väldigt få upphandlingar som prövas i två instanser då mindre än 1 procent av alla upphandlingar sakprövas i kammarrätt. Att en upphandlande myndighet eller enhet då ska ta i beaktande att upphandlingen kommer att sakprövas i mer än en instans verkar enligt utredningens mening inte rimligt.

Reglerna om synnerlig brådska reglerar enligt utredningens mening uttömmande i vilka situationer en upphandling utan föregående annonsering kan göras. Att gå utöver denna reglering anser utredningen inte vara möjlig avseende upphandling över tröskelvärdet. Upphandlingsutredningen föreslog som tidigare nämnts (se avsnitt 5.9.3) att ett undantag för upphandlingar under tröskelvärdet av innebörd att direktupphandling ska få användas temporärt när en upphandling överprövats och en förlängd avtalsspärr inträtt skulle införas. Enligt utredningens mening bör man dock sträva efter att ha liknande regler under respektive över tröskelvärdet. Enligt utredningens mening finns det i stället skäl att tolka reglerna om synnerlig brådska i EU-direktiven och de svenska upphandlingslagarna på ett mer ändamålsenligt sätt än vad som gjorts hittills. Inte minst bör en sådan tolkning göras mot bakgrund av den statistik som tagits fram de senaste åren rörande hur stor andel av upphandlingarna i Sverige som blir föremål för överprövning i första och andra instans. Att enbart genom uttalanden i förarbetena få till stånd en ändrad tillämpning är inte möjligt. Att i författningstext exemplifiera förekommer i andra sammanhang i upp-

---

<sup>135</sup> Statistik uttagen den 10 oktober 2014 från Sveriges domstolar. År 2012 togs 202 utav 771 överklagade mål upp till prövning i kammarrätterna.



handlingslagstiftningen, se t.ex. 12 kap. 1 § andra stycket LOU. Utredningen föreslår därför att det i författningstexten bör exemplifieras att omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten eller enheten är att upphandlingen begärs överprövad och att överprövning sker i en instans.

## 5.10 Tidsfrist för förvaltningsrättens prövning och skyndsamt handläggning

**Förslag:** Om det inte finns synnerliga hinder, ska förvaltningsrätten avgöra mål om överprövning av upphandling innan det att 90 dagar har gått från det att ansökan om överprövning kom in till rätten. Upphandlingsmål ska handläggas skyndsamt.

### 5.10.1 Aktuell reglering i nationell lagstiftning

Av Asplunds m.fl. bok om överprövning av upphandling framgår följande. Det finns inte några uttryckliga bestämmelser i LOU, LUF eller LUFSS där det anges att mål i domstol enligt dessa lagar ska handläggas skyndsamt. I förordningarna med instruktion till kammarrätt respektive förvaltningsrätt anges att mål ska avgöras så snart det kan ske.<sup>136</sup> Dessa bestämmelser är allmänna och gäller alla slags måltyper. I övrigt kan de allmänna förvaltningsdomstolarnas instruktioner sägas bygga på utgångspunkten att målen ska handläggas i den ordning de har kommit in. I instruktionerna anges också att mål med avvikelse från denna utgångspunkt ska handläggas med förtur, om målen av särskild anledning bör avgöras skyndsamt. Vilka mål som är förtursmål ska enligt instruktionen för kammarrätt respektive förvaltningsrätt bestämmas i domstolarnas arbetsordningar. Enligt förvaltningsrätternas arbetsordningar ska mål enligt LOU, LUF och LUFSS behandlas som förtursmål<sup>137</sup>. I kammarrätternas och i Högsta förvaltningsdomstolarnas arbetsordningar pekats denna måltyp inte uttryckligen ut som förtursmål.

<sup>136</sup> 20 § förordningen (1996:380) med kammarrättsinstruktion respektive 17 § förordningen (1996:382) med förvaltningsrättsinstruktion. Någon motsvarande regel i instruktionen för Högsta förvaltningsdomstolen finns inte.

<sup>137</sup> SOU 2010:44 s. 182.

I allmänhet gäller emellertid att mål enligt LOU, LUF och LUFs handläggs med förtur i alla tre instanser. JO har i ett beslut avseende långsam handläggning angett att ensamdomarbehörigheten i första instans i dessa mål har tillkommit av det skälet att målen är så brådskande att medverkan av nämnd kan innebära en avsevärd tidsfördröjning<sup>138</sup>. Även i lagstiftnings-sammanhang har det lyfts fram att mål om överprövning enligt upphandlingslagstiftningen är av brådskande karaktär<sup>139, 140</sup>.

### 5.10.2 Rättsmedelsdirektiven och EU-domstolens praxis

Av direktiven framgår följande. Då man öppnar det offentliga upphandlingsområdet för konkurrens mellan medlemsstaterna, krävs en väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering. För att detta ska ha påtaglig verkan, måste snabba och effektiva rättsmedel stå till buds i händelse av överträdelse av unionsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler.<sup>141</sup> Medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut gällande avtal som omfattas av upphandlingsdirektiven kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt<sup>142</sup>, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av unionslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning.<sup>143</sup>

EU-domstolens praxis ger ingen närmare ledning vad kravet på skyndsamt innebär avseende överprövningsorganets handläggningstider.<sup>144</sup>

---

<sup>138</sup> JO:s beslut den 19 januari 2007, dnr 2909-2006.

<sup>139</sup> Prop. 1996/97:133 s. 49 och prop. 2008/09:29 s. 112.

<sup>140</sup> Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, s. 133 f.

<sup>141</sup> Beaktandesats 3 första konsoliderade rättsmedelsdirektivet samt beaktandesats 5 och 6 andra konsoliderade rättsmedelsdirektivet.

<sup>142</sup> Engelsk version: ”...in particular, as rapidly as possible in accordance with...”.

<sup>143</sup> Artikel 1 tredje stycket första och andra konsoliderade rättsmedelsdirektivet.

<sup>144</sup> Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, s. 133.

### 5.10.3 Tidigare utredningar

#### Målutredningens betänkande Mål och medel – särskilda åtgärder för vissa måltyper i domstol varav följande framgår.

Målutredningen har haft i uppdrag att analysera om det finns behov av särskilda åtgärder för vissa måltyper i organisatoriskt eller processuellt hänseende i syfte att åstadkomma särskild snabbhet eller särskild kompetens i domstolsförfarandet. Med särskilda åtgärder avses lagreglerade särlösningar, t.ex. tidsfrister, sammansättningsregler som innebär att särskilda ledamöter deltar i handläggningen eller särskilda domstolar. Gemensamt för i stort sett alla typer av mål är att det finns ett behov av ett snabbt avgörande. En annan sak som förenar nästan alla måltyper är att mycket står på spel för parterna. För att domstolen snabbt ska kunna fatta materiellt riktiga avgöranden krävs i de allra flesta fall att de domare som handlägger målen har omfattande kunskaper. Detta leder Målutredningen till slutsatsen att den allmänna ordningen för domstolsprövningen måste sörja för att alla mål avgörs inom rimlig tid och med hög kompetens.<sup>145</sup>

Mot den bakgrunden anser utredningen att särskilda åtgärder – dvs. författningsreglerade särlösningar – bör användas endast när det finns ett behov av extra stor skyndsamhet eller extra hög eller annan särskild kompetens. Behovet av skyndsamhet eller kompetens för en viss måltyp bör vara särskilt stort i förhållandet till de behov som övriga måltyper har i dessa avseenden. Användningen av särskilda åtgärder är nödvändig eller önskvärd i vissa fall. Samtidigt är användningen så gott som alltid förenad med nackdelar och risker. För att kunna uppnå det önskvärda positiva resultatet genom särskilda åtgärder måste nästan alltid något annat värdefullt gå förlorat. Det gör att särskilda åtgärder enligt utredningens uppfattning bör användas restriktivt. När det konstateras att en måltyp har behov av extra stor skyndsamhet eller extra hög eller annan kompetens, bör vidare alltid den minst ingripande åtgärden som kan möta behovet användas. Med utgångspunkt i det anförda har Målutredningen ställt upp ett antal principer för när det enligt utredningens uppfattning finns ett behov av särskilda åtgärder. Enligt utredningens

---

<sup>145</sup> SOU 2010:44 s. 17.

bedömning finns ett behov av särskilda åtgärder för att uppnå särskild skyndsamhet när:

- prövningen har betydelse för om en person ska vara fortsatt frihetsberövad,
- särskilt skyddsvärda eller utsatta personer är parter och utgången i målet har betydelse för deras grundläggande levnadsbetingelser,
- avgörandet blir meningslöst om det inte fattas inom viss kortare tid eller
- särskilda skyndsamhetskrav följer av Sveriges internationella åtaganden.<sup>146</sup>

I vissa typer av mål kan kretsen av personer som har ett intresse av ett snabbt avgörande dessutom omfatta fler än parterna. Avgörandena i vissa typer av mål kan ha betydelse för konkurrensförhållandena mellan företag på en hel marknad. Utgången kan således få betydelse också för andra företag än det som är part i processen. Som exempel kan nämnas mål om offentlig upphandling där även andra företag än det som har ansökt om överprövning av upphandlingen har ett intresse av ett snabbt avgörande. Också det företag som vunnit upphandlingen och övriga företag som deltagit i upphandlingsförfarandet har ett intresse av att få ett slutligt besked att förhålla sig till. Vid en långdragen process, som innebär att upphandlingen inte kan slutföras, finns det vidare risk för att den upphandlande myndigheten inte kan tillhandahålla medborgarna viktiga samhällsfunktioner i enlighet med sitt uppdrag.<sup>147</sup>

I t.ex. EU-rättslig lagstiftning och konventioner som Sverige har tillträtt ställs ibland upp krav på att en domstolsprövning ska ske extra skyndsamt eller inom viss angiven tid. För att säkerställa att vi lever upp till våra internationella åtaganden, krävs i denna situation särskilda åtgärder. En annan sak är att Sverige i ett tidigare skede bör försöka påverka innehållet i de internationella regelverken så att krav på särskild skyndsamhet ställs upp i dem endast när detta verkligen är påkallat.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> SOU 2010:44 s. 21 f.

<sup>147</sup> SOU 2010:44 s. 320.

<sup>148</sup> SOU 2010:44 s. 335 f.

## Exempel på remissinstansernas synpunkter avseende betänkandet Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling (SOU 2013:12)

*Försvarets materielverk:* Överprövningsprocesser på upp till ett år, och även längre tid än så, torde inte vara ovanliga. Inte minst mindre leverantörer torde emellertid ha svårt att kunna lämna anbud som kanske måste vara bindande i upp till sex till tolv månader. Det finns en uppenbar risk att leverantörer tvingas avstå från att lämna anbud om krav ställs upp på så långa bindningstider. Så långa bindningstider är knappast heller affärsmässigt och ekonomiskt försvarbara.

*Skatteverket:* Handläggningstiden för överprövade upphandlingsärenden blir många gånger lång. Kostnaden för denna tid kan bli oproportionerligt hög i förhållande till upphandlingsobjektets faktiska värde. En snabbare och säkrare handläggning gynnar både upphandlande myndigheter och leverantörer.

*Lunds universitet:* De långa handläggningstiderna skapar som regel verksamhetsmässiga förseningar och kan tillintetgöra och stjälpa vissa projekt, som på grund av domstolsprövning inte går att genomföra alls och i vissa fall kan en försenad process leda till att enskilda personer som varit tänkta mottagare, skadas. Vill understryka vikten av att de långa handläggningstiderna minskar väsentligt för att såväl öka tilltron till rättsprocessernas betydelse som för att minska de totala transaktionskostnaderna och eventuella skador förenade med förseningar.

*Göteborgs universitet:* Det stora gisslet med överprövningar i dag är den tidsförlust som drabbar såväl leverantörer som upphandlande myndighet till följd av lång handläggningstid. Domstolarnas långa handläggningstider i kombination med avtalsspärren leder till att projekt fördröjs och i en del fall att viktig samhällsservice uteblir. Eftersom det från upphandlande myndighets sida inte går att förutse hur lång tid handläggningen i rätten kommer att bli, är det svårt att planera tidsramarna för en upphandling.

*Havs- och vattenmyndigheten:* Risken för överprövning av genomförda upphandlingar är ett stort problem när det gäller planering och genomförande av myndigheternas verksamheter och något som, i enlighet med vad utredningen påpekar, bidrar till att förfrågningsunderlaget inte utformas på ett optimalt sätt när det gäller att

uppnå den goda affären. Det är därför av yttersta vikt att domstolsprövningen blir snabb, korrekt och enhetlig.

*Myndigheten för tillgängliga medier:* Instämmer i kritiken mot att domstolarna inte ser och tar hänsyn till följderna av en utdragen process och resultatet av en överprövning.

*Statens skolverk:* Det färre antalet domstolar måste ges resurser och bemannas så att dagens oacceptabla handläggningstider kan förkortas.

*Växjö kommun:* Det viktigaste är att effektivisera domstolarnas handläggningstider och att i möjligaste mån uppnå en enhetlig rättspraxis men ifrågasätter om detta uppnås med koncentration till färre domstolar.

*Stockholms läns landsting:* De långa handläggningstiderna för överprövningarna av upphandlingar är ett problem för upphandlande myndigheter. Den långa handläggningstiden orsakar allvarliga driftstörningar samt kräver ibland som en nödvändighet temporära lösningar under överprövningstiden som leder till ökade kostnader, vilket motverkar direkt ett av syftena med upphandlingsregelverket dvs. ett effektivt användande av skattemedel. En tidsgräns bör införas för hur länge respektive domstolsinstans får arbeta med ett ärende. Förvaltningsdomstol bör ha avgjort ett ärende inom tre månader, medan kammarrätten bör avgöra ärendet inom fyra månader.

*Östergötlands läns landsting:* Ett problem med dagens situation vid överprövningar är oförutsägbara handläggningstider och en oförutsebar kammarrättspraxis vilket riskerar att upphandlande myndighet blir avtalslös då avtal inte får tecknas under pågående domstolsprövning eller under den tid som krävs för att genomföra en ordinarie upphandling.

*Sveriges kommuner och landsting (SKL):* Handläggningstiderna i domstol är långa, vilket orsakar praktiska problem för upphandlande myndighet som inte vet när man får den vara eller tjänst som upphandlingen avser, men också för vinnande leverantör som inte vet när kontraktet börjar löpa. En ytterligare komplikation är att Konkurrensverket anser att man ska påbörja en upphandling i så god tid att man hinner med en överprövning i två instanser under anbudens bindningstid, vilket gör att man måste påbörja en upphandling väldigt tidigt. Det innebär också att anbudsgivarna måste vara bundna av sina anbud under en orimligt lång tid. Mängden

överprövningar gör att upphandlande myndighet blir försiktiga i sina upphandlingsunderlag. Man upphandlar gärna till lägsta pris eftersom det blir tydligt vilket anbud som har lägsta pris. Man drar sig för att göra innovationsupphandlingar, eftersom man inte vet hur domstolarna ska bedöma underlaget. SKL vill understryka vikten av att domstolarna får tillräckliga resurser för att få till stånd den önskvärda förkortningen av handläggningstiderna. Resurstillskottet bör vara så signifikant att en tidsgräns för hantering i domstolar kan införas. Förvaltningsrätterna föreslås få en gräns på tre månader medan kammarrätterna har fyra månader på sig att avgöra ett ärende.

*Sveriges offentliga leverantörer:* Anser att regeringen bör låta utreda om en gräns för längsta tillåtna handläggningstid i förvaltningsrätterna bör införas. En sådan åtgärd skulle exempelvis kunna utgöra ett alternativ till att tillåta direktupphandling under pågående överprövning på det sätt som utredningen föreslagit.

*Visma Commerce AB:* Den långa handläggningstiden för överprövningsmål är ett allvarligt hinder för en effektiv offentlig upphandling och är negativ för såväl upphandlare som leverantörer. Ett komplement till specialiseringen skulle kunna vara att en maximal handläggningstid för upphandlingsmål fastställs.

*Förvaltningsrätten i Uppsala:* Tyngdpunkten i rättskipningen ska ligga i första instans, varför det är särskilt angeläget att förvaltningsrätterna kan upprätthålla korta handläggningstider. Det har visat sig att tiden från det att sakprövade mål blir klara för avgörande till dess att de avgörs uppgår till i genomsnitt 31 dagar. I de allra flesta fall uppgår handläggningstiden till två månader i förvaltningsrätt, 3,4 månader i kammarrätt om prövningstillstånd meddelas och fullständig sakprövning sker, samt 0,7 månader i HFD vilket sammantaget för en fullständig sakprövning i två instanser och nekat prövningstillstånd i HFD blir 6,1 månader. Förvaltningsrätten upplever att problemet med långa handläggningstider är kraftigt överdriven.

*Förvaltningsrätten i Jönköping:* Det är svårt att avgöra målen ännu snabbare än i dag, särskilt mot bakgrund av att de längre handläggningstiderna ofta beror på att parterna – även myndigheterna – begär anstånd med sina yttranden.

*Hörselskadades Riksförbund:* Många upphandlingar inom hjälpmedelsområdet överprövas. Detta gäller i synnerhet upphandlingar

av hörapparater där i princip varenda upphandling överprövas, ofta flera gånger. Det är därför mycket viktigt att handläggningstiderna kortas och att domstolarna har specifik kompetens på området.

*Falu Energi och Vatten AB*: Gällande problemet med handläggningstider har utredningen inte kommit med tillfredsställande förslag för att minska handläggningstiderna. Förslaget om undantag för direktupphandling under överprövning är förvisso välkommet men hanterar egentligen inte problemet utan bara effekten av det. Om handläggningstiderna inte var längre än ett par veckor för eninstansprövningar vore detta undantag troligen inte nödvändigt annat än för ytterst få upphandlingar.

#### 5.10.4 Andra länder som har tidsfrister för prövning i första instans<sup>149</sup>

I *Tyskland* gäller att ett avgörande ska fattas av en särskild prövningsinstans (Vergabekammern) inom fem veckor från det att ärendet kom in. Möjlighet finns att förlänga tiden för prövning.<sup>150</sup>

I *Danmark* inträder en förlängd avtalsspärr tills Klagenämnden beslutat om den förlängda avtalsspärren ska fortsätta att gälla. Ett sådant beslut ska fattas inom 30 dagar och utgör en ganska omfattande prövning där vikten av den upphandlande myndighetens intresse av att upphandlingen får fortgå tas med i bedömningen. Endast ett fåtal upphandlingar stoppas under hela överprövningen. I det fall en leverantör får rätt i slutändan återstår skadestånd. Därför upplevs stoppade upphandlingar inte som något stort problem i Danmark.

#### 5.10.5 Bör en regel om tidsfrist för förvaltningsrätternas prövning samt skyndsamt handläggning införas?

Syftet med utredningen är att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena genom att finna sätt att komma till rätta med de problem som orsakas, både samhällsekonomiskt och för berörda aktörer, av att upphandlingar stoppas när de blir överprövade i

---

<sup>149</sup> Detta avsnitt bygger till stor del på de svar utredningen fått från respektive land.

<sup>150</sup> Ds 2009:30, s. 123.



domstol. Som utredningen ser det bör den föreslagna påtalandeskyldigheten/mellanvägen (se mer i avsnitt 5.8) leda till att färre upphandlingar begärs överprövade samt att processen i domstolarna renodlas. Med utredningens förslag om tidsfrist ska alla överprövningar i förvaltningsrätt ske inom 90 dagar från ansökan om överprövning om det inte finns synnerliga skäl för att överskrida tidsfristen. Överprövningar är en viktig del av rättssäkerheten vid upphandlingar. Samtidigt innebär en överprövning att hela upphandlingsprocessen stannar upp, eftersom varken leverantören eller myndigheten kan vara säkra på när och om kontraktet kan under-tecknas. Det är därför av stort intresse hur lång tid överprövningsprocessen tar.

De flesta överprövningsmålen avgörs relativt snabbt. Hälften av upphandlingsärendena i förvaltningsrätterna avgörs inom 1,7 månader. Skillnaderna i handläggningstid är dock stora, inte bara mellan olika domstolar utan även mellan mål som handläggs av samma domstol. Den genomsnittliga handläggningstiden för överprövningsmål i förvaltningsrätterna var 1,9 månader under år 2012.<sup>151</sup> 75 procent av upphandlingsmålen är avgjorda inom 2,6 månader. Handläggningstiderna i förvaltningsrätterna har mer än fördubblats sedan år 2005. Samtidigt har antalet mål ökat kraftigt under perioden. I tre fjärdedelar av alla överprövningar slutar överprövningsprocessen när förvaltningsrätten har fattat sitt slutliga beslut. I 30 procent av alla överprövningar i förvaltningsrätten får leverantören helt eller delvis bifall. Omkring 25 procent av ärendena som tas upp i förvaltningsrätterna blir överklagade till kammarrätt. I de flesta fall vägrar dock kammarrätten att ta upp fallet. Endast 170 (utav 818) ärenden beviljades prövningstillstånd i kammarrätt under 2013.<sup>152</sup> Satt i relation till antalet annonserade upphandlingar (19 955 st) sker en sakprövning i kammarrätten i mindre än 1 procent av totala antalet upphandlingar.

---

<sup>151</sup> Genomsnittlig handläggningstid var 2,3 månader under 2013. I de handläggningstider som redovisats ingår mål som inte sakprövats varför handläggningstiden för mål som sakprövas borde vara längre än de tider som angetts. Domstolsverkets statistikprogram medger inte att de inte sakprövade målen tas bort vid beräkning av handläggningstid. Om man utgår från att ett inte sakprövat mål tar cirka 10 dagar att avgöra borde den genomsnittliga handläggningstiden för överprövningsmål i förvaltningsrätterna vara närmare 2,5 månader.

<sup>152</sup> Statistik uttagen den 10 oktober 2014 från Sveriges domstolar och Konkurrensverkets rapport 2013:9, s. 59 f och 84 f. samt 2014:1 s. 76 f.

De ärenden som fått prövningstillstånd och blivit prövade i sak av kammarrätterna hade i genomsnitt en total handläggningstid på 6,5 månader under 2012, räknat från det att ärendet inkom till förvaltningsrätten till att kammarrätten slutligt avgjort ärendet.

De ärenden som fått prövningstillstånd och sakprövats i Högsta förvaltningsdomstolen hade på motsvarande sätt en total handläggningstid på i genomsnitt 13,1 månader.

Många remissinstanser har i sina yttranden avseende betänkandet Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling (SOU 2013:12) lyft fram vikten av att de långa handläggningstiderna minskar väsentligt för att såväl öka tilltron till rättsprocessernas betydelse som för att minska de totala transaktionskostnaderna och eventuella skador förenade med förseningar (se avsnitt 5.10.3).

Upphandlingsmål är visserligen enligt förvaltningsrätternas arbetsordningar klassificerade som förtursmål men frågan är om det räcker för att åstadkomma en prövning så skyndsamt som möjligt, detta också mot bakgrund av förvaltningsrätternas arbetsbörda och då upphandlingsmålen inte är de enda mål som ska tas med förtur. Det har visat sig att handläggningstiderna avseende upphandlingsmålen skiftar mycket, dels inom och dels mellan domstolarna. För att garantera att förfarandet inte drar ut på tiden bör enligt utredningens mening en reglering övervägas enligt vilken förvaltningsrätterna ska pröva målen inom en viss tid. Som nämnts tidigare finns inga regler avseende kammarrätternas eller Högsta förvaltningsdomstolens handläggning av upphandlingsmål. Utredningen anser dock att en regel som innebär att förvaltningsdomstolarna ska handlägga mål om överprövning av en upphandling skyndsamt kan vara av värde för domstolarnas handläggning.

