Fastighets- och servicenämnden
Serviceförvaltningen
Ledningsstab
Clara Wahren

TJÄNSTEUTLÅTANDE FSN 2021-0041

Fastighets- och servicenämnden

Yttrande över En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar

Ärendebeskrivning
Fastighets- och servicenämnden har beretts möjlighet att yttra sig över En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar.

Beslutsunderlag
Serviceförvaltningens tjänsteutlåtande den 14 januari 2021
Remiss – En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar
Utkast till lagrådsremiss

Förslag till beslut
Fastighets- och servicenämnden beslutar följande.

1. Fastighets- och servicenämnden yttrar sig i enlighet med förvaltningschefens förslag.

Förvaltningens förslag och motivering

Bakgrund
Finansdepartementet har bjudit in Region Stockholm att yttra sig över utkast till lagrådsremiss En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar. Regionstyrelsen har berett fastighets- och servicenämnden möjlighet att yttra sig.

I utkastet föreslås att det i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet ska införas dels ett skyndsamhetskrav, dels preklusionsfrister (att leverantören redan under anbudstiden måste klaga på exempelvis oproportionerliga krav och icke-transparenta utvärderingskriterier) i både förvaltningsrätten och kammarrätten. Ett skyndsamhetskrav föreslås även i mål om utlämnande av kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen. Vidare föreslås att fristen för att väcka talan om skadestånd vid fel och brister i en upphandling ska ändras för att överensstämma med EU-rätten. Det ska även införas tidsgränser på fem

och tre år vid beslut om uteslutning av en leverantör på grund av brott respektive missförhållanden i övrigt.

I fråga om icke-direktivstyrda upphandlingar föreslås att upphandlande myndigheter och enheter inte ska behöva efterannonsera upphandlingar under 100 000 kronor. Reglerna om efterannonsering ska vidare gälla för samtliga upphandlingar av sådana välfärdstjänster som anges i bilaga 2 a till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Samtliga reglerade annonser om sådana upphandlingar ska också publiceras i en registrerad annonsdatabas. När en upphandlande myndighet eller enhet har publicerat en icke-direktivstyrd efterannons i en registrerad annonsdatabas, ska ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att annonsen publicerades.

I utkastet görs även bedömningar i fråga om bl.a. införande av dels en tidsfrist för överprövningsmålens handläggning, dels en ansökningsavgift och ett ömsesidigt processkostnadsansvar.

Överväganden
Remissen har inkommit till fastighets- och servicenämnden med mycket kort svarstid. För Region Stockholm är det av stor vikt att dessa, i många avseenden tekniska förslag, bereds av kompetenta medarbetare med specialistkunskap. Strategisk upphandling på regionledningskontoret kommer att anordna en workshop för att på bästa sätt belysa de olika förslagen i utkastet till lagrådsremiss. Förvaltningen föreslår att resultatet av planerad workshop med detta yttrande som grund utgör fastighets- och servicenämndens bidrag till Region Stockholms yttrande till Finansdepartementet.

Region Stockholms yttrande kommer att behandlas i regionstyrelsen 9 mars 2021.

Ekonomiska konsekvenser
Beslutet har inga ekonomiska konsekvenser.

Stefan Schildt
Förvaltningschef

Ragna Forslund
Verksamhetsområdeschef
upphandling

Beslutsexpediering:
Akt
Regionledningskontoret, registrator

Region Stockholm

REMISS

2021-01-13 RS 2020-1008

Rotel I – Finans-, fastighets- och serviceroteln

Trafiknämnden
Hälso- och sjukvårdsnämnden
Fastighets- och servicenämnden

Ärende:

Remiss – En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar

---

Yttrande från berörd nämnd/styrelse senast: **2021-02-15**

Handläggare: Fredrik Wevle

Yttranden skickas till regionledningskontorets registrator:

E-post: registrator.rlk@sll.se

Adress:
Regionledningskontoret
Registraturen
Box 22550
104 22 Stockholm

Internadress:
Regionledningskontoret, Registraturen, Lindhagensgatan 98 plan 6

Utkast till lagrådsremiss

En effektivare överprövning av offentliga upphandlingar

Stockholm

(Finansdepartementet)

Utkastets huvudsakliga innehåll

I utkastet föreslås att det i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet ska införas dels ett skyndsamhetskrav, dels preklusionsfrister i både förvaltningsrätten och kammarrätten. Ett skyndsamhetskrav föreslås även i mål om utlämnande av kontrakt enligt upphandlingslagstiftningen. Vidare föreslås att fristen för att väcka talan om skadestånd vid fel och brister i en upphandling ska ändras för att överensstämma med EU-rätten. Det ska även införas tidsgränser på fem och tre år vid beslut om uteslutning av en leverantör på grund av brott respektive missförhållanden i övrigt.

I fråga om icke-direktivstyrda upphandlingar föreslås att upphandlande myndigheter och enheter inte ska behöva efterannonsera upphandlingar under 100 000 kronor. Reglerna om efterannonsering ska vidare gälla för samtliga upphandlingar av sådana välfärdstjänster som anges i bilaga 2 a till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Samtliga reglerade annonser om sådana upphandlingar ska också publiceras i en registrerad annonsdatabas. När en upphandlande myndighet eller enhet har publicerat en icke-direktivstyrd efterannons i en registrerad annonsdatabas, ska ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att annonsen publicerades.

I utkastet görs även bedömningar i fråga om bl.a. införande av dels en tidsfrist för överprövningsmålens handläggning, dels en ansökningsavgift och ett ömsesidigt processkostnadsansvar.

Innehållsförteckning

1 Beslut 4

2 Lagtext 5
- 2.1 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling 5
- 2.2 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna 9
- 2.3 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner 13
- 2.4 Förslag till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet 16

3 Ärendet 19

4 Bakgrund och gällande rätt 20
- 4.1 Syftet med utkastet till lagrådsremiss 20
  - 4.1.1 Överprövningsutredningens förslag och bedömningar 20
  - 4.1.2 Förenklingsutredningens förslag och bedömningar avseende överprövning 20
  - 4.1.3 En ny samlad bedömning av förslagen 21
- 4.2 Lagstiftningen på upphandlingsområdet 21
- 4.3 Direktivstyrd och icke-direktivstyrd upphandling 22
- 4.4 Rättsmedel på upphandlingsområdet 23
  - 4.4.1 Rättsmedelsdirektiven 23
  - 4.4.2 Rättsmedel i nationell lagstiftning 23
  - 4.4.3 Processramen i mål om överprövning 27

5 Handläggningen i domstol 29
- 5.1 Vikten av en snabb och förutsägbar domstolsprocess 29
  - 5.1.1 Effektiv konkurrens på EU:s inre marknad 29
  - 5.1.2 Överprövningens betydelse för goda affärer 30
  - 5.1.3 Handläggningstiden i domstol har samhällsekonomisk betydelse 31
- 5.2 Mål om överprövning ska handläggas skyndsamt 31
- 5.3 En tidsfrist för målens avgörande bör inte införas 35
- 5.4 Ett krav på tidsplan för målens avgörande bör inte införas 36
- 5.5 Domstolens ansvar för materiell processledning bör inte förtydligas i lag 37

6 Preklusionsregler 37
- 6.1 Materiell och processuell preklusion 37
- 6.2 En preklusionsfrist under anbudstiden bör inte införas 37
- 6.3 Preklusionsfrister i mål om offentlig upphandling 41

7 Ansökningsavgift och processkostnadsansvar 49
- 7.1 Ansökningsavgift 49

7.2 Ett ömsesidigt processkostnadsansvar 53

8 Övriga frågor rörande överprövning 57
8.1 Reglerna om förlängd avtalsspärr bör inte ändras 57
8.2 Ett ingående av avtal bör även i fortsättningen förhindra överprövning av en upphandling 58
8.3 Temporär direktupphandling 59
8.4 Tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet 61

9 Skadestånd 62
9.1 Ersättning för rättegångskostnader 62
9.2 Fristen för att ansöka om skadestånd bör anpassas till EU-rätten 65

10 Annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar 67

11 Tidsgränser vid uteslutning av en leverantör 69

12 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser 72

13 Konsekvenser 74
13.1 Skyndsamhetskrav och preklusionsfrister 74
13.2 Tidsfristen för talan om skadestånd 74
13.3 Annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar 75
13.4 Tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet 76
13.5 Tidsgränser vid uteslutning av en leverantör 76

14 Författningskommentar 77
14.1 Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling 77
14.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna 83
14.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner 86
14.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet 89

Bilaga 1 Sammanfattning av betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12) 92

Bilaga 2 Sammanfattning av betänkandet Möjligt, tillåtet och tillgänglig – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (2018:44) 96

Bilaga 3 Betänkandets (SOU 2015:12) lagförslag 109

Bilaga 4 Betänkandets (SOU 2018:44) lagförslag (delar av) 120

Bilaga 5 Förteckning över remissinstanserna (SOU 2015:12) 128

Bilaga 6 Förteckning över remissinstanserna (SOU 2018:44) 129

1 Beslut

2 Lagtext

I utkastet lämnas följande förslag till lagtext.

2.1 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

dels att 19 kap. 1, 12, 33 och 36 §§, 20 kap. 17 och 21 §§ ska ha följande lydelse,

dels att det i lagen ska införas sju nya paragrafer, 12 kap. 25 §, 13 kap. 1 a och 3 a §§ och 20 kap. 5 a–5 d §§, samt närmast före 20 kap. 5 a §, en ny rubrik av följande lydelse.

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
	12 kap.
	25 §
	Mål om utlämnade av kontrakt ska handläggas skyndsamt.
	13 kap.
	1 a §
	En upphandlande myndighet får inte låta en dom som meddelades för mer än fem år sedan ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör enligt 1 §.
	3 a §
	En upphandlande myndighet får inte låta händelser som inträffade för mer än tre år sedan ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör enligt 3 §.
	19 kap.
	1 §[1]
Detta kapitel gäller för	
1. upphandling eller projekttävling vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 eller 2 §, och	
2. upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 och bilaga 2 a.	
För upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 a	För upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 a

[1] Senaste lydelse 2018:1159.

vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § ska dock endast 35–39 §§ tillämpas.

vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § ska dock endast *12, 13 och* 35–39 §§ tillämpas.

Lydelse enligt SFS 2019:670

Föreslagen lydelse

19 kap.

12 §[2]

En upphandlande myndighet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska genom en annons informera om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks (efterannons).

Trots första stycket får myndigheten vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem eller av kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 och bilaga 2 a samla efterannonserna kvartalsvis. I sådana fall ska de samlade annonserna skickas för publicering senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

En myndighet behöver inte efterannonsera vid tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal.

En myndighet behöver inte efterannonsera

1. vid tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal*, eller*

2. vid direktupphandling, om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

19 kap.

33 §[3]

En upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 eller bilaga 2 a, och som bevaras enligt 31 § tredje stycket, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 20–*24* §§.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 20–*25* §§.

36 §[4]

En upphandlande myndighet som avser att upphandla en sådan tjänst som anges i bilaga 2 a *och* vars värde beräknas understiga tröskelvärdet, ska informera om upphandlingen *genom att publicera* en annons i en *elektronisk databas som är allmänt tillgänglig*.

En upphandlande myndighet som avser att upphandla en sådan tjänst som anges i bilaga 2 a vars värde beräknas understiga tröskelvärdet, ska informera om upphandlingen *i* en annons.

[2] Senaste lydelse 2019:670.
[3] Senaste lydelse 2018:1159.
[4] Senaste lydelse 2018:1159.

Första stycket gäller dock inte om

1. värdet av upphandlingen beräknas understiga 28 procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § och som gäller för sådana tjänster som anges i bilaga 2 a,

2. förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ är uppfyllda, eller

3. det finns synnerliga skäl.

20 kap.

Handläggningen i domstol

5 a §

Mål om överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet ska handläggas skyndsamt.

5 b §

En omständighet som den sökande leverantören åberopar till grund för sin talan senare än två veckor från den dag då ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten, får beaktas av rätten endast om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.

5 c §

En omständighet som en part åberopar till grund för sin talan först i kammarrätten, får beaktas av rätten endast om parten gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten i förvaltningsrätten eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.

Rätten får dock alltid beakta sådana omständigheter som åberopas till grund för att ett avtal ska få bestå vid en prövning enligt 14 §.

5 d §

Bestämmelserna i 5 b och 5 c §§ gäller inte vid en överprövning av ett avtals giltighet på yrkande av en leverantör enligt 7 §.

17 §

En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 10 kap. 4 §, *eller*

2. den upphandlande myndigheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 10 kap. 4 §,

2. *en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik har publicerat en annons enligt 19 kap. 12 §, eller*

3. den upphandlande myndigheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

21 §

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 fått* laga kraft. *Väcks inte talan* i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

En talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från *det att leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att ett* avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. *Om ett avtal* har förklarats ogiltigt enligt 13 §*, får dock en talan om skadestånd alltid väckas inom ett år från den tidpunkt då avgörandet fick* laga kraft.

Om talan inte väcks i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

---

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2022.

2. Bestämmelserna i 20 kap. 5 b–5 d §§ ska inte tillämpas i mål om överprövning där ansökan har getts in till förvaltningsrätten före ikraftträdandet.

3. Den nya bestämmelsen i 20 kap. 17 § ska inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

4. Den nya lydelsen av 20 kap. 21 § ska tillämpas även på fordringar som uppkommit före ikraftträdandet, om rätten till skadestånd inte dessförinnan gått förlorad enligt äldre föreskrifter.

2.2 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

dels att 19 kap. 12 och 33 §§, 20 kap. 17 och 21 §§ ska ha följande lydelse,

dels att det i lagen ska införas sju nya paragrafer, 12 kap. 24 §, 13 kap. 1 a och 4 a §§, 20 kap. 5 a–5 d §§, samt närmast före 20 kap. 5 a §, en ny rubrik av följande lydelse.

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
	12 kap.
	24 §
	Mål om utlämnande av kontrakt ska handläggas skyndsamt.
	13 kap.
	1 a §
	En upphandlande enhet får inte låta en dom som meddelades för mer än fem år sedan ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör enligt 1 §.
	4 a §
	En upphandlande enhet får inte låta händelser som inträffade för mer än tre år sedan ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör enligt 4 §.
Lydelse enligt SFS 2019:671	*Föreslagen lydelse*
	19 kap.
	12 §[5]
En upphandlande enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska genom en annons informera om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks (efterannons).	
Trots första stycket får enheten vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem eller av kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 samla efterannonserna kvartalsvis. I sådana fall ska de samlade annonserna skickas för publicering senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.	
En enhet behöver inte efterannonsera vid tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal.	En enhet behöver inte efterannonsera

[5] Senaste lydelse 2019:671.

1. vid tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal*, eller*

2. vid direktupphandling, om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*

19 kap.

33 §

En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 och som bevaras enligt 31 § tredje stycket, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 20–*23* §§.	I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 20–*24* §§.

20 kap.

Handläggningen i domstol

5 a §

Mål om överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet ska handläggas skyndsamt.

5 b §

En omständighet som den sökande leverantören åberopar till grund för sin talan senare än två veckor från den dag då ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten, får beaktas av rätten endast om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.

5 c §

En omständighet som en part åberopar till grund för sin talan först i kammarrätten, får beaktas av rätten endast om parten gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten i förvaltningsrätten eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.

Rätten får dock alltid beakta sådana omständigheter som åberopas

till grund för att ett avtal ska få bestå vid en prövning enligt 14 §.

5 d §

Bestämmelserna i 5 b och 5 c §§ gäller inte vid en överprövning av ett avtals giltighet på yrkande av en leverantör enligt 7 §.

17 §

En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 10 kap. 5 §, *eller*

2. den upphandlande enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 10 kap. 5 §,

2. *en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik har publicerat en annons enligt 19 kap. 12 §, eller*

3. den upphandlande enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

21 §

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 fått* laga kraft. *Väcks inte talan* i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

En talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från *det att leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att ett* avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör. *Om ett avtal* har förklarats ogiltigt enligt 13 §*, får dock en talan om skadestånd alltid väckas inom ett år från den tidpunkt då avgörandet fick* laga kraft.

Om talan inte väcks i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

---

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2022.

2. Bestämmelserna i 20 kap. 5 b–5 d §§ ska inte tillämpas i mål om överprövning där ansökan har getts in till förvaltningsrätten före ikraftträdandet.

3. Bestämmelsen i 20 kap. 17 § ska inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

4. Den nya lydelsen av 20 kap. 21 § ska tillämpas även på fordringar som uppkommit före ikraftträdandet, om rätten till skadestånd inte dessförinnan gått förlorad enligt äldre föreskrifter.

2.3 Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner

dels att 15 kap. 5 §, 16 kap. 17 och 21 §§ ska ha följande lydelse,

dels att det i lagen ska införas sex nya paragrafer, 11 kap. 1 a och 4 a §§, 16 kap. 5 a–d §§, samt närmast före 16 kap. 5 a §, en ny rubrik av följande lydelse.

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
	11 kap.
	1 a § *En upphandlande myndighet eller enhet får inte låta en dom som meddelades för mer än fem år sedan ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör enligt 1 §.*
	4 a § *En upphandlande myndighet eller enhet får inte låta händelser som inträffade för mer än tre år sedan ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör enligt 4 §.*
Lydelse enligt SFS 2019:672)	*Föreslagen lydelse*
	15 kap.
	5 §[6]
En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession enligt detta kapitel, ska informera om sin avsikt genom en förhandsannons. Detta gäller dock inte vid direktupphandling enligt 6 §.	
Vid upphandling av koncessioner som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 3 tillämpas bestämmelserna om annonsering i 8 kap. 2 §, om värdet av koncessionen uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §.	
En upphandlande myndighet eller enhet som har tilldelat en koncession ska efterannonsera om upphandlingsresultatet i enlighet med 8 kap. 6 §.	En upphandlande myndighet eller enhet som har tilldelat en koncession ska efterannonsera om upphandlingsresultatet i enlighet med 8 kap. 6 §. *Myndigheten eller enheten behöver dock inte efterannonsera om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.*

[6] Senaste lydelse 2019:672.

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
	16 kap.
	Handläggningen i domstol
	5 a §
	Mål om överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet ska handläggas skyndsamt.
	5 b §
	En omständighet som den sökande leverantören åberopar till grund för sin talan senare än två veckor från den dag då ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten, får beaktas av rätten endast om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.
	5 c §
	En omständighet som en part åberopar till grund för sin talan först i kammarrätten, får beaktas av rätten endast om parten gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten i förvaltningsrätten eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.
	Rätten får dock alltid beakta sådana omständigheter som åberopas till grund för att ett avtal ska få bestå vid en prövning enligt 14 §.
	5 d §
	Bestämmelserna i 5 b och 5 c §§ gäller inte vid en överprövning av ett avtals giltighet på yrkande av en leverantör enligt 7 §.
	17 §
	En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.
	Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 8 kap. 6 §, *eller*	1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 8 kap. 6 §,
2. den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.	2. *en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik har publicerat en annons enligt 15 kap. 5 §, eller*
	3. den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.
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 fått* laga kraft. *Väcks inte talan* i tid, är rätten till skadestånd förlorad.	*En* talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från *det att leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att ett* avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör. *Om ett avtal* har förklarats ogiltigt enligt 13 §*, får dock en talan om skadestånd alltid väckas inom ett år från den tidpunkt då avgörandet fick* laga kraft. *Om talan inte väcks* i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

---

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2022.

2. Bestämmelserna i 16 kap. 5 b–5 d §§ ska inte tillämpas i mål om överprövning där ansökan har getts in till förvaltningsrätten före ikraftträdandet.

3. Bestämmelsen i 16 kap. 17 § ska inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

4. Den nya lydelsen av 16 kap. 21 § ska tillämpas även på fordringar som uppkommit före ikraftträdandet, om rätten till skadestånd inte dessförinnan gått förlorad enligt äldre föreskrifter.

2.4 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 15 kap. 7 §, 16 kap. 17 och 21 §§ ska ha följande lydelse,

dels att det i lagen ska införas fyra nya paragrafer, 16 kap. 5 a–5 d §§, samt närmast före 16 kap. 5 a §, en ny rubrik av följande lydelse.

Lydelse enligt SFS 2019:669	*Föreslagen lydelse*
	15 kap.
	7 §[7]
En upphandlande myndighet eller enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska genom en annons informera om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats eller ramavtalet ingicks (efterannons).	
Första stycket gäller inte vid tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal.	Första stycket gäller inte *1.* vid tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal*, eller* *2. om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor*.
Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
	16 kap.
	Skyndsam handläggning *5 a §* *Mål om överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet ska handläggas skyndsamt.*
	Preklusionsfrister *5 b §* *En omständighet som den sökande leverantören åberopar till grund för sin talan senare än två veckor från den dag då ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten, får beaktas av rätten endast om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.*

[7] Senaste lydelse 2019:669.

5 c §

En omständighet som en part åberopar till grund för sin talan först i kammarrätten, får beaktas av rätten endast om parten gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten i förvaltningsrätten eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.

Rätten får dock alltid beakta sådana omständigheter som åberopas till grund för att ett avtal ska få bestå vid en prövning enligt 14 §.

5 d §

Bestämmelserna i 5 b och 5 c §§ gäller inte vid en överprövning av ett avtals giltighet på yrkande av en leverantör enligt 7 §.

17 §

En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 8 kap. 3 § eller ett meddelande enligt 15 kap. 23 §, *eller*

2. den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 10 kap. 10 §.

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 8 kap. 3 § eller ett meddelande enligt 15 kap. 23 §,

2. *en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik har publicerat en annons enligt 15 kap. 7 §, eller*

3. den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 10 kap. 10 §.

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*

En talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från *det att leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att ett* avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en

som har fått laga kraft. *Väcks inte talan* i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

leverantör. *Om ett avtal* har förklarats ogiltigt enligt 13 §*, får dock talan om skadestånd alltid väckas inom ett år från den tidpunkt då avgörandet fick* laga kraft.

Om talan inte väcks i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

---

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2022.

2. Bestämmelserna i 16 kap. 5 b–5 d §§ ska inte tillämpas i mål om överprövning där ansökan har getts in till förvaltningsrätten före ikraftträdandet.

3. Bestämmelsen i 16 kap. 17 § ska inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

4. Den nya lydelsen av 16 kap. 21 § ska tillämpas även på fordringar som uppkommit före ikraftträdandet, om rätten till skadestånd inte dessförinnan gått förlorad enligt äldre föreskrifter.

3 Ärendet

Regeringen beslutade i november 2013 att ge en särskild utredare i uppdrag att se över rättsmedlen i upphandlingslagstiftningen, närmare utreda frågan om s.k. temporär direktupphandling samt utreda frågor om avgifter och processkostnader i upphandlingsmål (dir. 2013:105). Genom tilläggsdirektiv (dir. 2014:154) gavs utredaren även i uppdrag att bl.a. överväga en ändring av fristen för ansökan om skadestånd. Utredningen, som tog namnet Överprövningsutredningen, överlämnade i mars 2015 betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12). Betänkandet har remissbehandlats. Remissyttrandena och en sammanställning av dessa finns tillgängliga i Finansdepartementet (Fi2015/01216).

Regeringen beslutade i juni 2017 att ge en särskild utredare i uppdrag att bl.a. överväga vilka åtgärder som kan vidtas för att minska antalet överprövningar, att föreslå bestämmelser om ansökningsavgift och processkostnadsansvar i överprövningsmål samt överväga om sådana bestämmelser bör införas i upphandlingslagarna (dir. 2017:69). Utredningen, som tog namnet Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler (Förenklingsutredningen), överlämnade i juni 2018 betänkandet Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (SOU 2018:44). Betänkandet har remissbehandlats. Remissyttrandena finns tillgängliga i Finansdepartementet (Fi2019/002531).

Finansdepartementet remitterade den 10 februari 2020 promemorian Ändringar i upphandlingsförordningen och förordningen om kollektivtrafik med anledning av regleringen om upphandlingsstatistik. Remissyttrandena finns tillgängliga i Finansdepartementet Fi2020/00495. Promemorian innehåller bl.a. förslag till bestämmelser om vilka uppgifter annonser på det icke-direktivstyrda området ska innehålla. Regeringen beslutade den 17 juni 2020 förordning om ändring i upphandlingsförordningen (2016:1162). Under beredningen av denna har det uppmärksammats att det finns behov av ytterligare författningsändringar, bl.a. i fråga om efterannonsering av resultatet av genomförda upphandlingar.