I rättsmedelsdirektiven ställs krav på att upphandlingsmål ska prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt. Som utredningen ser det innebär rättsmedelsdirektiven ett krav på att prövning ska ske extra skyndsamt vad gäller upphandlingsmålen. För att säkerställa att Sverige lever upp till dessa särskilda skyndsamhetskrav krävs enligt utredningen särskilda åtgärder. Till detta kommer den betydelse som handläggningstiden i domstol har dels för de kostnader för samhället<sup>153</sup> som är förenade med förseningar

---

<sup>153</sup> Se mer nedan.

på grund av överprövningar, dels för upphandlande myndighet/enhet och leverantörer och för uppnåendet av den goda affären. Utredningen föreslår därför att en regel bör införas som innebär att förvaltningsrätten ska pröva upphandlingsmål inom en viss tid samt att en regel som innebär att mål om överprövning av en upphandling ska handläggas skyndsamt bör införas. En tidsfrist kan i sig utgöra ett incitament att se över och förbättra t.ex. kommuniseringsrutiner i domstolarna samt övriga handläggningsrutiner. Exempelvis kan parterna inte räkna med anstånd och domstolarna kan använda sig av stupstocks förelägganden för att kunna avgöra mål om överprövning av upphandling inom 90 dagarsfristen. Det upphandlingsnätverk som finns i domstolarna bör t.ex. kunna ses som ett medel att försöka åstadkomma likformiga handläggningsrutiner.

Så som tidigare nämnts var den genomsnittliga handläggningstiden för överprövningsmål i förvaltningsrätten 2,3 månader under år 2013. Kravet på skyndsamt handläggning innebär att förvaltningsrätten även i fortsättningen ska avgöra målen så skyndsamt som möjligt. Kravet på skyndsamt kan enligt utredningens mening i vissa mål inte anses uppfyllt enbart för att domstolen hållit sig inom 90 dagarsfristen.

Den föreslagna tidsfristen tillsammans med exemplifieringen av vad som kan förutses av en upphandlande myndighet eller enhet (se mer i avsnitt 5.9) löser inte problemet med stoppet av upphandlingen vid överprövning men gör att den tid stoppet pågår blir mer förutsebar och i vissa fall betydligt kortare än tidigare. Upphandlande myndighet eller enhet borde genom förslagen ges större möjlighet att uppnå den goda affären.

Utredningen har bett enheten för samordning och stöd (analysfunktionen) på socialdepartementet om en samhällsekonomisk bedömning av förslaget om tidsfrister för förvaltningsrätternas prövning. Av den bedömning utredningen därefter tagit del av framgår bl.a. följande. En samhällsekonomisk beräkning är en kalkyl som syftar till att ge ett beslutsunderlag för val av olika alternativ. I det här fallet rör det sig om i vilken mån det ska införas regler som snabbar upp behandlingen av mål. Det finns en mängd aspekter på förändrade regler men för att alls göra beräkningen möjlig har enheten valt att endast låta tidsaspekten ingå i beräkningen. Alla andra dimensioner, som t.ex. kvalitet eller inverkan på upphand-

lingsunderlaget, har uteslutits ur beräkningarna. Förändrade regler innebär potentiellt såväl intäkter som kostnader. Intäkterna består i snabbare genomförda upphandlingar och därmed förverkligade projekt. Kostnaderna kan t.ex. röra sig om de ökade kostnader som uppstår då t.ex. domstolarna snabbare ska avgöra ärenden. Denna kalkyl avser endast intäktssidan. För ett fullständigt beslutsunderlag behöver de bedömda intäkterna ställas mot de kostnader som kan uppstå. Kostnaderna får bedömas i ett annat sammanhang. Så mycket kan dock sägas om det slutliga beslutsunderlaget att intäkterna ger en indikation på hur stora kostnadseffekterna får vara för att regelförändringen ska vara samhällsekonomiskt motiverad. För att underlätta kalkylen har enheten valt att göra antagandet att den gräns på 90 dagars handläggningstid som prövas här också förverkligas i samtliga fall. I beräkningarna antas därför att samtliga ärenden som i dagsläget tar längre tid än 90 dagar i det nya alternativa läget tar exakt 90 dagar. Intäkten av snabbare handläggning bygger på den teoretiska grunden att en given nytthet har större värde ju tidigare den kan tas i anspråk. Den skola som byggs och tas i bruk ett år tidigare än samma skola ett år senare avkastar ett större värde än den senarelagda skolan. Inom ramen för samhällsekonomiska kalkyler i allmänhet används diskonton för att jämställa intäkter och kostnader som uppstår vid olika tidpunkter. I denna kalkyl har ett diskonto per år på 4 procent använts. För denna kalkyls syften har årskontot räknats om till ett diskonto per dag. Det finns viss statistik att tillgå för en kalkyl av nämnt slag. Statistiken är översiktlig och är inte framtagen för att göra den här typen av kalkyler möjliga. Det ska också sägas att resultatet är att betrakta mer som en ungefärlig indikation än ett precist resultat. Senast kända statistik ger vid handen att den offentliga upphandlingen omfattar cirka 600 miljarder kronor<sup>154</sup>. Närmare åtta procent av upphandlingarna leder till överprövning. Åtta procent av 600 miljarder är 48 miljarder kronor. Den genomsnittliga handläggningstiden vid förvaltningsrätterna är knappt två månader. Enligt uppgifter har

---

<sup>154</sup> Utredningens anmärkning: Enligt Dagens Samhälles kartläggning "Den offentliga marknaden 2011" köper offentlig sektor in varor och tjänster för sammanlagt 820 miljarder kronor varje år. Utifrån DoubleChecks leverantörsanalyser, som utförts under snart fem år, beräknas den uppgå till mer än 1 000 miljarder kronor och har ca 250 000 olika leverantörer vilka är de som säkerställer att det svenska samhället fungerar (se <http://www.doublecheck.se/2011-05-02-12-33-35/55-doublecheck-ar-med-och-grundar-nya-branschorganisationen-foreningen-sveriges-offentliga-leverantorer-fsol>, hämtad 2015-01-08).

75 procent av ärendena avgjorts efter 2,6 månader. Säg då som ett antagande att 85 procent av ärendena har avgjorts efter 3 månader. Det skulle motsvara en upphandlingskostnad på 15 procent av kostnaden för de överprövade ärendena. Den tänkta avkastningen på 5 procent leder till ett samhällsekonomiskt värde på 360 miljoner kronor. Med visst statistiskt stöd antas att den genomsnittliga tiden över tre månader är 51 dagar. Med ovanstående som grund kan konstateras att den samhällsekonomiska intäkten av att inga ärenden tar längre tid än tre månader är 2 miljoner kronor. Våldigt mycket talar dock för att det särskilt är de värdemässigt största ärendena som är sena. Det finns ingen samlad statistik över dessa förhållanden, man tvingas i stället till antaganden. Antag att de ärenden som tar längre tid än 90 dagar i genomsnitt är dubbelt så dyra som andra ärenden. Reformen skulle då innebära samhällsekonomiska intäkter på 4 miljoner kronor.

Försvarets materielverk har gett ett exempel på en av överprövning stoppad upphandling som i slutändan kom att leda till direkta merkostnader om drygt 25 miljoner kr. Även om en stoppad upphandling generellt inte medför så stora kostnader som nu nämnts kan utredningen inte bortse från att vissa stopp kan göra det. Att minska handläggningstiden kan därför ha stor betydelse ur samhällsekonomisk synpunkt.

Av Domstolsverkets yttrande under hand till utredningen framgår bl.a. följande. Domstolsverkets bedömning är att en tidsfrist om 90 dagar inte kan införas utan att processen påverkas på ett sätt som kräver resurstillskott till Sveriges Domstolar. Att uppskatta de ekonomiska konsekvenserna vid ett införande av en 90-dagars tidsfrist för avgörande av LOU-mål är enligt verket förenat med stora svårigheter. Domstolsverket har i dag inte hela förslaget klart för sig och även med ett färdigt förslag är bedömningen synnerligen svår. Inte minst det förhållandet att verksamheten vid de olika förvaltningsrätterna, mot bakgrund av deras varierande storlek, måste organiseras på olika sätt medför svårigheter att göra en beräkning. En grov kostnadsuppskattning kan göras med utgångspunkt i styckkostnaden för LOU-mål. År 2013 var styckkostnaden, dvs. den genomsnittliga kostnaden, för LOU-mål 15 483 kr i förvaltningsrätt, 20 440 kr i kammarrätt och 11 381 kr i Högsta förvaltningsdomstolen. En analys av omloppstiderna för avgjorda LOU-mål i förvaltningsrätt visar att under de senaste tre helåren, 2011–2013,

samt under 2014 har omkring 25 procent av målen en omloppstid som överstiger 90 dagar. Applicerat på år 2013, då 3 296 LOU-mål avgjordes i förvaltningsrätt, innebär det att drygt 820 mål måste hanteras med en kortare omloppstid för att tidsfristen ska uppnås. Domstolsverket gör bedömningen att arbetsbelastningen och därmed kostnaderna för att avgöra dessa mål inom 90 dagar grovt kan antas vara 25–50 procent högre än kostnaden för ett genomsnittligt LOU-mål. Kostnadsökningen vid ett införande av en tidsfrist om 90 dagar kan då uppskattas ligga i intervallet 3,2–6,4 miljoner kr per år i förvaltningsrätt ( $824 \cdot 15\,483 \cdot 0,25 - 0,50 = 3\,189\,498 - 6\,378\,960$ ).

Utredningen anser i likhet med Domstolsverket att kostnaden för förvaltningsrätterna av införandet av en regel om tidsfrist är svårbedömd. Utredningen anser dock till skillnad från Domstolsverket att kostnaden borde kunna hållas på en relativt låg nivå. Om allt annat ska vara lika i förvaltningsrätterna kommer utredningens förslag förvisso att innebära ett behov av resurstillskott för förvaltningsrätterna. Som utredningen ser det finns det emellertid en möjlighet att förvaltningsrätterna prioriterar upphandlingsmålen på ett annat sätt än vad som sker i dag. Det skulle då mera bli fråga om att förvaltningsrätternas organisation ses över. Förslaget innebär att drygt 820 mål utav det totala antalet mål som kommer in till förvaltningsrätterna (cirka 105 000 mål) kommer att behöva hanteras något snabbare än vad som i dag är för handen. Förslaget ska även ses tillsammans med de övriga förslag som utredningen har lämnat. Med förslaget att införa en regel som innebär att inga nya omständigheter eller bevis som huvudregel får åberopas i kammarrätten borde kostnaderna för kammarrätternas handläggning av upphandlingsmål minska till följd av en snabbare handläggning av målen. Regeln borde även innebära att upphandlingsprocessen koncentreras till underrätt, vilket enligt utredningens mening borde minska den totala handläggningstiden för upphandlingsmål. Den mellanväg (påtalandeskyldighet) som utredningen föreslår borde dessutom minska behovet av överprövningar samt göra målen mer renodlade och därmed effektivisera överprövningsförfarandet. De kostnader som kan vara förenade med förslaget om tidsfrist för förvaltningsrätternas prövning kan inte ses isolerat utan bör ses i ljuset av de förmodat minskade kostnaderna för förvaltningsdomstolarna som ovan nämnts. Till detta kommer att förslaget med tidsfrist för förvaltningsrätternas prövning dessutom förväntas inne-

bära samhällsekonomiska besparingar såsom beskrivits tidigare. Det är också rimligt att anta att en ökad förutsebarhet avseende upphandlingsförfarandet skulle kunna leda till viss sänkning av anbudspriset vilket i så fall borde leda till att upphandlande myndigheter eller enheter har större möjligheter att göra en god affär.

Redan i dag måste olika måltyper prioriteras i förhållande till andra. Skälen härför kan vara flera, där mål om frihetsberövanden och mål som har stor betydelse ur ekonomisk synpunkt för en enskild av naturliga skäl prioriteras högt. Enligt utredningens mening bör också mål som är av stor samhällsekonomisk betydelse kunna prioriteras på så sätt att de handläggs före andra mål. När det gäller upphandlingsmålen kan de, mot bakgrund inte minst av det totala årliga värdet av de offentliga upphandlingarna, tveklöst sägas vara av mycket stor samhällsekonomisk betydelse och där en lång handläggningstid i domstolarna medför betydande samhällskostnader. En prioritering av dessa mål i enlighet med utredningens förslag skulle innebära att ett, i förhållande till det totala antalet inkommande mål i förvaltningsrätterna, litet antal mål kommer att handläggas före mål som bedöms inte vara så brådskande. Detta måste enligt utredningens mening anses vara godtagbart. Sammantaget innebär det enligt utredningens mening att eventuella ökade kostnader för förvaltningsrätterna bör rymmas inom ramen för befintliga resurser.

Den föreslagna tidsfristen har också betydelse för tillämpningen av exemplifieringen som föreslås i avsnitt 5.9.

### 5.11 Frister för ansökan om upphandlings-skadeavgift samt för talan om skadestånd

**Bedömning:** Regeln om frist för ansökan om upphandlings-skadeavgift bör inte ändras.

**Förslag:** Regeln om frist för att väcka talan om skadestånd för direktivstyrda upphandlingar bör ändras på så sätt att fristen ska räknas från och med den dag då sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om avtalet.

### 5.11.1 Uppdraget

Av kommittédirektiverna framgår följande.

#### *Frist för ansökan om upphandlingsskadeavgift*

Konkurrensverket som är tillsynsmyndighet enligt LOU, LUF och LUF5, uppger i skrivelse den 18 september 2013 att den vanligaste orsaken till att ett ärende inte öppnas eller sedermera avskrivs är att ärendet är preskriberat, dvs. avtalet som har ingåtts med leverantören är äldre än ett år eller att avtalet inom kort kommer att preskriberas och således inte kan utredas tillräckligt väl innan preskriptionstiden löpt ut. Många otillåtna direktupphandlingar undgår därför verkets ingripande. Vidare är många ärenden utrednings tunga och komplicerade så att de inte kan färdigutredas innan preskriptionsfristen löpt ut. Det finns därför enligt Konkurrensverket många otillåtna direktupphandlingar som verket får kännedom om men som bortprioriteras direkt eller avskrivs efter utredning på grund av den korta preskriptionsfristen. Konkurrensverket föreslår därför att preskriptionstiden förlängs till två år.

I anledning av nya direktiv på upphandlingsområdet<sup>155</sup> har Regeringskansliet i promemorian Nya regler om upphandling (Ds 2014:25) föreslagit vissa ändringar i LOU och LUF. Reglerna om rättsmedel har överförts i stort sett oförändrade till den nya föreslagna lagstiftningen om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Några ändringar av den ovan berörda ansökningsfristen föreslås inte.

Utredaren ska överväga behov av ändring av fristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift samt lämna de författningsförslag som övervägandena kan föranleda.

#### *Frist för talan om skadestånd*

Även fristen om skadestånd har förts in i de nya förslagen till upphandlingslagstiftning utan närmare överväganden beträffande fristens längd. I samband med översynen av tidsfristen för ansökan om

---

<sup>155</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU och 2014/25/EU.



upphandlingsskadeavgift finns det skäl att göra en översyn av tidsfristen för talan om skadestånd. Utredaren ska överväga behov av ändring av fristen för ansökan om skadestånd i upphandlingslagstiftningen samt lämna de författningsförslag som övervägandena kan föranleda.

### 5.11.2 Aktuell reglering i nationell lagstiftning

#### *Frist för ansökan om upphandlingsavgift*

Av 17 kap. 7 § första stycket LOU, LUF och LUFSS framgår att när en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på att myndigheten eller enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft.

Enligt 17 kap. 7 § andra stycket LOU, LUF och LUFSS ska, när ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ansökan om upphandlingsskadeavgift ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

#### *Frist för talan om skadestånd*

Enligt 16 kap. 21 § LOU, LUF och LUFSS ska talan om skadestånd väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten respektive enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

### 5.11.3 Tidigare förarbeten och utredningar

#### Propositionen Nya rättsmedel på upphandlingsområdet varav följande framgår<sup>156</sup>

När ansökan grundas på 17 kap. 1 § 3 LOU, LUF eller LUFS och ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtal inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 18 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts. Promemorians<sup>157</sup> förslag och bedömning överensstämmer med regeringens, utom såvitt gäller att det i promemorian föreslås att tidsfristen ska vara två år i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning.

I de fall ingen leverantör ansöker om överprövning inom den föreskrivna tiden (16 kap. 17 §), kan det många gånger tänkas att tillsynsmyndigheten får svårare att få vetskap om förvärvet i fråga och de närmare omständigheterna kring detta. I promemorian föreslogs att tillsynsmyndigheten i dessa fall skulle få två år på sig att ge in en ansökan. Vissa remissinstanser har framfört att den föreslagna tidsfristen är för lång. Stockholms läns landsting anför t.ex. att det inte kan anses rimligt att en upphandlande myndighet ska behöva leva i ovisshet i två år när det gäller eventuellt påförande av avgift. Det skulle enligt landstinget vara mer skäligt att tidsfristen sammanfaller med leverantörens tidsfrist att väcka talan om skadestånd, dvs. ett år från den tidpunkt då avtalet slöts. Försvarsmakten anför att kombinationen av strikt ansvar och en tidsfrist om två år är väldigt långtgående.

Det finns enligt regeringens mening goda grunder för att samma tidsfrist bör gälla för att ge in en ansökan om att avgift som för att väcka talan om skadestånd. I likhet med vad flera remissinstanser har framfört anser regeringen att tidsfristen i dessa fall bör begränsas till ett år från den tidpunkt då avtalet slöts. Det får anses vara tillräckligt med tid för att tillsynsmyndigheten ska kunna införskaffa tillräcklig utredning för att ge in en ansökan till domstolen.

Enligt gällande preskriptionsregler i LOU och LUF ska en talan om skadestånd väckas inom ett år från den tidpunkt då avtal slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör. Ett avtal kan, med

---

<sup>156</sup> Prop. 2009/10:180 s. 206 f. och 226.

<sup>157</sup> Inom Finansdepartementet togs en departementspromemoria, Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30) fram.

hänsyn till bl.a. domstolens handläggningstid, ha löpt ut under viss tid innan det ogiltigförklaras. Detta kan i vissa fall leda till att en leverantörs skadeståndsanspråk är preskriberat när avtalet förklaras ogiltigt. För att en leverantör som drabbas av att ett avtal förklaras ogiltigt ska ha möjlighet att hinna väcka talan om skadestånd bör tidsfristen i LOU och LUF för talans väckande därför kompletteras. Regeringen anser, som Lagrådet har föreslagit, att tidsfristen i dessa fall bör fastställas till ett år från den tidpunkt avtalet har förklarats ogiltigt genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Den kommer därmed att motsvara den tid om ett år från det att ett avtal slöts som gäller för en leverantör som inte tilldelats ett kontrakt. För att införa ytterligare ändringar av preskriptionstiden, som påtalas av Konkurrenskommissionen, saknas emellertid underlag i nu aktuellt lagstiftningsärende.

### Strikt ansvar kontra uppsåt eller oaktsamhet

Regeringen anser att upphandlingsskadeavgift ska kunna tas ut oberoende av om överträdelsen har skett uppsåtligen eller av oaktsamhet. Strikt ansvar ska alltså gälla. Majoriteten av remissinstanserna har inte några invändningar mot förslaget. Konkurrensverket, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), Stockholms Handelskammare och Konkurrenskommissionen tillstyrker strikt ansvar.

Försvarets materielverk (FMV) anför att det kan finnas skäl att ifrågasätta skälen för promemorians val av strikt ansvar. De sanktionssystem som förefaller förete mest likheter med de nu föreslagna och som finns inom konkurrensrätten och marknadsrätten och produktsäkerhetsområdet erfordrar subjektiva rekvisit såsom uppsåt och oaktsamhet för tillämpning. Resonemanget i promemorian om att upphandlande myndigheter och enheter har god kännedom om regelverket och att överträdelser därför kan antas bero på uppsåt eller oaktsamhet ifrågasätts, särskilt mot bakgrund av de nu aktuella lagförslagen och kommande särskilda reglering på försvarsområdet. Lagregleringarna kommer att medföra ytterligare komplexitet.

Skälen för regeringens förslag: Upphandlingskommittén föreslog att marknadsskadeavgift skulle kunna påföras upphandlande enheter som uppsåtligen eller av oaktsamhet i väsentligt hänseende

brutit mot gällande regler. Kommittén angav att det inte var möjligt att exakt ange när avgiften skulle kunna dömas ut, men angav åtta typsituationer när avgift borde aktualiseras. Att sanktionen var kopplad till ett krav på uppsåt eller oaktsamhet hos den upphandlande enhetens företrädare var efter mönster från konkurrenslagen (SOU 1999:139 s. 325 f). Utredningen gjorde inga överväganden om ett administrativt sanktionssystem med strikt ansvar.

Vid utformningen av reglerna om konkurrensskadeavgift som numera finns i konkurrenslagen (2008:579), påtalade regeringen att EU-rätten fordrar de subjektiva rekvisiten uppsåt eller oaktsamhet. För de sanktionsavgifter som redan fanns i lagstiftningen konstaterades dock att de nästan undantagslöst kan påföras utan hänsyn till subjektiva omständigheter (prop. 1992/93:56 s. 30). Inom marknadsrätten och produktsäkerhetsområdet har konstruktioner valts som uppvisar stora likheter med sanktionssystemet på konkurrensrättens område. I övrigt är det dock normalt med administrativa sanktionssystem som är baserade på idén om avkriminalisering och strikt ansvar vid överträdelser av vissa klara och tydliga bestämmelser.

Avgiftsskyldighet som bygger på strikt ansvar bidrar till en förenkling och effektivisering av ett sanktionssystem. Bedömningsinslaget blir betydligt mindre än om det för ansvar skulle krävas oaktsamhet eller uppsåt. För att en konstruktion med strikt ansvar ska vara försvarbar från rättssäkerhetssynpunkt bör det finnas ett starkt stöd för en presumtion att överträdelser på området inte kan ske på annat sätt än som en följd av uppsåt eller oaktsamhet.

Samtidigt som det finns skäl för att hantera överträdelser i administrativ ordning, finns det skäl som talar för ett mer straffrättsliknande förfarande med krav på uppsåt eller oaktsamhet. En strävan efter effektivisering kan innebära risker från rättssäkerhetssynpunkt. Det uppställs normalt inte riktigt samma krav på rättssäkerhet i fråga om regler vars efterlevnad upprätthålls genom hot om administrativa sanktioner som beträffande regler som beivras straffrättsligt. Anledningen är just att effektivitetsaspekter brukar sättas i förgrunden vid användning av administrativa sanktioner, medan krav på rättssäkerhet gör sig starkare gällande inom det straffrättsliga området. Detta hänger i sin tur samman med att straff främst är avsett att användas som en reaktion på gärningar som samhället anser vara särskilt klandervärda eller allvarliga. Administrativa sank-

tioner är däremot vanligast inom rättsområden där argumenten för att införa eller bibehålla hot om straff inte är lika starka. Det bör dock poängteras att ett införande av administrativa sanktioner inte måste innebära en försämring från rättssäkerhetssynpunkt i förhållande till ett straffrättsligt förfarande. Kraven på effektivitet och rättssäkerhet måste naturligtvis balanseras vid utformningen av ett system med administrativa sanktioner och höga krav måste ställas på förutsägbarhet i fråga om administrativa sanktioner. Detta krav gäller i särskilt hög grad för sanktionsavgifter.

I fråga om sanktioner för att förebygga kommunalt domstols-trots på bl.a. socialtjänstens område yttrade regeringen att när det gäller sanktionsavgifter anses normalt det strikta ansvaret godtagbart när de som kan tänkas bli avgiftsskyldiga kan förväntas ha god kännedom om gällande föreskrifter och dessutom ha en särskild anledning att vaka över att dessa föreskrifter inte överträds. Enligt regeringens mening behöver det inte uppställas något krav på uppsåt eller oaktsamhet för att avgiftsskyldighet ska uppstå i sådana fall (prop. 2001/02:122 s. 24).

Även med beaktande av vad som anförts av FMV om komplexiteten i regelverket bör inte förutsättas annat än att upphandlande myndigheter och enheter kan förväntas ha god kännedom om upphandlingsreglerna. I enlighet med regeringens tidigare, i detta avsnitt återgivna, uttalanden i samband med införande av konkurrenslagen bör således inte anses erforderligt att uppställa ett krav på uppsåt eller oaktsamhet för att sanktionsavgift ska kunna påföras. Mot bakgrund av det anförda föreslår regeringen således att strikt ansvar ska gälla.

Det finns ett antal andra förutsättningar för att strikt ansvar ska vara försvarbart från rättssäkerhetssynpunkt. Bland annat måste den presumtion som det strikta ansvaret innebär hållas inom rimliga gränser. Myndigheten eller enheten får inte åläggas en orimlig bevisbörda för att undgå avgift. Det måste också finnas ett utrymme för att inte påföra en avgift om det skulle anses obilligt.

## Departementspromemorian Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet varav följande framgår<sup>158</sup>

Inom straffrätten finns bestämmelser om åtals- respektive påföljds-preskription (35 kap. brottsbalken). Åtalspreskription innebär att påföljd inte får ådömas om preskription inträtt medan påföljds-preskription innebär att ådömd påföljd bortfaller efter viss angiven tid. Det finns flera skäl bakom reglerna om preskription. Från allmänpreventiv synpunkt är det inte lika angeläget att beivra överträdelser när en längre tid förflutit. Det kan vidare tyckas rimligt att den som begått överträdelsen vid någon tidpunkt ska kunna inrätta sig efter att det inte blir någon reaktion från samhället i anledning av brottet. Administrativa sanktionsavgifter uppvisar stora likheter med bötesstraff. Det bör därför även för marknadsskadeavgift finnas bestämmelser om under hur lång tid ansvar kan utkrävas. I likhet med vad som gäller för många andra sanktionsavgifter behöver således fastställas hur lång tid som tillsynsmyndigheten ska ha på sig för att ansöka om att marknadsskadeavgift ska påföras. Även tidpunkten från när fristen ska beräknas och hur fristen ska iaktas behöver bestämmas.

En tvåårig frist för leverantörens möjlighet att väcka talan om skadestånd föreslogs i det ursprungliga förslaget till LOU, Offentlig upphandling och EES – ett lagförslag (Ds 1992:4), men ändrades till ett år efter invändningar från bl.a. dåvarande Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet. Enligt förbunden kunde det inte anses rimligt att en upphandlande enhet skulle behöva leva i ovisshet i två år när det gäller eventuell skadeståndstalan på grund av procedurfel. Dessutom framhölls att en anbudsgivare som vill ifrågasätta upphandlingen och kräva skadestånd rimligen bör göra detta i anslutning till upphandlingen.

Upphandlingskommittén föreslog sedermera att talan om såväl marknadsskadeavgift som skadestånd skulle bestämmas till två år efter det att avtal tecknats (se mer nedan).<sup>159</sup> Invändningar liknande dem som tidigare anförts mot en längre frist för skadeståndstalan framfördes även under remissbehandlingen av Upphandlingskom-

---

<sup>158</sup> Ds 2009:30 s. 228 f.

<sup>159</sup> SOU 1999:139 s. 326.

mitténs förslag. Sedan ÄLOU infördes har leverantörens tidsfrist för att väcka talan om skadestånd varit ett år.

I och med genomförandet av ändringsdirektivet kommer leverantörens möjlighet att begära överprövning att förändras väsentligt. En ansökan om överprövning av ett avtal kan ges in under en period om sex månader. Om ett avtal har slutits trots allvarliga fel under upphandlingsförfarandet, exempelvis genom otillåten direktupphandling, kommer således den upphandlande myndigheten eller enheten som regel att sväva i ovisshet om avtalets giltighet under denna tidsrymd. Därtill kan en leverantör väcka talan om skadestånd inom ett år.

Det är viktigt att framhålla att förslaget i promemorian gör skillnad på tillsynsmyndighetens roll och leverantörernas ekonomiska intresse av att upphandlingen går rätt tillväga och att tilldelningen av kontraktet går till den leverantör som lämnar det mest fördelaktiga anbudet. Det primära syftet med tillsynsmyndighetens roll är att tillvarata samhällets intresse av konkurrensutsättning och följaktligen att förbrukningen av allmänna medel sker ändamålsenligt och kostnadseffektivt. Vid bestämmande av vilka preskriptionsfrister som bör gälla, måste en avvägning göras mellan dels tillsynsmyndighetens behov av att ha tillräckligt med tid för att utreda om talan om marknads-skadeavgift ska väckas, dels upphandlande myndigheters och enheters intresse av att under endast en begränsad tid inte veta huruvida en talan om sanktion kommer att väckas.

När det gäller tillsynsmyndighetens ansökan om marknads-skadeavgift, ska beaktas att förhållandena skiljer sig mellan de fall då ansökan grundas på att avtalsspärr inte iakttagits respektive då ett avtal förklarats få bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse å ena sidan och otillåten direktupphandling å andra sidan. I de förstnämnda fallen finns alltid ett avgörande i ett överprövningsmål avseende överprövning av avtal. I dessa fall bör sex månader från den tidpunkt då domstolens beslut vann laga kraft, vara en väl avvägd tid mellan tillsynsmyndighetens behov av tid för utredning och upphandlande myndigheters respektive enheters intresse av att inte under en längre period sväva i ovisshet om en talan om sanktion kommer att väckas.

När det gäller otillåten direktupphandling, får tillsynsmyndigheten däremot väcka talan oberoende av om det finns ett avgörande

från domstol avseende överprövning på talan av leverantör. Det bör därför införas bestämmelser för att i dessa fall undvika parallella processer; dvs. att ett mål om överprövning av avtal pågår samtidigt i samma eller annan instans som ett mål om marknads-skadeavgift när det gäller samma avtal. I 16 kap. 17 § anges de frister inom vilka en ansökan om överprövning av avtal från en leverantör ska ha kommit in till länsrätten. För att undvika parallella processer föreslås därför att tillsynsmyndighetens ansökan ska ha kommit in till länsrätten tidigast då aktuell tidsfrist i nämnda bestämmelse löpt ut och, om en eller flera leverantörer ansökt om överprövning, beslut i anledning av överprövningen vunnit laga kraft. Om flera leverantörer ansökt om överprövning och målen avgörs genom olika beslut i länsrätten eller talan förs vidare till överinstans endast i något av målen vinner besluten laga kraft vid olika tidpunkter. I dessa fall ska tillsynsmyndighetens ansökan ges in först när samtliga avgöranden i anledning av överprövning av avtalet vunnit laga kraft. Även den bortre gränsen för ansökan bör lämpligen knytas till att beslut om överprövning vunnit laga kraft. I likhet med vad som föreslås beträffande ansökan som grundas på 17 kap. 2 § 1 eller 2 bör tillsynsmyndigheten anses få tillräckligt med tid för sin utredning om ansökan ska ha kommit in till länsrätten inom sex månader från det att beslut om överprövning vunnit laga kraft. Om det finns flera avgöranden är utgångspunkten den dom eller det beslut som senast vann laga kraft.

I de fall ingen leverantör ansöker om överprövning inom den i 16 kap. 17 § föreskrivna tiden, kan det många gånger tänkas att tillsynsmyndigheten får svårare både att få vetskap om förvärvet i fråga samt de närmare omständigheterna kring detta. I dessa fall bör tillsynsmyndigheten ges möjlighet att ge in ansökan om marknads-skadeavgift inom två år från den tidpunkt då avtalet i fråga slöts.



## Upphandlingskommitténs betänkande Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt varav följande framgår<sup>160</sup>

Preskriptionstiden för skadestånd enligt LOU är ett år från den dag då avtal om upphandlingen slöts. Preskriptionstiden regleras inte av upphandlingsdirektiven och kan därför bestämmas helt enligt nationella önskemål. Preskriptionstiden är dock jämfört med andra länder enligt NOU:s rapport mycket kort. I förarbetena (se även nedan) anger departementschefen att ”Mitt förslag om en tidsfrist på ett år innebär i förhållande till de allmänna reglerna på området i Sverige en markant förkortning. Arbetsgruppens motsvarande förslag har dock utsatts för stark remisskritik med hänsyn till den osäkerhet som denna långa tid skulle innebära för de upphandlande enheterna som därmed inte skulle kunna avsluta sina upphandlingar innan fristen gått ut. Mitt förslag utgår från den olägenheten och önskemålet om att skadeståndsreglerna är effektiva.” De omständigheter som berördes i förarbetena till stöd för den ettåriga preskriptionstiden är i dag inte relevanta på grund av att en upphandling i dag anses avslutad när avtal sluts med leverantör. En upphandlande enhet kan mycket väl avsluta sin upphandling trots att en eventuell skadeståndstalan kan aktualiseras vid en senare tidpunkt. Dessutom följer de andra medlemsstaterna allmänna preskriptionstider. Den allmänna preskriptionstiden enligt preskriptionslagen är tio år.

Kommittén anser att tidsfristen för att begära skadestånd är för kort. Om en leverantör först vänder sig till kommissionen eller till tillsynsmyndigheten med klagomål avseende en upphandling torde en leverantör i normalfallet inte hinna få ett yttrande innan preskriptionstiden löpt ut. Med hänsyn till risken för att stå för rättegångskostnaderna är det naturligt att en leverantör först vänder sig till kommissionen eller tillsynsmyndigheten för att få en tolkning av upphandlingens överensstämmelse med reglerna innan han inleder en skadeståndstalan. Den allmänna preskriptionstiden enligt preskriptionslagen är 10 år. Kommittén anser att en lämplig avvägning kan vara att preskriptionstiden förlängs till två år. Den vanligaste

---

<sup>160</sup> SOU 1999:139 s. 325 f.

avtalstiden är 2–3 år. Kommittén anser att en upphandlande enhet ska ges möjlighet att inför nästa upphandling åtgärda eventuella fel.

*Reservationer mot kommitténs förslag:*

Förslaget att tidsfristen för att begära skadestånd ska utökas till två år är inte bra. Då den vanligaste avtalstiden är två–tre år räcker det med ett års tidsfrist. Att förlänga tiden skulle innebära osäkerhet och att man inte alls hinner åtgärda eventuella fel innan nästa upphandling påbörjas.<sup>161</sup>

I betänkandet föreslås att tiden för såväl talan om skadestånd som föreslagen framställning om marknadsskadeavgift ska vara två år. Preskriptionstiden ska vara en avvägning mellan leverantörernas möjlighet att tillvarata sin rätt och samtliga parterets intresse av att den upphandlande enheten gör rätt i nästa upphandling. I nuvarande LOU ska talan om skadestånd väckas inom ett år, LOU 7 kap. 8 §. Svea Hovrätt har i en dom uttalat att talefristen på ett år inte strider mot rättsmedelsdirektivet och att ettårsfristen inte heller är orimlig sett ur ett gemenskapsrättsligt perspektiv. Avtal gäller ofta två år. Det är väsentligt när ny upphandling påbörjas att upphandlande enhet vet att förra upphandlingen skedde utan anmärkning. En preskriptionstid på ett år bör därför enligt min mening gälla också i fortsättningen.<sup>162</sup>

Kommittén föreslår att preskriptionstiden för skadeståndstalan förlängs från ett till två år. Tvåårsregeln föreslås också gälla vid talan om marknadsskadeavgift. En tvåårig preskriptionstid föreslogs redan i det ursprungliga förslaget till lag om offentlig upphandling, Offentlig upphandling och EES – ett lagförslag (Ds 1992:4), men ändrades till ett år efter skarp kritik från bl.a. Kommun- och Landstingsförbunden. Kritiken gick ut på att det inte kunde anses rimligt att en upphandlande enhet skulle behöva leva i ovisshet i två år när det gäller eventuell skadeståndstalan på grund av procedurfel. Möjligheten att snabbt rätta till eventuella fel och undvika samma misstag vid nya upphandlingar ansågs vidare begränsas av den långa tidsfristen för skadeståndstalan. Vidare framhölls att en anbudsgivare som vill ifrågasätta upphandlingen och kräva skadestånd rim-

<sup>161</sup> Särskilt yttrande och reservation från ledamoten Gunvor G. Ericson (mp).

<sup>162</sup> Reservation och särskilt yttrande från ledamoten Gunnel Bengtsson (c).

ligen bör göra detta i anslutning till upphandlingen. Den stora insyn och öppenhet som följer med upphandlingsreglerna åberopades också för att en anbudsgivare skulle agera i nära anslutning till upphandlingen och inte vänta i upp till två år med en skadeståndstalan. Vi menar att den kritik som riktades mot en preskriptionstid på två år även gäller i dag. En tvåårig preskriptionstid skulle kunna leda till att ett avgörande i tingsrätt kan ta upp till fyra år från det att upphandlingen avslutats. Det säger sig självt att det är högst otillfredsställande med en sådan tidsutdräkt. Inte minst den långa ovisshet som den upphandlande enheten måste leva med gör att vi bestämt avvisar den av kommittén föreslagna förlängningen av preskriptionstiden för skadeståndstalan. Samma skäl talar för att preskriptionstiden när det gäller marknadsskadeavgiften inte ska sättas till mer än ett år.<sup>163</sup>

### **Propositionen om offentlig upphandling varav följande framgår<sup>164</sup>**

Enligt rättsmedelsdirektiven ska skadeståndsregler finnas. Vad gäller tiden för väckande av talan gäller inte några särskilda regler enligt rättsmedelsdirektiven. Det är alltså en fråga för varje enskilt land att självt avgöra vilken tid som bör väljas. Mitt förslag om en tidsfrist på ett år innebär i förhållande till de allmänna reglerna på området i Sverige en mycket markant förkortning. Arbetsgruppens motsvarande förslag har dock utsatts för stark remisskritik med hänsyn till den osäkerhet som denna långa tid skulle innebära för de upphandlande enheterna som därmed inte skulle kunna avsluta sina upphandlingar innan fristen gått ut.<sup>165</sup> Mitt förslag utgår från en avvägning mellan den olägenheten och önskemålet att skadeståndsreglerna är effektiva.

---

<sup>163</sup> Särskilt yttrande av experterna Ulf Palm och Eva Sveman.

<sup>164</sup> Prop. 1992/93:88 s. 45 f.

<sup>165</sup> I Ds 1992:4 föreslogs att tidsfristen skulle vara två år efter den tidpunkt då överträdelsen ägde rum, s. 144.

#### 5.11.4 Rättsmedelsdirektiven och EU-domstolens praxis

Vid överträdelse av artiklarna 1.5, 2.3 eller 2a.2 ska medlemsstaterna föreskriva ogiltighet i enlighet med artikel 2d.1–2e.3 eller alternativa sanktioner. Alternativa sanktioner ska vara effektiva, proportionella och avskräckande.<sup>166</sup> Enligt ändringsdirektivet finns ingen skyldighet för medlemsstaterna att införa bestämmelser om sanktionsmöjligheter vid otillåtna direktupphandlingar.<sup>167</sup> Enligt rättsmedelsdirektiven ska skadestandsregler finnas. Vad gäller tiden för väckande av talan gäller inte några särskilda regler enligt rättsmedelsdirektiven. Det är alltså en fråga för varje enskilt land att avgöra vilken tid som bör väljas.

Av EU-domstolens dom i Uniplex-målet framgår följande. Det krävs enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 att fristen för att ansöka om prövning i syfte att fastställa att det har skett en överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling eller i syfte att få skadestånd ska räknas från den dag då sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om överträdelsen.<sup>168</sup>

#### 5.11.5 Andra EU- och EES-länders reglering

Med hänsyn till den korta tid som utredningen getts att utreda dessa frågor har tid inte funnits att göra en komparativ analys av hur övriga relevanta länder reglerat frågorna.

---

<sup>166</sup> Artikel 2e första och andra rättsmedelsdirektivens konsoliderade version.

<sup>167</sup> Av prop. 2009/10:180 s. 187 f. framgår följande. I promemorian föreslås i enlighet med ändringsdirektivet att en leverantör ska kunna begära överprövning och yrka att ett avtal förklaras ogiltigt när annonsering inte skett i enlighet med vad som krävs enligt LOU eller LUF, s.k. otillåten direktupphandling. Skälet för att dessutom införa en administrativ sanktion i fall av otillåten direktupphandling är enligt promemorian i huvudsak att hotet att drabbas av ogiltighet inte bedöms som tillräckligt för att komma tillrätta med otillåtna direktupphandlingar. Det är dock i dessa fall inte fråga om någon alternativ sanktion enligt ändringsdirektivet. Det får enligt regeringens mening anses klart att det finns ett problem med otillåtna direktupphandlingar. Det kan vidare antas att leverantörer i viss utsträckning har mindre incitament att föra talan om ogiltighet i dessa fall än i de fall när en upphandling faktiskt har genomförts. Vid en otillåten direktupphandling har de inte deltagit i någon upphandling och känner därför kanske inte till de närmare omständigheterna vid förvärvet av varan eller tjänsten. Mot denna bakgrund gör regeringen bedömningen att möjligheten att föra talan om ogiltighet i fall av otillåten direktupphandling inte är tillräckligt utan behöver kompletteras med en möjlighet att påföra en sanktion i form av upphandlingsskadeavgift.

<sup>168</sup> C-406/08, punkt 35.

### 5.11.6 Bör fristerna förlängas?

#### *Fristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift*

På Konkurrensverkets hemsida kan följande utläsas. Konkurrensverket kan konstatera att erfarenheterna av lagskärpningen, dvs. möjligheten för Konkurrensverket att gå till domstol och ställa krav på böter/upphandlingsskadeavgift för otillåtna offentliga upphandlingar, har varit goda. Den har medfört ökad respekt för regelverket, och därmed har lagen bidragit till effektivitet och rätts-säkerhet. Lagen har också bidragit till att skattemedel används på bästa sätt till nytta för medborgarna, den offentliga sektorn och näringslivet. Ett problem som Konkurrensverket har upplevt under de år som lagen har varit i kraft är att preskriptionstiden på ett år är för kort. Det kan ta en viss tid innan Konkurrensverket får kännedom om en misstänkt lagöverträdelse och tiden för att utreda ett ärende har då inte alltid räckt till för att utreda tillräckligt väl, särskilt i komplicerade ärenden. Konkurrensverket har därför vänt sig till regeringen och föreslagit att preskriptionstiden i upphandlingslagarna LOU och LUF fördubblas till två år.<sup>169</sup>

Av Konkurrensverkets skrivelse den 18 september 2013 framgår följande. Konkurrensverket har öppnat 244 ärenden och avskrivit 156 ärenden. Vanligaste orsaken till att ett ärende inte öppnas eller avskrivs är att ärendet är preskriberat, dvs. avtalet som ingåtts med leverantören är äldre än ett år, eller att avtalet inom kort kommer att preskriberas och således inte kan utredas tillräckligt väl innan preskriptionstiden. Många otillåtna direktupphandlingar undgår därför Konkurrensverkets ingripande. Vissa ärenden är så komplicerade att ärendet inte hunnit bli färdigutrett innan preskriptionstiden förfaller. Exempel på komplicerade ärenden är när bestämmelserna om undantag på grund av tekniska skäl eller kompletterande leveranser är applicerbara. Konkurrensverket har då att välja mellan att lägga ner ärendet eller skicka ansökan till förvaltningsrätten innan ärendet är färdigutrett. Båda scenarierna är otillfredsställande. Det finns således många otillåtna direktupphandlingar som Konkurrensverket får kännedom om men som bortprioriteras direkt eller avskrivs efter utredning på grund av den korta preskrip-

<sup>169</sup> Konkurrensverket föreslår bättre upphandlingsregler, publicerad den 19 september 2013, <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/konkurrensverket-foreslar-battre-upphandlingsregler/>.

tionstiden. Flera av fallen är både graverande och rör stora belopp. Den korta preskriptionstiden, om ett år, förhindrar också Konkurrensverket att arbeta på ett mer strukturerat och planerat sätt eftersom det blir bråttom att snabbt utreda de tips som kommer in innan de hinner preskriberas. Det vore enligt Konkurrensverket önskvärt att i större utsträckning kunna titta på strukturer i branscher eller inom vissa områden, eftersom ett sådant arbete kan ha en större allmänpreventiv effekt.

Av skrivelsen framgår vidare följande. Av de problem som finns med tillämpningen av regelverket är således preskriptionsfristen det största. Konkurrensverket skulle därför vilja se att preskriptionsfristen förlängdes till två år. En tvåårig preskriptionsfrist skulle utgöra en väl avvägd balans mellan den upphandlande myndighetens behov av att kunna ”lägga bakom sig gamla överträdelser” och det allmännas intresse av att Konkurrensverket på ett effektivt sätt kan genomföra sitt uppdrag att bedriva allmänpreventivt arbete för att förhindra otillåtna direktupphandlingar.

### *Utredningens bedömning*

Vid bestämmande av vilka preskriptionsfrister som bör gälla för ansökan om upphandlingsskadeavgift, måste en avvägning göras mellan dels tillsynsmyndighetens behov av att ha tillräckligt med tid för att utreda om talan om upphandlingsskadeavgift ska väckas, dels upphandlande myndigheters och enheters intresse av att under endast en begränsad tid inte veta om en talan om sanktion kommer att väckas.

I de fall ingen leverantör ansöker om överprövning inom den föreskrivna tiden (16 kap. 17 §), kan det många gånger tänkas att tillsynsmyndigheten får svårare att få vetskap om förvärvet i fråga och de närmare omständigheterna kring detta.

En tvåårig frist för leverantörens möjlighet att väcka talan om skadestånd föreslogs i det ursprungliga förslaget till LOU, Offentlig upphandling och EES – ett lagförslag (Ds 1992:4), men ändrades till ett år efter invändningar från bl.a. dåvarande Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet. Enligt förbunden kunde det inte anses rimligt att en upphandlande enhet skulle behöva leva i ovisshet i två år när det gäller eventuell skadeståndstalan på grund

av procedurfel. Dessutom framhölls att en anbudsgivare som vill ifrågasätta upphandlingen och kräva skadestånd rimligen bör göra detta i anslutning till upphandlingen (jfr prop. 1992/93:88).

Vidare föreslog även Upphandlingskommittén i SOU 1999:139 att talan om såväl marknadsskadeavgift som skadestånd skulle bestämmas till två år efter det att avtal tecknats. Invändningar liknande dem som tidigare anförts mot en längre frist för skadeståndstalan framfördes även under remissbehandlingen av Upphandlingskommitténs förslag. Sedan ÄLOU infördes har leverantörens tidsfrist för att väcka talan om skadestånd varit ett år.

I departementspromemorian *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet* (Ds 2009:30) föreslogs återigen att tillsynsmyndigheten i dessa fall skulle få två år på sig att ge in en ansökan. Vissa remissinstanser framförde att den föreslagna tidsfristen är för lång. Stockholms läns landsting anförde t.ex. att det inte kan anses rimligt att en upphandlande myndighet ska behöva leva i ovisshet i två år när det gäller eventuellt påförande av avgift. Det skulle enligt landstinget vara mer skäligt att tidsfristen sammanfaller med leverantörers tidsfrist att väcka talan om skadestånd, dvs. ett år från den tidpunkt då avtalet slöts. Försvarsmakten har anfört att kombinationen av strikt ansvar och en tidsfrist om två år är väldigt långtgående. Även Domstolsverket ansåg att detta var en alldeles för lång tid och att den borde kunna kortas till i vart fall ett år.

I förarbetena *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet* ansåg regeringen att det fanns goda grunder för att samma tidsfrist bör gälla för att ge in en ansökan om att avgift som för att väcka talan om skadestånd. I likhet med vad flera remissinstanser har framfört ansåg regeringen vidare att tidsfristen i dessa fall bör begränsas till ett år från den tidpunkt då avtalet slöts, vilket ansågs vara tillräckligt med tid för att tillsynsmyndigheten ska kunna införskaffa tillräcklig utredning för att ge in en ansökan till domstolen.

Enligt Konkurrensverket är den vanligaste orsaken till att ett ärende inte öppnas eller att ett ärende avskrivs att ärendet är preskriberat, dvs. avtalet som ingåtts med leverantören är äldre än ett år, eller att avtalet inom kort kommer att preskriberas och således inte kan utredas tillräckligt väl innan preskriptionstiden löpt ut.