Europeiska kommissionen har i en formell underrättelse den 25 januari 2019 ifrågasatt Sveriges genomförande av bl.a. artikel 38.10 i Europaparlamentets och rådet direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet) och artikel 57.7 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet) om tidsgränser vid uteslutning av en leverantör på grund av vissa angivna brott eller missförhållanden i övrigt (Fi2019/00268).

I detta utkast till lagrådsremiss görs en samlad bedömning av Överprövningsutredningens och Förenklingsutredningens förslag avseende överprövning. Vidare lämnas förslag till kompletterande bestämmelser om bl.a. preklusionsfrister, efterannonsering och tidsfrister för uteslutning av en leverantör på grund av brott eller missförhållanden i övrigt.

4 Bakgrund och gällande rätt

4.1 Syftet med utkastet till lagrådsremiss

4.1.1 Överprövningsutredningens förslag och bedömningar

Överprövningsutredningens betänkande innehåller sammanfattningsvis följande förslag.

För det första föreslås att det i mål om överprövning av en upphandling ska införas ett skyndsamhetskrav och en tidsfrist på 90 dagar avseende förvaltningsrätternas handläggning. Vidare föreslås även en kompletterande bestämmelse till reglerna om undantag från annonsering på grund av synnerlig brådska. Enligt förslaget ska en upphandlande myndighet eller enhet anses ha kunnat förutse att en upphandling blir överprövad och att överprövning sker i en instans. Den omständigheten att upphandlingen överprövas i en instans ska således inte kunna åberopas till stöd för undantaget.

För det andra föreslår utredningen preklusionsregler i form av dels en skyldighet för leverantörer att påtala fel och brister i upphandlingsförfarandet för den upphandlande myndigheten eller enheten redan i upphandlingens inledande skede, dels en regel som begränsar parternas rätt att åberopa nya omständigheter och bevis i kammarrätten.

För det tredje föreslås att tidsfristen för att väcka talan om skadestånd ska justeras för att uppnå överensstämmelse med unionsrätten.

För det fjärde föreslås en regel som innebär att kostnader för ombud, biträde, utredning eller annat (processkostnader) som en part skäligen har behövt för att ta tillvara sin rätt i överprövningsmål, inte ska anses utgöra ersättningsgill skada i skadeståndsmål i allmän domstol.

Utredningen överväger vidare vissa andra frågor kopplade till överprövningsprocessen, bl.a. om det bör införas ansökningsavgifter och processkostnadsansvar i överprövningsmålen. Utredningen finner dock inte skäl att lämna förslag i dessa delar.

4.1.2 Förenklingsutredningens förslag och bedömningar avseende överprövning

Förenklingsutredningen föreslår i fråga om överprövning att det i mål om överprövning av en upphandling och av ett avtals giltighet ska införas dels en ansökningsavgift på 7 500 kronor, dels ett ömsesidigt processkostnadsansvar. Utredningen bedömer vidare att det inte bör införas ett lagstadgat krav på tidsplan för överprövningsmålens avgörande. Inte heller bör domstolarnas ansvar för materiell processledning i överprövningsmålen förtydligas genom lagstiftning.

4.1.3 En ny samlad bedömning av förslagen

Överprövningsutredningens förslag syftar till att minska de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad. Utredningen anser däremot att det inte är en framkomlig väg att försöka minska antalet ansökningar om överprövning genom att införa bestämmelser om ansökningsavgift eller om processkostnadsansvar. Med sådant ansvar avses bestämmelser om att den förlorande parten i ett överprövningsmål ska ersätta motpartens rättegångskostnader.

Som framgått ovan har Överprövningsutredningens förslag remissbehandlats, men ännu inte lett till lagstiftning. Därefter har Förenklingsutredningens förslag tillkommit. Ett sätt att beskriva läget är att Förenklingsutredningen – i enlighet med sitt uppdrag – har lämnat förslag till reglering i de delar Överprövningsutredningen valde att inte göra det, nämligen förslag om ansökningsavgifter och processkostnadsansvar i överprövningsmål. Efter remissbehandlingen av Överprövningsutredningens betänkande har även tre nya lagar trätt i kraft på upphandlingsområdet: lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF), vilka båda ersatte lagar från 2007, samt den helt nya lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK).

Det kan konstateras att förslagen i Överprövningsutredningens och Förenklingsutredningens betänkanden har uppenbara beröringspunkter med varandra. I Förenklingsutredningens betänkande anförs också att i den mån Överprövningsutredningens förslag leder till lagstiftning skulle det kunna påverka såväl behovet som effekterna av att införa ansökningsavgifter och processkostnadsansvar i överprövningsmål (SOU 2018:44 s. 133).

Mot den nu angivna bakgrunden bedöms det lämpligt att i ett sammanhang behandla Överprövningsutredningens och, i relevanta delar, Förenklingsutredningens förslag och bedömningar. Vidare föreslås vissa bestämmelser, bl.a. avseende preklusion, som modifierar eller kompletterar de remitterade förslagen. Avslutningsvis lämnas också förslag om tidsgränser vid beslut om uteslutning av en leverantör samt vissa mindre följdändringar och kompletteringar av de icke-direktivstyrda bestämmelserna, bl.a. fråga om efterannonsering.

4.2 Lagstiftningen på upphandlingsområdet

Bestämmelser om upphandling finns främst i lagen om offentlig upphandling. Lagen genomför Europaparlamentets och direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av rådets direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet). I lagen om upphandling inom försörjningssektorerna regleras upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster. Lagen genomför 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 (LUF-direktivet). Förfarandet för upphandling av koncessioner regleras i lagen om upphandling av koncessioner. Lagen genomför Europaparlamentets och rådets

direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet).

För upphandling på försvars- och säkerhetsområdet finns särskild reglering i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS). Lagen genomför Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 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 (LUFS-direktivet).

Utöver dessa fyra upphandlingslagar finns även särskilda bestämmelser om upphandling av kollektivtrafik i 4 a kap. i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik.

Samtliga fyra upphandlingslagar innehåller även bestämmelser om rättsmedel. Genom dessa bestämmelser genomförs två direktiv om rättsmedel.

Bestämmelserna 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, bygg- och anläggningsarbeten (första rättsmedelsdirektivet) genomförs i lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling av koncessioner. Bestämmelserna i 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 (andra rättsmedelsdirektivet) genomförs i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och lagen om upphandling av koncessioner. De två rättsmedelsdirektiven har ändrats främst 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). Även lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet innehåller bestämmelser om rättsmedel. De genomför bestämmelser i LUFS-direktivet och motsvarar bestämmelserna i rättsmedelsdirektiven.

4.3 Direktivstyrd och icke-direktivstyrd upphandling

Upphandlingslagarna reglerar förfarandet för upphandlingar som genomförs av en upphandlande myndighet eller enhet. Lagarna innehåller bestämmelser om både upphandlingar vars beräknade värde överstiger vissa i direktiven angivna tröskelvärden (direktivstyrd upphandling) och upphandlingar som faller utanför direktivens tillämpningsområde (icke-direktivstyrd upphandling). I samtliga lagar finns även ett antal undantag från lagarnas tillämpningsområden.

I enlighet med de bakomliggande direktiven görs i lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och lagen om upphandling av koncessioner skillnad mellan tjänster som fullt ut omfattas av direktiven och tjänster som endast delvis omfattas av direktiven (s.k. sociala tjänster och andra särskilda tjänster). I lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet görs i enlighet med LUFS-direktivet på motsvarande sätt skillnad mellan A-tjänster och B-tjänster.

Sociala tjänster och andra särskilda tjänster respektive B-tjänster är sådana tjänster som bedömts vara mindre lämpliga för gränsöverskridande handel.

De upphandlingar som helt eller delvis faller utanför direktivens tillämpningsområden regleras i 19 kap. lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna respektive 15 kap. lagen om upphandling av koncessioner och lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Kapitlen omfattar dels upphandlingar vars värde understiger tillämpligt tröskelvärde, dels upphandlingar som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster respektive B-tjänster oavsett värde.

4.4 Rättsmedel på upphandlingsområdet

4.4.1 Rättsmedelsdirektiven

Av artikel 1.1 i första och andra rättsmedelsdirektivet framgår att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets eller enhets beslut gällande avtal som omfattas av LOU-, LUF- eller LUK-direktiven kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av unionslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning. Enligt artikel 1.3 första och andra rättsmedelsdirektiven ska medlemsstaterna se till att prövningsförfarandena är tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, 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. Motsvarande bestämmelser finns även i artikel 55.2 och 55.4 i LUFS-direktivet. Direktiven innehåller vidare krav på de prövningsförfaranden som medlemsstaterna ska tillhandahålla i sina nationella rättsordningar.

4.4.2 Rättsmedel i nationell lagstiftning

I 20 och 21 kap. lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna respektive 16 och 17 kap. lagen om upphandling av koncessioner och lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet regleras rättsmedlen i den svenska lagstiftningen. Regleringen kompletteras av de grundläggande processrättsliga bestämmelser som framgår av förvaltningsprocesslagen (1971:291). Bestämmelser i annan lag som avviker från förvaltningsprocesslagen gäller enligt 2 § framför bestämmelserna i den lagen.

I enlighet med den EU-rättsliga principen om processuell autonomi har medlemsstaterna stor frihet att utforma sina processrättsliga regler. EU-domstolen har dock fastställt att två kriterier måste vara uppfyllda vid tillämpningen av nationella bestämmelser för att dessa inte ska riskera att inkräkta på EU-rätten. För det första 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 (den s.k. likvärdighetsprincipen). För det andra får de nationella be-

stämmelserna inte göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten (den s.k. effektivitetsprincipen).

Nedan redogörs för bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling. Motsvarande bestämmelser finns i övriga tre upphandlingslagar. Vidare redogörs för vissa krav som följer av förvaltningsprocesslagen och EU-rätten.

Överprövning

Enligt 20 kap. 4 § 1 LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada ansöka om överprövning av en upphandling hos allmän förvaltningsdomstol. Överprövning kan ske av alla beslut under upphandlingsförfarandet, inklusive ett beslut att avbryta en upphandling. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna – om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och om ömsesidigt erkännande – eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten, enligt 20 kap. 6 § första stycket LOU, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Rätten är inte bunden av parternas yrkanden i denna del utan avgör på egen hand om upphandlingen ska göras om eller rättas. Om felet i upphandlingen påverkar upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om i sin helhet, annars räcker det med att upphandlingen rättas i en särskild del (RÅ 2005 ref. 47). I de fall domstolen finner skäl att ingripa mot ett beslut att avbryta en upphandling sker det genom att domstolen upphäver avbrytandebeslutet. Ett avgörande i ett mål om överprövning vinner inte negativ rättskraft (HFD 2013 ref. 36). Det finns således inget som hindrar att en och samma upphandling överprövas vid flera olika tillfällen under förfarandet eller att domstolen överprövar upphandlingen på nytt efter ett tidigare ingripande.

Enligt 20 kap. 6 § andra stycket LOU får en överprövning av en upphandling inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. I sådant fall kan leverantören, enligt 20 kap. 4 § 2 LOU, i stället ansöka om överprövning av ett avtals giltighet. En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, enligt 20 kap. 17 § första stycket LOU, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. I de fall Europeiska unionens publikationsbyrå har publicerat en efterannons eller den upphandlande myndigheten har underrättat leverantörerna om avtalet gäller, enligt andra stycket samma paragraf, en kortare tidsfrist. Om ett avtal har slutits utan föregående annonsering när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling ska rätten, enligt 20 kap. 13 § första stycket LOU, förklara att avtalet är ogiltigt. Detsamma gäller om avtalet har slutits efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal, utan att de villkor har följts som framgår av lagen eller av det ramavtal som ligger till grund för konkurrensutsättningen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Även ett avtal som har slutits enligt ett dynamiskt inköpssystem utan att de villkor som anges i 8 kap. 10 eller 12 § har följts, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska ogiltigförklaras. Slutligen ska ett avtal, enligt 20 kap. 13 § andra stycket LOU, förklaras ogiltigt om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtals-

spärr, ett interimistiskt beslut eller tiodagarsfristen eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i lagen har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Avtalsspärr, förlängd avtalsspärr och tiodagarsfrist

I 20 kap. lagen om offentlig upphandling finns också bestämmelser om avtalsspärr, förlängd avtalsspärr och tiodagarsfrist. Syftet med dessa regler är att leverantörerna ska få tillräckligt med tid att ge in en ansökan om överprövning av en upphandling, eller överklaga en dom eller ett beslut, innan myndigheten ingår avtal och möjligheten till överprövning upphör (prop. 2009/10:180 s. 107).

Enligt 20 kap. 1 § LOU får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen om tilldelningsbeslutet skickades till anbudssökandena och anbudsgivarna (avtalsspärr). Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet. Har myndigheten i underrättelsen angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, gäller denna. I 2 § samma kapitel finns bestämmelser om i vilka situationer avtalsspärr inte gäller, t.ex. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering eller vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Enligt 3 § samma kapitel gäller avtalsspärr i vissa fall även vid förhandsannonsering.

Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärren att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten enligt 20 kap. 8 § LOU (förlängd avtalsspärr). Rätten får dock besluta att den förlängda avtalsspärren inte ska gälla. I de situationer som en förlängd avtalsspärr inte gäller finns, enligt 20 kap. 9 § LOU, i stället möjlighet för rätten att interimistiskt besluta att avtal inte får ingås under tiden som målet handläggs i domstolen.

När förvaltningsrätten avgör målet upphör den förlängda avtalsspärren att gälla. Enligt 20 kap. 10 § LOU inträder då i stället en tiodagarsfrist inom vilken myndigheten är förhindrad att ingå avtal. En motsvarande tiodagarsfrist finns även i de fall rätten interimistiskt har beslutat att avtal inte får ingås eller när Högsta förvaltningsdomstolen har beslutat att återförvisa ett mål till lägre instans.

Tidsfrister för ansökan om överprövning

En ansökan om överprövning av en upphandling ska, enligt 20 kap. 11 § LOU, ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av avtalsspärren. Om ansökan i stället avser ett beslut om att avbryta upphandlingen ska den, enligt 12 § samma kapitel, ha kommit in till förvaltningsrätten inom tio dagar från det att den upphandlande myndigheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för det. Om underrättelsen har 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 det att underrättelsen skickades ut.

En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, enligt 20 kap. 17 § LOU, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Vid efterannonsering genom Europeiska kommissionen, eller om den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om avtalet, ska dock ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom 30 dagar från annonseringen eller underrättelsen.

Förvaltningsprocesslagen

Vid sidan av de processuella reglerna i upphandlingslagstiftningen finns som påpekats ovan även bestämmelser om handläggningen i allmän förvaltningsdomstol i förvaltningsprocesslagen (FPL). Av dessa bestämmelser framgår bl.a. att processen är skriftlig (9 §) och att sökanden i sin ansökan ska ange sitt yrkande och de omständigheter och bevis som åberopas till stöd för yrkandet (4 §). Rätten har vidare en skyldighet att se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Den ska i det sammanhanget genom frågor och påpekanden verka för att parterna avhjälper oklarheter och ofullständigheter (8 §). Såväl sökanden som motparten ska få tillfälle att yttra sig över allt material som kan påverka utgången i målet (10–12 §§). Rättens avgörande får inte gå utöver vad som yrkas i målet (29 §) och domstolen får inte grunda sitt avgörande på annat än vad handlingarna innehåller och vad som i övrigt förekommit i målet (30 §).

I avsnitt 1.4.3 lämnas en utförligare redogörelse av rättens utredningsansvar och processramen i mål om överprövning.

EU-rättsligt krav på skyndsamhet

Av rättsmedelsdirektiven framgår att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets eller enhets beslut gällande avtal som omfattas av upphandlingsdirektiven kan prövas effektivt, och i synnerhet så skyndsamt som möjligt, när det görs gällande att sådana beslut har inneburit en överträdelse av unionslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning (artikel 1.1 tredje stycket i båda rättsmedelsdirektiven). Dessa delar av rättsmedelsdirektiven genomfördes i svensk rätt 1995 (se prop. 1992/93:88).

I upphandlingslagarna finns inte någon uttrycklig reglering av handläggningstiderna i överprövningsmål. Inte heller finns ett lagstadgat skyndsamhetskrav eller krav på att upphandlingsmålen ska handläggas med förtur. Vilka mål som ska handläggas med förtur bestäms i stället, enligt 17 § förordningen (1996:382) med förvaltningsrättsinstruktion och 20 § förordningen (1996:380) med kammarrättsinstruktion, i respektive domstols arbetsordning. En klar majoritet av de allmänna förvaltningsdomstolarna har också i sina arbetsordningar angett att mål om offentlig upphandling ska handläggas med förtur. Enligt 18 § fjärde stycket 5 lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar får mål enligt samtliga fyra upphandlingslagar avgöras av en ensam lagfaren domare utan nämndemän. Syftet med regleringen är att den bl.a. ska fånga upp brådskande mål (prop. 1996/97:133 s. 43).

Skadestånd

Av 20 kap. 20 § första stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i lagen ska ersätta den skada som därigenom har uppkommit för en leverantör. Enligt andra stycket omfattar rätten till skadestånd bl.a. kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i lagen menligt har påverkat leverantörens möjlighet att tilldelas kontraktet. Paragrafens första stycke genomför artikel 2.1 (c) i första rättsmedelsdirektivet. Enligt denna artikel är medlemsstaterna skyldiga att se till att en leverantör som har, eller har haft, intresse av att få ett kontrakt kan få ersättning av den upphandlande myndigheten för skador som har uppstått till följd av överträdelse av upphandlingslagstiftningen.

Enligt 20 kap. 21 § LOU 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 fått laga kraft. Väcks inte talan i tid är rätten till skadestånd förlorad.

4.4.3 Processramen i mål om överprövning

Allmänna utgångspunkter för överprövningen

Av bestämmelserna i 20 kap. lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna respektive 16 kap. lagen om upphandling av koncessioner och lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet framgår att en överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet inleds genom en ansökan till förvaltningsrätten. Den leverantör som ansöker om överprövning ska, enligt bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen, ange de omständigheter och bevis som åberopas till stöd för ansökan (4 § FPL). Domstolen ska därefter, med utgångspunkt i det som sökanden har anfört, pröva om det finns skäl för ingripande i upphandlingen eller ogiltighet av avtalet (30 § FPL, 20 kap. 6 och 13 §§ LOU, 20 kap. 6 och 13 §§ LUF, 16 kap. 6 och 13 §§, 16 kap. 6 och 13 §§ LUFS samt RÅ 2009 ref. 69). Jämfört med många andra förvaltningsrättsliga måltyper är rättens prövning i upphandlingsmålen relativt begränsad. En överprövning av en upphandling tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat, utan endast på om den upphandlande myndigheten eller enheten har agerat formellt korrekt samt iakttagit de grundläggande upphandlingsprinciperna (4 kap. 1 § LOU, LUF och LUK samt 1 kap. 11 § LUFS) och de förfaranderegler som anges i den aktuella upphandlingslagen. Vid bifall till ansökan ska domstolen besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är i denna del inte bunden av parternas yrkanden, utan ska förordna om den åtgärd som med hänsyn till felet eller bristen framstår som mest lämplig (RÅ 2005 ref. 47 och HFD 2013 ref. 5). Den som fått bifall till sin ansökan har inte heller rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Rättens utredningsskyldighet i upphandlingsmål

Enligt 8 § FPL ska rätten se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver och genom frågor och påpekanden verka för att parterna avhjäl-

per otydligheter och ofullständigheter i sina framställningar. Bestämmelserna i paragrafen, som ger uttryck för den s.k. officialprincipen, tillämpas något olika beroende på vilka frågor målet gäller och vilka förutsättningar parterna bedöms ha att föra sin talan. Eftersom mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan näringsidkare ska officialprincipen tillämpas på ett försiktigt sätt. I princip krävs därför att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter och bevis som parten grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2015 ref. 55).

Det faktum att processramen i är begränsad till de omständigheter som parterna åberopar, fråntar dock inte domstolen dess skyldighet att i övrigt vidta de utredningsåtgärder som målets beskaffenhet kräver. Högsta förvaltningsdomstolen har i sitt avgörande HFD 2015 ref. 55 uttalat att rättens utredningsansvar i upphandlingsmål kan innebära en skyldighet för domstolen att kräva in vissa uppgifter från den upphandlande myndigheten. I det aktuella målet hade leverantören hos den upphandlande myndigheten begärt att få ta del av det vinnande anbudet, men begäran hade avslagits på grund av sekretess. Leverantören ansökte om överprövning och begärde att domstolen skulle hämta in anbudet. Förvaltningsrätten avslog leverantörens begäran bl.a. med motiveringen att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet i upphandlingsmål. Högsta förvaltningsdomstolen hänvisade då till EU-domstolens praxis (Varec, C-450/06, EU:C:2008:91) och anförde att om en part utan framgång hos den upphandlande myndigheten har begärt att få ta del av uppgifter som parten önskar åberopa till stöd för sin talan, ankommer det på domstolen att pröva om uppgifterna krävs för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning. Om så befinns vara fallet, måste domstolen anses vara skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten.

I avgörandet HFD 2018 ref. 28 hade kammarrätten hämtat in det vinnande anbudet från den upphandlande myndigheten och därefter, vid en sekretessprövning, funnit att sökandens rätt till partsinsyn skulle begränsas med följden att handlingarna inte kommunicerades med sökanden. Frågan som Högsta förvaltningsdomstolen prövade var vad som krävs för att en allmän förvaltningsdomstols granskning ska anses vara effektiv och säkerställa rätten till en rättvis rättegång om den ena parten inte har fått del av samtliga uppgifter i målet. Domstolen hänvisade till sina tidigare uttalanden i RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2015 ref. 55 och menade att eftersom officialprincipen ska tillämpas på ett försiktigt sätt i upphandlingsmål, ska domstolens granskning av inhämtade handlingar ske utifrån de skäl som medförde att handlingarna hämtades in. Om det i handlingarna framkommer andra brister i förfarandet än sådana som parterna har hänvisat till, ska dessa inte beaktas. I fråga om inhämtande av sakkunnigutlåtande konstaterade domstolen att det är rätten som avgör om den behöver biträde av en sakkunnig och om ett yttrande därför ska hämtas in. Hur långt utredningsansvaret sträcker sig får avgöras från fall till fall med utgångspunkten att domstolens granskning ska vara effektiv och säkerställa rätten till en rättvis rättegång.

Instansordningsprincipen

Processens ram i överprövningsmål bestäms även av instansordningsprincipen. I HFD 2013 ref. 5 tog Högsta förvaltningsdomstolen ställning till hur principen ska tillämpas i överprövningsmål. I målet hade sökanden i förvaltningsrätten gjort gällande att dess anbud felaktigt hade diskvalificerats. Sedan förvaltningsrätten avslagit ansökningen överklagade bolaget till kammarrätten och anförde, i tillägg till vad som åberopats hos förvaltningsrätten, att det även fanns sådana brister i förfrågningsunderlaget som gjorde att upphandlingen måste göras om. Kammarrätten avvisade överklagandet i den del som avsåg de nya omständigheterna med motiveringen att dessa omständigheter inte kunde hänföras till den fråga som prövats av förvaltningsrätten. Den fråga som Högsta förvaltningsrätten hade att ta ställning till var om kammarrättens avvisningsbeslut var riktigt, dvs. om de nya omständigheter som det klagande bolaget åberopade hos kammarrätten innebar att saken ändrades. Högsta förvaltningsdomstolen ansåg att så inte var fallet. Kammarrätten skulle därför antingen ha prövat de nya omständigheterna eller, av instansordningsskäl, ha återförvisat målet till förvaltningsrätten för en första prövning där. Enligt domstolen skulle en bedömning av de nya omständigheterna direkt hos kammarrätten visserligen innebära att sökanden gick 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, ansåg domstolen att det i mål av detta slag ändå i regel bör anses tillräckligt att kammarrätten låter omständigheterna ingå i den egna bedömningen. Det bör dock ankomma på kammarrätten att avgöra denna fråga i varje enskilt fall.

5 Handläggningen i domstol

5.1 Vikten av en snabb och förutsägbar domstolsprocess

5.1.1 Effektiv konkurrens på EU:s inre marknad

Regelverket på området för offentlig upphandling syftar bl.a. till att främja en effektiv konkurrens på EU:s inre marknad. I skälen till LOU- och LUF-direktiven anges att direktiven syftar till att offentliga medel ska användas effektivare, i synnerhet genom att underlätta för små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling. Direktiven syftar vidare till att upphandlande myndigheter kan utnyttja offentliga upphandlingar på ett bättre sätt till stöd för gemensamma ändamål (skäl 2 i LOU-direktivet och skäl 4 i LUF-direktivet). Genom att söka upp och dra nytta av konkurrensen på varje aktuell marknad kan upphandlande myndigheter och enheter använda de offentliga medlen effektivt. En ökad konkurrens skapar incitament för leverantörerna att erbjuda produkter och tjänster till konkurrenskraftiga priser och förmånliga villkor. Kombinationen av en stark offentlig efterfrågan och en väl fungerande konkurrens bidrar till att den tekniska utvecklingen på marknaden drivs framåt. Genom användandet av öppna

tilldelningsförfaranden får samtliga leverantörer möjlighet att tävla på lika villkor, samtidigt som risken för korruption och maktmissbruk i samband med offentliga anskaffningar minskar.