Att mer än hälften av de ärenden som Konkurrensverket öppnat avskrivs på grund av att ärendet är preskriberat kan enligt utredningens mening anses tala för att fristen för att ansöka om upp-

handlingsskadeavgift bör förlängas till två år. Mot detta ska de argument som tidigare framförts emot att införa en tidsfrist om två år ställas. Stockholms läns landsting har t.ex. anfört att det inte kan anses rimligt att en upphandlande myndighet ska behöva leva i ovisshet i två år när det gäller eventuellt påförande av avgift. Det skulle enligt landstinget vara mer skäligt att tidsfristen sammanfaller med leverantörers tidsfrist att väcka talan om skadestånd, dvs. ett år från den tidpunkt då avtalet slöts. Försvarsmakten har anfört att kombinationen av strikt ansvar och en tidsfrist om två år är väldigt långtgående. Domstolsverket ansåg att två år var en alldeles för lång tid och att den borde kunna kortas till i vart fall ett år.

Preskriptionsfristen ska enligt utredningens mening utgöra en väl avvägd balans mellan den upphandlande myndighetens/enhetens behov av att inte under en alltför lång tid vara i ovisshet när det gäller eventuellt påförande av avgift och det allmännas intresse av att Konkurrensverket på ett effektivt sätt kan genomföra sitt uppdrag att bedriva allmänpreventivt arbete för att förhindra otillåtna direktupphandlingar. Regeringen har tidigare ansett att den nuvarande tidsfristen är väl avvägd. Enligt utredningens mening bör det därför komma fram skäl som medför att den bedömningen bör frångås. Konkurrensverket har pekat främst på att den korta tiden får till följd att Konkurrensverket sammanfattningsvis inte kan utreda och ansöka om påförande av avgift i alla de fall där det kan anses vara påkallat. I sin skrivelse har verket dock inte närmare redogjort för vilka alternativa möjligheter att lösa frågan verket har utrett. Det finns t.ex. inte något underlag som gör det möjligt att utreda om det problem som Konkurrensverket anser finnas skulle gå att åtgärda genom t.ex. omorganisation av verksamheten eller omfördelning av resurser. Utredningen anser mot bakgrund av det anförda att de argument som tidigare lagts fram emot en tvåårig tidsfrist väger tyngre än de skäl som Konkurrensverket framfört för en förlängning av tidsfristen. Utredningen föreslår därför ingen förändring av reglerna. Frågan bör i stället hanteras som en fråga om resursfördelning inom Konkurrensverket.



*Fristen för talan om skadestånd*

I förarbetena *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet* ansåg regeringen att det fanns goda grunder för att samma tidsfrist bör gälla för att ge in en ansökan om att avgift som för att väcka talan om skadestånd.

Enligt utredningen kan det inte anses rimligt att en upphandlande myndighet eller enhet ska behöva leva i ovisshet i två år när det gäller eventuell skadeståndstalan på grund av procedurfel. En anbudsgivare som vill ifrågasätta upphandlingen och kräva skadestånd bör rimligen göra detta i anslutning till upphandlingen. Några skäl som leder till slutsatsen att fristen bör förlängas har inte kommit fram under utredningens arbete. Utredningen föreslår därför inte att fristen för att väcka talan om skadestånd bör ändras.

Enligt EU-domstolen krävs dock att fristen för att ansöka om prövning i syfte att erhålla skadestånd ska räknas från och med den dag då sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om överträdelsen. Utredningen anser att regeln avseende frist för att väcka talan om skadestånd avseende direktivstyrda upphandlingar bör ändras i enlighet med EU-domstolens praxis. Utredningen föreslår därför att regeln om frist för att väcka talan om skadestånd bör ändras på så sätt att fristen ska räknas från och med den dag då sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om avtalet. Avseende icke direktivstyrda upphandlingar bör regeln avseende frist för att väcka talan om skadestånd inte ändras. Anledningen till att olika regler föreslås gälla är att det krav på efterannonsering som finns endast gäller de direktivstyrda upphandlingarna. Genom efterannonsering kan upphandlande myndighet eller enhet få fristen för att väcka talan om skadestånd att börja löpa.

Utredningen vill emellertid uppmärksamma Högsta domstolens (HD) avgörande i NJA 2013 s. 909. Av avgörandet framgår bl.a. följande. Det har överlämnats till nationell rätt att utforma de närmare förutsättningarna för skadeståndsansvaret. Det finns varken i direktivet eller i de svenska förarbetena någon antydning om att skadeståndsansvaret enligt reglerna om offentlig upphandling exklusivt reglerar möjligheten till skadestånd på grund av fel vid upphandlingen. Oavsett om talan i målet skulle falla in under skadeståndsregeln i LOU eller inte, så finns det alltså inget som hindrar

att en part i stället grundar sin talan på skadeståndslagen. Det sagda föranleder frågan om preskriptionsbestämmelsen i LOU omfattar även skadeståndskrav som inte grundar sig på LOU, om kravet har uppkommit i anslutning till en offentlig upphandling. En bestämmelse om specialpreskription omfattar som huvudregel inte sådana fordringar som har uppkommit med stöd av en bestämmelse i en annan lag. Undantag kan dock tänkas. För det krävs dock såväl att bestämmelsens ordalag otvetydigt ger utrymme för detta som att det av lagens förarbeten eller på något annat sätt klart framgår att en sådan tillämpning har varit avsedd för den situation som ska bedömas (se NJA 2013 s. 51, särskilt p. 13, med hänvisningar.). När det gäller en preskriptionsbestämmelse som är knuten till föreskrifter i unionsrätten, ska utöver lagtexten och de svenska förarbetena, också beaktas unionsrättsliga aspekter. Men även ur det perspektivet måste utgångspunkten vara, att en preskriptionsbestämmelse omfattar endast sådana fordringar som direkt vilar på den ifrågavarande ersättningsregleringen. Varken i rättsmedelsdirektivet eller i ändringsdirektivet finns det någon föreskrift om regler om preskription av en fordran på skadestånd. Det står således varje medlemsstat fritt att föreskriva de preskriptionsregler som den finner ändamålsenliga. Ordalydelsen av preskriptionsbestämmelsen i LOU ger inte vid handen att den skulle vara tillämplig på varje krav som har uppstått i samband med upphandlingen. I stället är den direkt kopplad till skadeståndsregeln i LOU. Inte heller finns det något stöd i förarbetena för att preskriptionsbestämmelsen är tänkt att omfatta alla krav som kan uppkomma i samband med upphandlingen (jfr prop. 1992/93:88 s. 47). Det sagda leder till slutsatsen att preskriptionsbestämmelsen i LOU omfattar endast skadeståndskrav som vilar på den lagen. Skadeståndsregeln i LOU hindrar inte en part från att grunda sin talan om skadestånd på skadeståndslagen.<sup>170</sup>

Utredningen kan inte se att det vid införandet av skadeståndsregeln i upphandlingslagarna gjorts någon utredning avseende förhållandet mellan skadeståndsregeln i upphandlingslagarna och skadeståndsregeln i skadeståndslagen. Enligt utredningens mening kan det vara intressant att utreda dessa förhållanden innan någon ändring av fristen för att väcka talan om skadestånd enligt upphand-

---

<sup>170</sup> Punkterna 13–22.

lingslagarna övervägs. En sådan utredning ligger dock inte inom ramen för det uppdrag denna utredning fått i kommittédirektiven.



## 6 Ikraftträdande och övergångsbestämmelser

**Förslag:** De föreslagna ändringarna ska träda i kraft den 1 januari 2017.

Äldre bestämmelser gäller, förutom 4 kap. 5 § andra stycket LOU, 4 kap. 2 § andra stycket LUF, 4 kap. 4 § andra stycket LUF S och 16 kap. 6 § fjärde stycket LOU/LUF/LUF S, för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

**Skälen för förslagen:** Avseende den föreslagna regeln i 4 kap. 5 § andra stycket LOU, exemplifieringen av vad upphandlande myndighet kunnat förutse, bör denna regel enligt utredningens mening kunna tillämpas från den 1 januari 2017. Regeln är en handlingsregel för domstolarna vid bedömning av om synnerlig brådska ska anses ha förelegat. Motsvarande gäller avseende 4 kap. 2 § andra stycket LUF och 4 kap. 4 § andra stycket LUF S.

Vad gäller den föreslagna regeln i 16 kap. 6 § fjärde stycket LOU/LUF/LUF S är detta också en handlingsregel för domstolarna som innebär att upphandlingsmål ska handläggas skyndsamt. Regeln bör enligt utredningens mening kunna tillämpas från den 1 januari 2017.

För övriga föreslagna regleringar har utredningen ansett att övergångsbestämmelser är nödvändiga. Övergångsbestämmelsen har utformats på motsvarande sätt som övergångsbestämmelsen vid införandet av tidigare ändringar i LOU, LUF och LUF S.

När en upphandling ska anses ha påbörjats framgår av Högsta förvaltningsdomstolens praxis i HFD 2013 ref. 31. Av nämnda dom framgår följande. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening bör den tidpunkt när en upphandling har påbörjats sammanfalla med tidpunkten för när en upphandlande myndighets beslut kan bli före-

mål för överprövning. Av EU-domstolens avgörande i målet Stadt Halle framgår att denna tidpunkt inträffar när det stadium har passerats då rent interna överväganden och förberedelser görs inom en myndighet inför en upphandling. Ett upphandlingsförfarande får därmed anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar med extern part får anses vara en sådan utåtriktad åtgärd som innebär att upphandlingsförfarandet har påbörjats.

## 7 Konsekvensanalys

### 7.1 Inledning

Utredningen har fått i uppdrag att se över rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen, dvs. möjligheten att bl.a. överpröva en upphandling. Syftet med utredningen är att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena genom att finna sätt att komma till rätta med de problem som orsakas, både samhällsekonomiskt och för berörda aktörer, av att upphandlingar stoppas när de begärs överprövade i domstol. En given utgångspunkt för utredningen är att eventuella förändringar av regelverket inte får innebära att rättssäkerheten eftersätts.

Utredningen ska bl.a.

- utreda och överväga bestämmelser om ersättning för processkostnader eller avgifter vid ansökan i mål om överprövning,
- analysera lämpligheten av att införa bestämmelser om en s.k. preklusionsfrist i upphandlingslagarna,
- analysera i vilken omfattning den förlängda avtalsspärren ska gälla, om en domstol ska kunna pröva en upphandling trots ingånget avtal och om och i så fall hur en skadelidande leverantör ska kunna kompenseras, samt
- undersöka möjligheten att införa ett undantag i upphandlingslagarna för direktupphandling under pågående överprövning.

Utredningen är oförhindrad att ta upp andra frågor än de som särskilt omnämns i uppdraget, förutsatt att de har samband med syftet och uppdraget i övrigt.

Utredningen ska även överväga behov av ändring av fristerna för ansökan om upphandlingsskadeavgift och ansökan om skadestånd i upphandlingslagstiftningen.

I den utsträckning betänkandet innehåller förslag till nya eller ändrade regler, ska förslagens kostnadsmässiga och andra konsekvenser anges och då motsvara de krav som gäller i fråga om konsekvensutredning vid regelgivning. Utredaren ska särskilt analysera vilka effekter förslagen får för små företag, inkluderande deras möjligheter att tillvarata sina rättigheter enligt EU:s regelverk. Om förslagen förväntas leda till kostnadsökningar för det allmänna, ska utredaren föreslå hur de ska finansieras.

De författningsändringar som utredningen föreslår syftar att tillsammans leda till ett effektivare upphandlingsförfarande. Förslagen påverkar i första hand dels företag som önskar delta i offentlig upphandling dels upphandlande myndigheter eller enheter men också allmänheten i form av skattebetalare och avnämare samt domstolar.

Genom att införa en påtalandeskyldighet (mellanvägen) för leverantörer avseende fel och brister innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud i upphandlingen löpt ut förstärks incitamenten till dialog mellan leverantörer och upphandlande myndigheter/enheter hellre än domstolsprocesser. Om dialog förs mellan parterna kan fel och brister uppdagas och rättas till i ett tidigare skede vilket skulle kunna leda till att behovet av att ansöka om överprövning minskar. Enligt utredningens mening borde upphandlingsmålen i domstol även bli mer renodlade till följd av den s.k. mellanvägen vilket borde leda till en bättre och effektivare process.

Enligt utredningens mening borde upphandlingsprocessen bli effektivare om processen koncentreras till underrätt. Utredningen anser därför att en regel bör införas i upphandlingslagarna som innebär att en part i kammarrätten till stöd för sin talan får åberopa en omständighet eller bevis som inte lagts fram tidigare endast om parten gör sannolikt att omständigheten eller beviset inte har kunnat åberopas vid förvaltningsrätten eller parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det.

Överprövningar är en viktig del av rättssäkerheten vid upphandlingar. Samtidigt innebär en överprövning att hela upphandlingsprocessen stannar upp, eftersom varken leverantören eller myndigheten/enheten kan vara säker på när och om kontraktet kan undertecknas. De flesta överprövningar avgörs relativt snabbt men 25 procent av överprövningarna tar längre tid än tre månader för förvaltningsrätterna att avgöra. I tre fjärdedelar av alla överprövningar slutar överprövningsprocessen när förvaltningsrätten har fattat



sitt slutliga beslut. En fjärdedel av förvaltningsrätternas avgöranden överklagas till kammarrätt men det är dock enbart cirka fem procent av förvaltningsrätternas avgöranden som sakprövas i kammarrätt. I mindre än en procent av det totala antalet annonserade upphandlingar sker således en sakprövning i två instanser.

Systemet med upphandlingar inklusive överprövningssystemet handlar, som utredningen ser det, inte bara om att skydda den leverantör som anser sig förfördelad under något stadium i upphandlingsförfarandet utan också om att man ska kunna tillhandahålla varor och tjänster för allmänheten på ett bra sätt. Konsekvensen av ett system där överprövningar stoppar upp och fördröjer upphandlingar under en längre period drabbar ytterst allmänheten. En lång process kan exempelvis innebära att ett antal personer inte får den livsnödvändiga medicin de skulle behöva.

Med de föreslagna författningsändringarna avseende en tidsfrist för förvaltningsrätternas prövning vill utredningen göra upphandlingsprocessen mer förutsebar och i vissa fall göra överprövningstiden betydligt kortare än tidigare. Leverantörer och upphandlande myndigheter/enheter kan med de föreslagna ändringarna bättre planera sin verksamhet. Genom en bättre planering bör också möjligheterna till att göra en god affär förbättras.

Om en ansökan om överprövning avslås i förvaltningsrätten och därefter inte överklagas till högre instans bör kontrakt kunna slutas efter drygt tre månader. Om en ansökan om överprövning inte stannar vid förvaltningsrättens avgörande eller inte avgjorts inom den tidsfrist som anges för förvaltningsrättens prövning bör en upphandlande myndighet eller enhet kunna tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering under överprövningstiden och till dess att en ny upphandling kunnat genomföras om övriga förutsättningar för synnerliga brådska är uppfyllda. Att en upphandling begärs överprövad borde då inte få den konsekvensen att en enskild individ inte kan få sitt behov tillgodosett på grund av att en överprövning drar ut på tiden. Det blir också mer rättssäkert för företag att ingå avtal med upphandlande myndighet eller enhet under överprövningstiden.

Genom att införa en regel som innebär att processkostnader i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada är det utredningens avsikt att återställa balansen mellan parterna i upphandlingsmål.

Tidpunkt från vilken fristen för att väcka talan om skadestånd ska räknas ändras på ett sådant sätt att rättssäkerheten för företagen borde öka.

## 7.2 Processkostnader inte ersättningsgill skada

En regel som innebär att kostnader för ombud, biträde, utredning eller annat som en part skäligen har behövt för att ta till vara sin rätt i mål angående överprövning (processkostnader) inte ska anses utgöra en ersättningsgill skada bör införas för att återställa balansen mellan parterna i upphandlingsmål. Idag kan en leverantör genom att föra talan om skadestånd i vissa fall få ersättning för sina processkostnader medan den upphandlande myndigheten/enheten aldrig kan få sina processkostnader ersatta. Ett skadeståndsansvar för en upphandlande myndighet/enhet skulle kunna vara processdrivande, eftersom frågan om skadeståndsskyldighet kommer att behöva prövas i allmän domstol sedan upphandlingen avslutats. Utöver ett utökat antal processer innebär ett sådant system att yrkade belopps skälighet ska prövas av en annan domstol än den som prövade frågan i sak.

Utredningen bedömer att förslaget inte innebär några konsekvenser för den kommunala självstyrelsen, för sysselsättning och offentlig service i olika delar av landet. Förslagen innebär inte heller några konsekvenser för brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet, för jämställdheten mellan män och kvinnor eller för möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

## 7.3 Påtalandeskyldighet/mellanvägen

Om en överträdelse avser ett fel eller en brist som finns innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud i upphandlingen löpt ut, ska rätten besluta om ingripande endast om leverantören visat att anmärkning mot felet eller bristen gjorts hos den upphandlande myndigheten/enheten eller hos allmän förvaltningsdomstol i ett mål om överprövning inom halva anbudstiden, dock får anmärkning alltid göras inom tio dagar från det att leverantören fick kännedom eller borde ha fått kännedom om felet eller bristen.

I Konkurrensverkets granskningsrapport (2007) fastslås att en av de vanligaste grunderna för ansökan om överprövning under första

halvåret 2006 var bristfälliga förfrågningsunderlag. Av den undersökning som Konkurrensverket gjort av samtliga förvaltningsrättsavgörande under tiden april–juni 2014 framgår att bristfälliga förfrågningsunderlag fortfarande är en av de vanligaste grunderna. I granskningsrapporten uppges att denna ansökningsgrund ofta beror på missförstånd eller felaktiga förväntningar hos både upphandlare och leverantörer och att det ofta brister i kommunikationen mellan parterna. En anledning till detta tros vara de skilda miljöer som parterna verkar inom och att de saknar kunskap om varandras olika förutsättningar. I rapporten dras slutsatsen att mer tidigt aktiva anbudsgivare som ställer frågor till den upphandlande myndigheten eller enheten, kan leda till minskat antal överprövningsmål med grund i bristfälliga förfrågningsunderlag. Slutsatsen dras dock med reservation för att många oklarheter och otydligheter i förfrågningsunderlaget inte blir synliga förrän vid tilldelningsbeslutet.

Den påtalandeskyldighet som utredningen föreslår syftar till att leverantörer ska ges incitament att försöka begränsa sin skada i situationer där felaktigheter och brister i en upphandlings konkurrensuppsökande skede rätteligen borde ha kunnat påtalas tidigare.

För staten, kommuner och landsting innebär påtalandeskyldighet troligtvis att leverantörer i större utsträckning anmärker mot fel och brister i det konkurrensuppsökande skedet. Enligt utredningens mening borde detta dock stimulera till att skapa en dialog vilket skulle kunna leda till att färre upphandlingar begärs överpröva. Det förutsätter också att upphandlande myndigheter eller enheter lägger ned tillräckligt med arbete för att utforma förfrågningsunderlagen samt att leverantörer lägger ned tillräckligt med arbete på att sätta sig in i förfrågningsunderlaget i ett tidigt skede. Att upphandlande myndigheter eller enheter och leverantörer för en dialog på ett tidigt stadium borde leda till positiva samhällsekonomiska effekter.

En effekt kan vara att det uppstår tillämpningsproblem beträffande exempelvis hur tiden ska räknas, vad som är en anmärkning och andra bevisfrågor. Dessa frågor får dock lösas i praxis. En annan effekt kan vara att påtalandeskyldigheten kan medföra att enskilda företagare som deltar i upphandling garderar sig genom att begära överprövning i domstol istället för att vända sig till den upphandlande myndigheten.

En fördel med påtalandeskyldigheten jämfört med en renodlad preklusionsfrist är att det inte krävs att leverantörer ovillkorligen måste väcka talan i domstol när fel eller brister i det konkurrensuppsökande skedet upptäcks i en upphandling, utan det är tillräckligt att sådana fel påtalas för den upphandlande myndigheten/enheten. På så sätt kan det huvudsakliga syftet med en preklusionsfrist uppnås genom enklare, mindre ingripande och mindre kostsamma åtgärder för både leverantörer, upphandlande myndigheter/enheter och domstolar. Den föreslagna bestämmelsen får anses förstärka incitamenten till dialog mellan leverantörer och upphandlande myndigheter/enheter hellre än domstolsprocesser. För förvaltningsdomstolarna borde det innebära en minskad arbetsbörda.

Påtalandeskyldigheten inskräpper ansvaret hos leverantörer att påtala fel och brister så snart det kan ske, och att en underlåtenhet att göra detta kan leda till att en ansökan om överprövning som tar sikte på sådana fel eller brister avslås. Leverantörer ska inte medvetet kunna avvakta med att påtala brister i det konkurrensuppsökande skedet i en upphandling till dess att meddelande om tilldelningsbeslut har skickats ut. För att bestämmelsen ska överensstämma med unionsrätten ska det vara möjligt för rätten att besluta om ingripande vid överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet som det varit omöjligt eller orimligt svårt för leverantören att anmärka inom den nu aktuella fristen.

En del små företag som missar den här proceduren kan känna en frustration som skulle kunna göra att man avhåller sig från att lämna anbud vilket skulle kunna inverka negativt på konkurrensen. Upphandlingsstödet kan här spela en viktig roll genom att förklara vad som krävs av upphandlande myndighet eller enhet samt av leverantör. En följd av påtalandeskyldigheten skulle kunna bli att förfrågningsunderlagen och anbuden blir bättre.

Utredningen bedömer att förslagen inte innebär några konsekvenser för den kommunala självstyrelsen, för sysselsättning och offentlig service i olika delar av landet. Förslagen innebär inte heller några konsekvenser för brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet, för jämställdheten mellan män och kvinnor eller för möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

## 7.4 Regel avseende nya omständigheter

Utredningen föreslår att en part i kammarrätten till stöd för sin talan får åberopa en omständighet eller bevis som inte lagts fram tidigare endast om parten gör sannolikt att omständigheten eller beviset inte har kunnat åberopas vid förvaltningsrätten eller parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det.

Genom förslaget att som huvudregel inte tillåta åberopande av nya omständigheter i kammarrätt borde upphandlingsprocessen bli effektivare eftersom processen på så sätt koncentreras till underrätt. Det borde inverka positivt på handläggningstiden i kammarrätterna vilket också borde innebära en minskad arbetsbörda för kammarrätterna.

Genom att koncentrera processen till underrätt borde den totala handläggningstiden minska vilket borde gynna samhällsekonomin.

Utredningen bedömer att förslagen inte innebär några konsekvenser för den kommunala självstyrelsen, för sysselsättning och offentlig service i olika delar av landet. Förslagen innebär inte heller några konsekvenser för brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet, för jämställdheten mellan män och kvinnor eller för möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

## 7.5 Temporär direktupphandling – exemplifiering

Genom exemplifiering av omständigheter som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten eller enheten blir upphandlingsförfarandet mer förutsägbart. Med hänsyn tagen till den statistik utredningen tagit del av framstår det som förutsägbart för en upphandlande myndighet eller enhet att en ansökan om överprövning görs hos förvaltningsrätt. Det absoluta flertalet av målen stannar dock i första instans. Det bör därför inte finnas anledning för en upphandlande myndighet/enhet att ta i beaktande att en överprövning sker i mer än en instans.

I synnerhet kommuner och landsting har många obligatoriska uppgifter som innefattar viktig offentlig service som måste fullföljas. Bedömningen är att förslaget borde göra det enklare för upphandlande myndigheter eller enheter att planera sin verksamhet även vid en överprövning. Det borde få positiva effekter för den offentliga servicen och få gynnsamma effekter för samhällsekonomin.

Förslaget gör det mer rättssäkert för företag att ingå kontrakt under tiden för överprövning. Några extra kostnader för företagen uppkommer inte. Det har ibland gjorts gällande att det förekommer att leverantörer använder överprövningssystemet som ett affärsstrategiskt verktyg. Om så är fallet borde det föreslagna undantaget sannolikt minska antalet leverantörer som agerar så (se SOU 2013:12 s. 624 angående förslaget om temporär direktupphandling). Förslaget bidrar därmed till en sundare konkurrens.

Enskilda individer slipper också vänta på eventuella nyttotjänster och – varor även om en upphandling stoppas under en längre domstolsprövning.

Genom att ge exempel på vad en upphandlande myndighet eller enhet kan anses förutse bör antalet ansökningar om överprövning avseende om det funnits skäl att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering minska.

Utredningen bedömer att förslaget inte innebär några konsekvenser för den kommunala självstyrelsen och för sysselsättning i olika delar av landet. Förslaget innebär inte heller några konsekvenser för brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet, för jämställdheten mellan män och kvinnor eller för möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

## 7.6 Tidsfrist för förvaltningsrätternas prövning

Mot bakgrund av den betydelse som handläggningstiden i domstol har dels för de kostnader för samhället som är förenade med förseningar på grund av överprövningar, dels för upphandlande myndighet/enhet och leverantörer och för uppnåendet av den goda affären anser utredningen att en regel bör införas som innebär att förvaltningsrätten ska pröva upphandlingsmål inom en viss tid samt att förvaltningsdomstolarna bör pröva målen skyndsamt. Om det inte finns synnerliga hinder, ska förvaltningsrätten avgöra mål om överprövning av en upphandling skyndsamt dock senast inom 90 dagar från den dag då ansökan om överprövning och handlingarna kom in till rätten.

När en upphandling stoppas på grund av en överprövning leder det till svårigheter att försörja offentliga verksamheter med varor och tjänster som den offentliga sektorn ofta är skyldig att tillhand-

hålla medborgarna eller som på ett eller annat sätt ingår i den offentliga servicen. När en upphandling blir överprövad och stoppad är de upphandlande myndigheterna eller enheterna ofta tvingade att genomföra en direktupphandling för att täcka behoven under den pågående överprövningen och den tid det tar att genomföra en eventuell ny upphandling. Sådana upphandlingar riskerar i sin tur att bli stoppade i en ny överprövning eller bli föremål för en talan om ogiltighet enligt upphandlingslagarna.

Rädslan för att upphandlingen stoppas i en överprövning leder enligt Upphandlingsutredningen (SOU 2013:12) till suboptimering, dvs. att upphandlingarna utformas på ett sådant sätt som inte gagnar utvecklingen av innovativa och hållbara varor och tjänster av god kvalitet. Det får anses sannolikt att leverantörerna kompenserar sig för den osäkerhet som en utdragen process medför. Upphandlingar som riskerar att dra ut på tiden kan därför föranleda höjningar av priset på de aktuella varorna eller tjänsterna. Vidare kan mindre företag ha svårt att stå vid sina anbud under längre stopp. Det riskerar i sin tur att inverka negativt på konkurrensen.

Den föreslagna tidsfristen tillsammans med exemplifieringen av vad som kan förutses av upphandlande myndighet eller enhet (se mer i avsnitt 7.5) löser inte problemet med stoppet av upphandlingen vid överprövning men gör att den tid stoppet pågår blir mer förutsebar och i vissa fall betydligt kortare än tidigare. Överprövningar är en viktig del av rättssäkerheten vid upphandlingar. Samtidigt innebär en överprövning att hela upphandlingsprocessen stannar upp, eftersom varken leverantören eller myndigheten kan vara säkra på när och om kontraktet kan undertecknas. Det är därför av stort intresse hur lång tid överprövningsprocessen tar.

Upphandlande myndighet eller enhet borde genom förslagen ges större möjlighet att uppnå den goda affären.

Domstolsverket har yttrat sig under hand till utredningen avseende vilka konsekvenser förslaget kan antas få för domstolarna. Av yttrandet framgår att en tidsfrist om 90 dagar inte kan införas utan att processen påverkas på ett sätt som kräver resurstillskott till Sveriges Domstolar. Att uppskatta de ekonomiska konsekvenserna vid ett införande av en 90-dagars tidsfrist för avgörande av LOU-mål är enligt verket förenat med stora svårigheter. Domstolsverket har uppskattat att kostnadsökningen vid ett införande av en tids-

frist om 90 dagar kan ligga i intervallet 3,2–6,4 miljoner kr per år i förvaltningsrätt (se mer i avsnitt 5.10.5).

Enheten för samordning och stöd, analysfunktionen, på socialdepartementet har på utredningens uppdrag gjort en samhällsekonomisk bedömning av förslaget om tidsfrister för förvaltningsrätternas prövning. Av bedömningen framgår att den samhällsekonomiska intäkten av att inga ärenden tar längre tid än tre månader är 2 miljoner kronor. Bedömningen bygger på antagandet att stoppen genererar lika stora kostnader oavsett upphandlingsföremålets omfattning. Av bedömningen framgår dock att väldigt mycket talar för att det särskilt är de värdemässigt största ärendena som är sena vilket talar för att den samhällsekonomiska intäkten troligtvis är större än 2 miljoner (se mer i avsnitt 5.10.5).

Utredningen anser i likhet med Domstolsverket att kostnaden för förvaltningsrätterna av införandet av en regel om tidsfrist är svårbedömd. Utredningen anser dock till skillnad från Domstolsverket att kostnaden borde kunna hållas på en relativt låg nivå. Förslaget ska även ses tillsammans med de övriga förslag som utredningen har lämnat. Med förslaget att införa en regel som innebär att inga nya omständigheter eller bevis som huvudregel får återopas i kammarrätten borde kostnaderna för kammarrätternas handläggning av upphandlingsmål minska till följd av en snabbare handläggning av målen. Regeln borde även innebära att upphandlingsprocessen koncentreras till underrätt, vilket enligt utredningens mening borde minska den totala handläggningstiden för upphandlingsmål. Den mellanväg (påtalandeskyldighet) som utredningen föreslår borde dessutom minska behovet av överprövningar samt göra målen mer renodlade och därmed effektivisera överprövningsförfarandet. De kostnader som kan vara förenade med förslaget om tidsfrist för förvaltningsrätternas prövning kan inte ses isolerat utan bör ses i ljuset av de förmodat minskade kostnaderna för förvaltningsdomstolarna som ovan nämnts. Till detta kommer att förslaget med tidsfrist för förvaltningsrätternas prövning dessutom förväntas innebära samhällsekonomiska besparingar såsom beskrivits tidigare. Även de samhällsekonomiska besparingarna är svårbedömda. Utredningen har dock tagit del av exempel från upphandlande myndigheter/enheter där ett stopp av en stor upphandling i ett enskilt fall kan leda till direkta merkostnader som klart överstiger de kostnader som



förslaget enligt Domstolsverket skulle kunna innebära (se mer i avsnitt 5.10.5).

Det är också rimligt att anta att en ökad förutsebarhet avseende upphandlingsförfarandet skulle kunna leda till viss sänkning av anbudspriset vilket i så fall borde leda till att upphandlande myndigheter eller enheter har större möjligheter att göra en god affär.

Enligt utredningens mening borde kostnaderna kunna täckas inom ramen för befintliga resurser. Detta kommer i och för sig att innebära att avgörandet av ett litet antal mål, i andra inte fullt så brådskande måltyper, får vänta något längre tid än annars. Sett till den samhällsekonomiska nyttan får det dock enligt utredningens mening anses godtagbart.

Utredningen bedömer att förslaget inte innebär några konsekvenser för den kommunala självstyrelsen och för sysselsättning i olika delar av landet. Förslaget innebär inte heller några konsekvenser för brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet, för jämställdheten mellan män och kvinnor eller för möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

## 7.7 Tidsfrist för att väcka talan om skadestånd

Regeln om frist för att väcka talan om skadestånd ändras för direktivstyrda upphandlingar på så sätt att fristen ska räknas från och med den dag då sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om avtalet. Idag ska talan om skadestånd väckas från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Av EU-domstolens praxis framgår att det krävs enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 (Uniplex) att fristen för att ansöka om prövning i syfte att fastställa att det har skett en överträdelse av bestämmelserna om offentlig upphandling eller i syfte att få skadestånd ska räknas från den dag då sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om överträdelsen.

För företagen borde denna ändring leda till en ökad rättssäkerhet eftersom fristen löper från det att leverantören fått kännedom om eller borde ha fått kännedom om avtalet. Vad gäller de direktivstyrda upphandlingarna borde det dock inte innebära någon större skillnad jämfört med dagens reglering eftersom en upphand-

lande myndighet/enhet är skyldig att efterannonsera och det därmed från det att efterannonsering skett borde anses ha kommit till leverantörens kännedom.

Utredningen bedömer att förslaget inte innebär några konsekvenser för den kommunala självstyrelsen, för sysselsättning och offentlig service i olika delar av landet. Förslagen innebär inte heller några konsekvenser för brottsligheten och det brottsförebyggande arbetet, för jämställdheten mellan män och kvinnor eller för möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

## 8 Författningskommentar

### 8.1 Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

#### 4 kap.

##### 5 §

*Andra stycket* är nytt. En inte uttömmande exemplifiering av vad som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.9.

Paragrafens *tredje stycke* motsvarar andra stycket i tidigare lydelse.

#### 16 kap.

##### 6 §

*Andra stycket* är nytt. Beslut och åtgärder som en upphandlande myndighet vidtar fram till dess att halva tiden för att lämna anbud löpt ut kommer att omfattas av leverantörers "påtalandeskyldighet". De åtgärder som vidtas under upphandlingens konkurrensuppsökande skede, men efter t.ex. halva anbudstiden löpt ut, t.ex. myndighetens uttalanden under "frågor och svar" omfattas av begreppet konkurrensuppsökande skedet samtidigt som felet begåtts först efter att preklusionen inträtt. Vid upphandlingar med flera steg, såsom selektivt förfarande eller konkurrenspräglad dialog, kommer den relevanta tidpunkten i stället vara när halva tiden för att lämna in anbudsansökan löper ut. Fel och brister som begåtts i tiden efter preklusionsfristens utgång kan inte anses prekluderade eftersom leverantören inte har kunnat anmärka på något som ännu inte skett.

Bestämmelsen är utformad så att rätten ska avstå från att besluta om ingripande på den aktuella grunden om leverantören inte kan visa att han eller hon anmärkt mot felet eller bristen i rätt tid. Har även andra fel eller brister aktualiserats i målet, ska dessa prövas i sedvanlig ordning och, beroende på utfallet i dessa delar, leda till

beslut om ingripande av domstolen. Det kan alltså bli fråga om att bifalla en ansökan om överprövning på viss grund, men att en annan i målet åberopad brist inte ska leda till bifall på grund av att leverantören i den delen inte uppfyllt kraven enligt 6 § andra stycket.

När det gäller kravet på leverantörens anmärkning enligt den föreslagna bestämmelsen, bör motsvarande nivå kunna tillämpas som enligt RÅ 2009 ref. 69 gäller i allmänhet för leverantörers talan i mål om överprövning enligt LOU. Leverantören ska således i anmärkningen till den upphandlande myndigheten eller rätten på ett klart och tydligt sätt ange den eller de omständigheter i upphandlingen som denne anser utgör en överträdelse av regelverket eller de grundläggande principerna. Vad som krävs av leverantören får bedömas från fall till fall, men en allmän måttstock bör vara att den upphandlande myndigheten genom anmärkningen objektivt sett borde ha förstått vad leverantören menar är fel i upphandlingen. Detta innebär dock inte att leverantören måste ange vilka bestämmelser eller principer i LOU m.m., s.k. abstrakta rättsfakta, som denne anser har överträtts eller riskerar att överträdas genom det anmärkta felet eller bristen. Inte heller bör leverantören vara förhindrad att i ett senare skede i en domstolsprocess genom rättslig argumentation utveckla och plädera för varför den anmärkta omständigheten utgör en överträdelse av regelverket, eller att åberopa s.k. hjälpfakta för att åskådliggöra varför den anmärkta omständigheten utgör en överträdelse. Däremot bör krävas att det är möjligt för den upphandlande myndigheten att förstå att det är fråga om just en anmärkning mot ett påstått fel, och inte endast en fråga om innebörden av t.ex. ett visst krav eller kriterium i upphandlingen. Genom att anmärkningen ska vara av motsvarande omfattning och kvalitet som gäller vid bedömningen av vad som kan anses åberopat och kan ligga till grund för rättens avgörande i ett mål om överprövning, underlättas domstolarnas tillämpning av den nya bestämmelsen, eftersom en sådan prövning görs av domstolarna i överprövningsmål redan i dag.

I formuleringen ”att leverantören fick kännedom...” ligger att det är den leverantör som ansökt om överprövning med åberopande av en överträdelse i det konkurrensuppsökande skedet som ska ha fått kännedom om överträdelsen för att en ansökan ska kunna avslås med tillämpning av 6 § andra stycket. Om den sökande leverantören utan egen förskyllan inte har fått kännedom om omständigheten, kan ansökan inte avslås med tillämpning av denna bestämmelse.

Med formuleringen ”...borde ha fått kännedom...” åsyftas situationen att leverantören rätteligen bör ha nåtts av informationen, men denne på grund av omständigheter som inte kan läggas den upphandlande myndigheten till last, inte har tagit del av relevanta uppgifter eller inte förstått innebörden av dessa.

Det kan uppkomma situationer då en påstådd överträdelse i en upphandlings konkurrensuppsökande skede uppdragas först efter att den upphandlande myndigheten har genomfört prövningen och utvärderingen av leverantörerna och anbuden, dvs. i praktiken ofta först när meddelande om tilldelningsbeslut har skickats ut till anbudsgivarna. Detta kan till exempel vara fallet om den upphandlande myndigheten under anbudstiden i svar på frågor från leverantörer gett uttryck för en tolkning av ett krav i upphandlingen, som senare frångås och tillämpas annorlunda av myndigheten. Om det varit omöjligt eller orimligt svårt för leverantören att förstå hur kravet skulle komma att tillämpas, är det inte rimligt att kräva att det ska anmärkas mot kravet innan det står klart hur det tillämpats av den upphandlande myndigheten. Det kan även förekomma situationer då det inte är möjligt att påtala överträdelser inom den angivna tiden eftersom materialet varit så omfattande eller så komplicerat att det inte funnits möjlighet att upptäcka felet eller bristen. Enligt EU-domstolens praxis är det inte tillåtet med nationella regler som i sådana situationer avskär möjligheten för leverantörer att med möjlighet till framgång påtala överträdelser i upphandlingar, se bl.a. mål C-327/00 Santex, punkterna 43–66.

För att bestämmelsen i 6 § andra stycket ska överensstämja med unionsrätten ska det alltså vara möjligt för rätten att besluta om ingripande vid överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet som det varit omöjligt eller orimligt svårt för leverantören att anmärka inom den nu aktuella fristen. Momentet ”...fick kännedom eller borde ha fått kännedom om felet eller bristen” i 6 § andra stycket ska därför förstås så att ett fel eller en brist som det varit omöjligt eller orimligt svårt för leverantören att anmärka mot redan när t.ex. upphandlingen annonserats och dokumenten publicerats, inte kan anses utgöra sådant som leverantören har fått eller borde ha fått kännedom om.

Fristens längd utgör en avvägning mellan intresset av att upphandlingsförfaranden inte fördröjs mer än nödvändigt och leveran-

törers möjlighet att hinna upptäcka eventuella felaktigheter eller brister.

Vad gäller frågan om en leverantör visat att anmärkning gjorts bör det vara tillräckligt att leverantören kan peka på att e-post eller skrivelse med anmärkningarna skickats till upphandlande myndighet. Även en muntlig anmärkning bör vara tillräckligt om leverantören kan visa att så skett.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.8.

Paragrafens *tredje stycke* motsvarar andra stycket i tidigare lydelse.

*Fjärde stycket* är nytt. Mål om överprövning av upphandling ska handläggas skyndsamt.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.10.

*Femte stycket* är nytt. Förvaltningsrätterna ska senast inom 90 dagar från det att ansökan och handlingarna kom in till förvaltningsrätten avgöra mål om överprövning av upphandling. Endast om hinder som omöjliggör prövning föreligger får den angivna tidsfristen överskridas. Sådant synnerligt hinder kan vara att förvaltningsrätten finner det nödvändigt att få utredningen kompletterad. Prövning ska i sådant fall ske omedelbart efter det att hindret har fallit bort.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.10.

## 6 a §

Paragrafen är ny. En part får i kammarrätten till stöd för sin talan åberopa en omständighet eller ett bevis som inte lagts fram tidigare endast om parten gör sannolikt att omständigheten eller beviset inte kunnat åberopas vid förvaltningsrätten, eller parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det. I begreppet giltig ursäkt får anses ingå det fallet att parten inte kunnat göra åberopandet tidigare. Bedömningen bör ske utifrån partens egna förutsättningar att föra processen på ett lämpligt sätt. Om en av parterna tillåts åberopa en ny omständighet eller ny bevisning bör självklart dennes motpart tillåtas att göra de åberopanden som behövs till bemötande av detta. I sådant fall ligger det i sakens natur att parten regelmässigt har giltig ursäkt att inte ha åberopat den nya omständigheten eller det nya beviset tidigare. För att processen inte ska fördröjas bör beslut i frågor om tillåtande av nya omständigheter eller ny bevisning inte få överklagas särskilt. Detta är också huvudregeln för överklagande av beslut som inte innebär att målet avgörs, se 34 § förvaltningsprocesslagen. Det behövs inte någon särskild lagregel om detta.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.8.10.

#### 20 §

*Tredje stycket* är nytt. Regeln innebär att kostnader för ombud, biträde, utredning eller annat (processkostnader) som en part skäligen har behövt för att ta till vara sin rätt i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada. Detta är fråga om en speciallagstiftning där särskilda överväganden gör sig gällande och regleringen beträffande ersättningen för processkostnader bör därför inte tas till ledning för skadebegreppen i annan lagstiftning. Med överprövning avses överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.4.

#### 21 §

I *första stycket* har tidpunkten från när fristen för att väcka talan om skadestånd avseende direktivstyrda upphandlingar ändrats för att överensstämma med EU-domstolens praxis (jämför Uniplex C-406/08).

*Andra stycket* är nytt men innebär ingen ändring i sak av reglerna från vilken tidpunkt fristen för att väcka talan om skadestånd avseende icke direktivstyrda upphandlingar ska börja löpa.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.11.

## **8.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster**

### **4 kap.**

#### 2 §

*Andra stycket* är nytt. En inte uttömmande exemplifiering av vad som kunnat förutses av den upphandlande enheten.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.9.

### **16 kap.**

#### 6 §

*Andra stycket* är nytt. Beslut och åtgärder som en upphandlande enhet vidtar fram till dess att halva tiden för att lämna anbud löpt ut kommer att omfattas av leverantörers "påtalandeskyldighet". De

åtgärder som vidtas under upphandlingens konkurrensuppsökande skede, men efter t.ex. halva anbudstiden löpt ut, t.ex. enhetens uttalanden under "frågor och svar" omfattas av begreppet konkurrensuppsökande skedet samtidigt som felet begåtts först efter att preklusionen inträtt. Vid upphandlingar med flera steg, såsom selektivt förfarande eller konkurrenspräglad dialog, kommer den relevanta tidpunkten i stället vara när halva tiden för att lämna in anbudsansökan löper ut. Fel och brister som begåtts i tiden efter preklusionsfristens utgång kan inte anses prekluderade eftersom leverantören inte har kunnat anmärka på något som ännu inte skett.

Bestämmelsen är utformad så att rätten ska avstå från att besluta om ingripande på den aktuella grunden om leverantören inte kan visa att han eller hon anmärkt mot felet eller bristen i rätt tid. Har även andra fel eller brister aktualiserats i målet, ska dessa prövas i sedvanlig ordning och, beroende på utfallet i dessa delar, leda till beslut om ingripande av domstolen. Det kan alltså bli fråga om att bifalla en ansökan om överprövning på viss grund, men att en annan i målet åberopad brist inte ska leda till bifall på grund av att leverantören i den delen inte uppfyllt kraven enligt 6 § andra stycket.

När det gäller kravet på leverantörens anmärkning enligt den föreslagna bestämmelsen, bör motsvarande nivå kunna tillämpas som enligt RÅ 2009 ref. 69 gäller i allmänhet för leverantörers talan i mål om överprövning enligt LOU. Leverantören ska således i anmärkningen till den upphandlande enheten eller rätten på ett klart och tydligt sätt ange den eller de omständigheter i upphandlingen som denne anser utgör en överträdelse av regelverket eller de grundläggande principerna. Vad som krävs av leverantören får bedömas från fall till fall, men en allmän måttstock bör vara att den upphandlande enheten genom anmärkningen objektivt sett borde ha förstått vad leverantören menar är fel i upphandlingen. Detta innebär dock inte att leverantören måste ange vilka bestämmelser eller principer i LOU m.m., s.k. abstrakta rättsfakta, som denne anser har överträtts eller riskerar att överträdas genom det anmärkta felet eller bristen. Inte heller bör leverantören vara förhindrad att i ett senare skede i en domstolsprocess genom rättslig argumentation utveckla och plädera för varför den anmärkta omständigheten utgör en överträdelse av regelverket, eller att åberopa s.k. hjälpfakta för att åskådliggöra varför den anmärkta omständigheten utgör en överträdelse. Däremot bör krävas att det är möjligt för den upphand-



lande enheten att förstå att det är fråga om just en anmärkning mot ett påstått fel, och inte endast en fråga om innebörden av t.ex. ett visst krav eller kriterium i upphandlingen. Genom att anmärkningen ska vara av motsvarande omfattning och kvalitet som gäller vid bedömningen av vad som kan anses åberopat och kan ligga till grund för rättens avgörande i ett mål om överprövning, underlättas domstolarnas tillämpning av den nya bestämmelsen, eftersom en sådan prövning görs av domstolarna i överprövningsmål redan i dag.

I formuleringen ”att leverantören fick kännedom...” ligger att det är den leverantör som ansökt om överprövning med åberopande av en överträdelse i det konkurrensuppsökande skedet som ska ha fått kännedom om överträdelsen för att en ansökan ska kunna avslås med tillämpning av 6 § andra stycket. Om den sökande leverantören utan egen förskyllan inte har fått kännedom om omständigheten, kan ansökan inte avslås med tillämpning av denna bestämmelse. Med formuleringen ”...borde ha fått kännedom...” åsyftas situationen att leverantören rätteligen bör ha nåtts av informationen, men denne på grund av omständigheter som inte kan läggas den upphandlande enheten till last, inte har tagit del av relevanta uppgifter eller inte förstått innebörden av dessa.

Det kan uppkomma situationer då en påstådd överträdelse i en upphandlings konkurrensuppsökande skede uppdagas först efter att den upphandlande enheten har genomfört prövningen och utvärderingen av leverantörerna och anbuden, dvs. i praktiken ofta först när meddelande om tilldelningsbeslut har skickats ut till anbudsgivarna. Detta kan till exempel vara fallet om den upphandlande enheten under anbudstiden i svar på frågor från leverantörer gett uttryck för en tolkning av ett krav i upphandlingen, som senare frångås och tillämpas annorlunda av enheten. Om det varit omöjligt eller orimligt svårt för leverantören att förstå hur kravet skulle komma att tillämpas, är det inte rimligt att kräva att det ska anmärkas mot kravet innan det står klart hur det tillämpats av den upphandlande enheten. Det kan även förekomma situationer då det inte är möjligt att påtala överträdelser inom den angivna tiden eftersom materialet varit så omfattande eller så komplicerat att det inte funnits möjlighet att upptäcka felet eller bristen. Enligt EU-domstolens praxis är det inte tillåtet med nationella regler som i sådana situationer avskär möjligheten för leverantörer att med möjlighet till

framgång påtala överträdelser i upphandlingar, se bl.a. mål C-327/00 Santex, punkterna 43–66.

För att bestämmelsen i 6 § andra stycket ska överensstämma med unionsrätten ska det alltså vara möjligt för rätten att besluta om ingripande vid överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet som det varit omöjligt eller orimligt svårt för leverantören att anmärka inom den nu aktuella fristen. Momentet ”...fick kännedom eller borde ha fått kännedom om felet eller bristen” i 6 § andra stycket ska därför förstås så att ett fel eller en brist som det varit omöjligt eller orimligt svårt för leverantören att anmärka mot redan när t.ex. upphandlingen annonserats och dokumenten publicerats, inte kan anses utgöra sådant som leverantören har fått eller borde ha fått kännedom om.

Fristens längd utgör en avvägning mellan intresset av att upphandlingsförfaranden inte fördröjs mer än nödvändigt och leverantörers möjlighet att hinna upptäcka eventuella felaktigheter eller brister.