5.1.2 Överprövningens betydelse för goda affärer

Syftet med rättsmedelsdirektiven är att säkerställa dels rätten till effektiva rättsmedel och opartiska domstolar i enlighet med artikel 47 första och andra stycket i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, dels en effektiv tillämpning av upphandlingsdirektiven (se skäl 1 och 36 i ändringsdirektivet). Systemet med överprövningar bidrar således inte bara till att stärka rättssäkerheten för enskilda leverantörer, utan även till att syftena med upphandlingsregelverket uppnås och att kvaliteten i upphandlingsförfarandet som helhet ökar.

Upphandlingsutredningen (SOU 2013:12)

Frågan om överprövningens betydelse för att stärka konkurrensen på den inre marknaden och främja upphandlande myndigheters och enheters möjlighet att göra goda affärer har varit aktuell under lång tid. Upphandlingsutredningen framhöll redan 2013 i sitt betänkande Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling (SOU 2013:12) att en av de mest diskuterade frågorna i samband med utredningens s.k. utåtriktade verksamhet var just det stora antalet överprövningar. Problem som lyftes fram av utredningen var bl.a. de långa handläggningstiderna i domstol och den allmänna oron för att en upphandling ska bli överprövad. Enligt utredningen ligger det i samtliga parters intresse att avsluta upphandlingen i rimlig tid. Om rättsprocessen drar ut på tiden finns dock en risk att anbudsgivarna, särskilt de mindre företagen, inte kan stå fast vid sina anbud. Risken för överprövning leder även till att vissa anbudsgivare helt avstår från att lägga anbud i offentliga upphandlingar. Enligt utredningen finns det vidare en risk att myndigheten inte kan leva upp till sina lagstadgade verksamhetskrav eller att allmänhetens behov av det som ska upphandlas, t.ex. livsnödvändig medicin, inte kan tillgodoses. Det är även sannolikt att priset på den efterfrågade varan eller tjänsten blir högre, eftersom leverantörerna kompenserar sig för den osäkerhet som risken för en utdragen domstolsprocess medför. Enligt utredningen leder rädslan för att en upphandling stoppas genom en överprövning till suboptimering, dvs. att myndigheten utformar upphandlingen i syfte att undvika en överprövning snarare än att utveckla mer komplexa tillvägagångssätt som skulle kunna vara till fördel för den goda affären (SOU 2013:12 s. 341–347).

Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:7

Upphandlingsutredningens slutsatser från 2013 bekräftas till stor del av det som framkommer i Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:7 Kartläggning och analys av mål om överprövning. Enligt rapporten anser både leverantörer och upphandlande myndigheter och enheter att de oförutsägbara handläggningstiderna i domstol skapar osäkerhet och gör det svårt att planera verksamheten på ett bra sätt. Det största problemet för upphandlande myndigheter och enheter när en upphandling blir överprövad, uppges vara utebliven leverans till följd av att avtal inte kan slutas. Osäkerhet-

en kring hur lång tid själva domstolsprövningen tar försvårar för myndigheten eller enheten att ingå tillfälliga avtal. Det förhållandet att myndigheten eller enheten behöver en snabb leverans medför nämligen en försämrad förhandlingsposition, med mindre förmånliga avtal som följd. Dessutom finns risken att myndigheten vid täckningsköp gör sig skyldig till en otillåten direktupphandling, vilket i sin tur kan leda till ytterligare överprövningar (Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:7 s. 128 och 129).

Även leverantörerna uppger att handläggningstidernas oförutsägbarhet är det största problemet i överprövningsprocessen. En leverantör som ansöker om överprövning måste t.ex. fortsätt ha kapacitet att åta sig det uppdrag som upphandlingen avser under hela domstolsprocessen. Detta har i sin tur betydelse för leverantörens möjligheter att åta sig andra uppdrag under samma tid, och kan därför även påverka möjligheten att lägga anbud i andra upphandlingar. Det finns också en risk för att leverantörens underleverantörer hinner ändra sina priser, vilket i sin tur påverkar anbudets lönsamhet. Svårigheterna att planera verksamheten under en överprövningsprocess skapar en ekonomisk osäkerhet för leverantören, med ökade kostnader som följd (Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:7 s. 129).

5.1.3 Handläggningstiden i domstol har samhällsekonomisk betydelse

Enligt beräkningar från Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket uppgick värdet av de upphandlingspliktiga inköpen i Sverige till 782 miljarder kronor 2018. Detta motsvarar nästan en femtedel av BNP till baspris, exklusive moms (Upphandlingsmyndigheten 2020). Det allmännas anskaffningar av varor och tjänster i Sverige utgör därmed en betydande del av den svenska samhällsekonomin. Det är därför av stor vikt att förekomsten av domstolsprocesser inte får till följd att syftena med upphandlingsregelverket motverkas. Handläggningstidens längd bör varken avhålla leverantörer från att lägga anbud eller inverka på hur myndigheterna väljer att utforma sina upphandlingar för att uppnå bästa resultat. Av samhällsekonomiska skäl är det således angeläget att handläggningen av överprövningsmålen är både snabb och förutsägbar.

5.2 Mål om överprövning ska handläggas skyndsamt

Utkastets förslag: Ett lagstadgat skyndsamhetskrav ska införas för mål om överprövning av en upphandling och i mål om överprövning av ett avtals giltighet enligt samtliga fyra upphandlingslagar.

Ett lagstadgat skyndsamhetskrav ska även införas för mål om utlämnande av kontrakt enligt lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Överprövningsutredningens förslag överensstämmer delvis med utkastets. Utredningens förslag omfattar inte mål om överprövning av ett avtals giltighet eller mål om utfående av kontrakt. Det omfattar inte heller mål om överprövning enligt lagen om upphandling av koncessioner.

Remissinstanserna: En majoritet av de remissinstanser som har yttrat sig, däribland *Almega*, *Domstolsverket*, *Företagarna*, *Försvarets materielverk*, *Förvaltningsrätten i Umeå*, *Förvaltningsrätten i Växjö*, *Kammarrätten i Stockholm*, *Kammarrätten i Sundsvall*, *Konkurrensverket, Socialstyrelsen* och *Statskontoret* tillstyrker eller är positiva till förslaget. *Advokatfirman Lindahl* avstyrker förslaget med motiveringen att krav på skyndsam handläggning inte får ske på bekostnad av kvaliteten i domstolarnas prövning av målen.

Skälen för utkastets förslag

Ett lagstadgat skyndsamhetskrav bör införas i överprövningsprocessen

Antalet överprövade upphandlingar i Sverige under 2019 uppgick till 6,6 procent av samtliga annonserade upphandlingar (Upphandlingsmyndigheten 2020). Enligt Domstolsverkets uppgifter för 2019, sammanställda av Konkurrensverket, var den genomsnittliga handläggningstiden för samtliga överprövningsmål i förvaltningsrätterna 3,1 månader och för kammarrätternas del 2,4 månader. Statistiken omfattar både mål som prövades i sak och mål som avslutades genom avvisning, avskrivning eller överlämnande till annan domstol. För de sakprövade målen var den genomsnittliga handläggningstiden i förvaltningsrätten 3,9 månader och i kammarrätten 5,1 månader. Majoriteten av de mål som överklagades till kammarrätten prövades inte i sak. För dessa mål var handläggningstiden i genomsnitt 1,8 månader.

I jämförelse med många andra måltyper i de allmänna förvaltningsdomstolarna avgörs överprövningsmålen snabbt. Många remissinstanser upplever emellertid handläggningstiderna som både långa och oförutsägbara. Sådana effektivitetssynpunkter måste dock alltid balanseras mot berättigade krav på rättssäkerhet. De allmänna förvaltningsdomstolarna har en allmän kommunikationsskyldighet och har att beakta vad omsorgen om parts rättssäkerhet kräver i form av kommunikation (10–12 §§ FPL).

Av tillgänglig statistik går inte att utläsa hur höga kontraktsvärdena är i de mål som har en längre handläggningstid än genomsnittet. Att domstolsprocessen i överprövningsmål generellt kan ske snabbt och effektivt utan onödigt dröjsmål är, som nämns i föregående stycken, en viktig faktor för att säkerställa att syftena med det EU-rättsliga upphandlingsregelverket uppnås. En överprövningsprocess som drar ut på tiden påverkar inte bara parternas möjlighet att ingå avtal, utan kan även få en negativ påverkan på samhällsekonomin och i vissa fall även medföra att enskilda medborgares behov inte kan tillgodoses i rimlig tid.

Särskilda åtgärder, dvs. författningsreglerade särlösningar, bör användas endast när det finns ett behov av extra stor skyndsamhet. Behovet av skyndsamhet för en viss måltyp bör också vara särskilt stort i förhållande till det behov som övriga måltyper har i detta avseende, för att särskilda åtgärder ska komma i fråga. Målutredningen identifierar fyra situationer då det kan anses befogat att vidta särskilda åtgärder för att åstadkomma särskild skyndsamhet. En av dessa är när särskilda skyndsamhetskrav följer av Sveriges internationella åtaganden. Ett skyndsamhetskrav bör användas när det finns behov av att avgöra målen inom en tid av några få månader från det att förfarandet inleds i domstolen eller överklagande-

fristen går ut. (SOU 2010:44 Mål och medel – särskilda åtgärder för vissa måltyper i domstol s. 335–338).

Ett lagstadgat skyndsamhetskrav finns bl.a. i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation. I likhet med upphandlingslagarna bygger denna lag på EU-direktiv. Syftet med lagen om elektronisk kommunikation är att främja en väl fungerande konkurrens på telemarknaden till nytta för leverantörer, den inre marknaden och konsumenterna. Skyndsamhetskravet infördes för att nämnda syfte inte skulle motverkas genom utdragna domstolsprocesser (prop. 2006/07:119 s. 16, 17 och 25–27). Behovet av snabba avgöranden i upphandlingsmål utgår från likartade överväganden, varför ett lagstadgat skyndsamhetskrav även i dessa mål framstår som ett lämpligt verktyg En sådan reglering skulle också kunna ge fungera som ett ytterligare verktyg i syfte att hålla nere tiderna för kommunicering.

En klar majoritet av remissinstanserna, däribland *Domstolsverket* och de flesta av domstolarna, är positiva till Överprövningsutredningens förslag i denna del. Såsom *Domstolsverket* anför kan ett lagstadgat skyndsamhetskrav bidra till en mer enhetlig hantering av måltypen. Det skulle också kunna leda till en effektivare och snabbare handläggning. Detta kan antas särskilt gynna små och medelstora leverantörer, vars ekonomiska kapacitet att driva en process i domstol många gånger är begränsad. Ur ett rättssäkerhetsperspektiv är dock möjligheten att få ett snabbt avgörande viktig även för resursstarka leverantörer. Den omständigheten att målen ska prioriteras innebär inte heller en inskränkning i rättens utredningsskyldighet. Det är fortfarande ytterst rätten som avgör när ett mål är tillräckligt utrett för att kunna avgöras. Mot denna bakgrund, och till skillnad från vad *Advokatfirman Lindahl* befarar, får risken för att skyndsamhetskravet kan komma att påverka kvaliteten på domstolarnas avgöranden anses som mycket liten.

Sammantaget bedöms införandet av ett lagstadgat skyndsamhetskrav kunna bidra till en enhetligare handläggning av målen i domstolarna samt till snabbare och mer förutsägbara handläggningstider i varje enskilt mål. Därigenom kan de negativa effekterna av att en upphandling blir överprövad minskas, samtidigt som Sveriges förutsättningar att även i fortsättningen leva upp till skyndsamhetskravet i rättsmedelsdirektiven ökar. Bestämmelsen bör, i enlighet med Överprövningsutrednings förslag, placeras i anslutning till bestämmelserna om överprövning i upphandlingslagarna.

Överprövningsutredningens förslag omfattar endast mål om överprövning av en upphandling. Behovet av en snabb och förutsägbar handläggning är dock lika stort i mål om överprövning av ett avtals giltighet. Kravet bör därför gälla för båda dessa måltyper, dvs. även mål om överprövning av avtals giltighet.

Förslaget är vidare utformat i förhållande till de numera upphävda lagarna lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt till den nu gällande lagen om upphandling på försvars och säkerhetsområdet. Sedan Överprövningsutredningen lämnade sitt betänkande 2015 har de upphävda lagarna ersatts av två nya upphandlingslagar. Dessutom har regelverket kompletterats med lagen om upphandling av koncessioner (se avsnitt 4.2). Reglerna för överprövningar är desamma i samt-

liga fyra upphandlingslagar. Utredningens förslag bör därför anpassas till nu gällande lagstiftning och även omfatta upphandling av koncessioner.

Skyndsamhetskrav i mål om utlämnande av kontrakt

Vid sidan av överprövningsmålen finns även de närbesläktade målen om utlämnande av kontrakt. Ett kontrakt som en upphandlande myndighet eller enhet tecknar är i de flesta fall en allmän handling. Den som vill ta del av ett kontrakt kan därför oftast göra så genom en begäran om utfående av allmän handling enligt 2 kap. tryckfrihetsförordningen (TF). För de upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen, finns i stället särskilda bestämmelser om utlämnande av kontrakt i dels lagen om offentlig upphandling, dels lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. Enligt dessa bestämmelser är en upphandlande myndighet eller enhet skyldig att, under vissa förutsättningar, lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt till leverantör som begär det (12 kap. 18–20 §§ och 19 kap. 33 § LOU respektive 12 kap. 17–19 §§ och 19 kap. 33 § LUF). En sådan begäran ska behandlas skyndsamt (12 kap. 21 § LOU och 12 kap. 20 § LUF). Ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt eller uppgifter i ett kontrakt får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist (12 kap. 23 § LOU och 12 kap. 22 § LUF).

Kravet på skyndsamhet vid handläggningen hos den upphandlande myndigheten eller enheten motiverades i förarbetena med att ett snabbt utlämnande kan ha stor betydelse för en leverantör som överväger att ansöka om överprövning av kontraktets giltighet. I likhet med vad som gäller vid utlämnande av allmänna handlingar, ansåg regeringen att den upphandlande myndigheten eller enheten skulle vara skyldig att skyndsamt ta ställning till begäran om utlämnande (prop. 2015/16:195 del 1 s. 703). Ett överklagande av ett beslut att inte lämna ut en allmän handling ska, enligt 2 kap. 19 § TF, också prövas skyndsamt. Någon motsvarande regel för mål om utlämnande av ett upphandlingskontrakt finns inte. En leverantörs rätt att få del av ett upphandlingskontrakt enligt upphandlingslagstiftningen utgår dock från liknande överväganden som var och ens rätt att få del av allmänna handlingar enligt tryckfrihetsförordningen. En långsam handläggning av målet kan få till följd att klagandens möjlighet att begära överprövning av ett avtals giltighet går förlorad. Mot denna bakgrund, och i linje med vad som föreslås för överprövningsmålen, bör även mål om utlämnade av kontrakt handläggas skyndsamt. Ett lagstadgat skyndsamhetskrav bör därför införas också för dessa mål.

5.3 En tidsfrist för målens avgörande bör inte införas

Utkastets bedömning: Det bör inte införas en tidsfrist för avgörande av ett mål om överprövning av en upphandling.

Överprövningsutredningens bedömning överensstämmer inte med utkastets. Utredningen gör bedömningen att en tidsfrist om 90 dagar ska införas i mål om överprövning av en upphandling och lämnar förslag till bestämmelser i denna del.

Remissinstanserna: Majoriteten av remissinstanserna, däribland *Advokatfirman Delphi, Försvarets materielverk, Förvaltningsrätten i Växjö*, *Sveriges Kommuner och Regioner*, *Svenskt näringsliv* och *Sveriges advokatsamfund*, tillstyrker förslaget eller har inget att invända mot det. En tidsfrist för handläggningen i förvaltningsrätt bedöms bidra till att öka effektiviteten och förutsebarheten vid överprövningar för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer. Flera remissinstanser, bl.a. *Domstolsverket*, *Förvaltningsrätten i Göteborg*, *Förvaltningsrätten i Malmö, Förvaltningsrätten i Stockholm, Kammarrätten i Göteborg*, *Kammarrätten i Jönköping*, och *Konkurrensverket*, avstyrker eller är tveksamma till förslaget. *Kammarrätten i Stockholm* befarar att den föreslagna fristen kommer leda till tillämpningssvårigheter. Några remissinstanser, däribland *Ekonomistyrningsverket* och *Stockholms universitet (juridiska fakulteten)* ifrågasätter om förslaget kommer få önskad effekt, bl.a. eftersom flertalet upphandlingsmål redan i dag avgörs inom tre månader. *Förvaltningsrätten i Uppsala* menar att en tremånadersfrist i vissa fall kan komma att leda till sämre kvalitet vid handläggningen, vilket i sin tur kan leda till fler överklaganden i andra instans. Domstolen anser vidare att tidsfristen bör kompletteras med regler om bl.a. preklusion. *SKL Kommentus Inköpscental*, som är positiv till en tidsfrist i första instans, anser att en tidsfrist på tre månader är för lång. Ett mindre antal remissinstanser, bl.a. *Nacka kommun* och *Transportstyrelsen*, lämnar alternativa förslag till reglering i fråga om bl.a. tidsfristens längd och domstolens prövning av avtalsspärren.

Skälen för utkastets bedömning: En tidsfrist för målens avgörande skulle utan tvekan öka förutsebarheten vid överprövningar för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer. Många mål skulle även komma att avgöras snabbare än vad som sker i dag. En tidsfrist är emellertid en mer kraftfull åtgärd än ett skyndsamhetskrav. Användandet av tidsfrister bör därför, i enlighet med vad som uttalas av Målutredningen, reserveras för de fall där det finns ett behov av ett mycket snabbt avgörande. Det bör snarare vara fråga om dagar eller veckor än månader. Ett skäl för detta, utöver det allmänna behovet av att hushålla med de mest kraftfulla åtgärderna, är att det är främmande för svensk rättstradition att i lag uppställa krav på att domstolarna ska avgöra mål inom en viss tid. Utgångspunkten bör därför vara att tidsfrister ska användas främst när det finns anledning att ta upp målet till prövning inom en kortare tid – normalt högst en månad – från det att förfarandet inleds i domstolen (SOU 2010:44 s. 351).

Såsom bl.a. flera domstolar, liksom *Konkurrensverket* och *Socialstyrelsen*, framhåller finns det också en risk att kvaliteten i handläggningen och dömandet påverkas på ett negativt sätt om en tidsfrist införs. Mot bakgrund av att upphandlingsmålen ofta är både omfattande och juridiskt komplicerade är det därför önskvärt med en mer flexibel reglering.

Sammantaget bedöms kravet på skyndsam handläggning, och de regler om preklusionsfrister som föreslås i avsnitt 6.3, för närvarande som mer ändamålsenliga åtgärder för att med bibehållen kvalitet i dömandet åstadkomma snabbare avgöranden och mer förutsägbara handläggningstider än en tidsfrist. En tidsfrist för avgörandet av mål om överprövning av en upphandling bör därför inte införas.

5.4 Ett krav på tidsplan för målens avgörande bör inte införas

Utkastets bedömning: Det bör inte införas ett lagstadgat krav på tidsplan för avgörande av mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet.

Förenklingsutredningens bedömning överensstämmer med utkastets.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. *Förvaltningsrätten i Härnösand, Kammarkollegiet, Statskontoret, Strängnäs kommun* och *Upphandlingsmyndigheten* instämmer i utredningens bedömning att det inte bör införas en uttrycklig skyldighet för de allmänna förvaltningsdomstolarna att upprätta tidsplaner i överprövningsmål. *Försvarsmakten*, *Livsmedelsgrossisterna* och *Sveriges Kommuner och Regioner* är positiva till en reglerad tidsplan för överprövningsmål. En tidsplan skulle enligt dem öka förutsägbarheten för upphandlande myndigheter och enheter, vilket i sin tur skulle förbättra rättssäkerheten vid t.ex. täckningsköp. *Sveriges advokatsamfund* förordar att det införs en uttrycklig regel med innebörd att domstolen, i varje fall efter det att skriftväxlingen har avslutats, ska lämna uppgift om preliminär tidpunkt för målets avgörande.

Skälen för utkastets bedömning: Enligt Förenklingsutredningen är det inte bara långa handläggningstider som orsakar problem och svårigheter för parterna, utan även handläggningstidens oförutsägbarhet. Ett sätt att göra handläggningstiderna i överprövningsmålen mer förutsägbara skulle kunna vara att införa ett krav på att förvaltningsrätten ska upprätta en tidsplan för målens handläggning. En sådan regel finns i t.ex. tvistemål och mål om enskilt åtal (42 kap. 6 § fjärde stycket och 47 kap. 6 § fjärde stycket rättegångsbalken). Hur snabbt ett mål kan komma att avgöras är dock många gånger svårt att bedöma även för domstolen. Handläggningstiden påverkas inte bara av arbetsbelastningen hos domstolen, utan även av parternas processföring och förekomsten av en eventuell tredje part. Vidare innebär upprättande och revidering av en tidsplan merarbete för både domstolen och parterna. Mot denna bakgrund, och i likhet med vad bl.a. *Kammarkollegiet* och *Upphandlingsmyndigheten* förespråkar, görs bedömningen att ett lagstadgat krav på upprättande av tidsplan inte bör införas. Något hinder mot att domstolen på eget initiativ lämnar sådan information till parterna finns däremot inte. Varje åtgärd som domstolen vid-

tar i syfte att skyndsamt föra processen framåt och öka förutsägbarheten i handläggningen är naturligtvis önskvärd.

5.5 Domstolens ansvar för materiell processledning bör inte förtydligas i lag

Utkastets bedömning: Domstolarnas ansvar för materiell processledning i överprövningsmålen bör inte förtydligas genom lagstiftning.

Förenklingsutredningens bedömning överensstämmer med utkastets.

Remissinstanserna: Endast ett par remissinstanser yttrar sig över bedömningen. *Upphandlingsmyndigheten* anser att ansvaret för materiell processledning i överprövningsmålen inte bör förtydligas i lag. *SKL Kommentus Inköpscentral* är av motsatt uppfattning och anser att det behövs ett förtydligande i denna del.

Skälen för utkastets bedömning: Förvaltningsprocesslagen innehåller bestämmelser om bl.a. kommunikation (10–12, 18, 19 §§) och rättens utredningsansvar (8 §). Regleringen är flexibel och utformad för att kunna anpassas till samtliga måltyper som handläggs av de allmänna förvaltningsdomstolarna. Möjligheten för rätten att genom riktade föreläggande eller andra åtgärder inhämta yttranden över en viss fråga i målet finns redan. I enlighet med vad utredningen har konstaterat saknas anledning att i lag närmare precisera hur den materiella processledningen i överprövningsmålen ska gå till.

6 Preklusionsregler

6.1 Materiell och processuell preklusion

Det finns i svensk rätt i princip två former av preklusion: materiell respektive processuell preklusion. Materiell preklusion innebär att en rättighet inte längre kan göras gällande om den inte anmäls eller görs föremål för en talan i domstol inom en viss närmare föreskriven tid (se 6 § lagen [1981:131] om kallelse på okända borgenärer). Processuell preklusion tar däremot sikte på förfarandet i domstol. Exempelvis kan sådan preklusion innebära att en ny omständighet inte får åberopas i ett mål efter det att en viss tidpunkt har passerats (se 8 kap. 24 § andra stycket lagen [2003:389] om elektronisk kommunikation).

Rent allmänt syftar regler om preklusion bl.a. till att skapa tydlighet och förutsägbarhet.

6.2 En preklusionsfrist under anbudstiden bör inte införas

Utkastets bedömning: En skyldighet för leverantörer att under anbudstiden påtala fel eller brister, för att dessa ska kunna prövas av domstol,

bör inte införas. Det bör inte heller införas någon ytterligare begränsning av möjligheten att ansöka om överprövning av upphandlingens konkurrensuppsökande skede efter tilldelningsbeslutet.

Överprövningsutredningens förslag överensstämmer inte med utkastets bedömning. Utredningen föreslår att åberopanden av sådana fel och brister i det konkurrensuppsökande skedet som inte har påtalats innan halva tiden för att lämna anbud har gått ut, inte ska få beaktas vid en överprövning av en upphandling.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. Flera remissinstanser, bl.a. *Förvaltningsrätten i Härnösand*, *Förvaltningsrätten i Umeå, Jönköpings kommun*, *Kammarkollegiet*, *Kammarrätten i Göteborg*, *Luftfartsverket*, *Svenskt näringsliv, Sveriges bussföretag* och *Sveriges Kommuner och Regioner*, tillstyrker förslaget eller har inget att invända mot det. Som skäl för denna inställning anges bl.a. att förslaget bedöms uppmuntra till dialog mellan upphandlande myndigheter eller enheter och leverantörer och bidra till att tvistefrågor behandlas i ett tidigt skede upphandlingsprocessen. *Göteborgs kommun* m.fl. föreslår att förslaget kompletteras med regler som främjar ytterligare dialog mellan parterna. *SKL Kommentus Inköpscentral* anser att den s.k. mellanvägen eller någon annan liknande lösning är nödvändig för att svensk lagstiftning fullt ut ska uppfylla kraven enligt rättsmedelsdirektiven.

Flera remissinstanser, bl.a. *Advokatfirman Delphi*, *Domstolsverket*, *Företagarna*, *Förvaltningsrätten i Linköping*, *Förvaltningsrätten i Stockholm*, *Kammarrätten i Jönköping*, *Kammarrätten i Stockholm*, *Konkurrenskommissionen* och *Stockholms universitet (juridiska fakulteten)*, avstyrker eller är tveksamma till förslaget. Flera av dessa, bl.a. *Konkurrensverket* och *Arbetsförmedlingen* som båda är negativa, menar att förslaget är otillräckligt utrett och att det kommer medföra ett flertal tolkningsproblem vid tillämpningen, med följden att domstolens prövning kompliceras och förlängs. Några remissinstanser, bl.a. *Sveriges advokatsamfund* och *Swedish Medtech*, efterfrågar förtydliganden avseende hur en anmärkning ska göras samt hur reglerna ska tillämpas i vissa specifika situationer som t.ex. vid förnyad konkurrensutsättning och i de fall anbudstiden förlängs. Förslaget bedöms vidare bli särskilt betungande för oerfarna och resurssvaga leverantörer. *Stena Metall AB*, *Återvinningsindustrierna* m.fl. befarar att många leverantörer kan se sig tvingade att anmärka mot allt som framstår som tveksamt bara för att inte försitta sin möjlighet till överprövning i ett senare skede, vilket kan bli betungande för de upphandlande myndigheterna och enheterna. Enligt *Post- och telestyrelsen* och *Falu Energi och Vatten* riskerar förslaget att skapa motsättningar mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna med minskad vilja till dialog som följd. Några remissinstanser, bl.a. *Förvaltningsrätten i Uppsala*, ifrågasätter om förslaget är förenligt med upphandlingsdirektivens bestämmelser om anbudstid. Syftet med reglerna om anbudstid är att leverantörerna ska få tillräckligt lång tid för att kunna göra en bedömning av om de vill lämna anbud i upphandlingen. Enligt remissinstanserna riskerar förslaget att motverka detta och hindra leverantörer från att lämna konkurrenskraftiga anbud.

Flera remissinstanser, däribland *Försvarets materielverk* och *Polismyndigheten,* förespråkar att en preklusionsregel som innebär att fel och brister

i det konkurrensuppsökande skedet måste prövas av domstolen före tilldelningsbeslutet bör övervägas.

Skälen för utkastets bedömning

Innebörden av förslaget om en preklusionsfrist under anbudstiden

Enligt sina kommittédirektiv skulle Överprövningsutredningen bl.a. analysera lämpligheten av att införa bestämmelser om en preklusionsfrist i upphandlingslagarna. Utredningen menar att överprövningsmål som inleds i ett sent skede av upphandlingsförfarandet, och som innehåller invändningar mot både det konkurrensuppsökande skedet och anbudsutvärderingen, tenderar att bli omfattande och tungrodda för såväl parter som domstol. Detta ger längre handläggningstider. Om domstolen sedan beslutar att upphandlingen ska göras om, t.ex. till följd av brister i förfrågningsunderlaget, leder det både till att upphandlingsförfarandet försenas och till högre kostnader för parterna jämfört med om felet hade upptäckts och korrigerats under anbudstiden (SOU 2015:12 s. 142).

Mot den bakgrunden föreslår utredningen att det införs en regel om preklusion under anbudstiden. Utredningen kallar sitt förslag för mellanvägen eftersom det, till skillnad från vad som vanligtvis är fallet med preklusionsfrister, inte krävs att talan väcks vid domstol inom en viss tid. Enligt förslaget krävs det i stället att leverantören anmärker på sådana fel eller brister som finns i upphandlingens konkurrensuppsökande skede innan halva tiden för att lämna anbudsansökan eller anbud har gått ut. En anmärkning ska dock alltid få göras inom tio dagar från det att leverantören fick kännedom eller borde ha fått kännedom om felet eller bristen. Anmärkningen ska göras antingen till den upphandlande myndigheten eller enheten eller till domstol genom en ansökan om överprövning.

Syftet med det aktuella förslaget om en s.k. anmälnings- eller påtalandeskyldighet är att ge leverantörer incitament att, i de fall felet eller bristen avser det konkurrensuppsökande skedet, själva försöka begränsa sin skada genom att redan i detta skede påtala felet eller bristen för den upphandlande myndigheten eller enheten. Leverantörer ska inte medvetet kunna vänta med att påtala sådana fel och brister till dess tilldelningsbeslutet har meddelats, utan ska i stället uppmuntras att föra en dialog med den upphandlande myndigheten eller enheten.

En preklusionsfrist under anbudstiden bör inte införas

Den överträdelse som oftast åberopas i ansökningar om överprövning av en upphandling är brister i förfrågningsunderlaget. Denna grund förekommer i 45 procent av alla avgöranden. Endast i 13 procent av avgörandena åberopas brister i myndighetens utvärdering (Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:7 s. 55). Såsom Överprövningsutredningen och flera remissinstanser – bl.a. *Göteborgs kommun* och *Umeå kommun* – anför, skulle införandet av en påtalandesskyldighet kunna uppmuntra till dialog mellan parterna. Möjligheten för myndigheten eller enheten att på så sätt upptäcka och korrigera eventuella brister i det konkurrensuppsökande skedet redan under anbudstiden kan därmed antas öka, med följden att leverantörernas behov av att ansöka om överprövning på grund av sådana brister kan antas minska. Förslaget skulle även kunna bidra till att skapa större förutsäg-

barhet för den upphandlande myndigheten eller enheten i fråga om vilka frågor som kan komma att bli föremål för en eventuell överprövning.

Emellertid kan, som bl.a. *Arbetsförmedlingen* och *Post- och telestyrelsen* påpekar, den föreslagna preklusionsfristen bli betungande för leverantörerna, särskilt för små och mindre resursstarka leverantörer och för leverantörer med liten erfarenhet av att delta i upphandlingar. Förslaget innebär att samtliga anbudsgivare kommer behöva lägga tid och resurser på att upptäcka och påtala eventuella fel och brister i upphandlingen långt innan fristen för att lämna anbud löper ut, samtidigt som de också måste förbereda sina anbud. Risken finns att många leverantörer upplever påtalandeskyldigheten som så betungande att de avstår från att delta i upphandlingar med sämre konkurrens och dyrare anbud som följd. Som bl.a. *Transportstyrelsen* framhåller är det även sannolikt att vissa fel i upphandlingen, avseende t.ex. bristande transparens, blir uppenbara för leverantörerna först i samband med tilldelningsbeslutet. Även om det i sådana situationer skulle vara teoretiskt möjligt att åberopa den alternativa tiodagarsfristen, framstår tillämpningen av denna regel som både svår och oförutsägbar. En sådan talan skulle dessutom ställa stora krav på leverantörens förmåga att argumentera rättsligt, vilket kan antas vara till nackdel för framförallt små, oerfarna och mindre resursstarka leverantörer. Som bl.a. *Förvaltningsrätten i Uppsala* lyfter fram finns även en risk att förslaget urholkar de direktivstyrda bestämmelserna om anbudstidens längd, vilket kan leda till att färre leverantörer lämnar anbud och konkurrensen försämras.

Som många remissinstanser, bl.a. *Förvaltningsrätten i Stockholm* och *Konkurrensverket,* påtalar kan förslaget även komma att belasta domstolsprocessen med omfattande tillämpningsproblem och bevisfrågor. Domstolen skulle vid varje ansökan om överprövning av en upphandling behöva ta ställning till om ett åberopat fel omfattas av påtalandeskyldigheten och, om så är fallet, bedöma om en anmärkning har gjorts inom föreskriven tid. Eftersom domstolen först måste utreda och besvara dessa frågor innan en prövning i sak kan göras av ansökan, medför förslaget en risk för ökad skriftväxling med dyrare processer och längre handläggningstider som följd.

Sammanfattningsvis kan konstateras att en preklusionsfrist under anbudstiden sannolikt skulle medföra att leverantörerna i större utsträckning för fram sin kritik mot upphandlingen i ett tidigare skede än vad som görs i dag. Samtidigt innebär förslaget att förfarandereglerna om offentlig upphandling kompliceras ytterligare, vilket kan antas bli särskilt betungande för mindre resursstarka leverantörer och leverantörer med liten erfarenhet av att delta i upphandlingar. Även överprövningsprocessen skulle belastas med nya processuella frågor, vilket riskerar att leda till längre handläggningstider. Mot denna bakgrund bedöms nackdelarna med en preklusionsfrist under anbudstiden väga tyngre än fördelarna. En sådan regel bör därför inte införas.

En preklusionsfrist före tilldelningsbeslutet bör inte införas

Ett alternativ till den preklusionsregel som Överprövningsutredningen har föreslagit skulle kunna vara att, som bl.a. *Försvarets materielverk* och *Polismyndigheten* föreslår, begränsa leverantörernas möjligheter att ansöka om överprövning av brister i det konkurrensuppsökande skedet efter

det att anbudstiden har gått ut eller efter tilldelningsbeslutet. Detta alternativ har övervägts av lagstiftaren tidigare, senast i samband med genomförandet av ändringsdirektivet (prop. 2009/10:180 del 1 s. 155–161). Fördelen med en sådan regel, jämfört med den mellanväg som Överprövningsutredningen föreslår, är främst att möjligheten att ansöka om överprövning av brister i det konkurrensuppsökande skedet definitivt upphör vid en viss tidpunkt. Det skulle möjligen kunna leda till att fler upphandlingar kan avslutas fortare. En annan fördel är att domstolen inte skulle behöva ta ställning till huruvida leverantören har fullgjort sin påtalandeskyldighet innan den kan pröva målet i sak.

En preklusionsfrist som löper ut före tilldelningsbeslutet är dock, på samma sätt som den s.k. mellanvägen, problematisk ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Eftersom det ofta är först när leverantörerna tar del av tilldelningsbeslutet som brister i förfarandet blir uppenbara, försvårar en sådan preklusionsfrist väsentligt för en rättssökande leverantör att få överträdelser av t.ex. öppenhetsprincipen överprövade i domstol. Som Överprövningsutredningen pekar på finns även en risk för att leverantörer avstår från att ansöka om överprövning före tilldelningsbeslutet endast av rädsla för att framstå som besvärliga inför den upphandlande myndigheten eller enheten. Följden kan bli att brister i det konkurrensuppsökande skedet sällan eller aldrig blir föremål för prövning. En preklusionsfrist som löper ut före tilldelningsbeslut skulle därmed inte bara påverka leverantörernas rättssäkerhet negativt utan även riskera att hämma rättsutvecklingen på området. Med hänsyn härtill, och i likhet med vad Överprövningsutredningen har kommit fram till i sitt betänkande, bör en sådan preklusionsfrist inte införas.

6.3 Preklusionsfrister i mål om offentlig upphandling

Utkastets förslag: I överprövningsmål ska omständigheter som leverantören åberopar till grund för sin talan efter två veckor från det att ansökan kom in till förvaltningsrätten, få beaktas av rätten endast om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars har giltig ursäkt för att inte göra det.

Reglerna om preklusion ska inte gälla vid en överprövning av ett avtals giltighet på yrkande av en leverantör under en pågående överprövning av en upphandling. Reglerna ska inte heller gälla sådana omständigheter som åberopas till grund för att ett avtal ska bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Överprövningsutredningens förslag överensstämmer delvis med utkastets. Utredningen föreslår en preklusionsregel enligt vilken en part i ett mål om överprövning av en upphandling, till stöd för sin talan i kammarrätten, får åberopa en omständighet eller ett bevis som inte lagts fram vid förvaltningsrätten endast om parten gör sannolikt att omständigheten eller beviset inte kunnat åberopas där, eller parten annars haft giltig ursäkt att inte göra det.

Remissinstanserna: Remissutfallet är blandat. En majoritet av remissinstanserna, bl.a. *Advokatfirman Lindahl, Domstolsverket*, *Företagarna*, *Förvaltningsrätten i Härnösand, Förvaltningsrätten i Falun, Jönköpings kommun, Kammarkollegiet*, *Kammarrätten i Stockholm*, *Nacka kommun*, *Socialstyrelsen*, *Skatteverket*, *SKL Kommentus Inköpscental*, *Svenskt näringsliv* och *Trafikverket*, tillstyrker förslaget eller har inget att invända emot det. Förslaget bedöms av remissinstanserna leda till en tidsmässigt kortare överprövningsprocess och till att tvistefrågor i första hand koncentreras till första instans. Förslaget bidrar enligt dem även till effektivitetsmålet i EU-direktiven. *Swedish Medtech* menar att det visserligen inte är något utbrett problem med att parterna åberopar nya omständigheter i kammarrätten. En preklusionsregel kan dock enligt bolaget komma att stoppa de fåtal leverantörer som har ett pågående avtal och som överklagar främst i hopp om att få fortsätta leverera. *Läkemedelsföreningen* efterfrågar ytterligare vägledning om tillämpningen av bestämmelsen i olika situationer, t.ex. när det gäller omständigheter som åberopas till grund för att ett avtal ska få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänt intresse

Flera av de remissinstanser som är positiva till förslaget eller inte har något att invända mot det, lämnar även förslag till kompletterande preklusionsregler. *Förvaltningsrätten i Göteborg, Förvaltningsrätten i Stockholm* och *Förvaltningsrätten i Växjö* förespråkar en regel med innebörden att den som ansöker om överprövning ska åberopa de omständigheter och bevis som ligger till grund för ansökan om överprövning direkt i ansökan eller inom en viss tid från det att ansökan kommer in till förvaltningsrätten.

Flera remissinstanser, bl.a. *Advokatfirman Delphi, Förvaltningsrätten i Linköping*, *Förvaltningsrätten i Malmö*, *Förvaltningsrätten i Umeå*, *Kammarrätten i Jönköping*, *Kammarrätten i Sundsvall, Konkurrenskommissionen*, *Statskontoret*, *Sveriges advokatsamfund och Sveriges bussföretag*, avstyrker förslaget eller är tveksamma till det. Som skäl anges bl.a. att upphandlingsmålen riskerar att bli mer resurskrävande och att det inte kan uteslutas att det först i och med förvaltningsrättens dom står klart för parten vilka bevis eller omständigheter som borde ha åberopats. *Konkurrensverket*, som avstyrker förslaget, anser att om bestämmelsen införs bör det övervägas om den även ska vara tillämplig vid överprövning av ett avtals giltighet.

Skälen för utkastets förslag

Allmänt om av preklusionsfrister

Om en part åberopar nytt processmaterial sent under domstolsförfarandet, finns det en betydande risk för att detta försenar avgörandet av målet. Det kan leda till att planeringen av målets handläggning måste göras om, att skriftväxlingen måste återupptas och att motparten på nytt måste ta ställning till sin egen bevissituation. Preklusionsregler begränsar parternas möjligheter att efter en viss angiven tidpunkt t.ex. åberopa nya omständigheter eller ny bevisning. Genom sådana regler är det möjligt att skapa bättre ordning i processen, hindra att onödigt material tillförs denna samt få till stånd ett snabbare avgörande. Preklusionsregler kan därmed vara ett effektivt sätt att åstadkomma särskild skyndsamhet. Samtidigt är preklusion en ingripande åtgärd som ökar sannolikheten för materiellt felaktiga domar, eftersom det finns en risk för att framförallt en svagare part inte

förmår att tillvarata sin rätt. Dessutom kan preklusionsreglerna leda till att förfarandet belastas med nya processuella frågor om huruvida det finns skäl att göra undantag från reglerna om preklusion och tillåta att en part får åberopa en ny omständighet eller ett nytt bevis (SOU 2010:44 s. 371).

Regler om preklusion är ovanliga i förvaltningsprocessen

I syfte att korta handläggningstiderna i domstol och öka förutsebarheten i processen, föreslås ett generellt skyndsamhetskrav (se avsnitt 5.2). För att kravet på skyndsam handläggning ska få avsedd effekt är det viktigt att parterna redan tidigt i domstolsprocessen anger de omständigheter de vill åberopa till grund för ingripande eller ogiltighet. Detta är särskilt angeläget mot bakgrund av att sökandena ofta åberopar fler än en grund till stöd för sina ansökningar om överprövning (Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:7 s. 56). Ett sätt att förmå parterna att slutföra sin talan i ett tidigt skede skulle kunna vara att, såsom Överprövningsutredningen föreslår, införa en processessuell preklusionsfrist i domstolsprocessen.

Processuella preklusionsfrister är emellertid ovanliga i förvaltningsprocessen. Vikten av att uppnå materiellt riktiga avgöranden, i kombination med det ofta ojämna styrkeförhållandet mellan parterna, ställer stora krav på de allmänna förvaltningsdomstolarnas utredningsansvar. Eftersom en preklusionsfrist kan medföra att processens ram begränsas, och därmed även skyldigheten att utreda, kan en sådan regel i de flesta förvaltningsmål anses olämplig (se prop. 2006/07:119 s. 33 och SOU 2010:44 s. 371–373). I enstaka måltyper har dock preklusionsfrister ansetts ändamålsenliga. Enligt 13 kap. 7 § kommunallagen (KL), får domstolen inte beakta andra omständigheter än sådana som klaganden har hänvisat till före överklagandetidens utgång, dvs. inom tre veckor från den dag då det tillkännagavs på beslutsmyndighetens anslagstavla att protokollet över beslutet har justerats (13 kap. 5 § KL). Anledningen till denna regel är främst att kommunala beslut ska kunna verkställas även om de överklagas. Kommunen måste därför redan i samband med överklagandet få möjlighet att bedöma lämpligheten i att verkställa beslutet utifrån sannolikheten att det kan komma att upphävas. Dessutom har det ansetts acceptabelt att ha preklusionsregler i mål om laglighetsprövning, eftersom prövningen av dessa mål framför allt syftar till att kommunmedlemmarna ska kunna få till stånd en kontroll av kommunala besluts laglighet samt att det av hänsyn till den kommunala självstyrelsen är motiverat att denna kontroll hålls inom bestämda gränser (prop. 2016/17:171 s. 264 och 265, se även SOU 2010:44 s. 372).

En preklusionsfrist finns även i vissa mål enligt lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation (LEK). De aktuella målen, som enligt 8 kap. 23 § LEK även ska handläggas skyndsamt, gäller identifiering av företag med betydande inflytande på en fastställd marknad, fastställande av särskilda skyldigheter för dessa företag samt tillsyns- och tvistlösningsmål som grundar sig på sådana särskilda skyldigheter. Enligt 8 kap. 24 § LEK får en part i sådana mål åberopa en ny omständighet eller ett nytt bevis efter det att fyra månader har gått från det att tiden för överklagande gått ut, endast om parten gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten eller beviset tidigare eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det. En ny omständighet eller ett nytt bevis får åberopas först i kam-

marrätten om det finns synnerliga skäl. Kammarrätten är i dessa mål sista instans. I förarbetena till 8 kap. 24 § LEK konstaterades bl.a. att det kunde vara behövligt att komplettera reglerna i förvaltningsprocessen med för dessa måltyper särskilt anpassade regler. Mot bakgrund av att den enskilda parten vanligen företräds av erfarna juridiska ombud ansågs styrkeförhållandena mellan parterna inte vara sådana att det motiverade nästan obegränsade möjligheter för en enskild part att åberopa ny bevisning och nya omständigheter. Särskilt tvistlösningsmålen ansågs ha ett visst släktskap med tvistemål, eftersom de frågor som avhandlas slutligen berör vilka villkor som ska gälla i ett avtalsförhållande mellan två kommersiella bolag. Enligt regeringen fanns därför inte skäl att fullt ut tillämpa officialprincipen i dessa mål (prop. 2006/07:119 s. 33 och 34).

Även i 37 § förvaltningsprocesslagen finns en regel om preklusion enligt vilken Högsta förvaltningsdomstolen, i mål där prövningstillstånd krävs, får beakta en omständighet eller bevis som klaganden åberopar först där endast om det finns särskilda skäl. Syftet med bestämmelsen är att begränsa processramen till de frågor som har prövats av underinstanserna och därigenom underlätta för domstolen att skapa prejudikat (prop. 1971:30 s. 595).

En preklusionsfrist bör införas i kammarrätten

Som framgår ovan kan det konstateras att det finns exempel i förvaltningsprocessen på måltyper där behovet av ett snabbt avgörande, förutsägbarhet i processen eller prejudikat har ansetts motivera införandet av preklusionsfrister. Behoven av skyndsamhet och förutsägbarhet kan i sig anses tala för att preklusionsfrister bör införas även i upphandlingsmålen. Regler om preklusion skulle vidare kunna motiveras av det i regel jämna styrkeförhållandet mellan parterna i dessa mål och det långtgående ansvar för utredningen i målet som ålagts dem (se RÅ 2009 ref. 69 och RÅ 2015 ref. 55). Till detta kommer att parterna ofta är resursstarka. Det kan vidare konstateras att det första rättsmedelsdirektivet enligt EU-domstolen inte heller utgör något hinder mot nationella regler om preklusionsfrister i upphandlingsmål, under förutsättning att fristen är skälig (se bl.a. Lämmerzahl, mål C-241/06, EU:C:2007:597, punkten 50).

Det finns alltså flera skäl som talar för att regler om preklusion vore en lämplig åtgärd för att begränsa parternas möjligheter att komplettera sin talan i ett sent skede av överprövningsprocessen.

Vidare skulle, såsom bl.a. *Advokatfirman Delphi* och *Kammarrätten i Stockholm* framhåller, en preklusionsregel i kammarrätten bidra till att tyngdpunkten i prövningen i ännu högre grad förläggs till första instans, samtidigt som risken för att kammarrättens prövning kan komma att omfatta fler frågor än de som har prövats i förvaltningsrätten minskar. Ett par remissinstanser, däribland *Förvaltningsrätten i Umeå*, uttrycker emellertid en oro över att tillämpningen av en preklusionsfrist i kammarrätten kan komma att bli betungande för domstolen. Det kan dock konstateras att den prövning som kammarrätten måste göra av vilka frågor som är nya i förhållande till målet i förvaltningsrätten i stor utsträckning påminner om den prövning som domstolen redan gör avseende vilka frågor den bör pröva med hänsyn till instansordningsprincipen. Fördelen med förslaget är vidare att kammarrätten, som huvudregel, inte behöver lägga resurser på att

pröva frågor som inte redan har prövats av förvaltningsrätten. Som helhet bedöms därför förslaget snarare minska än öka arbetsbördan för kammarrätten.

En preklusionsregel i kammarrätten kan däremot, som bl.a. och *Post- och telestyrelsen* uppmärksammar, leda till att parternas processföring i första instans blir utförligare och att fler frågor måste behandlas i målet i förvaltningsrätten. Samtidigt innebär förslaget om skyndsamhetskrav att parterna ges starka incitament att föra fram sina argument i ett tidigare skede av processen jämfört med vad som gäller i dag. Införandet av en preklusionsfrist även för förvaltningsrätternas del (se nedan) skulle också kunna motverka att processen där sväller till följd av preklusionsregeln i högre rätt.

Som *Kammarrätten i Jönköping* anför kan det visserligen inte uteslutas att det i vissa fall först i och med förvaltningsrättens dom står klart för parterna vilka omständigheter som borde ha åberopats i förvaltningsrätten. Som anförts ovan är parterna i regel både resursstarka och företräds ofta av juridiska ombud. Förvaltningsprocesslagens regler om kommunikation säkerställer vidare att parterna får möjlighet att yttra sig över alla de omständigheter som avgörandet grundas på. En regel som begränsar parternas rätt åberopa nya omständigheter i kammarrätten framstår mot denna bakgrund som godtagbar ur rättssäkerhetssynpunkt.