Vad gäller frågan om en leverantör visat att anmärkning gjorts bör det vara tillräckligt att leverantören kan peka på att e-post eller skrivelse med anmärkningarna skickats till upphandlande enhet. Även en muntlig anmärkning bör vara tillräckligt om leverantören kan visa att så skett.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.8.

Paragrafens *tredje stycke* motsvarar andra stycket i tidigare lydelse.

*Fjärde stycket* är nytt. Mål om överprövning av upphandling ska handläggas skyndsamt.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.10.

*Femte stycket* är nytt. Förvaltningsrätterna ska senast inom 90 dagar från det att ansökan och handlingarna kom in till förvaltningsrätten avgöra mål om överprövning av upphandling. Endast om hinder som omöjliggör prövning föreligger får den angivna tidsfristen överskridas. Sådant synnerligt hinder kan vara att förvaltningsrätten finner det nödvändigt att få utredningen kompletterad. Prövning ska i sådant fall ske omedelbart efter det att hindret har fallit bort.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.10.

## 6 a §

Paragrafen är ny. En part får i kammarrätten till stöd för sin talan åberopa en omständighet eller ett bevis som inte lagts fram tidigare endast om parten gör sannolikt att omständigheten eller beviset inte kunnat åberopas vid förvaltningsrätten, eller parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det. I begreppet giltig ursäkt får anses ingå det fallet att parten inte kunnat göra åberopandet tidigare. Bedömningen bör ske utifrån partens egna förutsättningar att föra processen på ett lämpligt sätt. Om en av parterna tillåts åberopa en ny omständighet eller ny bevisning bör självklart dennes motpart tillåtas att göra de åberopanden som behövs till bemötande av detta. I sådant fall ligger det i sakens natur att parten regelmässigt har giltig ursäkt att inte ha åberopat den nya omständigheten eller det nya beviset tidigare. För att processen inte ska fördröjas bör beslut i frågor om tillåtande av nya omständigheter eller ny bevisning inte få överklagas särskilt. Detta är också huvudregeln för överklagande av beslut som inte innebär att målet avgörs, se 34 § förvaltningsprocesslagen. Det behövs inte någon särskild lagregel om detta.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.8.10.

## 20 §

*Tredje stycket* är nytt. Regeln innebär att kostnader för ombud, biträde, utredning eller annat (processkostnader) som en part skäligen har behövt för att ta till vara sin rätt i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada. Detta är fråga om en speciallagstiftning där särskilda överväganden gör sig gällande och regleringen beträffande ersättningen för processkostnader bör därför inte tas till ledning för skadebegreppen i annan lagstiftning. Med överprövning avses överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.4.

## 21 §

I *första stycket* har tidpunkten från när fristen för att väcka talan om skadestånd avseende direktivstyrda upphandlingar ändrats för att överensstämma med EU-domstolens praxis (jämför Uniplex C-406/08).

*Andra stycket* är nytt men innebär ingen ändring i sak av reglerna från vilken tidpunkt fristen för att väcka talan om skadestånd avseende icke direktivstyrda upphandlingar ska börja löpa.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.11.

### **8.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet**

#### **4 kap.**

##### **4 §**

*Andra stycket* är nytt. En inte uttömmande exemplifiering av vad som kunnat förutses av den upphandlande myndigheten/enheten.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.9.

Paragrafens *tredje stycke* motsvarar andra stycket i tidigare lydelse.

#### **16 kap.**

##### **6 §**

*Andra stycket* är nytt. Beslut och åtgärder som en upphandlande myndighet/enhet vidtar fram till dess att halva tiden för att lämna anbud löpt ut kommer att omfattas av leverantörers ”påtalandskyldighet”. De åtgärder som vidtas under upphandlingens konkurrensuppsökande skede, men efter t.ex. halva anbudstiden löpt ut, t.ex. myndighetens/enhetens uttalanden under ”frågor och svar” omfattas av begreppet konkurrensuppsökande skedet samtidigt som felet begåtts först efter att preklusionen inträtt. Vid upphandlingar med flera steg, såsom selektivt förfarande eller konkurrenspräglad dialog, kommer den relevanta tidpunkten i stället vara när halva tiden för att lämna in anbudsansökan löper ut. Fel och brister som begåtts i tiden efter preklusionsfristens utgång kan inte anses prekluderade eftersom leverantören inte har kunnat anmärka på något som ännu inte skett.

Bestämmelsen är utformad så att rätten ska avstå från att besluta om ingripande på den aktuella grunden om leverantören inte kan visa att han eller hon anmärkt mot felet eller bristen i rätt tid. Har även andra fel eller brister aktualiserats i målet, ska dessa prövas i sedvanlig ordning och, beroende på utfallet i dessa delar, leda till beslut om ingripande av domstolen. Det kan alltså bli fråga om att

bifalla en ansökan om överprövning på viss grund, men att en annan i målet åberopad brist inte ska leda till bifall på grund av att leverantören i den delen inte uppfyllt kraven enligt 6 § andra stycket.

När det gäller kravet på leverantörens anmärkning enligt den föreslagna bestämmelsen, bör motsvarande nivå kunna tillämpas som enligt RÅ 2009 ref. 69 gäller i allmänhet för leverantörers talan i mål om överprövning enligt LOU. Leverantören ska således i anmärkningen till den upphandlande myndigheten/enheten eller rätten på ett klart och tydligt sätt ange den eller de omständigheter i upphandlingen som denne anser utgör en överträdelse av regelverket eller de grundläggande principerna. Vad som krävs av leverantören får bedömas från fall till fall, men en allmän måttstock bör vara att den upphandlande myndigheten/enheten genom anmärkningen objektivt sett borde ha förstått vad leverantören menar är fel i upphandlingen. Detta innebär dock inte att leverantören måste ange vilka bestämmelser eller principer i LOU m.m., s.k. abstrakta rättsfakta, som denne anser har överträtts eller riskerar att överträdas genom det anmärkta felet eller bristen. Inte heller bör leverantören vara förhindrad att i ett senare skede i en domstolsprocess genom rättslig argumentation utveckla och plädera för varför den anmärkta omständigheten utgör en överträdelse av regelverket, eller att åberopa s.k. hjälpfakta för att åskådliggöra varför den anmärkta omständigheten utgör en överträdelse. Däremot bör krävas att det är möjligt för den upphandlande myndigheten eller enheten att förstå att det är fråga om just en anmärkning mot ett påstått fel, och inte endast en fråga om innebörden av t.ex. ett visst krav eller kriterium i upphandlingen. Genom att anmärkningen ska vara av motsvarande omfattning och kvalitet som gäller vid bedömningen av vad som kan anses åberopat och kan ligga till grund för rättens avgörande i ett mål om överprövning, underlättas domstolarnas tillämpning av den nya bestämmelsen, eftersom en sådan prövning görs av domstolarna i överprövningsmål redan i dag.

I formuleringen ”att leverantören fick kännedom...” ligger att det är den leverantör som ansökt om överprövning med åberopande av en överträdelse i det konkurrensuppsökande skedet som ska ha fått kännedom om överträdelsen för att en ansökan ska kunna avslås med tillämpning av 6 § andra stycket. Om den sökande leverantören utan egen förskyllan inte har fått kännedom om omständigheten, kan ansökan inte avslås med tillämpning av denna bestäm-

melse. Med formuleringen "...borde ha fått kännedom..." åsyftas situationen att leverantören rätteligen bör ha nåtts av informationen, men denne på grund av omständigheter som inte kan läggas den upphandlande myndigheten eller enheten till last, inte har tagit del av relevanta uppgifter eller inte förstått innebörden av dessa.

Det kan uppkomma situationer då en påstådd överträdelse i en upphandlings konkurrensuppsökande skede uppdragas först efter att den upphandlande myndigheten eller enheten har genomfört prövningen och utvärderingen av leverantörerna och anbuden, dvs. i praktiken ofta först när meddelande om tilldelningsbeslut har skickats ut till anbudsgivarna. Detta kan till exempel vara fallet om den upphandlande myndigheten eller enheten under anbudstiden i svar på frågor från leverantörer gett uttryck för en tolkning av ett krav i upphandlingen, som senare frångås och tillämpas annorlunda av myndigheten. Om det varit omöjligt eller orimligt svårt för leverantören att förstå hur kravet skulle komma att tillämpas, är det inte rimligt att kräva att det ska anmärkas mot kravet innan det står klart hur det tillämpats av den upphandlande myndigheten eller enheten. Det kan även förekomma situationer då det inte är möjligt att påtala överträdelser inom den angivna tiden eftersom materialet varit så omfattande eller så komplicerat att det inte funnits möjlighet att upptäcka felet eller bristen. Enligt EU-domstolens praxis är det inte tillåtet med nationella regler som i sådana situationer avskär möjligheten för leverantörer att med möjlighet till framgång påtala överträdelser i upphandlingar, se bl.a. mål C-327/00 Santex, punkterna 43–66.

För att bestämmelsen i 6 § andra stycket ska överensstämma med unionsrätten ska det alltså vara möjligt för rätten att besluta om ingripande vid överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet som det varit omöjligt eller orimligt svårt för leverantören att anmärka inom den nu aktuella fristen. Momentet "...fick kännedom eller borde ha fått kännedom om felet eller bristen" i 6 § andra stycket ska därför förstås så att ett fel eller en brist som det varit omöjligt eller orimligt svårt för leverantören att anmärka mot redan när t.ex. upphandlingen annonserats och dokumenten publicerats, inte kan anses utgöra sådant som leverantören har fått eller borde ha fått kännedom om.

Fristens längd utgör en avvägning mellan intresset av att upphandlingsförfaranden inte fördröjs mer än nödvändigt och leveran-

törers möjlighet att hinna upptäcka eventuella felaktigheter eller brister.

Vad gäller frågan om en leverantör visat att anmärkning gjorts bör det vara tillräckligt att leverantören kan peka på att e-post eller skrivelse med anmärkningarna skickats till upphandlande myndighet/enhet. Även en muntlig anmärkning bör vara tillräckligt om leverantören kan visa att så skett.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.8.

Paragrafens *tredje stycke* motsvarar andra stycket i tidigare lydelse.

*Fjärde stycket* är nytt. Mål om överprövning av upphandling ska handläggas skyndsamt.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.10.

*Femte stycket* är nytt. Förvaltningsrätterna ska senast inom 90 dagar från det att ansökan och handlingarna kom in till förvaltningsrätten avgöra mål om överprövning av upphandling. Endast om hinder som omöjliggör prövning föreligger får den angivna tidsfristen överskridas. Sådant synnerligt hinder kan vara att förvaltningsrätten finner det nödvändigt att få utredningen kompletterad. Prövning ska i sådant fall ske omedelbart efter det att hindret har fallit bort.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.10.

## 6 a §

Paragrafen är ny. En part får i kammarrätten till stöd för sin talan åberopa en omständighet eller ett bevis som inte lagts fram tidigare endast om parten gör sannolikt att omständigheten eller beviset inte kunnat åberopas vid förvaltningsrätten, eller parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det. I begreppet giltig ursäkt får anses ingå det fallet att parten inte kunnat göra åberopandet tidigare. Bedömningen bör ske utifrån partens egna förutsättningar att föra processen på ett lämpligt sätt. Om en av parterna tillåts åberopa en ny omständighet eller ny bevisning bör självklart dennes motpart tillåtas att göra de åberopanden som behövs till bemötande av detta. I sådant fall ligger det i sakens natur att parten regelmässigt har giltig ursäkt att inte ha åberopat den nya omständigheten eller det nya beviset tidigare. För att processen inte ska fördröjas bör beslut i frågor om tillåtande av nya omständigheter eller ny bevisning inte få överklagas särskilt. Detta är också huvudregeln för överklagande

av beslut som inte innebär att målet avgörs, se 34 § förvaltningsprocesslagen. Det behövs inte någon särskild lagregel om detta.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.8.10.

#### 20 §

*Tredje stycket* är nytt. Regeln innebär att kostnader för ombud, biträde, utredning eller annat (processkostnader) som en part skäligen har behövt för att ta till vara sin rätt i överprövningsmål inte utgör ersättningsgill skada. Detta är fråga om en speciallagstiftning där särskilda överväganden gör sig gällande och regleringen beträffande ersättningen för processkostnader bör därför inte tas till ledning för skadebegreppen i annan lagstiftning. Med överprövning avses överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.4.

#### 21 §

I *första stycket* har tidpunkten från när fristen för att väcka talan om skadestånd avseende direktivstyrda upphandlingar ändrats för att överensstämma med EU-domstolens praxis (jämför Uniplex C-406/08).

*Andra stycket* är nytt men innebär ingen ändring i sak av reglerna från vilken tidpunkt fristen för att väcka talan om skadestånd avseende icke direktivstyrda upphandlingar ska börja löpa.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.11.



# Särskilt yttrande

## Särskilt yttrande av experten Daniel Johansson

### Fristen för att ansöka om upphandlingsskadeavgift

Jag anser till skillnad från utredningen att fristen för att ansöka om upphandlingsskadeavgift bör förlängas till minst två år. Det finns starka skäl som talar för att ansökningsfristen ska förlängas. De skäl emot en förlängning som utredningen har angett till stöd för sin bedömning är mycket svaga.

Upphandlingsskadeavgiften är en sanktion gentemot avgiftssubjekt som i huvudsak utgörs av det allmänna eller som har en nära anknytning till det allmänna. Privatpersoner kan inte åläggas att betala upphandlingsskadeavgift. Därför bör inte resonemang om att myndigheter ska kunna lägga bakom sig gamla överträdelser eller att de inte ska behöva sväva i ovisshet om någon talan kommer att väckas, vara avgörande vid avvägningen av vad som är den lämpligaste ansökningsfristen. Istället bör bedömningen ske utifrån de bakomliggande syftena med upphandlingsskadeavgiften, det vill säga bättre efterlevnad och effektivitet samt ökad legitimitet för upphandlingslagstiftningen.

Upphandlingsskadeavgiften leder – till skillnad från överprövningar – inte till något ingripande i pågående upphandlingar eller ingångna avtal. Upphandlingsskadeavgiften påverkar alltså inte leverans av nödvändiga varor och tjänster. Detta innebär att ovissheten om myndigheten kommer bli föremål för en sådan talan är klart mindre betungande och ingripande i verksamheten än i fråga om överprövning. Det kan utan tvivel vara besvärande för enskilda tjänstemän eller beslutsfattare att myndigheten blir föremål för en talan om upphandlingsskadeavgift, men sådana hänsyn är inte ett legitimt skäl för att inte förlänga ansökningsfristen.

Upphandlingsskadeavgiften är en sanktion som utgår när upphandlande myndigheter eller enheter har genomfört otillåtna direktupphandlingar. Det är en av de allvarligaste överträdelserna som finns på upphandlingsområdet. De otillåtna direktupphandlingar som Konkurrensverket väljer att ta till domstol ska inte sammanblandas med ”formaliafel”, ”procedurfel” eller andra typiskt sett ursäktliga misstag i offentliga upphandlingar. Tanken är att upphandlingsskadeavgiften ska minska förekomsten av de allra allvarligaste överträdelserna, bidra till mer rättvis och effektiv konkurrens samt leda till bättre hushållning med den offentliga sektorns medel. En ökad regelefterlevnad bör också bidra till att minska antalet överprövningsprocesser. Dessa effekter måste betraktas som positiva och önskvärda.

Flera av de uttalanden emot längre ansökningsfrister som gjorts inom ramen för tidigare lagstiftningsärenden, har avsett *både* fristen för talan om skadestånd och fristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift. Dessa båda frister har inte något relevant samband med varandra. Skadestånd är en rättighet för leverantörer som har intressen i en viss upphandling och kan avse vilken överträdelse som helst av upphandlingsreglerna (även högst beskedliga formaliafel). Upphandlingsskadeavgiften är samhällets reaktion mot otillåtna direktupphandlingar. En väckt skadeståndstalan är resultatet av en kommersiell aktörs affärsmässiga överväganden, medan en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på andra överväganden. Tillsynsmyndigheten ska iaktta regeringsformens krav på saklighet och opartiskhet i sin verksamhet och har inget egenintresse i frågan, utan driver ärenden om upphandlingsskadeavgift utifrån allmänintresset. Det är svårt att övertygas om att en risk för sådana på sakliga skäl grundade rättsprocesser skulle vara ett problem.

I förhållande till sanktionsavgifter enligt andra lagar i svensk rätt, är en ansökningsfrist om endast ett år påfallande kort. Många andra sanktionsavgifter har istället frister om två eller fem år från det att överträdelserna utfördes eller upphörde. Vid sanktionsavgifter som har kortare frister är det nästan uteslutande fråga om att tillsynsmyndigheten av olika skäl har kännedom om överträdelserna direkt när den begås, eller mycket kort därefter får sådan kännedom. Dessutom kan tillsynsmyndigheten, enligt flera regelverk som har kortare frister, vidta preskriptionsbrytande åtgärder för att därefter kunna utreda ärendena utefter vad deras beskaffenhet kräver.

Någon sådan möjlighet finns inte avseende upphandlingsskadeavgiften. Jag har svårt att se några sakligt motiverade skäl till varför just upphandlingsskadeavgiften bör avvika från andra regelverk i svensk rätt avseende ansökningsfristen.

I norsk upphandlingslagstiftning gäller en frist för motsvarigheten till upphandlingsskadeavgiften (overtredelsegebyr) om två år. I dansk upphandlingslagstiftning gäller en frist om fem år för dess motsvarighet (økonomisk sanktion). Även här avviker alltså den svenska upphandlingsskadeavgiften från andra liknande regelverk.

Det främsta problemet vid tillsynen är att dagens ettårsfrist leder till att större, komplicerade och mer principiellt intressanta ärenden inte hinner utredas tillräckligt – eller inte upptäcks alls – innan ansökningsfristen löper ut. Detta innebär att flera av de ärenden som idag tas till domstol avser relativt små upphandlingar och inte de allvarligaste otillåtna direktupphandlingarna. Dessutom gör den korta fristen att det är svårare att upptäcka och lagföra otillåtna direktupphandlingar som sker i det fördolda. Med en längre ansökningsfrist skulle fokus kunna förskjutas mot större, allvarligare och mer principiellt intressanta ärenden om upphandlingsskadeavgift. Målen om upphandlingsskadeavgift skulle då kunna bidra till rättsutvecklingen ännu mer än vad som sker idag. Nuvarande ansökningsfrist innebär alltså att de allvarligaste otillåtna direktupphandlingarna är svårare att ta till domstol och beivras mer sällan än de mindre allvarliga. Denna ordning kan knappast vara den mest effektiva och definitivt inte den mest legitima utifrån medborgarnas, kommunmedlemmarnas eller skattebetalarnas perspektiv.

Det bör poängteras att Konkurrensverket mycket sällan kan använda sig av hela ettårsfristen för att utreda ett visst ärende. Ofta kommer en misstänkt överträdelse till Konkurrensverkets kännedom först när en kortare eller längre tid har förflutit sedan avtalet slöts. Detta innebär många gånger att Konkurrensverket har alltför kort tid på sig att utreda ärenden och inhämta erforderlig information från upphandlande myndigheter och enheter. En forcerad utredningstakt medför att den upphandlande myndigheten eller enheten inte kan, eller vill, ge all information av relevans i ärendet innan en ansökan till domstol måste göras. Då kan viktiga omständigheter för prövningen komma att förebringas först i domstolsprocessen. En sådan ordning drabbar såväl upphandlande myndigheter och enheter som domstolar. Detta är inte processekonomiskt

och problemet kan inte avhjälpas genom att Konkurrensverket lägger mer resurser på arbetet med ärenden om upphandlingsskadeavgift, eftersom det inte skulle påverka upphandlande myndigheters och enheters möjlighet eller benägenhet att snabbt ta fram och tillhandahålla alla relevanta uppgifter som behövs för en allsidig belysning av ärendet.

En förlängning av ansökningsfristen bör ske avseende de fall som regleras i nuvarande 17 kap. 7 § andra stycket i respektive lag, dvs. fakultativa ansökningar där någon överprövning av det aktuella avtalets giltighet inte har skett. Detta kan ske genom en ändring av 17 kap. 7 § andra stycket där ordet "ett" byts ut till det högre antal år som istället ska gälla. Ett alternativ till att förlänga ansökningsfristen skulle kunna vara att i lagstiftningen införa en möjlighet för tillsynsmyndigheten att inom den befintliga fristen vidta preskriptionsbrytande åtgärder. En sådan lösning avhjälpas dock inte problemen med de fall där tillsynsmyndigheten över huvud taget inte har fått kännedom om en otillåten direktupphandling innan fristen har löpt ut.

*Sammanfattningsvis* menar jag att en ettårig frist för att ansöka om upphandlingsskadeavgift utgör hinder mot en effektivare tillämpning av upphandlingsskadeavgiften och minskar regelverkets legitimitet. Ansökningsfristen är påtagligt kort i jämförelse med andra sanktionsavgifter. Det finns därutöver över huvud taget inga bärande sakskalet till att inte förlänga ansökningsfristen. Fristen bör därför förlängas till minst två år.

### **Den förlängda avtalsspärren och överprövning av upphandling trots att avtal har slutits**

Jag instämmer i utredningens förslag att någon förändring inte bör göras av bestämmelsen om förlängd avtalsspärr i förvaltningsrätten och bestämmelsen om att ett ingånget avtal utgör hinder mot att överpröva en upphandling. Jag vill i denna fråga lägga till följande.

Syftet med rättsmedelsdirektiven är att säkerställa att upphandlingsdirektiven verkligen tillämpas, särskilt på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till. Enligt EU-domstolens avgörande i mål C-81/98 *Alcatel* innebär detta att medlemstaterna är skyldiga att tillhandahålla en möjlighet till överprövning där den sökande leverantören kan få beslut i upphandlingar undanröjda innan avtal har

slutits. Detta gäller enligt EU-domstolen oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontraktet har ingåtts. Enligt EU-domstolen görs en åtskillnad i rättsmedelsdirektiven mellan prövningen före och efter att avtal i upphandlingen har slutits. Denna skillnad ska enligt min uppfattning inte underskattas. Undanröjandet av ett beslut innan avtal har slutits innebär att leverantören behåller sin möjlighet att tilldelas kontraktet i upphandlingen. Skadeståndet kan däremot inte i sig anses utgöra ett tillräckligt rättsmedel.

Efter Alcateldomen infördes den så kallade tiodagarsfristen i dåvarande LOU. Denna lagändring fick avgörande effekter på den praktiska möjligheten att begära överprövning av en upphandling. I lagstiftningsärendet uttalade regeringen (prop. 2001/02:142 s. 54) att det inte var nödvändigt att införa regler om att interimistiska beslut ska meddelas som huvudregel när en ansökan om överprövning gjorts. Trots detta förarbetsuttalande har Högsta förvaltningsdomstolens tolkningar av Alcateldomen i avgörandena RÅ 2003 ref. 64 och RÅ 2005 ref. 17, medfört att huvudregeln i mål om överprövning av upphandling har varit just att upphandlingen genom interimistiskt beslut stoppas till dess att rätten avgjort målet. Av bland annat detta skäl innebar 2010 års lagändringar, då en automatiskt förlängd avtalsspärr i stora delar ersatte det interimistiska beslutet i förvaltningsrätten, inte några större praktiska förändringar i svensk rätt för stoppet av pågående upphandlingar när de överprövas.

Mot bakgrund av EU-domstolens avgörande i Alcatel-målet och Högsta förvaltningsdomstolens tolkning av detta avgörande, är det enligt min bedömning inte förenligt med unionsrätten att avskaffa den förlängda avtalsspärren eller på annat sätt införa en ordning där upphandlande myndigheter kan ingå avtal i upphandlingen i större utsträckning än vad som är möjligt idag när en upphandling blir överprövad.

## **Preklusionsregel**

Jag motsätter mig inte att det införs en preklusionsregel i upphandlingar likt den som utredningen föreslår. Jag är dock inte övertygad om att regeln sammantaget kommer att medföra några effektivitetsvinster för den offentliga upphandlingen i Sverige. Jag be-

dömer vidare att effektivitets- och skyndsamhetsmålen i rättsmedelsdirektiven inte skulle äventyras om nuvarande ordning i den svenska upphandlingslagstiftningen behålls. Något krav på att det i svensk lagstiftning måste finnas en preklusionsregel i upphandlingar kan inte utläsas av EU-domstolens rättspraxis. En sådan regel bör istället, om den införs, motiveras av andra skäl än unionsrättens krav.