Med beaktande av vad som anförts ovan görs här bedömningen att en preklusionsregel, som i huvudsak motsvarar den som utredningen föreslår, bör införas i kammarrätten.

En preklusionsfrist bör även införas i förvaltningsrätten

Frågan är då om en preklusionsregel bör införas även i förvaltningsrätten. Överprövningsutredningen lämnar förvisso inte något sådant förslag, men detta ska ses mot bakgrund av att utredningen i stället föreslår en preklusionsfrist under anbudstiden (se avsnitt 6.2). Flera av de skäl som talar för en preklusionsfrist i kammarrätten gör sig gällande med samma styrka när det gäller målet i förvaltningsrätten. Till exempel skulle processen bli mer förutsägbar för parterna samtidigt som en utdragen skriftväxling kan undvikas och målen kan avgöras snabbare. I likhet med en materiell preklusionsregel kan en processuell preklusionsregel förväntas bli mer betungande för små och oerfarna leverantörer än för övriga leverantörer. En leverantör som ansöker om överprövning får dock förutsättas ha identifierat de fel och brister i upphandlingen den vill åberopa till grund för sin talan redan i samband med att ansökan ges in. Även om kraven på leverantörens förmåga att föra sin talan effektivt ökar något, bedöms en preklusionsregel inte försvåra nämnvärt för leverantörerna att ange grunderna för sin ansökan. Till skillnad från en materiell preklusionsfrist som löper ut före tilldelningsbeslutet, skulle en processuell preklusionsfrist i förvaltningsrätten inte heller innebära några nya rättsliga krav på leverantören under själva anbudsförfarandet. Regeln skulle endast medföra krav på en effektivare processföring i de fall en ansökan om överprövning faktiskt ges in. Mot denna bakgrund, och i enlighet med vad bl.a. *Förvaltningsrätten i Stockholm* och *Förvaltningsrätten i Växjö* föreslår, bör en preklusionsfrist i samband med att en ansökan om överprövning ges in till förvaltningsrätten införas.

Preklusionsreglerna bör utformas så att de uttryckligen riktar sig till rätten

Domstolens uppgift i överprövningsmålen är att granska om den upphandlande myndigheten eller enheten har agerat formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i den aktuella upphandlingslagen. Även om parterna i en upphandling är kommersiella aktörer och målet med upphandlingen är att de ska ingå ett avtal med ekonomiska villkor, syftar själva överprövningen alltså inte till att slita en tvist eller förmå parterna att förlikas. Överprövningen liknar i detta avseende snarare förvaltningsrättens prövning i ett mål om laglighetsprövning enligt kommunallagen än de allmänna domstolarnas prövning i ett dispositivt tvistemål. Mot den bakgrunden ligger det närmare till hands att utforma preklusionsregeln efter mönster av 13 kap. 7 § KL och 37 § FPL, än efter motsvarande bestämmelser i rättegångsbalken och i 8 kap. 24 § LEK, såvitt avser till vem bestämmelserna uttryckligen riktar sig till. Bestämmelsen bör således rikta sig direkt till rätten och inte till parterna. Tillsammans med den åberopsbörda som ålagts parterna i praxis (RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2015 ref. 55) innebär bestämmelsen alltså ett förbud för domstolen att efter den aktuella tidpunkten beakta vissa åberopade omständigheter.

Bör preklusionsreglerna vara fakultativa eller obligatoriska?

Handlingsregler för domstolen kan med en viss förenkling sägas vara antingen fakultativa eller obligatoriska. Fakultativa regler lämnar ett större eller mindre utrymme åt domstolens bedömning. Obligatoriska regler innebär däremot att domstolen är i princip tvungen att göra eller underlåta något. Frågan är då hur de nu aktuella preklusionsreglerna i upphandlingslagarna bör utformas.

Risken för att regler om preklusion leder till materiellt felaktiga domar skulle minska om det överlämnades åt rätten att i varje enskilt fall avgöra dels om någon preklusionsverkan behövs, dels när preklusionstidpunkten ska inträda. En sådan ordning skulle göra det möjligt att beakta det enskilda målets art och de aktuella parternas styrkeförhållanden; t.ex. saknar leverantörerna ombud i hälften av alla mål och leverantörernas storlek varierar. En fakultativ lösning i detta avseende har också valts i rättegångsbalken (RB) när det gäller preklusionsföreläggande (se 42 kap. 15 § och 15 a § RB). Emellertid finns det även andra preklusionsregler i RB som har en annan konstruktion (se t.ex. 50 kap. 25 § andra stycket RB).

Det kan i sammanhanget konstateras att de befintliga preklusionsreglerna i förvaltningsprocessen som det redogjorts för ovan (bl.a. 13 kap. 7 § KL och 8 kap. 24 § LEK) inte har konstruerats som preklusionsföreläggande. Redan detta förhållande kan med viss styrka anses tala för att inte heller de nu aktuella reglerna bör utformas så. Därtill kommer det faktum att parterna i en upphandlingsprocess alltid är två kommersiella aktörer – låt vara av skiftande storlek –, medan parterna i en tvistemålsprocess lika gärna kan vara t.ex. två privatpersoner eller en privatperson och ett företag. Behovet av en förutsägbar och relativt lättillämpad regel får därför anses väga tyngre än det motstående intresse som skulle kunna motivera en fakultativ regel. De föreslagna preklusionsreglerna bör därför göras obligatoriska.

Vems åberopanden ska prekluderas?

När det gäller förvaltningsrätten kan konstateras att rättens prövning sker med utgångspunkt i de fel och brister som leverantören åberopar till grund för sin ansökan. För att uppnå de avsedda effekterna torde det därför vara tillräckligt att preklusionsfristen där endast omfattar de omständigheter som åberopas av den sökande leverantören. Såväl den upphandlande myndigheten eller enheten som en eventuell tredje part bör således även i fortsättningen ha möjlighet att åberopa nya omständigheter till grund för sina respektive inställningar ända fram till dess att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När det gäller prövningen i kammarrätten förhåller det sig dock något annorlunda. När målet når dit har samtliga parter i regel fått komma till tals och föra fram sina argument i första instans. Kammarrättens prövning bör därför främst syfta till att kontrollera riktigheten av förvaltningsrättens avgörande. I likhet med vad Överprövningsutredningen har föreslagit bör därför preklusionsfristen i kammarrätten, av instansordningsskäl, omfatta åberopanden från samtliga parter.

Preklusionsfristernas tillämpningsområde

Överprövningsutredningens förslag om preklusionsfrist i kammarrätten omfattar endast mål om överprövning av en upphandling. Behoven av förutsägbarhet och skyndsamhet får emellertid antas vara lika stora i mål om överprövning av ett avtals giltighet. Något skäl till varför denna måltyp skulle behandlas annorlunda förs inte heller fram av utredningen. I linje med vad *Konkurrensverket* anför, bör de nu föreslagna preklusionsreglerna därför omfatta båda typerna av överprövningsmål.

Utredningens förslag är vidare utformat i förhållande till äldre lagstiftning. I likhet med vad som anförs i fråga om kravet på skyndsam handläggning (se avsnitt 5.2), bör förslaget om preklusionsfrister anpassas till nu gällande upphandlingslagar och även omfatta upphandling av koncessioner.

Preklusionsfristerna bör inte omfatta nya bevis

Överprövningsutredningen har i fråga om sitt förslag till preklusionsfrist i kammarrätten, i likhet med vad som gäller enligt 8 kap. 24 § LEK och bl.a. 42 kap. 15 a § RB, föreslagit att fristen ska omfatta både omständigheter, s.k. rättsfakta, och bevis. Som Målutredningen konstaterar är en regel om preklusion en ingripande åtgärd, eftersom den ökar risken för materiellt oriktiga domar (SOU 2010:44 s. 371). Även om parterna har ålagts ett stort ansvar för utredningen i målet och officialprincipen ska tillämpas med försiktighet (RÅ 2009 ref. 69), finns det fortfarande ett intresse av att avgörandena i upphandlingsmålen blir materiellt riktiga i förhållande till vad parterna har åberopat. Utgångspunkten är därför att regleringen inte bör vara mer ingripande än vad som är motiverat med hänsyn till behoven av förutsägbarhet och skyndsamhet.

Omfattningen av en överprövningen, liksom möjligheten för parterna att överblicka processens gång och för rätten att planera handläggningen av målet, beror ytterst på hur många frågor som rätten har att pröva. I likhet med vad som gäller i mål om laglighetsprövning enligt kommunallagen bör preklusionsfristen därför omfatta de omständigheter som aktuell part

åberopar till grund för sin talan. En regel som inskränker parternas rätt att åberopa ny bevisning i målet framstår däremot som mer tveksam. En sådan regel bedöms inte kunna påskynda handläggningen i en sådan utsträckning att det väger upp risken för att avgöranden blir materiellt felaktiga. Av artikel 1.1 rättsmedelsdirektivet och EU-domstolens praxis följer vidare en unionsrättslig skyldighet för rätten att vidta de åtgärder som behövs för att säkerställa en effektiv granskning av den upphandling som är föremål för överprövning (jfr t.ex. Varec, C-450/06, EU:C:2008:91). Eftersom det är svårt att fullt ut förutse vilka processuella åtgärder som kan bli nödvändiga för att uppfylla skyldigheten, bör regelverket även i fortsättningen lämna stort utrymme för rätten att i varje enskilt överprövningsmål avgöra i vilken utsträckning utredningen i målet behöver kompletteras samt vid vilken tidpunkt det ska ske. Rättens möjligheter att beakta ny bevisning bör därför inte inskränkas i förhållande till förvaltningsprocesslagen. Mot denna bakgrund bör endast de nya omständigheter som åberopas till grund för talan prekluderas och inte nya bevis.

Preklusionsfristens längd i förvaltningsrätten

I mål om överprövning av en upphandling har sökanden alltid minst tio dagar på sig från tilldelnings- eller avbrytandebeslut att ansöka om överprövning. Mot bakgrund av att sökanden redan före beslutet kan antas vara väl förtrogen med upphandlingsdokumenten och det valda upphandlingsförfarandet, behöver tiden för att göra önskade åberopanden inte vara särskilt lång. En tidsfrist på ytterligare två veckor från det att ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten får därför anses tillräcklig för att sökanden ska hinna göra samtliga åberopanden till grund för sin ansökan.

I fråga om överprövningar av ett avtals giltighet är det inte säkert att sökanden känner till upphandlingen före avtalets ingående. Hänsyn har tagits till detta genom att tiden för att ansöka om överprövning i dessa fall har bestämts till 30 dagar från efterannonsering, om någon annonsering har skett, och i andra fall till sex månader från avtalets ingående (se 20 kap. 17 § LOU och LUF respektive 16 kap. 17 § LUFS och LUK). En tid om ytterligare två veckor för sökanden att komplettera sin ansökan får därför anses tillräcklig även i dessa mål.

Undantag från preklusionsfristerna

Av rättssäkerhetsskäl bör det, i likhet med vad som gäller enligt bl.a. 8 kap. 24 § LEK, införas ett undantag från preklusionsreglerna i sådana fall då parten antingen gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten i rätt tid eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det (se övervägandena i prop. 2006/07:119 s. 33–35). Undantagen bör gälla i både förvaltningsrätten och i kammarrätten.

Om en upphandlande myndighet eller enhet under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med reglerna om avtalsspärr m.m., ska rätten på yrkande av leverantören i stället överpröva avtalets giltighet (20 kap. 7 § LOU och LUF respektive 16 kap. 7 § LUFS och LUK). Genom denna regel ges en leverantör som har ansökt om överprövning av en upphandling möjlighet att ändra sin talan till att avse överprövning av ett avtals giltighet utan att behöva ge in en ny ansökan. En sådan taleändring kan göras i både förvaltningsrätten och i kammarrätten. Frågan

är då hur sådana situationer bör betraktas i preklusionshänseende. Ett sätt vore att hantera dem såsom fall då sökanden har giltig ursäkt för att åberopa nya omständigheter. Ur systematisk synvinkel framstår dock det som mindre tilltalande, eftersom det handlar om en ny talan.

Ett ytterligare alternativ är att konstruera en specialreglering för dessa fall, där preklusionsfristen börjar att löpa vid den tidpunkt då yrkandet framställs i förvaltningsrätten eller i kammarrätten. En eventuell reglering skulle dock behöva utformas på olika sätt beroende på i vilken instans omständigheterna åberopas och i förhållande till vem som gör åberopandet. Följden skulle bli ett förhållandevis komplicerat regelverk som trots sin detaljnivå ändå skulle ge upphov till vissa tolkningsproblem vid tillämpningen. Det är därför tveksamt om en särskild preklusionsregel för dessa situationer skulle bidra till en snabbare och mer förutsägbar handläggning. Taleändringar av detta slag är inte heller särskilt vanligt förekommande, i alla fall inte i kammarrätterna, varför en kompletterande regel sannolikt inte skulle få någon större samhällsekonomisk effekt. Mot denna bakgrund, och för att inte tynga regelverket med ytterligare processuella regler utöver vad som redan föreslås, bör överprövningar av ett avtals giltighet på yrkande av en leverantör under pågående överprövning av en upphandling uttryckligen undantas från reglerna om preklusion.

Om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten besluta att ett avtal får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda (20 kap. 14 § LOU och LUF respektive 16 kap. 14 § LUFS och LUK). Med tvingande hänsyn till ett allmänintresse avses bl.a. hänsyn till allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, konsumentskydd och skydd av arbetstagare, skydd av miljö m.m. (prop. 2009/10:180 s. 362). Syftet med bestämmelsen är således att tillgodose de allmännas behov i vissa särskilt viktiga avseenden. Med hänsyn härtill, och i linje med vad *Läkemedelsföreningen* anför i sitt yttrande, framstår det som olämpligt att omständigheter som åberopas till skydd för det allmänna riskerar att prekluderas och därmed inte beaktas. Ett undantag även för sådana omständigheter bör därför införas. Eftersom åberopanden av detta slag endast torde göras av den offentliga parten är det tillräckligt att undantaget avser preklusionsfristen i kammarrätten.

7 Ansökningsavgift och processkostnadsansvar

7.1 Ansökningsavgift

Utkastets bedömning: En ansökningsavgift bör inte införas i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet.

Överprövningsutredningens bedömning överensstämmer med utkastets.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanser som yttrar sig i denna fråga, däribland *Almega*, *Företagarna*, *Kammarkollegiet*, *Kammarrätten i Göteborg*, *Kammarrätten i Stockholm*, *Kils kommun*, *Konkurrensverket*, *Socialstyrelsen* och *Stockholms universitet* (*juridiska fakulteten*), instämmer i Överprövningsutredningens bedömning. *Domstolsverket*, *Försvarets materielverk* och *Sveriges advokatsamfund* efterfrågar ytterligare utredning av frågan om ansökningsavgift. Ett mindre antal remissinstanser, bl.a. *Nacka kommun*, *Polismyndigheten*, *Trafikverket*, *Sunne kommun* och *Västra Götalandsregionen*, delar inte utredningens bedömning, utan ställer sig positiva till att en ansökningsavgift införs.

Förenklingsutredningens förslag: Utredningen föreslår att det ska införas en ansökningsavgift på 7 500 kronor i mål om överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet.

Remissinstanserna: Majoriteten av de upphandlande myndigheter och enheter som yttrar sig över förslaget, bl.a. *Arbetsförmedlingen*, *Eskilstuna kommun*, *Försvarets materielverk*, *Förvaltningsrätten i Växjö*, *Göteborgs kommun*, *Kiruna kommun*, *Livsmedelsverket*, *Luftfartsverket*, *Trafikverket* och *Vinnova*, tillstyrker eller uttrycker en positiv inställning till det. Även ett fåtal andra aktörer, däribland *Byggherrarna*, *Famna* och *Energiföretagen*, är positiva till införandet av en ansökningsavgift. Som skäl anger remissinstanserna främst att en ansökningsavgift bedöms minska antalet överprövningar och främja dialogen mellan parterna under ett pågående upphandlingsförfarande. Flera remissinstanser, däribland *Förvaltningsrätten i Uppsala*, *Naturvårdsverket* och *Haninge kommun,* är positiva till förslaget, men påpekar samtidigt att det finns en risk för att avgiften kommer att påverka rättssäkerheten för små och medelstora leverantörer negativt. Några remissinstanser, bl.a. *Eskilstuna kommun, Försvarsmakten* och *Västra Götalandsregionen,* anser att beloppet bör höjas ytterligare för att förslaget ska få avsedd effekt. Några remissinstanser, däribland *Livsmedelsgrossisterna, Setterwalls advokatbyrå* och *Upphandlingsmyndigheten*, förespråkar en lägre eller differentierad avgift.

Majoriteten av företrädarna för leverantörerna, bl.a. *Företagarna*, *Fysioterapeuterna*, *Swedish Medtech*, *Småföretagarnas riksförbund*, *Svenskt näringsliv* och *Visita*, avstyrker eller är tveksamma till förslaget. Detsamma gäller flera andra remissinstanser, däribland *Advokatfirman Cederquist*, *Almega*, *Förvaltningsrätten i Göteborg*, *Förvaltningsrätten i Malmö*, *Kammarkollegiet*, *Migrationsverket*, *Sveriges advokatsamfund* och *SKL Kommentus Inköpscentral*. De skäl som remissinstanserna anger är främst att avgiften inte kommer att ha någon större effekt när det gäller att minska antalet mål i domstol, samtidigt som den kommer leda till att små och mindre resursstarka företag avstår från att ansöka om överprövning. Detta kan i sin tur leda till att de mindre företagen helt avstår från att lägga anbud i upphandlingar med följden att konkurrensen på marknaden minskar. Några remissinstanser, däribland *Kammarrätten i Stockholm* och *Sundsvalls kommun*, framhåller vidare att ansökningsavgifter är principiellt främmande för förvaltningsprocessen. Enligt *Stockholms universitet* (*juridiska fakulteten*) är en avgift som syftar till att begränsa möjligheterna att ansöka om överprövning inte heller förenlig med rätten till effektiva rättsmedel. Flera domstolar, bl.a. *Förvaltningsrätten i Stockholm* och *Förvaltningsrätten i Härnösand* framhåller att en avgift riskerar att leda till ökat administrativt arbete för domstolarna. *Förvaltningsrätten i Lin-*

köping är av samma uppfattning och menar vidare att förslaget kan leda till längre handläggningstider. *Sveriges bussföretag* menar att kostnaden för avgiften kommer att vältras över på det allmänna i form av dyrare anbud. *Konkurrensverket* anser att avgiftens storlek bör övervägas ytterligare och avstyrker att en ansökningsavgift införs samtidigt som Förenklingsutredningens övriga ändringsförslag av det icke-direktivstyrda regelverket genomförs.

Skälen för utkastets bedömning

Utgångspunkter för bedömningen

En stor del av den kritik som under senare år har riktats mot upphandlingsregelverket har avsett de negativa effekterna av att många upphandlingar blir överprövade och stoppade i domstol. En åtgärd för att minska antalet överprövningar skulle kunna vara att införa en ansökningsavgift i överprövningsmålen. Både Överprövningsutredningen och Förenklingsutredningen hade därför i uppdrag att utreda och analysera förutsättningarna för att införa en sådan avgift. Förenklingsutredningen hade även i uppdrag att lämna författningsförslag i denna del.

Som båda utredningarna framhåller i sina respektive betänkanden, vore en ansökningsavgift principiellt främmande för förvaltningsprocessen. Överprövningsmålen påminner visserligen i vissa avseenden om de förmögenhetsrättsliga mål som prövas i allmän domstol. Det centrala syftet med processen är dock inte att slita tvister mellan enskilda parter utan att kontrollera riktigheten i den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut. Genom rätten till överprövning tillförsäkras leverantörer som berörs av ett myndighetsbeslut i samband med ett förfarande om offentlig upphandling en möjlighet att få lagligheten i beslutet prövat av domstol. Bifallsfrekvensen i överprövningsmålen är dessutom förhållandevis hög jämfört med andra förvaltningsrättsliga måltyper. Enligt statistik från Upphandlingsmyndigheten biföll förvaltningsrätterna leverantörens ansökan i 25 procent av alla sakprövade överprövningsmål under 2019 (Upphandlingsmyndigheten 2020). Detta tyder på att en förhållandevis hög andel av de ansökningar som ges in till domstol är välgrundade. Med hänsyn härtill och mot bakgrund av den vidsträckta rätt till en kostnadsfri domstolsprövning av myndighetsbeslut som har funnits i Sverige under lång tid är det, såsom – förvisso med olika eftertryck – båda utredningarna och flera remissinstanser framhåller, tveksamt ur ett rättssäkerhetsperspektiv att skapa ekonomiska hinder i syfte att begränsa denna rätt. Sammantaget bedöms att en ansökningsavgift i överprövningsmålen endast bör komma i fråga om avgiften kan antas medföra en inte obetydlig minskning av andelen obefogade överprövningar, utan att leverantörernas rättssäkerhet påverkas alltför negativt.

Effekterna av att införa en ansökningsavgift

Båda utredningarna resonerar kring de möjliga effekter som olika avgiftsnivåer skulle kunna få för måltillströmningen och för skilda kategorier av leverantörer. Enligt Överprövningsutredningen skulle avgiften, för att avhålla leverantörerna från att ansöka om överprövning även när det gäller upphandlingar till stora värden, behöva vara hög. Höga avgifter skulle

dock kunna medföra att små och kapitalsvaga leverantörer avstår från att ansöka om överprövning även i de fall det finns skäl att förvänta sig ett bifall. Överprövningsutredningen gör mot denna bakgrund bedömningen att en ansökningsavgift inte bör införas (SOU 2015:12 s. 108–111).

Förenklingsutredningen gör motsatt bedömning och anser att övervägande skäl talar för att införa en ansökningsavgift i överprövningsmål. Förenklingsutredningen anser visserligen, i likhet med Överprövningsutredningen, att det finns en risk att en avgift kan komma att påverka små företags vilja att ta till vara sin rätt i upphandlingar. Förenklingsutredningen menar dock att beloppet 7 500 kronor är överkomligt även för små företag och att rättssäkerheten för dessa leverantörer därför inte skulle hotas (SOU 2018:44 s. 473–476). Förenklingsutredningen uppskattar att en ansökningsavgift på 7 500 kronor skulle minska antalet mål om överprövning med ca 5 procent (SOU 2018:44 s. 515).

De båda utredningarna har således kommit till olika slutsatser i frågan om huruvida en ansökningsavgift bör införas. Svårigheterna med att förutse effekterna av en eventuell ansökningsavgift, liksom med att bedöma vilken avgiftsnivå som skulle vara den optimala avspeglas också i det blandade mottagande som Förenklingsutredningens förslag har fått av remissinstanserna. Majoriteten av de upphandlande myndigheterna och enheterna tillstyrker visserligen förslaget på den grunden att det bedöms minska antalet överprövningar. Beloppet 7 500 kronor är dock lågt i förhållande till de värden som upphandlas. Som majoriteten av leverantörerna och även flera myndigheter pekar på, är det osäkert om förslaget får någon avhållande effekt, i varje fall för de större leverantörerna och vid upphandlingar till stora värden. I sammanhanget bör också noteras att även Förenklingsutredningen anser att en eventuell effekt kan förväntas bli som störst inledningsvis för att därefter avta (SOU 2018:44 s. 514).

Med hänsyn till att leverantören i ett upphandlingsmål uppträder i egenskap av näringsidkare bör det kunna ställas stora krav på dennes förmåga att föra sin talan i en överprövningsprocess. Likväl skiljer sig leverantörernas förutsättningar att föra domstolsprocesser åt beroende på kompetens samt organisatorisk och ekonomisk kapacitet. I den utsträckning förslaget leder till färre överprövningar ligger det nära till hands att anta att det främst är små och mindre resursstarka leverantörer som kommer avstå från att ansöka om överprövning, även i de fall då det är befogat. Detta kan, såsom bl.a. *Almega* och *Svenskt näringsliv* framhåller, i sin tur leda till att dessa leverantörer helt avstår från att delta i upphandlingar, med sämre konkurrens och dyrare anbud som följd. En sådan utveckling vore olycklig och skulle strida mot såväl syftet med upphandlingsdirektiven som regeringens politik för att främja en mångfald av leverantörer och en välfungerande konkurrens i upphandlingar (prop. 2015/16:195 del 1 s. 292 och Nationella upphandlingsstrategin s. 14).

En differentierad ansökningsavgift bör inte införas

Ett alternativ till den enhetliga och fasta avgift som Förenklingsutredningen föreslår, och som förs fram av bl.a. *Försvarsmakten*, *Lantbrukarnas riksförbund* och *SKL Kommentus Inköpscentral*, vore en differentierad avgift som bestäms i relation till exempelvis leverantörens ekonomiska kapacitet eller upphandlingens värde. Differentierade ansökningsavgifter

övervägdes men avfärdas av både Överprövningsutredningen och Förenklingsutredningen. Ett sådant avgiftssystem skulle förvisso, beroende på dess närmare utformning, kunna vara mer tilltalande ur ett rättssäkerhetsperspektiv och sannolikt mer effektivt när det gäller att minska antalet överprövningsmål än det fasta belopp som Förenklingsutredningen föreslår. En differentierad avgift skulle dock medföra ett betydande administrativt merarbete för domstolarna oavsett vilken beräkningsgrund som används (se SOU 2015:12 s. 111). En avgift som baseras på kontraktsvärdet skulle också tydligt missgynna mindre leverantörer vid en ansökan om överprövning av upphandlingar till stora värden. Bland annat mot denna bakgrund framstår en differentierad avgift inte som ett lämpligt alternativ.

En ansökningsavgift bör inte införas i överprövningsmålen

Sammanfattningsvis kan konstateras att det är svårt att hitta den optimala nivån på en fast ansökningsavgift och att effekterna av att införa en sådan i överprövningsmålen också framstår som osäkra på både kort och lång sikt. Det finns även en risk för att små och mindre resursstarka leverantörer kan komma att avstå från överprövning endast av ekonomiska skäl. Mot denna bakgrund, och med beaktande av de principiella utgångspunkter som det redogjorts för ovan, bedöms en ansökningsavgift inte vara en lämplig åtgärd för att minska antalet obefogade överprövningar i domstol. Förenklingsutredningens förslag i denna del bör därför inte genomföras.

7.2 Ett ömsesidigt processkostnadsansvar

Utkastets bedömning: Ett ömsesidigt processkostnadsansvar bör inte införas i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet.

Överprövningsutredningens bedömning överensstämmer med utkastets.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanser som yttrar sig över bedömningen, däribland *Företagarna*, *Förvaltningsrätten i Växjö*, *Kammarrätten i Stockholm*, *Konkurrensverket*, *Kammarkollegiet*, *Oskarshamns kommun* och *Transportstyrelsen* instämmer i den. Några remissinstanser, bl.a. *Domstolsverket* och *Lindahls advokatbyrå*, anser att frågan om processkostnadsansvar bör utredas vidare. Endast *Sunne kommun* anser att processkostnadsansvar bör införas i överprövningsmålen.

Förenklingsutredningens förslag: Utredningen föreslår att domstolen, utifrån vad som är skäligt, ska få förordna att den förlorande parten ska ersätta den vinnande partens kostnader i mål om överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet.

Remissinstanserna: En majoritet av de remissinstanser som yttrar sig över förslaget, bl.a. *Advokatfirman Cederquist*, *Advokatfirman Kahn Pedersen, Affärsverket svenska kraftnät*, *Domstolsverket*, *Front advokater AB, Företagarna*, *Försvarsmakten*, *Förvaltningsrätten i Göteborg*, *Kammarkollegiet*, *Kammarrätten i Stockholm*, *Migrationsverket*, *Lantbrukarnas riksförbund*, *Småföretagarnas riksförbund*, *Stockholms kommun*,

Svenskt näringsliv, *Sveriges advokatsamfund* och *Upphandlingsmyndigheten*, avstyrker eller är negativa till det. Som skäl anförs sammanfattningsvis att rättsutvecklingen hämmas, att rättssäkerheten för de små företagen försämras, att rädslan för processkostnader kan komma att motverka innovation och nytänkande i upphandlingsförfarandet, att handläggningstiderna i domstol riskerar att bli längre samt att kostnaderna för överprövningsprocessen riskerar att bli högre med dyrare anbud som följd. *Stockholms universitet* (*juridiska fakulteten*), som avstyrker förslaget, ifrågasätter om det är förenligt med den unionsrättsliga likvärdighetsprincipen. *Konkurrensverket* avstyrker att förslagen om ansökningsavgift och processkostnadsansvar införs samtidigt samt att förslaget om processkostnadsansvar införs samtidigt som förslagen om förenkling av de icke-direktivstyrda upphandlingsreglerna. *Förvaltningsrätten i Växjö* anser att förslaget bör utredas vidare. *Kommerskollegium* ifrågasätter om förslaget är förenligt med WTO:s upphandlingsavtal. Flera remissinstanser, bl.a. *SKL Kommentus Inköpscentral, Sveriges offentliga inköpare* och *Transportstyrelsen*, anser att problemet snarare är de långa och oförutsägbara handläggningstiderna i domstol än det höga antalet överprövningsmål.

En minoritet av de remissinstanser som yttrar sig över förslaget, däribland *Arbetsförmedlingen*, *Byggherrarna*, *Energiföretagen*, *Famna*, *Försvarets materielverk*, *Göteborgs kommun*, *Naturvårdsverket*, *Region Värmland* och *Vinnova*, tillstyrker eller är positiva till det. Som skäl anförs sammanfattningsvis att förslaget bedöms leda till färre överprövningar, att båda parter kan få ersättning för sina rättegångskostnader samt att förslaget främjar innovation och dialog.

Skälen för utkastets bedömning

Utgångspunkter för bedömningen

Både Överprövningsutredningen och Förenklingsutredningen har haft i uppdrag att, vid sidan av ansökningsavgiften, utreda och analysera förutsättningarna för att införa ett ömsesidigt processkostnadsansvar i överprövningsprocessen. Förenklingsutredningen har även haft i uppdrag att lämna författningsförslag i denna del.

Inledningsvis kan konstateras att i likhet med vad som tidigare anförts om förslaget om införande av en ansökningsavgift (se avsnitt 7.1) skulle ett införande av ett ömsesidigt processkostnadsansvar innebära en förhållandevis stor inskränkning av rätten till en kostnadsfri domstolsprövning av myndighetsbeslut. Inte heller detta förslag bör därför genomföras om det inte leder till färre obefogade överprövningar utan att leverantörernas rättssäkerhet påverkas alltför negativt. I sammanhanget bör även beaktas i vilken utsträckning ett processkostnadsansvar skulle kunna ha en återhållande effekt på de upphandlande myndigheternas ambitioner att använda den offentliga upphandlingen som ett strategiskt verktyg för att både göra goda affärer och uppnå andra samhälleliga mål.

Fördelar med ett processkostnadsansvar

Som båda utredningarna framhåller i sina respektive betänkanden, skulle ett ömsesidigt processkostnadsansvar sannolikt leda till en minskning av antalet mål om överprövning. Leverantörerna skulle då behöva väga risken

för att behöva betala motpartens rättegångskostnader mot möjligheten att nå framgång med en överprövning innan de tar ställning till om en ansökan ska ges in. Detta skulle sannolikt leda till att leverantörer i vissa fall avstod från att ansöka om överprövning. I linje med vad bl.a. *Nacka kommun* och *Vinnova* anför, är det möjligt att leverantörerna i stället skulle bli mer aktiva under upphandlingsförfarandet och i större utsträckning än i dag skulle påpeka eventuella fel och brister i upphandlingen redan under anbudstiden. Den upphandlande myndigheten eller enheten skulle då ges ett naturligt tillfälle att på egen hand vidta nödvändiga rättelser och på så sätt undvika att upphandlingen begärs överprövad.

Ytterligare en fördel med förslaget är att de skillnader som i dag finns mellan parterna när det gäller möjligheten att få ersättning för rättegångskostnader skulle undanröjas. Enligt praxis har nämligen leverantören under vissa förutsättningar möjlighet att få ersättning för rättegångskostnader i form av skadestånd (20 kap. 20 § andra stycket LOU respektive LUK och 16 kap. 20 § andra stycket LUFS respektive LUK). Någon motsvarande möjlighet finns inte för den offentliga parten. Denna obalans mellan parterna skulle, som bl.a. *Försvarets materielverk* och *Västra Götalandsregionen* framhåller, försvinna i och med förslaget. Som *Stadskontoret* m.fl. anför skulle det vidare vara en processekonomisk fördel att låta rätten ta ställning till frågan om ersättning för rättegångskostnader i samband med att den avgör målet om överprövning, i stället för att leverantören ska behöva väcka en talan om skadestånd vid tingsrätten.

Nackdelar med ett processkostnadsansvar

Det finns emellertid vissa nackdelar med ett ömsesidigt processkostnadsansvar. En sådan ordning skulle i ännu högre grad än en ansökningsavgift, ställa upp ekonomiska hinder i form av en ekonomisk risk vid en ansökan om överprövning. Som både Förenklingsutredningen och en övervägande majoritet av remissinstanserna påpekar får förslaget störst konsekvenser för de små och mindre resursstarka leverantörerna. Mot bakgrund av de förhållandevis stora belopp som skulle kunna komma att dömas ut, är det tänkbart att risken för avslag skulle göra att dessa företag avstår från att ansöka om överprövning även i de fall där det finns goda skäl att förvänta sig bifall till ansökan. I likhet med vad som tidigare anförts ifråga om förslaget om ansökningsavgift (se avsnitt 7.1) kan detta leda till att små och mindre resursstarka leverantörer helt avstår från att delta i upphandlingar, vilket i sin tur skulle påverka konkurrensen negativt och i förlängningen leda till dyrare anbud.

Som bl.a. *Konkurrensverket* framhåller fyller överprövningen även en viktig funktion för att i form av rättspraxis ge vägledning i oklara rättsfrågor. Detta är viktigt inte minst om Förenklingsutredningens förslag till nya regler på det icke-direktivstyrda området genomförs. En minskning av antalet ansökningar från små leverantörer, eller av antalet överprövningar av upphandlingar till låga värden, skulle kunna hämma rättsutvecklingen på området.

Ett ömsesidigt processkostnadsansvar skulle även få ekonomiska konsekvenser för de upphandlande myndigheterna och enheterna. Visserligen avslås ca 70 procent av alla ansökningar, vilket innebär att fördelningen av rättegångskostnaderna kan förväntas falla ut till den offentliga partens

fördel i motsvarande mån. Varje upphandling kan emellertid bli föremål för flera överprövningar och varje mål kan omfatta fler än två parter. I de fall domstolen bedömer att det finns skäl för ingripande eller ogiltighet, kan rättegångskostnaderna för en och samma upphandling därmed komma att uppgå till betydande och kännbara belopp även för den offentliga parten.

Några remissinstanser, bl.a. *Vinnova*, menar vidare att en minskad risk för överprövning leder till att upphandlande myndigheter och enheter i större utsträckning vågar pröva strategisk upphandling, inklusive innovationsupphandling. Förenklingsutredningen bedömer dock att förslaget, tillsammans med förslaget om ansökningsavgift, kan förväntas minska antalet mål om överprövningar med endast 15 procent. Det är tveksamt om en så pass liten skillnad kan få den effekt som Vinnova m.fl. gör gällande. I enlighet med vad ett stort antal remissinstanser, bl.a. *Advokatfirman Cederquist*, *Svenskt näringsliv* och *Trafikverket*, befarar är det tvärtom mer troligt att förslaget bromsar utvecklingen av den offentliga upphandlingen, åtminstone när det gäller upphandlande myndigheter och enheter med en mindre omfattande upphandlingsbudget. I stället för att utnyttja alla de möjligheter som upphandlingsregelverket medger, kan rädslan för höga och oförutsägbara rättegångskostnader leda till att upphandlande myndigheter och enheter i stor utsträckning väljer enkla och väl beprövade upphandlingsförfaranden. En sådan utveckling skulle motverka regeringens politik för att främja innovationer och alternativa lösningar genom strategiska upphandlingar (Nationella upphandlingsstrategin s. 18).

Ytterligare en nackdel med förslaget är att överprövningsprocessen skulle belastas med nya och komplicerade rättsfrågor vilka skulle ta såväl parternas som rättens resurser i anspråk. Som bl.a. *Förvaltningsrätten i Stockholm*, *Förvaltningsrätten i Malmö* och *Upphandlingsmyndigheten* pekar på, är det inte alltid enkelt att avgöra vilken part som vunnit målet eller hur en eventuell tredje parts kostnader ska hanteras. Frågan om vilka kostnader som kan anses skäliga samt hur kostnaderna ska fördelas mellan parterna kan därför antas medföra både ökad skriftväxling och längre handläggningstider. Det kan även tänkas att måltillströmning i kammarrätten ökar till följd av överklaganden i den del som avser fördelningen av rättegångskostnadsansvaret. En sådan utveckling skulle motverka syftet med förslagen om skyndsamhetskrav och preklusionsfrist (se avsnitt 5.2 och 6.3). Som bl.a. *Almega* befarar kan risken för processkostnadsansvar även leda till att fler parter anlitar juridiska ombud, vilket i sin tur riskerar att driva upp kostnaderna för processen ytterligare, med dyrare anbud som följd.

Ett ömsesidigt processkostnadsansvar bör inte införas

Sammanfattningsvis kan konstateras att förslaget om ett ömsesidigt processkostnadsansvar har både för- och nackdelar. En tydlig fördel är att det sannolikt bidrar till att minska antalet mål om överprövning. Vidare skulle den offentliga parten kunna bli kompenserad för sina kostnader i samband med överprövningen. Samtidigt finns en överhängande risk för att framförallt de små och mindre resursstarka leverantörerna kommer att avstå från att ansöka om överprövning endast av ekonomiska skäl. Den effektivitetsvinst som det minskade antalet överprövningar skulle medföra för de

upphandlande myndigheterna och enheterna på kort sikt, måste också vägas mot dels den hämmande effekt som förslaget på lång sikt kan komma att få på utvecklingen av den strategiska upphandlingen, dels risken för längre och dyrare överprövningsprocesser. Mot denna bakgrund, och i enlighet med vad majoriteten av remissinstanserna anser, görs bedömningen att nackdelarna med förslaget väger tyngre än fördelarna. Ett ömsesidigt processkostnadsansvar bör därför inte införas i överprövningsprocessen.

8 Övriga frågor rörande överprövning

8.1 Reglerna om förlängd avtalsspärr bör inte ändras

Utkastets bedömning: Reglerna om förlängd avtalsspärr i upphandlingslagarna bör inte ändras.

Överprövningsutredningens bedömning överensstämmer med utkastets.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanser som har yttrat sig över bedömningen, däribland *Företagarna*, *Förvaltningsrätten i Uppsala*, *Förvaltningsrätten i Växjö*, *Kammarkollegiet*, *Kammarrätten i Stockholm*, *Kammarrätten i Sundsvall*, *Konkurrensverket*, *Socialstyrelsen*, *Jönköpings kommun*, *Svenskt näringsliv* och *Trafikverket*, delar eller har inga invändningar mot den. *Säkerhetspolisen* och *Nacka kommun* anser att den förlängda avtalsspärren bör ersättas med en möjlighet för domstolen att fatta interimistiska beslut om att avtal inte får ingås. *Kammarrätten i Jönköping* anser att en förlängd avtalsspärr i kammarrätten skulle förenkla kammarrättens handläggning. *Kammarrätten i Göteborg* är av samma uppfattning och tillägger att en sådan ordning även skulle gynna små leverantörer utan juridiska ombud.

Skälen för utkastets bedömning: Utredningen har haft i uppdrag att analysera i vilken omfattning den förlängda avtalsspärren i 20 kap. 8 § LOU respektive LUF och 16 kap. 8 § LUFS respektive LUK ska gälla.

Som redogörs för i avsnitt 4.4.2, upphör möjligheten att få en upphandling överprövad när den upphandlande myndigheten eller enheten ingår avtal med en leverantör. Ett avskaffande av den förlängda avtalsspärren skulle därför innebära en återgång till den ordning som gällde tidigare när förvaltningsrätten, för att möjliggöra en överprövning, behövde fatta interimistiska beslut om att avtal inte får ingås (prop. 2009/10:180 s. 121–125). Detta innebär, som *Säkerhetspolisen* och *Nacka kommun* påpekar, att en skadebedömning då måste göras i varje enskilt fall. Eftersom skadebedömningen i de flesta fall torde falla ut till sökandens fördel (se RÅ 2003 ref. 64 samt jfr även HFD 2020 ref. 19 och 2017 ref. 60), skulle dock en sådan ordning inte leda till att problemet med stoppade upphandlingar minskade i någon större utsträckning. Med hänsyn till mängden mål i första instans skulle handläggningen av de interimistiska besluten vidare skapa ett relativt stort merarbete för förvaltningsrätterna. Mot denna bakgrund framstår den nuvarande ordningen med en förlängd avtalsspärr som

ändamålsenlig och effektiv. Den förlängda avtalsspärren bör därför, i likhet med vad utredningen har bedömt, kvarstå i befintlig omfattning i förvaltningsrätten.

Utredningen har vidare övervägt om den förlängda avtalsspärren ska gälla även under kammarrättens prövning. Både för- och nackdelarna med en sådan ordning i kammarrätten är i princip desamma som i förvaltningsrätten. En ordning med förlängd avtalsspärr i kammarrätten skulle för det första innebära att kammarrätterna inte behöver lägga resurser på att ta ställning till interimistiska yrkanden. För det andra skulle den, som bl.a. *Kammarrätten i Göteborg* anför, sannolikt även underlätta för de leverantörer som överklagar förvaltningsrättens avgörande i rätt tid men som inte känner till att de måste framställa interimistiska yrkanden. Nackdelen är att vissa upphandlingar skulle riskera att stoppas under längre tid än vad som är fallet i dag när domstolen prövar varje yrkande om interimistiskt förordnande för sig. Detta skulle i sin tur riskera att skapa förseningar i de upphandlande myndigheternas och enheternas verksamheter med följden att samhällsviktiga behov inte kan tillgodoses i rimlig tid. Den ordning som gäller i dag, med en förlängd avtalsspärr i första instans som inträder automatiskt till förmån för den sökande leverantören och möjligheten att framställa interimistiska beslut i andra instans till förmån för den upphandlande myndigheten eller enheten, framstår mot denna bakgrund som väl avvägd. Med hänsyn härtill, och i likhet med vad utredningen och majoriteten av remissinstanserna anser, bör en förlängd avtalsspärr i kammarrätten inte införas.

8.2 Ett ingående av avtal bör även i fortsättningen förhindra överprövning av en upphandling

Utkastets bedömning: Ett ingånget avtal bör även i fortsättningen förhindra överprövning av en upphandling.

Överprövningsutredningens bedömning överensstämmer utkastets.

Remissinstanserna: Samtliga remissinstanser som har yttrat sig över bedömningen, bl.a. *Företagarna*, *Förvaltningsrätten i Uppsala*, *Jönköpings kommun*, *Kammarkollegiet*, *Kammarrätten i Sundsvall*, *Konkurrensverket*, *Socialstyrelsen*, *Svenskt näringsliv* och *Trafikverket*, delar eller har ingen invändning mot den.

Skälen för utkastets bedömning: Som det redogörs för i avsnitt 4.4.2, får en överprövning av en upphandling inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör (20 kap. 6 § andra stycket LOU respektive LUF och 16 kap. 6 § andra stycket LUFS respektive LUK). Leverantörerna har i en sådan situation i stället möjlighet att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet. Om rätten ogiltigförklarar ett avtal anses det medföra att det eventuella tilldelningsbeslut som föregår avtalet inte längre gäller. Det tilldelningsbeslut som senare meddelas kan i stället överprövas i vanlig ordning (prop. 2009/10:180 s. 150 och 151.).

Utredningen har bl.a. haft i uppdrag att analysera om en domstol ska kunna överpröva en upphandling trots att ett avtal har ingåtts. Som utred-

ningen konstaterar förefaller det inte medföra några effektivitetsvinster att låta domstolen, inom ramen för en överprövning av ett avtals giltighet, även överpröva upphandlingen. Det finns således inte något behov av att inom ramen för ett mål om överprövning av ett avtals giltighet ge domstolen möjlighet att förordna om att upphandlingen ska göras om eller rättas. Ett ingående av avtal bör därför även i fortsättningen förhindra en överprövning av en upphandling.

8.3 Temporär direktupphandling

Utkastets bedömning: Det bör inte införas en ny möjlighet att upphandla utan föregående annonsering med anledning av att en tidigare annonserad direktivstyrd upphandling har blivit stoppad i en överprövningsprocess.

Det bör inte i lag exemplifieras vilka omständigheter som en upphandlande myndighet eller enhet kan förväntas förutse och som därför inte får åberopas till stöd för ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Överprövningsutredningens bedömning och förslag överensstämmer delvis med utkastets bedömning. Utredningens bedömning att det inte bör införas en ny möjlighet att upphandla utan föregående annonsering (s.k. direktupphandling) under en pågående överprövning omfattar både direktivstyrda och icke-direktivstyrda upphandlingar. Vidare föreslår utredningen att det i lag ska ges exempel på sådana omständigheter som en upphandlande myndighet eller enhet har kunnat förutse och som därför inte kan läggas till grund för ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanser som yttrar sig i denna del, däribland *Förvaltningsrätten i Umeå*, *Justitiekanslern*, *Kammarkollegiet*, *Trafikverket*, *Socialstyrelsen* och *Umeå kommun*, tillstyrker eller har inga synpunkter på bedömningen och förslaget. *Försvarets materielverk* och *Göteborgs kommun* tillstyrker förslaget att ge exempel i lag på sådana omständigheter som en upphandlande myndighet eller enhet bör kunna förutse. Remissinstanserna anser dock att möjligheterna att direktupphandla varor och tjänster under tröskelvärdena bör utökas. *Skatteverket* tillstyrker förslaget och anser att direktupphandling ska tillåtas även i de fall tidsfristen för målens avgörande ännu inte har löpt ut. *Advokatfirman Lindahl* anser att det bör vara möjligt att genomföra temporära direktupphandlingar när det är nödvändigt för att utföra en tjänst av allmänt intresse. *Riksdagens ombudsmän (JO)*, *Förvaltningsrätten i Göteborg*, *Förvaltningsrätten i Stockholm*, *Förvaltningsrätten i Uppsala*, *Kammarrätten i Jönköping* och *Kammarrätten i Sundsvall*, avstyrker eller är tveksamma till förslaget. Förvaltningsrätterna i Stockholm och Göteborg är dock positiva till en möjlighet att direktupphandla för att täcka nödvändiga behov under en överprövning av upphandlingar under tröskelvärdena. Ett flertal remissinstanser, däribland *Konkurrensverket*, *Region Stockholm* och *Polismyndigheten*, har även synpunkter på förslagets lagtekniska utformning. *Stockholms universitet (juridiska fakulteten)* anser att

utredningens förslag bör utredas ytterligare för att säkerställa att det inte strider mot unionsrätten.

Skälen för utkastets bedömning

Någon temporär direktupphandling på det direktivstyrda området bör inte införas

Av 6 kap. 15 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om det är absolut nödvändigt och synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, gör det omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Motsvarande bestämmelser finns i 6 kap. 8 § LUF och 4 kap. 4 § första stycket 3 LUFS. Dessa bestämmelser genomför i princip ordagrant artikel 32.2 c i LOU-direktivet, artikel 50 d i LUF-direktivet och artikel 28.1 d LUFS-direktivet.

Uppräkningen i direktiven av de situationer då förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas är uttömmande. Som utredningen och majoriteten av remissinstanserna konstaterar är det därför inte möjligt att för direktivstyrda upphandlingar införa en ny möjlighet att använda ett sådant förfarande när en upphandling överprövas. När det gäller de icke-direktivstyrda upphandlingarna föreslår emellertid Förenklingsutredningen att det ska införas en särskild möjlighet till direktupphandling när en upphandling överprövas, s.k. täckningsköp (SOU 2018:44 s. 356–360). Den frågan bereds vidare i annan ordning inom Regeringskansliet tillsammans med de övriga förslag i Förenklingsutredningen som inte berörs i detta utkast till lagrådsremiss.

Bestämmelserna om undantaget för synnerlig brådska bör inte ändras

Överprövningsutredningen föreslår att det i anslutning till regeln om undantaget från annonsering vid synnerlig brådska, ska anges att en omständighet som den upphandlande myndigheten eller enheten ska anses ha kunnat förutse är att en upphandling blir överprövad och att överprövning sker i en instans. Enligt utredningen skulle en sådan regel bidra till en mer ändamålsenlig tillämpning av undantaget vid synnerlig brådska.

Det finns inte någon praxis från EU-domstolen som behandlar frågan om hur undantaget för synnerlig brådska i upphandlingsdirektiven ska tolkas i den situationen att en upphandlande myndighet eller enhet hamnar i tidsnöd på grund av överprövning i domstol. Det kan dock konstateras att Högsta förvaltningsdomstolen i avgörandet HFD 2019 ref. 65 ansåg att en utdragen överprövningsprocess kan vara en sådan oförutsedd omständighet som gör att förutsättningarna för direktupphandling är uppfyllda. I det aktuella målet hade upphandlingen påbörjats ungefär 16 månader före ett den tidpunkt då det befintliga ramavtalet skulle upphöra, vilket enligt domstolen var tillräckligt god framförhållning. Någon närmare vägledning i fråga om hur mycket tid som i allmänhet bör avsättas för överprövning ges emellertid inte i avgörandet.