En preklusionsregel i upphandlingslagstiftningen kan vid en första anblick framstå som tilltalande, utifrån synsättet att det är rimligt att den som har invändningar mot hur en upphandling är utformad, inte medvetet bör kunna avvakta med att påtala detta. Det finns dock en risk att de praktiska tillämpningsproblemen som en preklusionsregel medför, blir så omfattande och betungande för aktörerna att den avsedda nyttan med regeln uteblir.

Det kan bland annat uppstå svåra tillämpningsfrågor avseende om en viss påstådd felaktighet i en upphandling omfattas av preklusion eller inte, när den relevanta tidpunkten för att senast anmärka mot felet egentligen inträder eller om leverantören kan anses ha anmärkt mot felaktigheten på ett så tydligt sätt att den får åberopas i en senare överprövningsprocess. Andra tillämpningsproblem som kan uppkomma är vad som gäller när anbudstiden förlängs eller vid vissa upphandlingsförfaranden och tilldelningsmetoder som inte har en enda i förväg bestämd frist, utan är uppdelade i flera moment eller är tidsmässigt mer öppna, t.ex. dynamiska inköpssystem eller kvalificeringssystem. Likaså kan det uppkomma komplicerade bedömningsfrågor om det i vissa fall i praktiken varit omöjligt eller orimligt svårt för leverantörer att påtala en felaktighet i det konkurrensuppsökande skedet innan fristen löpt ut, och preklusion därför inte ska inträda.

Alla dessa nya frågor kan uppkomma och behöva redas ut i nya överprövningsprocesser i domstolarna. Det är också svårt att överblicka vilken inverkan den föreslagna preklusionsregeln kommer att få för leverantörers agerande under anbudstiden (eller andra liknande frister) i upphandlingar, och hur mycket kostnadsdrivande merarbete regeln kan skapa för såväl leverantörer som för upphandlande myndigheter och enheter.

Om en preklusionsregel införs kan det enligt min mening finnas skäl att göra ytterligare överväganden i fråga om bestämmelsens utformning och motivuttalanden samt dess praktiska konsekvenser

i upphandlingar, för att i möjligaste mån minimera tillämpningsproblemen.

### **Förbud att åberopa nya omständigheter och bevis i kammarrätten**

Utredningen har föreslagit att det ska införas en regel i upphandlingslagarna som innebär att en part i kammarrätten får åberopa omständigheter eller bevis som inte lagts fram tidigare endast om parten gör sannolikt att omständigheten eller beviset inte kunnat åberopas vid förvaltningsrätten, eller parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det. Den föreslagna bestämmelsen är alltså en processrättslig preklusionsregel (till skillnad från den ovan behandlade preklusionsregeln i upphandlingar) och har utformats på ett sätt som motsvarar vad som gäller i hovrätt i dispositiva tvistemål enligt 50 kap. 25 § tredje stycket rättegångsbalken. Om bestämmelsen införs skulle det innebära att den princip som följer av rättsfallet HFD 2013 ref. 5 inte längre gäller i dessa mål.

Jag anser inte att en sådan regel bör införas. Skälen för detta är följande.

Enligt min mening bör överföringar av regler och principer från processen i allmän domstol till förvaltningsmål göras med försiktighet. Många av bestämmelserna i rättegångsbalken kan inte isolerade föras över till förvaltningsmål, eftersom de tillsammans med andra beståndsdelar i den allmänna processrätten bildar en helhet som riskerar att gå förlorad vid en sådan överföring. Förbudet mot nya omständigheter och bevis i hovrätten är en sådan bestämmelse. Den måste förstås tillsammans med andra regler och element i processen i allmän domstol som saknas eller i praktiken sällan tillämpas i förvaltningsdomstolarna. Jag anser att utredningens överväganden i denna fråga inte är tillräckliga.

Tingsrätten har i dispositiva tvistemål en mer aktivt processledande roll under den skriftliga och muntliga förberedelsen än vad som förekommer i förvaltningsrätterna i mål om överprövning enligt upphandlingslagarna. Innan målet tas upp till avgörande av tingsrätten har parterna klarlagt sina ståndpunkter och tvisteföremålet har ringats in på ett tydligt sätt. Tvistefrågorna avhandlas också som huvudregel koncentrerat och muntligen vid tingsrättens huvudförhandling. I överprövningsmål är det många gånger inte

lika tydligt vilka omständigheter som kan anses åberopade av parterna och därmed kan ligga till grund för rättens prövning. När sådana oklarheter föreligger, reds de i allmänhet inte heller ut av förvaltningsrätten genom processledning innan målet avgörs. Det är vidare inte reglerat i förvaltningsprocessen när skriftväxlingen är över och målet tas upp till avgörande, och några upplysningar om detta får parterna normalt inte heller av förvaltningsrätten. Med andra ord vet parterna i överprövningsmål inte – till skillnad från vad som gäller i tvistemål – när de senast måste åberopa omständigheter och bevis för att undgå preklusion. Den otydlighet som finns i dessa avseenden i överprövningsmål gör att ett förbud mot nya omständigheter och bevis i kammarrätten enligt min mening väcker betänkligheter ur rättssäkerhetssynpunkt.

Vidare har reglerna i rättegångsbalken om rättegångskostnadsansvar vid försumlig processföring en återhållande verkan på parternas benägenhet att åberopa fler omständigheter och bevis i tingsrätten än vad som är sakligt motiverat. I överprövningsmål finns inga regler om rättegångskostnadsansvar som kan balansera ett förbud mot nya omständigheter och bevis i kammarrätten (i denna utredning läggs inte heller något förslag om att införa sådana regler). Den föreslagna bestämmelsen riskerar därför att leda till att parter och ombud för säkerhets skull åberopar fler omständigheter (fler påstådda felaktigheter i upphandlingen) och mer bevisning i förvaltningsrätten än vad som sker idag, vilket då gör dessa mål mer omfattande och tungrodda i första instans. Antalet överprövningsmål i kammarrätterna där prövningstillstånd meddelats (170 mål år 2013) motsvarar endast cirka fem procent av antalet överprövningsmål i förvaltningsrätterna (fler än 3 000 mål per år de senaste åren). De eventuella effektivitetsvinster för processen i kammarrätten som den föreslagna regeln skulle kunna medföra kan därför, enligt min mening, inte antas överväga de effektivitetsförluster regeln skulle åsamka målen i förvaltningsrätterna. Totalt sett riskerar alltså den föreslagna regeln att leda till större negativa än positiva praktiska effekter.

I överprövningsmål finns det ibland starka och beaktansvärda tredjemansintressen eller allmänna intressen. Detta gör att en preklusionsregel efter förebild från vad som gäller i dispositiva tvistemål i vissa fall kommer att leda till mycket otillfredsställande materiella resultat. Om exempelvis en upphandlande myndighet utan giltig



ursäkt har underlåtit att i förvaltningsrätten åberopa omständigheter eller bevis för att det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse att låta ett avtal bestå enligt 16 kap. 14 § LOU, ska kammarrätten med den föreslagna regeln avvisa sådana först i kammarrätten åberopade omständigheter eller bevis, oavsett vilka konsekvenser en ogiltigförklaring av avtalet i det enskilda fallet skulle kunna få för t.ex. människors liv och hälsa. Jag anser att en sådan ordning är olämplig.

### **Synnerlig brådska som uppkommit på grund av en överprövningsprocess**

Jag instämmer i utredningens bedömning att undantaget för synnerlig brådska på grund av en överprövningsprocess har tolkats väl restriktivt i förvaltningsdomstolarna och i tidigare yttrande av Konkurrensverket. Undantaget för synnerlig brådska i respektive upphandlingsdirektiv – och i de svenska bestämmelserna där undantaget genomförts – bör kunna tolkas på ett mer ändamålsenligt sätt än att en upphandlande myndighet tidsmässigt ska behöva planera för en fullständig prövning i två instanser, eller en ännu längre tidsåtgång. Några prejudikat i frågan finns inte, men det är enligt min bedömning inte otänkbart att den av utredningen gjorda tolkningen av undantaget skulle godtas av Högsta förvaltningsdomstolen och EU-domstolen.

Det bör poängteras att möjligheten att ingå avtal utan föregående annonsering för att täcka tillfälliga behov av varor och tjänster, inte ska sammanblandas med frågan om eventuella förändringar av den förlängda avtalsspärren. Båda frågorna tar visserligen sikte på problem som kan uppstå när upphandlingar stoppas i överprövningsprocesser. Ur ett unionsrättsligt perspektiv är det dock en avgörande skillnad mellan att ingå tillfälliga avtal om det mest oundgängliga med tillämpning av undantaget för synnerlig brådska, och att sluta ordinarie avtal i den annonserade upphandlingen. Den sistnämnda situationen är mer långtgående, bland annat eftersom möjligheten att utverka rättelser av felaktiga upphandlingar helt och hållet utsläcks, vilket inte är fallet vid tillfälliga täckningsköp med stöd av undantaget för synnerlig brådska.

Enligt min mening är en i praktiken ökad möjlighet för upphandlande myndigheter och enheter att på grund av överprövnings-

processer göra icke-annonserade upphandlingar med stöd av undantaget för synnerlig brådska, den enskilt viktigaste förändringen för att komma till rätta med de samhällsekonomiska problem som kan uppstå vid domstolsprocesser som drar ut på tiden. Jag välkomnar att det införs en hjälpregel i lagtexten för att tydliggöra en mer ändamålsenlig tolkning av undantaget. Det kan dock diskuteras om den föreslagna ordalydelsen – som behöver tillämpas motsatsvis för att den avsedda effekten ska uppnås – är den bästa tänkbara. I detta sammanhang är det också av vikt att förslaget om att förvaltningsrätten ska avgöra mål inom 90 dagar genomförs, eftersom detta tydliggör hur lång tid en överprövningsprocess i första instans maximalt kan förväntas ta i de allra flesta målen.

Det finns behov av ytterligare vägledning om hur undantaget för synnerlig brådska ska tolkas i situationer där brådskan uppstått på grund av en överprövningsprocess. Denna vägledning bör kunna ske såväl i kommande förarbeten och rättspraxis som i ställningstaganden från tillsynsmyndigheten.

# Litteraturförteckning

## **Ds och SOU**

SOU 1969:41, Fullföljd av talan m.m.

Ds B 1980:7, Stämpelskatteutredningens delbetänkande

SOU 1991:106 del A, Domstolarna inför 2000-talet

Ds 1992:4, Offentlig upphandling och EES – ett lagförslag

SOU 1993:62, Rättssäkerheten vid beskattningen

SOU 1995:124, Ett reformerat hovrättsförfarande

SOU 1999:139, Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt

SOU 2005:77 del 3, Får jag lov? Om planering och byggande

SOU 2006:28, Nya upphandlingsregler 2

Ds 2009:30, Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet

SOU 2010:13, Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

SOU 2010:44, Mål och medel – särskilda åtgärder för vissa måltyper i domstol

SOU 2011:73, På jakt efter den goda affären – analyser, erfarenheter och synpunkter på den offentliga upphandlingen

SOU 2013:12, Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling

SOU 2014:14 Effektiv och rättssäker PBL-överprövning

## Propositioner

- Prop. 1981/82:31, Om avgifter vid tingsrätt, m.m.
- Prop. 1988/89:126, Om ersättning för kostnader i ärenden och mål om skatt, m.m.
- Prop. 1992/93:88, Om offentlig upphandling
- Prop. 1993/94:151, Rättssäkerhet vid beskattningen
- Prop. 1995/96:115, En ny lag om domstolsärenden
- Prop. 1995/96:165, Frågor om offentlig upphandling
- Prop. 1996/97:133, Domstols sammansättning m.m.
- Prop. 1996/97:153, Ändringar i lagen om offentlig upphandling
- Prop. 1997/98:105, Det allmännas skadeståndsansvar
- Prop. 1998/99:37, Ändringar i rättegångsbalken – hovrättsfrågor m.m.
- Prop. 2001/02:142, Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.
- Prop. 2006/07:119, En effektivare lag om elektronisk kommunikation
- Prop. 2006/07:128, Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
- Prop. 2008/09:29, Lag om valfrihetssystem
- Prop. 2009/10:180, Nya rättsmedel på upphandlingsområdet
- Prop. 2010/11:150, Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
- Prop. 2013/14:133, Direktupphandling

## Rättsfall

### EU-domstolen

- C-6/64, Costa mot Enel
- C-41/74, van Duyn
- C-33/76, Rewe
- C-148/78, Ratti
- C-152/84, Marshall
- C-71/92, Kommissionen mot Spanien

C-328/92, Kommissionen mot Spanien  
C-81/98, Alcatel  
C-107/98, Teckal  
C-380/98, University of Cambridge  
C-285/99 och C286/99, Impresa Lombardini SpA  
C-237/99, Kommissionen mot Frankrike  
C-470/99, Universale-Bau  
C-92/00, Hospital Ingenieure  
C-327/00, Santex  
C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH  
(GAT) v Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG  
(ÖSAG)  
C-397-403/01, Pfeiffer  
C-230/02, Grossman Air  
C-26/03, Stadt Halle  
C-340/04, Carbotermo  
C-220/05, Jean Auroux  
C-450/06, Varec  
C-241/06, Lämmerzahl  
C-406/08, Uniplex  
C-456/08, Europeiska kommissionen mot Irland  
C-279/09, DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH mot Bundesrepublik Deutschland

### Europadomstolen

Ligue du Monde Islamique och Organisation Islamique Mondiale  
du Secours Islamique mot Frankrike, dom den 15 januari 2009  
Tinelly & Sons Ltd och McElduff m.fl. mot Förenade kungariket  
Marti m.fl. mot Schweiz  
V.M. mot Bulgarien, dom den 8 juni 2006  
Aït-Mouhoub mot Frankrike, dom den 28 oktober 1998

Högsta domstolen

NJA 1987 s. 845

NJA 2013 s. 762

NJA 2013 s. 909

Högsta förvaltningsdomstolen (f.d. Regeringsrätten)

RÅ1982 2:42

RÅ 1997 not 15

RÅ 1998 not 44

RÅ 2003 ref. 15

RÅ 2003 ref. 64

RÅ 2005 ref. 10

RÅ 2005 ref. 17

RÅ 2005 ref. 62

RÅ 2009 ref. 69

HFD 2013 ref. 5

HFD 2013 ref. 31

HFD 2013 ref. 53

HFD 2014 ref. 13

HFD 2014 ref. 49

Kammarrätterna

Kammarrättens i Göteborg mål nr 784-10

Kammarrättens i Göteborg mål nr 5211-10

Kammarrättens i Jönköping mål nr 2597-10

Kammarrättens i Stockholm mål nr 5609-5629-10

Kammarrättens i Stockholm mål nr 18993-11 m.fl.

Kammarrättens i Stockholm mål nr 6929-6949-11

Kammarrättens i Göteborg mål nr 2262-12

Kammarrättens i Göteborg mål nr 7024-7026-12

Kammarrättens i Stockholm mål nr 2798-12  
Kammarrättens i Stockholm mål nr 8953-12  
Kammarrättens i Stockholm mål nr 1066-1067-14

### JO-beslut

JO:s beslut den 19 januari 2007, dnr 2909-2006

### **Övrig litteratur**

Asplund A m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, 2012  
Hjelmberg S E m fl., Public Procurement Law – the EU directive on public contracts, 1:a uppl., Djøf Publishing 2006  
Molander P, Rättsmedel inom området offentlig upphandling, Mapsec, 2008-12-14  
Nilsson, J-E m.fl., Den svåra beställarrollen – Om konkurrensutsättning och upphandling i offentlig sektor, 1:a uppl., SNS Förlag, 2005  
Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, 8 uppl. 2010  
Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling – en kommentar, 2013  
Slavicek M, Upphandlingens olika ansikten, Europarättslig tidskrift, nr 1 2002  
Von Essen, U, Likheter och skillnader i nordisk förvaltningsrätt, Förhandlingarna vid det 39:e nordiska juristmötet i Stockholm 18–19 augusti 2011  
Warnling-Nerep W, Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte och ett nytt område för kommunalt lag- och domstolstrots?, Juridisk Tidskrift 2, 2006/07  
Wennergren och von Essen, Förvaltningsprocesslagen m.m. – En kommentar, 6 uppl. 2013

Rapporter och faktablad

Domstolsverkets rapport 2012:1 Ansöknings- och kungörandeavgifter  
vid allmän domstol

Faktablad om Europeiska unionen

Konkurrensverkets Rapport 2014:1 och Rapport 2013:9: Siffror och  
fakta om offentlig upphandling Statistik om upphandlingar som  
genomförts under 2013 respektive 2012



# Kommittédirektiv 2013:105

## Ökad effektivitet i upphandlingar i samband med överprövningar

Beslut vid regeringssammanträde den 21 november 2013

### Sammanfattning

En särskild utredare ska se över rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen, dvs. möjligheten att bl.a. överpröva en upphandling. Utredaren ska även närmare utreda frågan om s.k. temporär direktupphandling samt utreda frågor om avgifter och processkostnader i upphandlingsmål. Syftet med utredningen är att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena genom att finna sätt att komma till rätta med de problem som orsakas, både samhällsekonomiskt och för berörda aktörer, av att upphandlingar stoppas när de begärs överprövade i domstol. En given utgångspunkt för utredningen är att eventuella förändringar av regelverket inte får innebära att rättssäkerheten eftersätts.

Utredaren ska bl.a.

- analysera lämpligheten av att införa bestämmelser om en s.k. preklusionsfrist i upphandlingslagarna,
- analysera i vilken omfattning den förlängda avtalsspärren ska gälla, om en domstol ska kunna pröva en upphandling trots ingånget avtal och om och i så fall hur en skadelidande leverantör ska kunna kompenseras,
- undersöka möjligheten att införa ett undantag i upphandlingslagarna för direktupphandling under pågående överprövning, samt

- utreda och överväga bestämmelser om ersättning för processkostnader eller avgifter vid ansökan i mål om överprövning.

En utblick mot EU/EES-området, särskilt Norden, ska göras. Utredaren ska överväga vilka förslag som bäst tillgodoser syftet och utifrån de överväganden som görs lämna fullständiga författningsförslag.

Uppdraget ska redovisas senast den 15 juni 2014.

### **Behovet av en utredning**

Offentlig upphandling är ett viktigt verktyg för att öka effektiviteten i de offentliga utgifterna. Upphandlingen kan också bidra till att uppnå gemensamma samhällliga mål såsom skydd för miljön samt främjande av innovation, sysselsättning och social integration. Den offentliga upphandlingen utgör en betydande andel av BNP och har en direkt inverkan på den svenska ekonomin.

Upphandlingsregelverket ger förutsättningar för en effektiv och rättssäker offentlig upphandling och en välfungerande överprövningsprocess är ett nödvändigt inslag för att lagstiftningen ska få genomslag. Bestämmelserna om rättsmedel finns i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFFS), upphandlingslagarna. De genomför bestämmelserna om rättsmedel i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten och Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, rättsmedelsdirektiven, som har ändrats genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling, ändringsdirektivet, samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 31 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtrepren-

nader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG.

Alltsedan tillkomsten av rättsmedel i upphandlingsregelverket, dvs. i samband med Sveriges anslutning till Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES), har prövningen av upphandlingsmål varit föremål för diskussion. Debatten har tilltagit bl.a. till följd av att antalet upphandlingsmål – med undantag för år 2011 – har ökat stadigt under flera år. Diskussionen har också handlat om domstolarnas handläggningstider. Enligt statistik från Konkurrensverket och Domstolsverket tog ett överprövningsärende under 2012 i genomsnitt 1,9 månader för förvaltningsrätterna att avgöra. Handläggningstidernas längd varierar dock mycket. Vid en jämförelse mellan upphandlingar under respektive över EU:s tröskelvärden var det under 2011 mer än dubbelt så vanligt med överprövningar i det senare fallet. Vidare var anbudsgivare i vissa branscher, t.ex. transportbranschen, mer benägna än andra att ansöka om överprövning.

Under senare år har det diskuterats olika problem som följer av att upphandlingarna regelmässigt stoppas under handläggningen i domstol. Stoppen leder till svårigheter att försörja offentliga verksamheter med varor och tjänster som den offentliga sektorn ofta är skyldig att tillhandahålla medborgarna eller som på ett eller annat sätt ingår i den offentliga servicen. När en upphandling blir överprövad och stoppad är de upphandlande myndigheterna eller enheterna ofta tvingade att genomföra en direktupphandling för att täcka behoven under den pågående överprövningen och den tid det tar att genomföra en eventuell ny upphandling. Sådana upphandlingar riskerar i sin tur att bli stoppade i en ny överprövning eller bli föremål för en talan om ogiltighet enligt upphandlingslagarna. Upphandlingsutredningen konstaterade i sitt slutbetänkande att antalet överprövningar var en av de mest diskuterade frågorna i samband med utredningsarbetet (Goda affärer – en strategi för hållbar tillväxt, SOU 2013:12). Överprövningarna ansågs vara en av de viktigaste orsakerna till att många upphandlande myndigheter och företag upplever att offentlig upphandling blivit mer som en juridisk process än en process som syftar till att åstadkomma goda affärer. Rädslan för att upphandlingen stoppas i en överprövning leder enligt utredningen till suboptimering, dvs. att upphandlingarna utformas

på ett sådant sätt som inte gagnar utvecklingen av innovativa och hållbara varor och tjänster av god kvalitet.

Det får anses sannolikt att leverantörerna kompenserar sig för den osäkerhet som en utdragen process medför. Upphandlingar som riskerar att dra ut på tiden kan därför föranleda höjningar av priset på de aktuella varorna eller tjänsterna. Vidare kan mindre företag ha svårt att stå vid sina anbud under längre stopp. Det riskerar i sin tur att inverka negativt på konkurrensen.

För att komma till rätta med de beskrivna problemen är två strategier tänkbara. Den ena innebär att man vidtar åtgärder som minskar de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad. Den andra innebär att man försöker minska antalet överprövningar och därmed antalet stoppade upphandlingar.

Upphandlingsutredningen lämnade förslag med huvudsakligt syfte att minska de negativa effekterna av stoppade upphandlingar. Förslagen handlade bl.a. om att koncentrera upphandlingsmålen till ett fåtal förvaltningsrätter och en kammarrätt. Den frågan bereds för närvarande inom Regeringskansliet.

Såvitt framkommit är det inom den närmaste tiden inte aktuellt med någon översyn av rättsmedelsdirektiven på EU-nivå. Regeringen bedömer däremot att tiden är mogen för en översyn av hur direktiven har genomförts i svensk rätt.

Jämförelser med hur relevanta europeiska stater har genomfört direktiven och deras erfarenheter av tillämpningen kan ge uppslag till hur det svenska regelverket skulle kunna förändras för att minska de negativa konsekvenserna av en överprövning. I synnerhet våra nordiska grannländer är intressanta att analysera i detta avseende. Andra underlag kan vara nationell domstolspraxis och aktörernas erfarenheter.

I det sammanhanget finns det skäl att på nytt överväga om en preklusionsfrist ska införas i lagstiftningen.

Vidare ska Upphandlingsutredningens förslag att införa ett undantag för direktupphandling under pågående överprövning (temporär upphandling) utredas närmare.

När det gäller den andra strategin kan ett sätt att minska antalet upphandlingsmål, eller åtminstone bromsa ökningen, vara att införa ansökningsavgifter eller bestämmelser om ansvar för processkostnader. Även här kan lärdomar dras av övriga EU-/EES-länders tillvägagångssätt och erfarenheter.

En given utgångspunkt för utredningen är att eventuella förändringar av regelverket inte får innebära att rättssäkerheten eftersätts.

## Uppdraget att se över rättsmedlen och utreda frågan om temporär upphandling

### *En preklusionsfrist för att renodla målen i domstolarna*

Med preklusionsfrist menas att vissa av de inledande momenten i en upphandling endast får överprövas inom en viss tid. En frist kan t.ex. innebära ett förbud mot invändningar mot förfrågningsunderlagets utformning efter att anbudsstiden löpt ut. Rättsmedelsdirektiven ger medlemsstaterna en möjlighet att införa preklusionsfrister.