Utredningens förslag om exemplifiering av oförutsedda omständigheter hänger samman med förslaget om en tidsfrist på 90 dagar för målen avgörande. Indirekt innebär förslaget alltså att den upphandlande myndigheten

eller enheten ska kunna förvänta sig att överprövningen tar högst 90 dagar från det att ansökan kom in till domstolen. Som föreslås i avsnitt 5.2 ska mål om överprövning av en upphandling handläggas skyndsamt. En tidsfrist för målens avgörande bedöms däremot inte vara en lämplig åtgärd. Handläggningstiden beror ju inte bara på domstolen, utan även på målets karaktär och komplexitet i övrigt. Mot denna bakgrund är det inte heller lämpligt att i lag föreskriva hur många instanser som en upphandlande myndighet eller enhet ska behöva räkna med att målet prövas i. Såsom *Kammarrätten i Jönköping* påpekar bör det även i fortsättningen vara en fråga för rättstillämpningen att i varje enskilt fall avgöra vad den upphandlande myndigheten borde ha kunnat förutse ifråga om överprövning av upphandlingen.

8.4 Tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet

Utkastets förslag: När en upphandlande myndighet eller enhet har publicerat en icke-direktivstyrd efterannons i en registrerad annonsdatabas, ska ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att annonsen publicerades.

Skälen för utkastets förslag

Huvudregeln enligt 20 kap. 17 § LOU respektive LUF och 16 kap. 17 § LUK respektive LUFS är att en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Om Europeiska kommissionen har publicerat en efterannons ska dock ansökan ges in inom 30 dagar från publicering. Detsamma gäller om den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av de upplysningar som anges i 12 kap. 13 § LOU respektive LUF, 10 kap. 13 § LUK och 10 kap. 10 § LUFS (skälen för beslutet m.m.). Bestämmelserna genomför artikel 2 f) i ändringsdirektivet och artikel 62 i LUFS-direktivet, men gäller även för icke-direktivstyrda upphandlingar (se prop. 2009/10:180 s. 168–170 och prop. 2010/11:150 s. 308).

Vid tidpunkten för reglernas tillkomst var det endast obligatoriskt att efterannonsera resultatet av direktivstyrda upphandlingar. Från och med den 1 januari 2021 är de upphandlande myndigheterna och enheterna skyldiga att även efterannonsera resultatet av icke-direktivstyrda upphandlingar (prop. 2018/19:142 s. 25 och 26). Efterannonserna ska publiceras i annonsdatabaser som är registrerade enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik. De icke-direktivstyrda efterannonserna ska i allt väsentligt innehålla samma information som de direktivstyrda, bl.a. ska uppgift om vinnande leverantör och tidpunkt för ingående av kontrakt eller ramavtal lämnas (14 c § upphandlingsförordningen). Den ökade öppenheten kring icke-direktivsstyrda upphandlingar som de nya kraven på efterannonsering innebär, stärker rättssäkerheten för leverantörerna och ökar deras möjlig-

heter att få giltigheten av ett avtal under tröskelvärdena prövat i domstol. Samtidigt är ogiltigförklaring av ett avtal en mycket ingripande åtgärd. Upphandlande myndigheter och enheter bör därför vid någon tidpunkt kunna vara säkra på att ett avtal som slutits inte kan komma att förklaras ogiltigt. Mot bakgrund av den nya skyldigheten att efterannonsera även icke-direktivstyrda upphandlingar i registrerade annonsdatabaser bör tidsfristerna ändas. Tidsfristen för att ansöka om överprövning av en icke-direktivstyrd upphandling som har efterannonserats, bör därför förkortas till 30 dagar från publicering av efterannonsen i den registrerade annonsdatabasen.

9 Skadestånd

9.1 Ersättning för rättegångskostnader

Utkastets bedömning: Rättegångskostnader bör inte undantas från en upphandlade myndighets eller enhets skadeståndsskyldighet enligt upphandlingslagstiftningen.

Överprövningsutredningens förslag överensstämmer inte med utkastets bedömning. Utredningen föreslår att rättegångskostnader i överprövningsmål inte ska kunna utgöra en ersättningsgill skada enligt upphandlingslagstiftningen.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanser som yttrar sig över förslaget, däribland *Almega, Försvarets materielverk, Förvaltningsrätten i Stockholm, Förvaltningsrätten i Uppsala, Kammarrätten i Göteborg*, *Kammarrätten i Sundsvall, Konkurrensverket*, *Sveriges Kommuner och Regioner* och *Svenskt näringsliv*, tillstyrker eller har inget att invända mot det. Som skäl anför de bl.a. att rådande ordning skapar en obalans mellan parterna och verkar processdrivande. Enligt *SKL Kommentus Inköpscentral* riskerar obalansen att hämma upphandlingsverksamheten, eftersom upphandlande myndigheter måste ta hänsyn till risken för en skadeståndstalan vid bedömningen av om invändningar från en leverantör ska beaktas eller inte. *Förvaltningsrätten i Linköping* och *Läkemedelsindustriföreningen* ifrågasätter rimligheten i att en leverantör aldrig ska kunna få ersättning för sina processkostnader. *Konkurrenskommissionen,* som avstyrker förslaget*,* och *Stockholms universitet (juridiska fakulteten)* befarar att utredningens förslag strider mot EU-rätten. Enligt *Sveriges advokatsamfund* och *Advokatfirman Delphi*, som båda avstyrker förslaget, är skadeståndsmål om processkostnader ovanliga och det kan enligt dem därför ifrågasättas om obalansen mellan parterna är ett reellt problem.

Skälen för utkastets bedömning

Rättsmedelsdirektivens regler om skadestånd

Enligt 20 kap. 20 § LOU respektive LUF och 16 kap. 20 § LUK respektive LUFS ska en upphandlande myndighet eller enhet som inte har följt upphandlingsregelverket ersätta den skada som därigenom har uppkommit för

en leverantör. Bestämmelserna om skadestånd genomför artikel 2.1 c i första rättsmedelsdirektivet samt artiklarna 2.1 d och 2.7 i andra rättsmedelsdirektivet. I direktiven preciseras inte villkoren för skadeståndsskyldigheten. I stället ankommer det på varje medlemsstat att i sin rättsordning ange de kriterier som gör det möjligt att fastställa och beräkna skadestånd vid överträdelser av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling.

Enligt EU-domstolen är de upphandlingsrättsliga bestämmelserna om skadestånd en konkretisering av principen om statens ansvar för skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelser av unionsrätten som kan tillskrivas staten. Principen är enligt domstolens praxis en inneboende del av unionens rättsordning och innebär att en enskild har rätt till skadestånd när tre förutsättningar är uppfyllda. För det första ska syftet med den unionsbestämmelse som har överträtts vara att ge enskilda rättigheter. För det andra ska överträdelsen vara tillräckligt klar. För det tredje ska det finnas ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och den skada som den enskilde har lidit.

I enlighet med den EU-rättsliga principen om processuell autonomi har medlemsstaterna stor frihet att utforma sina processrättsliga regler. Förfarandet vid den nationella domstolen måste dock utformas med beaktande av likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen. Likvärdighetsprincipen innebär att de processuella regler som tillämpas i dessa mål inte får vara mindre förmånliga än de som avser en liknande talan grundad i renodlad nationell rätt. Effektivitetsprincipen innebär att förfarandet inte får utformas på ett sådant sätt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som tillkommer en enskild enligt unionsrätten (se EU-domstolens mål C-568/08, Combinatie Spijker, EU:C:2010:751, punkterna 85–90 och de avgöranden som det hänvisas till i målet).

Möjligheten till skadestånd för rättegångskostnader enligt praxis

Eftersom utgångspunkten i den svenska förvaltningsprocessen är att vardera parten står sina egna rättegångskostnader, var det under lång tid en utbredd uppfattning att sådana kostnader inte omfattades av de upphandlingsrättsliga skadeståndsreglerna. Genom Högsta domstolens avgörande i NJA 2013 s. 762 (Fidelia) klargjordes emellertid att ersättning kan utgå för sådana kostnader. Domstolen fann i det målet att den kostnad som en anbudsgivare hade haft genom att framgångsrikt driva en överprövningsprocess kan utgöra en ersättningsgill skada. Enligt domen hade skadan ett så nära samband med upphandlingsfelet att den i allmänhet bör anses ha uppkommit genom överträdelsen av lagens bestämmelser. Enligt domstolen skulle frånvaron av en möjlighet för en anbudsgivare att, efter en framgångsrik ansökan om överprövning, få ersättning för skäliga rättegångskostnader som skadestånd kunna avhålla en sådan från att ansöka om överprövning. Ändamålsskäl ansågs därför tala för att en sådan rätt borde finnas.

Högsta domstolen har därefter i NJA 2018 s. 1127 (FMV:s upphandling) närmare preciserat i vilka situationer en leverantörs rättegångskostnader i ett överprövningsmål kan utgöra en ersättningsgill skada enligt upphandlingslagstiftningen. Domstolen uttalar där att syftet med rättsmedelsdirektivens regler om skadestånd är dels att den som lider skada på grund av ett

upphandlingsfel ska få skadan reparerad, dels att det EU-rättsliga upphandlingsregelverket ska få fullt genomslag på nationell nivå och att liknande överträdelser inte ska upprepas. Överprövning är det primära rättsmedlet i direktiven enligt Högsta domstolen. Genom överprövningen ska den skada som en överträdelse av upphandlingsreglerna skulle kunna ge upphov till normalt avvärjas. Möjligheten till skadestånd fyller därför enligt domstolen främst en funktion i de speciella situationer där unionsrättens fulla genomslag och den enskildes tillgång till effektiva rättsmedel annars inte skulle kunna garanteras (se punkterna 19–21 i domen).

Mot denna bakgrund konstaterar Högsta domstolen i 2018 års fall att en leverantörs rättegångskostnader visserligen kan ersättas som skadestånd om leverantören vinner framgång i förvaltningsprocessen. Detta gäller dock bara om leverantören – som en följd av omständigheter som den inte själv kan lastas för – inte får möjlighet att tilldelas kontraktet. Detsamma bör enligt Högsta domstolen kunna gälla om förvaltningsdomstolen beslutar att upphandlingen ska göras om, men leverantören inte ges möjlighet att delta i ett nytt upphandlingsförfarande. Enligt domstolen är det i dessa fall fråga om situationer där upphandlingsreglernas genomslag och den enskildes rätt till effektiva rättsmedel påkallar att skadestånd för överprövningskostnader kan dömas ut. Varken EU-rätten eller nationell rätt kan dock enligt Högsta domstolen anses kräva att en leverantör mera generellt tillerkänns ersättning för sina kostnader för att få ett upphandlingsfel rättat (se punkterna 30–32 i domen).

Rätten till skadestånd för rättegångskostnader bör inte begränsas i lag

Rätten till skadestånd för rättegångskostnader i samband med mål om överprövning tillkommer enligt rättsmedelsdirektiven leverantörerna. Någon motsvarande möjlighet för en upphandlande myndighet eller enhet att få sina rättegångskostnader ersatta av leverantören finns inte i upphandlingslagstiftningen. Överprövningsutredningen, liksom en majoritet av remissinstanserna, anser att denna obalans mellan parterna bör justeras genom att leverantörernas rätt till skadestånd för rättegångskostnader begränsas i lag. Enligt utredningen innebär en sådan begränsning inte att det blir omöjligt eller orimligt svårt för en leverantör att få till stånd en överprövning av en upphandling, varför förslaget inte kan anses strida mot de EU-rättsliga principerna om effektivitet och likvärdighet (avsnitt 5.4.3 i betänkandet).

Som framgår ovan har dock Högsta domstolen klargjort att en leverantörs rätt till skadestånd i vissa situationer även bör omfatta kostnaderna för en process i ett överprövningsmål (NJA 2018 s. 1127) just med hänsyn till de krav som följer av rättsmedelsdirektiven. En lagregel som helt begränsar möjligheten till ersättning för rättegångskostnader kan därför komma att strida mot rättsmedelsdirektivens bestämmelser om skadestånd och den unionsrättsliga effektivitetsprincipen. Det förhållandet att en offentlig part i ett överprövningsmål inte kan få sina rättegångskostnader ersatta innebär visserligen en viss obalans mellan parterna. I sammanhanget bör dock framhållas att sedan Överprövningsutredningen överlämnade sitt betänkande har Högsta domstolen i sin praxis preciserat att rätten till skadestånd endast avser vissa specifika situationer. Någon generell rätt för en leverantör att få sina rättegångskostnader ersatta vid bifall till en ansökan om

överprövning finns alltså inte. Mot denna bakgrund, och i linje med vad bl.a. *Konkurrenskommissionen, Stockholms universitet (juridiska fakulteten)* och *Sveriges advokatsamfund* anför, bör rättegångskostnader i upphandlingsmål även i fortsättningen kunna utgöra en ersättningsgill skada. Det bör överlämnas åt de allmänna domstolarna att närmare pröva i vilka situationer sådan ersättning kan medges.

9.2 Fristen för att ansöka om skadestånd bör anpassas till EU-rätten

Utkastets förslag: Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att ett avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. Om ett avtal har förklarats ogiltigt, ska dock talan om skadestånd alltid få väckas inom ett år från den tidpunkt då avgörandet fick laga kraft.

Överprövningsutredningens förslag överensstämmer delvis med utkastets. Utredningens förslag omfattar varken icke-direktivstyrda upphandlingar eller upphandling av koncessioner. Vidare är utredningens lagtext något annorlunda utformad.

Remissinstanserna: Majoriteten av de remissinstanser som yttrar sig över förslaget, däribland *Försvarets materielverk*, *Kammarkollegiet*, *Konkurrensverket*, *Skatteverket*, *Socialstyrelsen*, *Svenskt näringsliv*, *Sveriges advokatsamfund* och *Sveriges Kommuner och Regioner*, tillstyrker eller har inga invändningar emot det. Flera remissinstanser, bl.a. *Konkurrensverket*, anser att om förslaget genomförs bör det även omfatta icke-direktivstyrda upphandlingar. *Region Stockholm* och *Västra Götalandsregionen* avstyrker förslaget och menar att förhållandet mellan skadeståndsreglerna i upphandlingslagstiftningen och i skadeståndslagen (1972:207) bör utredas närmare innan förslaget genomförs. Även *Advokatfirman Lindahl* avstyrker förslaget och efterfrågar en djupare analys av EU-domstolens praxis och vad EU-rätten kräver när det gäller tidsfrister i samband med talan om skadestånd. *SKL Kommentus Inköpscentral* menar att fristen, för att få genomslag, bör kompletteras med en regel som innebär att upphandlingslagarna exklusivt reglerar möjligheten till skadestånd i samband med offentlig upphandling.

Skälen för utkastets förslag

Fristen bör anpassas till EU-domstolens praxis

Enligt upphandlingslagarna måste en 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 genom ett avgörande som har fått laga kraft (se 20 kap. 21 § LOU respektive LUF och 16 kap. 21 § LUK respektive LUFS). Med avtal ska i detta sammanhang förstås ett civilrättsligt giltigt avtal (prop. 2009/10:180 s. 172 och 173.). Några särskilda regler för när en talan om skadestånd till följd av överträdelser av upphandlingsreglerna ska

väckas finns inte i rättsmedelsdirektiven, utan den frågan har överlåtits åt medlemsländerna att reglera på egen hand. EU-domstolen har emellertid uttalat att det, enligt artikel 1.1 i första rättsmedelsdirektivet, krävs att fristen för att ansöka om prövning i syfte att erhålla skadestånd ska räknas fr.o.m. den dag då sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om överträdelsen (se EU-domstolens mål Uniplex, C-406/08, EU:C:2010:45, punkten 35, jfr även MedEval, C-166/14, EU:C:2015:779, punkten 46).

I likhet med utredningen, och till skillnad från vad *Advokatfirman Lindahl* anser, görs här bedömningen att det följer av EU-domstolens rättspraxis att fristen ska beräknas på sätt som nyss angivits även om den föregåtts av ett annonserat förfarande. Redan EU-domstolens praxis talar därför med styrka för att lagen bör ändras i nu aktuellt avseende. Det kan vidare konstateras att en majoritet av remissinstanserna tillstyrker förslaget. Fristen för att väcka en skadeståndstalan enligt upphandlingslagarna bör därför justeras i enlighet med EU-domstolens praxis. Det förhållandet att en leverantör, som bl.a. *Region Stockholm* uppmärksammar, i vissa fall eventuellt skulle kunna ha rätt till skadestånd enligt skadeståndslagen med anledning av fel begångna i samband med en offentlig upphandling talar inte i sig mot en sådan ändring.

Den nya fristen bör omfatta alla upphandlingar

Nästa fråga är då om justeringen av fristen ska avse alla upphandlingar eller endast direktivstyrda sådana. Överprövningsutredningens förslag omfattar bara direktivstyrda upphandlingar. För de icke-direktivstyrda upphandlingarna ska enligt förslaget en frist om ett år från avtalets ingående även fortsättningsvis gälla. Utredningen motiverar sitt ställningstagande i denna del med att det endast är de direktivstyrda upphandlingarna som omfattas av ett krav på efterannonsering. Den 1 januari 2021 träder emellertid nya bestämmelser i kraft enligt vilka det blir obligatoriskt för upphandlande myndigheter och enheter att annonsera resultatet av icke-direktivstyrda upphandlingar (se prop. 2018/19:142 s. 25 och 26). Som bl.a. *Konkurrensverket* påpekar skulle det vidare innebära en principiell nyordning i upphandlingslagstiftningen att ha olika regler om skadestånd för direktivstyrda respektive icke-direktivstyrda upphandlingar. Att behålla den svenska regleringen för sådana upphandlingar under tröskelvärdena som har ett bestämt gränsöverskridande intresse skulle också riskera att strida mot unionsrätten. Mot denna bakgrund bör förslaget omfatta både direktivstyrda och icke-direktivstyrda upphandlingar.

Sedan utredningen lämnade sitt betänkande har lagen om upphandling av koncessioner trätt i kraft. I likhet med övriga upphandlingslagar genomför denna lag EU-direktiv, varför den nu aktuella ändringen även bör omfatta skadeståndstalan vid fel i upphandling av koncessioner.

Fristen för skadestånd när ett avtal har förklarats ogiltigt

Enligt nuvarande reglering gäller en särskild ordning för det fall en domstol har förklarat ett avtal ogiltigt. Fristen för att väcka talan om skadestånd börjar då löpa i samband med att domen får laga kraft. Bestämmelsen har betydelse för bl.a. den vinnande leverantören vars avtal med den upphandlande myndigheten eller enheten har förklarats ogiltigt. Även den lev-

erantören kan nämligen ha rätt till skadestånd för t.ex. kostnader till följd av åtaganden som har gjorts för att fullgöra det kontrakt som sedan har förklarats ogiltigt (prop. 2009/10:180 s. 225 och 226.). För att den vinnande leverantörens möjligheter till skadestånd inte ska försämras, bör den fristregel som i dag gäller i denna situation fortfarande finnas kvar. Om domstolen förklarar ett avtal ogiltigt, bör fristen för att väcka talan om skadestånd således börja löpa tidigast vid den tidpunkt då avgörandet får laga kraft. En sådan regel är både förenlig med EU-rätten och ger även samtliga leverantörer möjlighet att ta del av skälen för rättens avgörande i ogiltighetsmålet innan tidsfristen för talans väckande i skadeståndsmålet löper ut. För att tydliggöra hur de alternativa sätten att beräkna fristen för talans väckande förhåller sig till varandra, föreslås att paragrafen ges en delvis annan utformning än den som föreslås i betänkandet.

Förhållandet mellan skadeståndslagen och upphandlingslagarna

Enligt 3 kap. 2 § skadeståndslagen kan staten eller en kommun bli ersättningsskyldig i anledning av fel eller försummelse vid myndighetsutövning. *SKL Kommentus Inköpscentral* anser att förhållandet mellan denna reglering och upphandlingslagarnas skadeståndsregler framstår som oklart och menar att en tillämpning av skadeståndslagen i anledning av offentlig upphandling kan leda till att några tidsfrister för skadeståndstalan i praktiken inte skulle gälla. Enligt bolaget bör det därför uttryckligen anges att upphandlingslagarna exklusivt reglerar skadeståndsskyldigheten i samband med offentlig upphandling.

Utgångspunkten i svensk rätt är att en skadeståndstalan med stöd av allmänna skadeståndsregler tillåts även när det finns speciallagstiftning som reglerar frågan (se NJA 1983 s. 836). Detta gäller även på upphandlingsområdet (se NJA 2013 s. 909). Det kan här konstateras att detta förhållande såvitt känt är inte har lett till några oönskade konsekvenser. Någon anledning att reglera denna fråga särskilt finns därför inte för närvarande.

10 Annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar

Utkastets förslag: Efterannonsering ska inte behöva göras vid upphandlingar under 100 000 kronor.

Reglerna om efterannonsering ska gälla för samtliga upphandlingar av sådana välfärdstjänster som anges i bilaga 2 a till lagen om offentlig upphandling. Samtliga reglerade annonser om sådana upphandlingar ska publiceras i en registrerad annonsdatabas.

Skälen för utkastets förslag

Upphandlingar under 100 000 kronor ska inte behöva efterannonseras

Enligt 10 kap. 4 § LOU, 10 kap. 5 § LUF, 8 kap. 6 § LUK, 8 kap. 3 § LUFS och 2 § upphandlingsförordningen ska en upphandlande myndighet eller

enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal efterannonsera resultatet av en direktivstyrd upphandling genom Europeiska unionens publikationsbyrå. Den 1 januari 2021 träder nya regler i kraft som innebär att även upphandlingar på det icke-direktivstyrda området ska efterannonseras i annonsdatabaser som är registrerade enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik. Syftet med den nya regleringen är att genom annonser samla in uppgifter om upphandlingar för statistikändamål (prop. 2018/19:142 s. 26). En positiv effekt av regleringen är vidare att allmänhetens insyn i de offentliga upphandlingarna ökar.

En utgångspunkt i arbetet med att skapa bättre statistik på upphandlingsområdet var att insamlingen skulle bygga på information som redan finns registrerad i elektroniska system. Eftersom direktupphandlingar inte annonseras gjordes bedömningen att information om sådana upphandlingar för närvarande inte skulle ingå i statistiken (prop. 2018/19:142 s. 35). Den utformning som reglerna om efterannonsering har kommit att få, kan emellertid tolkas som att skyldigheten att efterannonsera omfattar samtliga upphandlingar oavsett värde. Vidare föreslår Förenklingsutredningen att direktupphandlingsgränsen för sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska höjas upp till tröskelvärdet. Mot denna bakgrund finns skäl att på nytt överväga behovet av efterannonsering av direktupphandlingar.

Såsom redan har konstaterats i förarbetena till reglerna om efterannonsering kan behovet av en enhetlig statistik på upphandlingsområdet väl motivera det merarbete som kravet på efterannonsering medför för de upphandlande myndigheterna och enheterna (jfr bedömningen i prop. 2018/19:142 s. 26). Likväl är det inte rimligt att även upphandlingar till mycket låga värden ska behöva efterannonseras. Av regelverket bör därför framgå en nedre gräns för kravet på efterannonsering.

Både Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket har i sina yttranden över promemorian Ändringar i upphandlingsförordningen och förordningen om kollektivtrafik med anledning av regleringen om upphandlingsstatistik (Fi2020/00495) föreslagit att kravet på efterannonsering bara ska gälla vid upphandlingar över direktupphandlingsgränserna, alternativt vid upphandlingar över 100 000 kronor. Fördelen med det första alternativet är att kravet på efterannonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar då skulle motsvara de krav som gäller för direktivstyrda upphandlingar, vilket skulle skapa ett enhetligt och enkelt regelverk för tillämparna. I lagen om offentlig upphandling förekommer emellertid två olika direktupphandlingsgränser – en för sådana välfärdstjänster som omfattas av bilaga 2 a till lagen och en för övriga varor och tjänster. När det gäller välfärdstjänsterna uppgår direktupphandlingsgränsen till knappt två miljoner kronor, vilket är betydligt högre än den gräns på drygt 600 000 kronor som gäller för övriga upphandlingar. Som ovan nämns föreslår Förenklingsutredningen dessutom att direktupphandlingsgränsen för sociala tjänster och andra särskilda tjänster (inklusive välfärdstjänster) ska höjas upp till tröskelvärdena. Förslaget har fått ett positivt mottagande av främst upphandlande myndigheter och enheter. Om det genomförs kommer emellertid allmänhetens insyn i dessa upphandlingar att minska ytterligare, med följden att behovet av offentliggörande genom efterannonsering ökar. Härtill kommer att uppgifter om direktupphandlingar har ett stort värde ur statistiksynpunkt när det gäller att öka den generella kunskapen om upphandlingar i samhället. Eftersom direktupphandlingar inte

omfattas av något annat annonseringskrav, är efterannonsen den enda möjlighet som finns att samla in uppgifter om sådana upphandlingar för statistikändamål. Detta talar för att efterannonsering i regel bör ske även vid upphandlingar under direktupphandlingsgränserna.