Sverige har dock hittills valt att inte införa bestämmelser om preklusionsfrist. Frågan övervägdes senast i propositionen Nya rättsmedel på upphandlingsområdet (2009/10:180, del 1 s. 155 f.). Som främsta skäl mot en frist framhölls att det ofta är först när anbudsgivarna tar del av tilldelningsbeslutet som det står klart för leverantören vad förfrågningsunderlaget har betydelse för utvärderingen. Först då har leverantören tillräcklig information för att avgöra om det finns anledning att begära överprövning av förfrågningsunderlaget.

Överprövningsmål som kommer in till domstolen i ett sent skede av upphandlingsförfarandet och innehåller invändningar om både det inledande konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen (t.ex. mot valet av upphandlingsförfarande eller villkor i förfrågningsunderlaget) och anbudsutvärderingen tenderar att bli omfattande och ”tungrodda” både för den handläggande domstolen och för parterna. Detta påverkar rimligen handläggningstiden. Om domstolen sedan beslutar att upphandlingen ska göras om t.ex. på grund av fel i förfrågningsunderlaget, innebär det en försening och framför allt högre kostnader för den upphandlande myndigheten eller enheten och anbudsgivarna jämfört med om felet hade upptäckts och korrigerats tidigare.

Vissa upphandlande myndigheter har vidare redogjort för uppfattningen att det finns leverantörer som ansöker om överprövning för att skapa affärstillfällen i samband med de direktupphandlingar som genomförs för att täcka behoven av varor eller tjänster som

uppstår när den huvudsakliga upphandlingen stoppas i väntan på avgörande.

Syftet med en preklusionsfrist är att påskynda upphandlingsprocessen i de fall överprövning sker. Mot bakgrund av det ökade antalet upphandlingsmål anser regeringen att det är angeläget att sträva efter att hanteringen av målen blir så smidig som möjligt. Därför finns det skäl att på nytt överväga frågan om en preklusionsfrist bör införas. Äldre analyser och överväganden kan tjäna som utgångspunkt. De bör dock kompletteras bl.a. med hänsyn till att de inte beaktade om och i vilken utsträckning leverantörernas affärsstrategiska bedömningar eventuellt påverkar när en ansökan om överprövning lämnas.

Utredaren ska därför

- undersöka förekomsten av preklusionsfrister i andra europeiska staters rättsordningar och erfarenheter från tillämpningen,
- undersöka om och varför leverantörerna väntar till efter tilldelningsbeslutet med att begära överprövning med invändningar mot de inledande momenten i upphandlingen, samt
- analysera lämpligheten av att införa bestämmelser om en preklusionsfrist.

#### *Större möjligheter att ingå avtal trots pågående överprövning*

När en upphandlande myndighet eller enhet har skickat ut en under rättelse om tilldelningsbeslut inträder en s.k. avtalsspärr. Spärren innebär att myndigheten eller enheten inte får ingå avtal under en period på normalt tio dagar. Om någon leverantör under den perioden ansöker om överprövning hos förvaltningsrätten förlängs avtalsspärren automatiskt (förlängd avtalsspärr), som huvudregel under den tid det tar att handlägga målet där. Förvaltningsrätten ska alltså inte fatta något interimistiskt beslut eller göra någon skadeavvägning i frågan om huruvida avtalsspärren ska bestå under tiden för domstolens handläggning. Det finns en möjlighet för förvaltningsrätten att häva den förlängda avtalsspärren, men den möjligheten ska användas i undantagsfall, som huvudregel på yrkande av part, för att undvika orimliga konsekvenser. I överinstanserna gäller inte någon förlängd avtalsspärr. Här måste leverantören begära ett

interimistiskt beslut för att utesluta möjligheten att upphandlingen avslutas genom att avtal ingås under tiden för domstolens prövning.

Enligt upphandlingslagarna gäller vidare att om en upphandlande myndighet eller enhet ingår avtal i en upphandling, får upphandlingen inte längre överprövas. Sammantaget med den förlängda avtalsspärren blir konsekvensen att en upphandling regelmässigt stoppas upp under hela den tid som förvaltningsrättens prövning pågår. Den upphandlande myndigheten eller enheten, liksom domstolen, har i praktiken små möjligheter att påverka detta.

Att den förlängda avtalsspärren gäller under hela tiden för förvaltningsrättens prövning följer inte av rättsmedelsdirektiven, utan beror på andra överväganden. Direktiven innebär endast att medlemsstaterna ska se till att när någon har klagat på ett tilldelningsbeslut, ska den upphandlande myndigheten eller enheten inte kunna ingå avtal förrän prövningsorganet har hunnit pröva en ansökan om interimistiska åtgärder. Vid ett sådant interimistiskt beslut får prövningsorganet göra en skadeavvägning för alla berörda intressen, inklusive allmänintresset.

Det finns heller inget krav i rättsmedelsdirektiven att ett avtal ska avskära möjligheten till överprövning av upphandlingen. Vid en jämförelse med t.ex. de övriga nordiska länderna är det bara Sverige som har valt en sådan ordning. I Finland kan Marknadsdomstolen besluta om ”gottgörelse” om en upphandling är avslutad vid domstolens prövning.

Det finns alltså ett nationellt utrymme att utforma regelverket för att möjliggöra en mer nyanserad prövning av om upphandlingen ska få fortgå och avslutas under den tid som en överprövning pågår.

En fråga är vad rättsmedelsdirektiven och övrig unionsrätt kräver och vad som i övrigt är lämpligt i fråga om kompensation till en skadelidande leverantör, om en förvaltningsdomstol kommer fram till att en avslutad upphandling har varit felaktig i något avseende.

Utredaren ska därför

- redogöra för hur ett relevant urval av EU- eller EES-länder valt att genomföra bestämmelserna om förlängd avtalsspärr, om upphandlingar kan prövas efter det att kontrakt eller ramavtal slutits och vilken kompensation som i sådana fall finns tillgänglig för en leverantör som får rätt i överprövningen,

- analysera i vilken omfattning den förlängda avtalsspärren ska gälla,
- analysera om en domstol ska kunna pröva upphandlingen trots ingånget avtal, samt
- analysera om och i så fall hur en skadelidande leverantör ska kompenseras och även i övrigt se över rättsföljderna i överprövningsmål.

I uppdraget ingår inte att överväga om civilrättsliga skadeståndstvister ska prövas i allmän förvaltningsdomstol.

### *Temporär upphandling*

Upphandlingsutredningen föreslog i sitt slutbetänkande att ett nytt undantag ska införas i 15 kap. i upphandlingslagarna av innebörd att direktupphandling ska få användas temporärt när en upphandling överprövats och en förlängd avtalsspärr inträtt (SOU 2013:12 s. 366).

En sådan reglering kan vara ett alternativ för att minska de negativa konsekvenserna av att en upphandling stoppas. Regeringen anser dock, i likhet med många remissinstanser, att förslaget kräver ytterligare analys av de rättsliga förutsättningarna, de faktiska konsekvenserna och hur en eventuell reglering bör utformas för att bäst uppnå det avsedda syftet.

Utredaren ska därför

- undersöka möjligheten att införa ett undantag i upphandlingslagarna för temporär upphandling (direktupphandling under pågående överprövning).

### **Uppdraget att utreda frågor om avgifter och processkostnader i upphandlingsmål**

Trenden i Sverige under senare år visar på en ökande tillströmning av upphandlingsmål. Övriga nordiska länder tillämpar ansökningsavgifter eller låter förlorande part ansvara för motpartens kostnader i upphandlingsmål.

Upphandlingsutredningen ansåg att varken ansökningsavgifter eller ersättning för motpartens processkostnader borde införas



(SOU 2013:12 s. 364). Ett antal organisationer, bl.a. Domstolsverket, Försvarets materielverk, Skatteverket, Göteborgs kommun och Nacka kommun påtalade i sina remissvar att frågan borde utredas grundligare.

Förvaltningsprocesslagen (1971:291) och upphandlingslagstiftningen saknar motsvarighet till huvudregeln i dispositiva tvistemål i allmänna domstolar om ersättningsskyldighet för förlorande part och rätt till ersättning för vinnande part. Precis som i merparten av de måltyper som handläggs i de allmänna förvaltningsdomstolarna står vardera parten för sina egna processkostnader oavsett utgången.

Parterna i förvaltningsdomstolarna är normalt en eller flera enskilda mot det allmänna. Upphandlingsmålen är i flera avseenden inte jämförbara med övriga måltyper i förvaltningsdomstolarna utan uppvisar snarare likheter med civilmål i allmän domstol. Anbudsgivarna är näringsidkare och parterna i processen är, i förhållande till varandra, köpare respektive säljare. Riskerna som följer av att förlorande part blir skyldig att helt eller delvis ersätta motpartens kostnader torde inte skilja sig nämnvärt åt i de olika processformerna. En skillnad är dock att parterna i ett upphandlingsmål inte får förlikas. Förutom parterna finns det många gånger andra intressenter, framför allt andra anbudsgivare eller anbudssökande, som i högre eller lägre grad påverkas av utgången i målet.

Bestämmelser om skyldighet att ersätta vinnande parts processkostnader skulle kunna medföra att upphandlande myndigheter och enheter tvingas bli mer omsorgsfulla vid utformningen av sina förfrågningsunderlag och vid kontraktstilldelning samt att sökanden tvingas göra en mer gedigen bedömning av möjligheten till framgång innan ansökan om överprövning lämnas in. Det borde rimligen kunna inverka på måltillströmningen. Det ligger därför nära till hands att överväga bestämmelser om ersättning för processkostnader i upphandlingsmål som motsvarar bestämmelserna som gäller för civilprocessen i allmän domstol.

Mot detta ska rättssäkerhetsaspekterna vägas, i synnerhet att också mindre resursstarka men skadelidande företag måste ha möjlighet att ansöka om överprövning och beivra överträdelser som de har lidit eller kan komma att lida skada av. I det sammanhanget bör utredaren beakta Högsta domstolens avgörande den 18 juli 2013 i mål nr T 3576-11.

Utredningen ska också omfatta frågan i vad mån det är nödvändigt med kompletterande bestämmelser om t.ex. yrkanden och bevisning för att domstolen ska kunna avgöra vilken part i målet som vinner respektive förlorar målet och om det finns skäl för jämkning.

I Finland finns bestämmelser om fördelning av processkostnaderna mellan parterna i upphandlingsmål, där Marknadsdomstolen är första instans.

Avgifter för att ansöka om domstolens prövning tillämpas inte i någon måltyp i allmän förvaltningsdomstol. I Norge och Danmark tillämpas emellertid avgifter vid ansökan om prövning av klagomål mot offentliga upphandlingar. Båda länderna har också nyligen sett över respektive avgiftssystem med syftet att minska antalet klagomål i de prövningsorgan som handlägger upphandlingsärenden. Danmark och Norge har differentierade ansökningsavgifter och dessa återbetalas om klagomålet bifalls.

Trots att en sådan avgift skulle innebära en principiell nyordning är det motiverat att undersöka om fördelarna med en avgift skulle överväga nackdelarna. I detta sammanhang ska domstolarnas administration av avgifterna belysas.

Utredaren ska därför

- utreda och överväga bestämmelser om ersättning för processkostnader i mål om överprövning enligt upphandlingslagarna,
- utreda och överväga bestämmelser om avgifter vid ansökan i mål om överprövning enligt upphandlingslagarna, samt
- analysera vilka behov av följdändringar i exempelvis förvaltningsprocesslagen som kan föranledas av nya bestämmelser om processkostnader och avgifter.

### **Samråd, konsekvensbeskrivningar och redovisning av uppdraget**

Översynen ska ske inom ramen för gällande rättsmedelsdirektiv. Utredaren ska överväga vilka förslag som bäst tillgodoser syftet att öka effektiviteten i upphandlingsförfarandena och utifrån de överväganden som görs lämna fullständiga författningsförslag. Utredaren är oförhindrad att ta upp andra frågor än de som särskilt om-

nämns i uppdraget, förutsatt att de har samband med syftet och uppdraget i övrigt.

Utredaren ska genomföra uppdraget på ett utåtriktat sätt i kontakt med statliga myndigheter, kommuner, landsting, näringslivsorganisationer och andra berörda organisationer.

Utredaren ska i relevanta delar beakta Upphandlingsutredningens förslag samt det arbete som pågår i Regeringskansliet.

I den utsträckning betänkandet innehåller förslag till nya eller ändrade regler, ska förslagets kostnadsmässiga och andra konsekvenser anges och då motsvara de krav som gäller i fråga om konsekvensutredning vid regelgivning. Utredaren ska särskilt analysera vilka effekter förslagen får för små företag, inkluderande deras möjligheter att tillvarata sina rättigheter enligt EU:s regelverk. Om förslagen förväntas leda till kostnadsökningar för det allmänna, ska utredaren föreslå hur de ska finansieras. Uppdraget ska redovisas senast den 15 juni 2014.

(Socialdepartementet)



# Kommittédirektiv 2014:63

## **Tilläggsdirektiv till Överprövningsutredningen (S 2013:15)**

Beslut vid regeringssammanträde den 30 april 2014

### **Förlängd tid för uppdraget**

Regeringen beslutade den 21 november 2013 kommittédirektiv om en översyn av rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen (dir. 2013:105). Uppdraget skulle enligt utredningens direktiv redovisas senast den 15 juni 2014.

Utredningstiden förlängs. Uppdraget ska i stället redovisas senast den 1 februari 2015.

(Socialdepartementet)



# Kommittédirektiv 2014:154

## **Tilläggsdirektiv till Överprövningsutredningen (S 2013:15)**

Beslut vid regeringssammanträde den 11 december 2014

### **Utvidgning av och förlängd tid för uppdraget**

Regeringen beslutade den 21 november 2013 kommittédirektiv om en översyn av rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen (dir. 2013:105).

Utredningsuppdraget utvidgas nu på så sätt att utredaren ska överväga behov av ändring av fristerna för ansökan om upphandlingsskadeavgift och ansökan om skadestånd i upphandlingslagstiftningen samt lämna de författningsförslag som övervägandena kan leda till.

Enligt tidigare tilläggsdirektiv (dir. 2014:63) skulle uppdraget redovisas senast den 1 februari 2015. Utredningstiden förlängs nu ytterligare. Uppdraget ska i stället redovisas senast den 2 mars 2015.

### **Utvidgningen av uppdraget**

Enligt 17 kap. 7 § andra stycket lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) samt lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFSS) ska, när ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ansökan om upphandlingsskadeavgift ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Konkurrensverket (KKV), som är tillsynsmyndighet enligt LOU, LUF och LUFSS, uppger i en skrivelse av den 18 september 2013 att den vanligaste orsaken till att ett ärende inte öppnas eller sedermera avskrivs är att ärendet är preskriberat, dvs. avtalet som har ingåtts med leverantören är äldre än ett år eller att avtalet inom kort kommer att preskriberas och således inte kan utredas tillräckligt väl innan preskriptionstiden löpt ut. Många otillåtna direktupphandlingar undgår därför verkets ingripanden. Vidare är många ärenden utredningstunga och komplicerade så att de inte kan färdigutredas innan preskriptionsfristen löpt ut. Det finns därför enligt KKV många otillåtna direktupphandlingar som verket får kännedom om men som bortprioriteras direkt eller avskrivs efter utredning på grund av den korta preskriptionsfristen. KKV föreslår därför att preskriptionsfristen förlängs till två år.

Med anledning av nya direktiv på upphandlingsområdet, 2014/24/EU om offentlig upphandling och 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, har Regeringskansliet i promemorian Nya regler om upphandling (Ds 2014:25) föreslagit vissa ändringar i LOU och LUF. Reglerna om rättsmedel har överförts i stort sett oförändrade till den nya föreslagna lagstiftningen om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Några ändringar av den ovan berörda ansökningsfristens längd föreslås inte.

Regeringen anser att det som har framkommit om problem vid tillämpningen är skäl för en översyn av bestämmelserna. En sådan översyn bör inkludera en analys av vilka konsekvenser en förändring av bestämmelserna får för de aktuella verksamheterna. Utredaren ska i uppdragets utförande samråda med Försvarets materielverk.

Enligt 16 kap. 21 § LOU, LUF och LUFSS ska talan om skadestånd väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten respektive upphandlande enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Även fristen för talan om skadestånd har förts in i de nya förslagen till upphandlingslagstiftning utan närmare överväganden i fråga om fristens längd.



I samband med översynen av tidsfristen för ansökan om upphandlingsskadeavgift finns det enligt regeringens bedömning skäl att göra en översyn av tidsfristen för talan om skadestånd.

Utredaren ska därför

- överväga om fristerna för ansökan om upphandlingsskadeavgift och ansökan om skadestånd i upphandlingslagstiftningen behöver ändras och
- lämna de författningsförslag som övervägandena kan leda till.

### **Ny tid för redovisning av uppdraget**

Utredningstiden förlängs. Uppdraget ska i stället redovisas senast den 2 mars 2015.

(Socialdepartementet)



# Enkätfrågor



REGERINGSKANSLIET

## Enkätfrågor

2014-03-17

### Socialdepartementet

*Enheten för upphandlingsrätt*

*Utredningssekreterare*

*Åse Nevhage*

*Telefon 08-4053999*

*Mobil 072-5875667*

*Telefax 040-122437*

*E-post ase.nevhage@regeringskansliet.se*

### Överprövning av offentliga upphandlingar

Överprövningsutredningen ska se över reglerna om överprövning av offentliga upphandlingar med syfte att öka effektiviteten i förfarandet. I uppdraget ingår att hitta vägar för att förenkla och snabba upp upphandlingsprocessen.

Det är viktigt att utredningen får kännedom om företagens situation och problem inom detta område. Vi skulle därför uppskatta om ni kunde svara på följande frågor från utredningen.

Att svara på frågorna tar cirka fem minuter.

1. Hur många anställda har ditt företag?

0–9

10–49

50–249

250–

Vet ej

2. Kontakta du upphandlande myndighet/enhet under anbuds-tiden om du upptäcker fel eller oklarheter i förfrågningsunderlaget?

Ja alltid

Ofta

Ibland

Nej aldrig

Har aldrig upptäckt fel eller oklarheter i förfrågningsunderlaget

Vet ej/avstår

Kommentar

3. Om du påtalar fel eller oklarheter i förfrågningsunderlaget, rättar då den upphandlande myndigheten felet eller förtydligar det som är oklart?

Ja alltid

Ofta

Ibland

Nej aldrig

Vet ej/avstår

Kommentar

4. Av vilket eller vilka skäl kan du avstå från att påtala fel eller oklarheter i förfrågningsunderlaget? Fler alternativ är möjliga. Om fler alternativ väljs, vänligen markera det alternativ som är vanligast med en 1:a, det näst vanligaste med en 2:a osv.

- För att det kan ge mig en konkurrensfördel
- Jag vill inte avslöja affärshemligheter för konkurrenter
- Den upphandlande myndigheten eller enheten rättar eller förtydligar ändå inte underlaget
- För att det kan vara strategiskt att avvakta tilldelningsbeslutet och se hur det går för mitt företag i upphandlingen
- Tidsbrist
- Annat
- Kommentarer

5. Upptäcker du fel eller oklarheter i förfrågningsunderlaget först i och med att du får tilldelningsbeslutet?

Ja alltid  
Ofta  
Ibland  
Nej aldrig  
Vet ej/avstår  
Kommentar

6. Förstår du hur upphandlande myndighet/enhet kommer att tillämpa förfrågningsunderlaget innan du har sett tilldelningsbeslutet?

Ja alltid  
Ofta  
Ibland  
Nej aldrig  
Vet ej/avstår  
Kommentar

7. Ansöker du om överprövning när du upptäcker fel eller oklarheter i förfrågningsunderlaget?

Ja alltid  
Ofta  
Ibland  
Nej aldrig  
Vet ej/avstår  
Kommentar

8. Om du ansöker om överprövning av sådant som står i förfrågningsunderlaget gör du det oftast

Före tilldelningsbeslutet  
Efter tilldelningsbeslutet  
Kommentar

9. Om du begär överprövning av förfrågningsunderlaget innan du har fått tilldelningsbeslutet: Varför väljer du att överklaga vid denna tidpunkt? Fler alternativ är möjliga. Om fler alternativ väljs, vänligen rangordna alternativen genom att markera det vanligaste alternativet med en 1:a, det näst vanligaste med en 2:a osv. Om frågan ej är aktuell för dig behöver du inte ange svar här.
- Jag vill inte lägga ner tid på anbudsarbete i onödan
  - Upphandlande myndighet/enhet rättar inte fel i förfrågningsunderlaget trots påpekanden
  - Annat
  - Kommentar
10. Om du begär överprövning av förfrågningsunderlaget efter att du har fått tilldelningsbeslutet: Varför väljer du att överklaga vid denna tidpunkt? Fler alternativ är möjliga. Om fler alternativ väljs, vänligen rangordna alternativen genom att markera det vanligaste alternativet med en 1:a, det näst vanligaste med en 2:a osv. Om frågan är ej aktuell för dig behöver du inte ange svar här.
- Det var inte möjligt att upptäcka felet tidigare
  - Tidsbrist
  - Jag vill inte i onödan stöta mig med den upphandlande myndigheten/enheten
  - Jag vill inte lägga ner tid och pengar innan jag vet om jag kan vinna kontraktet
  - Annat
  - Kommentar
11. Anlitar du juridiskt ombud som företräder dig om du begär överprövning av en upphandling?

Ja alltid  
Ofta  
Ibland  
Nej aldrig  
Vet ej/avstår  
Kommentar

12. Om du inte anlitar juridiskt ombud, har ditt företag egen kompetens för att hantera överprövningar av upphandlingar?

Ja

Nej

Kommentar

Vi är mycket tacksamma för att du tagit dig tid att svara på våra frågor.





# Statens offentliga utredningar 2015

---

## Kronologisk förteckning

---

1. Deltagande med väpnad styrka i utbildning utomlands. En utökad beslutsbefogenhet för regeringen. Fö.
2. Värdepappersmarknaden MiFID II och MiFIR. + Bilagor. Fi.
3. Med fokus på kärnuppgifterna. En angelägen anpassning av Polismyndighetens uppgifter på djurområdet. Ju.
4. Ett svenskt tonnageskattesystem. Fi.
5. En ny svensk tullagstiftning. Fi.
6. Mer gemensamma tobaksregler. Ett genomförande av tobaksprodukt-direktivet. S.
7. Krav på privata aktörer i välfärden. Fi.
8. En översyn av årsredovisningslagarna. Ju.
9. En modern reglering av järnvägstransporter. Ju.
10. Gränser i havet. UD.
11. Kunskapsläget på kärnavfallsområdet 2015. Kontroll, dokumentation och finansiering för ökad säkerhet. M.
12. Överprövning av upphandlingsmål m.m. Fi.

# Statens offentliga utredningar 2015

---

## Systematisk förteckning

---

### **Finansdepartementet**

Värdepappersmarknaden

MiFID II och MiFIR. + Bilagor [2]

Ett svenskt tonnageskattesystem. [4]

En ny svensk tullagstiftning. [5]

Krav på privata aktörer i välfärden. [7]

Överprövning av upphandlingsmål m.m.  
[12]

### **Försvarsdepartementet**

Deltagande med väpnad styrka  
i utbildning utomlands. En utökad  
beslutsbefogenhet för regeringen. [1]

### **Justitiedepartementet**

Med fokus på kärnuppgifterna. En ange-  
lägen anpassning av Polismyndig-  
hetens uppgifter på djurområdet. [3]

En översyn av årsredovisningslagarna. [8]

En modern reglering  
av järnvägstransporter. [9]

### **Miljö- och energidepartementet**

Kunskapsläget på kärnavfallsområdet 2015.  
Kontroll, dokumentation och finansie-  
ring för ökad säkerhet. [11]

### **Socialdepartementet**

Mer gemensamma tobaksregler.  
Ett genomförande av tobaks-  
produktdirektivet. [6]

### **Utrikesdepartementet**

Gränser i havet. [10]