Mot bakgrund av det som anförts ovan framstår det andra alternativet, enligt vilket skyldigheten att efterannonsera bara ska gälla för upphandlingar till ett värde på minst 100 000 kronor, som mer lämpligt. Denna gräns sammanfaller också med den redan existerande skyldigheten för en upphandlande myndighet eller enhet att dokumentera genomförandet av en upphandling som uppgår till minst nämnda belopp (19 kap. 30 § LOU, och LUF samt 15 kap. 20 § LUFS; jfr även 15 kap. 9 § LUK). De uppgifter som enligt 14 c § upphandlingsförordningen ska finnas med i en efterannons, är i allt väsentligt sådana som redan omfattas av dokumentationsplikten (prop. 2013/14:133 s. 24). I det fall en upphandling ska dokumenteras torde det inte innebära något större merarbete att även publicera en efterannons. Kravet på efterannonsering bör därför endast gälla upphandlingar till ett värde om minst 100 000 kronor.

Annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar av välfärdstjänster

Som det redogörs för i föregående avsnitt träder nya regler om annonsering i registrerade annonsdatabaser och om efterannonsering i kraft den 1 januari 2021. Lagändringarna bereddes inom Regeringskansliet genom remittering av bl.a. promemorian Statistik på upphandlingsområdet (Ds 2017:48) och därefter regeringens proposition med samma namn (prop. 2018/19:142). Ungefär samtidigt med denna beredning genomfördes även Välfärdsutredningens förslag om förenklade regler vid upphandling av välfärdstjänster (prop. 2017/18:158 s. 74–78). En konsekvens av den parallella beredningen var att det vid tidpunkten för propositionen saknades fullständigt beredningsunderlag för att göra de nya reglerna om efterannonsering tillämpliga vid icke-direktivstyrda upphandlingar av välfärdstjänster. Utgångspunkten i propositionen om statistik på upphandlingsområdet är emellertid att statistiken ska vara enhetlig och jämförbar, att alla annonser ska publiceras i registrerade annonsdatabaser och att samtliga upphandlingar ska efterannonseras. Något skäl till att upphandlingar av välfärdstjänster under tröskelvärdena ska regleras annorlunda i detta avseende finns inte. Tvärtom är behovet av uppgifter för statistikändamål minst lika angeläget i fråga om sådana upphandlingar som för övriga upphandlingar enligt lagen om offentlig upphandling. Reglerna om publicering av annonser och om efterannonsering bör därför omfatta samtliga upphandlingar av välfärdstjänster enligt bilaga 2 a till lagen om offentlig upphandling.

11 Tidsgränser vid uteslutning av en leverantör

Utkastets förslag: En upphandlande myndighet eller enhet får inte låta en dom som är äldre än fem år ligga till grund för ett beslut om uteslut-

ning av en leverantör på grund av brott enligt lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen om upphandling av koncessioner.

En upphandlande myndighet eller enhet får inte låta händelser som är äldre än tre år ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör på grund av missförhållanden i övrigt enligt lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, lagen om upphandling av koncessioner.

Utkastets bedömning: Det bör inte införas tidsgränser vid tillämpningen av reglerna om uteslutning av leverantör enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Skälen för utkastets förslag och bedömning

Uteslutning på grund av brott eller missförhållanden i övrigt

Enligt 13 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om den får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för vissa i paragrafen angivna brott (obligatoriska uteslutningsgrunder). När det gäller missförhållanden i övrigt får myndigheten, enligt 13 kap. 3 § LOU, även utesluta en leverantör som t.ex. är i konkurs, har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen eller ingått någon form av konkurrenssnedvridande överenskommelse (frivilliga uteslutningsgrunder). Innan myndigheten beslutar att en leverantör ska uteslutas måste den, enligt 13 kap. 4 § LOU, ge leverantören tillfälle att yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör grund för uteslutning. Om leverantören kan visa att den har vidtagit vissa i paragrafen angivna åtgärder (självrättelser) får uteslutning, enligt 13 kap. 5 § LOU, inte ske. Ett beslut om uteslutning får, enligt 13 kap. 7 § LOU, fattas när som helst under upphandlingsförfarandet. Motsvarande bestämmelser finns i 13 kap. 1, 3–7 §§ LUF, och 11 kap. 1, 3–7 §§ LUK. Bestämmelserna genomför artikel 57.1, 57.4 första stycket, 57.6 och 57.7 första meningen i LOU-direktivet, artikel 80.1 LUF-direktivet och artikel 38.4, 38.7 och 38.9 LUK-direktivet. Liknande bestämmelser finns också för upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet (11 kap. 1–3 §§ LUFS och artikel 39 LUFS-direktivet).

Reglerna om uteslutning bör kompletteras med tidsgränser

Enligt artikel 57.7 i LOU-direktivet ska medlemsstaterna i enlighet med lagar och andra författningar samt med hänsyn till unionsrätten fastställa villkoren för tillämpningen av reglerna om uteslutning enligt den aktuella artikeln. Medlemsstaterna ska särskilt fastställa den längsta tillåtna uteslutningsperioden i de fall leverantören inte kan visa att den har vidtagit någon självrättelse. Om denna period inte redan har fastställts i den lagakraftvunna domen, får den inte överstiga fem år från den dag då domen meddelades i de fall som avses i artikel 57.1 LOU-direktivet, respektive tre år från dagen för relevant händelse i de fall som avses i artikel 57.4 samma direktiv. Motsvarande bestämmelser finns i artikel 80.1 LUF-direktivet och i artikel 38.10 LUK-direktivet, men däremot inte i LUFS-direktivet.

Vid genomförandet av 2014 års upphandlingsdirektiv gjorde regeringen bedömningen att bestämmelserna om tidsgränser för uteslutning endast riktar sig till de medlemsstater vars lagstiftning ger utrymme för att i t.ex. en brottmålsdom fastställa att en leverantör eller dess företrädare inte får delta i offentliga upphandlingar under en viss tid. Eftersom någon sådan möjlighet inte finns i svensk rätt ansåg regeringen att dessa regler inte skulle genomföras i upphandlingslagarna. Regeringen hänvisade i stället till den proportionalitetsbedömning som alltid måste föregå ett beslut om uteslutning och erinrade om att tidsaspekten är en viktig faktor vid denna bedömning (prop. 2015/16:195 del 2 s. 738–741).

Efter det att 2014 års upphandlingsdirektiv genomförts i svensk rätt har emellertid EU-domstolen i målet Vossloh Laeis prövat en medlemsstats tillämpning av bestämmelserna om uteslutning i LOU-direktivet (dom Vossloh Laeis, C-124/17, EU:C:2018:855). Av EU-domstolens uttalanden framgår att artikel 57.7 i LOU-direktivet innebär en skyldighet för medlemsstaterna att i sina nationella lagstiftningar fastställa den längsta tillåtna uteslutningsperioden i det fall denna period inte har fastställts i en lagakraftvunnen dom (se punkterna 36–38 i domen). Denna skyldighet får anses gälla oavsett vilka instrument i övrigt som finns i den nationella rättsordningen.

Vidare har Europeiska kommissionen i en formell underrättelse den 25 januari 2019 framfört att Sverige inte har genomfört skyldigheten att precisera den längsta tillåtna uteslutningsperioden enligt artikel 57.7 i LOU-direktivet och 38.10 i LUK-direktivet (överträdelse nr 2018/2279). Regeringen har i sitt svar till kommissionen vitsordat detta förhållande och angett att den tidigare tolkningen av bestämmelserna i artikel 57.7 i LOU-direktivet och 38.10 LUK-direktivet om uttryckliga gränser för fastställande av uteslutningsperiod har omvärderats, bl.a. med anledning av den ovannämnda domen från EU-domstolen (dnr Fi2019/00268).

Mot denna bakgrund, och i enlighet med vad som följer av EU-domstolens praxis, bör reglerna om tidsgränser för uteslutning i artikel 57.7 i LOU-direktivet, artikel 80.1 i LUF-direktivet respektive artikel 38.10 i LUK-direktivet genomföras i svensk lag. I lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och i lagen om upphandling av koncessioner bör det följaktligen tas in en bestämmelse som anger att en upphandlande myndighet eller enhet inte får lägga en dom som är äldre än fem år till grund för ett beslut om uteslutning på grund av brott. Eftersom kravet på uteslutning av leverantören förutsätter att domen har fått laga kraft skulle det visserligen kunna ifrågasättas om tidsgränsen i stället borde räknas från denna tidpunkt. I upphandlingsdirektiven anges dock att tidsgränsen ska räknas från den dag då domen meddelades, varför detta också bör gälla enligt svensk lag. Det bör vidare införas en motsvarande tidsgräns på tre år från den relevanta händelsen för sådana missförhållanden som den upphandlande myndigheten eller enheten får lägga till grund för ett beslut om uteslutning enligt 13 kap. 3 § LOU, 13 kap. 4 § LUF och 11 kap. 4 § LUK. Eftersom bestämmelserna om uteslutning av en leverantör enligt artikel 39 i LUFS-direktivet inte innehåller några tidsgränser, bör en sådan reglering inte heller tas in i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

12 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

Utkastets förslag: Förslagen om skyndsam handläggning, tidsgränser vid beslut om uteslutning av en leverantör och ändringarna av reglerna om annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar ska träda i kraft den 1 januari 2022.

Bestämmelserna om preklusionsfrist ska inte tillämpas i mål om överprövning där ansökan har getts in till förvaltningsrätten före ikraftträdandet.

Bestämmelserna om tidsfrist för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet ska inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

De nya bestämmelserna om tidsfristen för att väcka talan om skadestånd ska inte tillämpas i de fall då tiden för att väcka talan om skadestånd redan har gått ut vid lagens ikraftträdande.

Överprövningsutredningens förslag överensstämmer delvis med utkastets. Utredningen föreslår att ändringarna i upphandlingslagarna ska träda i kraft den 1 januari 2017 samt att preklusionsfristen i kammarrätten och ändringarna i bestämmelserna om tidsfrist för att väcka talan om skadestånd inte ska gälla för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Utredningen lämnar inte några förslag till bestämmelser om annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar av välfärdstjänster, tidsgräns vid uteslutning av en leverantör och tidsfrist för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet och saknar följaktligen övergångsbestämmelser i dessa delar.

Remissinstanserna: Endast ett fåtal remissinstanser har kommenterat förslagen. *Konkurrensverket*, *Kammarrätten i Stockholm* och *Swedish Medtech* anger att de inte har några invändningar mot förslagen. *SKL Kommentus Inköpscentral* och *Trafikverket* bedömer att de föreslagna förändringarna är mycket angelägna och att lagstiftningen bör träda i kraft så snart som möjligt. Bolaget anser vidare att den valda övergångsbestämmelsen är olämplig och kommer att leda till stora tillämpningsproblem på ramavtalsområdet. För upphandlande myndigheter som använder ramavtal skulle det enligt organisationen kunna dröja mycket länge innan utredningens förslag fullt ut kan tillämpas vid upphandlingar som genomförs som förnyade konkurrensutsättningar.

Skälen för utkastets förslag: De flesta författningsförslag syftar till att göra upphandlingsförfarandet enklare och mer effektivt för parterna. Utgångspunkten är att förslagen bör träda i kraft så snart som möjligt. Med beaktande av den tid som krävs för remittering samt för den fortsatta beredningen inom Regeringskansliet och riksdagen bedöms förslagen kunna träda i kraft tidigast den 1 januari 2022. De ändringar som föreslås i upphandlingslagarna är förhållandevis små och kräver endast vissa mindre utbildningsinsatser, men i övrigt inga tekniska åtgärder eller andra anpassningar för parterna eller domstolarna. Den förberedelsetid som återstår fram till ikraftträdandet bör därför vara tillräcklig för såväl parter som domstolar.

När det gäller bestämmelserna om preklusionsfrist är det med hänsyn till parternas rättssäkerhet nödvändigt att samma regler gäller under hela överprövningsprocessen. I likhet med vad Överprövningsutredningen föreslår behövs därför särskilda övergångsbestämmelser i denna del. Något hinder mot att bestämmelserna tillämpas vid överprövning av upphandlingar vilka har påbörjats före ikraftträdandet finns dock inte. Till skillnad från vad utredningen anser, görs här bedömningen att det är tillräckligt att domstolen inte tillämpar bestämmelserna om preklusionsfrist i sådana mål som har inletts vid domstolen före ikraftträdandet.

Utredningen föreslår vidare att ändringen av tidsfristen för att väcka talan om skadestånd inte ska gälla för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella ändringen är emellertid en direkt följd av EU-domstolens praxis och syftar till att säkerställa leverantörernas tillgång till effektiva rättsmedel. Det är därför angeläget att ändringen får genomslag i svensk rätt så fort som möjligt. De nya reglerna om tidsfrist bör därför tillämpas i alla upphandlingar oavsett när upphandlingen påbörjades. De upphandlande myndigheterna och enheterna bör dock kunna räkna med att sådana avtal för vilka fristen redan har löpt ut vid lagens ikraftträdande inte kan bli föremål för en talan om skadestånd.

Ett beslut om uteslutning av en leverantör på grund av brott eller missförhållanden i övrigt får fattas när som helst under upphandlingsförfarandet. Något skäl för särskilda övergångsbestämmelser i denna del finns därför inte. Detsamma gäller ändringarna av de icke-direktivstyrda annonseringsreglerna i lagen om offentlig upphandling.

I fråga om vilka frister som ska gälla vid en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet är det viktigt att det inte råder någon tvekan om vad som gäller. Av rättssäkerhetsskäl bör denna bestämmelse därför inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. *SKL Kommentus Inköpscentral* efterfrågar ett förtydligande vad gäller tidpunkten för en upphandlings påbörjande i fall av avrop från ramavtal genom förnyad konkurrensutsättning. Av praxis från Högsta förvaltningsdomstolen och EU-domstolen följer att en upphandling anses påbörjad 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 (HFD 2013 ref. 31 och Stadt Halle, C-26/03, EU:C:2005:5, punkten 39). I vilken utsträckning avrop efter förnyad konkurrensutsättning kan anses innebära att en ny upphandling har påbörjats är emellertid en fråga som får lösas i rättstillämpningen.

13 Konsekvenser

13.1 Skyndsamhetskrav och preklusionsfrister

För de upphandlande myndigheterna och enheterna innebär förslagen om skyndsamhetskrav och preklusionsfrister att de upphandlingar som har begärts överprövade kan avslutas snabbare. Upphandlande myndigheter och enheter får därmed bättre förutsättningar att planera sin verksamhet och behovet av direktupphandlingar till följd av utdragna överprövningsprocesser kan antas minska. De upphandlande myndigheternas och enheternas kostnader för upphandling kan därigenom antas bli lägre. De föreslagna preklusionsreglerna kan visserligen komma att ställa något högre krav på myndigheternas processföring i förvaltningsrätten. Detta bedöms dock inte medföra några kostnadsökningar av betydelse.

För leverantörerna innebär förslaget om preklusionsfrister något högre krav på förmågan att föra en överprövningsprocess. I vissa fall kan det medföra ett behov av att anlita juridiskt biträde, med ökade kostnader som följd. Den omständigheten att överprövningsprocessen blir snabbare och mer förutsägbar torde dock generellt minska kostnaderna för såväl den sökande leverantören som för övriga leverantörer i en upphandling. Kortare handläggningstider i domstol ger även leverantörerna bättre förutsättningar att planera sin verksamhet, med lägre anbudspriser som följd och ökade möjligheter att kunna stå fast vid sina anbud under hela överprövningsförfarandet. Detta bör särskilt gynna mindre företag som har svårt att erbjuda anbud med lång giltighetstid. Eventuella ökade kostnader för processföringen bör därmed kompenseras av de positiva effekterna av förslagen. En exakt beräkning av kostnader och besparingar för leverantörerna som helhet respektive för leverantörer i olika branscher och av olika storlek är dock mycket svår att göra.

Även om de flesta domstolarna redan handlägger överprövningsmålen med förtur, innebär skyndsamhetskravet att handläggningen av målen måste prioriteras i något högre utsträckning än vad som är fallet i dag. Samtidigt medför förslaget om preklusionsfrist att skriftväxlingen, liksom de frågor som rätten måste ta ställning till i målen, i regel begränsas. Sammantaget bedöms förslagen i förlängningen inte medföra några ökade kostnader för domstolarna. Det kan dock inte uteslutas att det kan uppkomma vissa mindre initiala kostnader för eventuella organisatoriska förändringar och utbildningsinsatser. Dessa kostnader bedöms emellertid rymmas inom ramen för befintliga anslag.

Förslagen bedöms vara förenliga med EU-rätten. Förslagen bedöms inte medföra några effekter för sysselsättningen och inte heller påverka miljön, jämställdheten mellan män och kvinnor eller samhället i övrigt.

13.2 Tidsfristen för talan om skadestånd

För de upphandlande myndigheterna och enheterna innebär förslaget att det inte kommer finnas en bestämd tidpunkt när risken att få betala skadestånd för fel eller brister i en upphandling upphör. Mot bakgrund av bl.a. de nya reglerna om efterannonsering, och möjligheten för den offentliga

parten att genom information till leverantörerna få tidsfristen att börja löpa, bedöms dock risken för ökade kostnader för de upphandlande myndigheterna och enheterna till följd av förslaget som mycket liten.

För leverantörerna innebär förslaget en tidsmässigt ökad möjlighet att väcka talan om skadestånd för fel och brister i en upphandling. Förslaget bedöms inte medföra några ökade kostnader för dem jämfört med den nuvarande regleringen.

För domstolarna får förslaget sannolikt inga större konsekvenser. Mål om skadestånd på grund av fel eller brister i en upphandling är, såvitt kan bedömas, inte särskilt vanligt förekommande. Majoriteten av de leverantörer som har anledning att föra talan om skadestånd torde sannolikt ha deltagit i upphandlingen och därmed också ha kännedom om när det aktuella avtalet ingicks. För dessa kommer fristen att börja löpa i direkt eller nära anslutning till att avtalet sluts. Någon märkbart ökad måltillströmning till följd av att fristen för talans väckande förlängs bör därför inte uppstå. En eventuell ökning bedöms kunna hanteras inom ramen för domstolarnas befintliga anslag.

Förslaget bedöms vara förenligt med EU-rätten. Förslaget bedöms inte medföra några effekter för sysselsättningen och inte heller påverka miljön, jämställdheten mellan män och kvinnor eller samhället i övrigt.

13.3 Annonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar

Förslaget om att begränsa skyldigheten att efterannonsera direktupphandlingar innebär en lättnad i annonseringsreglerna för de upphandlande myndigheterna och enheterna. Förslaget bedöms således inte medföra några ökade kostnader för dessa. För leverantörerna och allmänheten i övrigt innebär förslaget att de flesta kontrakt under 100 000 kronor inte kommer efterannonseras löpande, vilket medför något sämre möjligheter för leverantörerna att ta till vara sin rätt genom en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet. Mot bakgrund av att förslaget endast avser upphandlingar till låga belopp bedöms dock effekterna för leverantörerna bli små.

Förslaget om att även upphandlingar av icke-direktivstyrda välfärdstjänster ska annonseras i registrerade annonsdatabaser, i stället för i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, bedöms inte medföra några extra kostnader för de upphandlande myndigheterna eller enheterna. För leverantörerna innebär förslaget att utbudet av annonser blir mer tillgängligt. Detta gynnar deras möjligheter att både delta i upphandlingar och ta till vara sin rätt genom en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet. Förslaget bedöms inte medföra några ökade kostnader för leverantörerna.

Förslagen bedöms vara förenliga med EU-rätten. Förslagen bedöms inte medföra några effekter för sysselsättningen och inte heller påverka miljön, jämställdheten mellan män och kvinnor eller samhället i övrigt.

13.4 Tidsfristen för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet

För de upphandlande myndigheterna och enheterna samt den vinnande leverantören innebär förslaget att risken för överprövningar av redan ingångna avtal minskar något och därmed även kostnaderna i anslutning till sådana processer. Några ökade kostnader i övrigt till följd av förslaget bedöms inte uppkomma för de upphandlande myndigheterna och enheterna.

För leverantörerna innebär förslaget att tiden för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet efter en icke-direktivstyrd upphandling blir betydligt kortare i de fall myndigheten har publicerat en efterannons i en registrerad annonsdatabas. Samtidigt innebär det nya kravet på efterannonsering av icke-direktivstyrda upphandlingar, som träder i kraft den 1 januari 2021, att insynen för leverantörerna ökar, vilket gynnar deras möjligheter att ta tillvara sin rätt genom överprövning av ett avtals giltighet. Förslaget bedöms därför inte försämra leverantörernas rättssäkerhet i någon större utsträckning. Det bedöms inte heller medföra några ökade kostnader för dem.

Förslaget bedöms vara förenligt med EU-rätten. Förslaget bedöms inte medföra några effekter för sysselsättningen och inte heller påverka miljön, jämställdheten mellan män och kvinnor eller samhället i övrigt.

13.5 Tidsgränser vid uteslutning av en leverantör

Införandet av fasta tidsgränser vid tillämpningen av uteslutningsgrunderna innebär att regelverket blir tydligare och mer förutsägbart för såväl de upphandlande myndigheterna och enheterna som leverantörerna. Några ökade kostnader för parterna med anledning av förslaget bedöms inte uppkomma.

Förslaget syftar till ett korrekt genomförande av 2014-års upphandlingsdirektiv bestämmelser och bedöms således förenligt med EU-rätten. Förslaget bedöms inte medföra några effekter för sysselsättningen och inte heller påverka miljön, jämställdheten mellan män och kvinnor eller samhället i övrigt.

14 Författningskommentar

14.1 Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

12 kap.

25 § *Mål om utlämnade av kontrakt ska handläggas skyndsamt.*

Paragrafen är ny och anger att mål om utlämnande av kontrakt ska handläggas skyndsamt. Förslaget behandlas i avsnitt 5.2.

Föreskriften om skyndsamhet innebär att mål om utlämnande av kontrakt bör handläggas som s.k. förtursmål i domstolarna, jfr 20 § förordningen (1996:380) med kammarrättsinstruktion och 17 § förordningen (1996:382) med förvaltningsrättsinstruktion.

13 kap.

1 a § *En upphandlande myndighet får inte låta en dom som meddelades för mer än fem år sedan ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör enligt 1 §.*

Paragrafen är ny och reglerar tidsgränsen vid uteslutning på grund av brott enligt 1 §. Förslaget behandlas i avsnitt 11.

Paragrafen genomför delvis reglerna om tidsgränser i artikel 57.7 i LOU-direktivet. Paragrafen har ändrats för att överensstämma med EU-domstolens praxis (se domen Vossloh Laeis, C-124/17, EU:C:2018:855). Enligt 1 § ska den upphandlande myndigheten utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen om myndigheten får kännedom om att leverantören, enligt en dom som har fått laga kraft, har gjort sig skyldig till vissa där angivna brott (s.k. obligatorisk uteslutning). Enligt den nu föreslagna bestämmelsen får den upphandlande myndigheten inte låta en dom som är äldre än fem år ligga till grund för ett beslut om uteslutning enligt 1 §. Tiden räknas från dagen då domen meddelades. Den dom som aves är den första domen i vilken domstolen slår fast att det aktuella brottet har begåtts. Om det döms till ansvar för brott först i hovrätten, är det alltså denna dom som avses.

3 a § *En upphandlande myndighet får inte låta händelser som inträffade för mer än tre år sedan ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör enligt 3 §.*

Paragrafen är ny och reglerar tidsgränsen vid uteslutning på grund av sådana missförhållanden i leverantörens verksamhet som anges i 3 §. Paragrafen genomför delvis reglerna om tidsgränser i artikel 57.7 i LOU-direktivet. Paragrafen har ändrats för att överensstämma med EU-domstolens praxis (se domen Vossloh Laeis, C-124/17, EU:C:2018:855). Förslaget behandlas i avsnitt 11.

Enligt 3 § får den upphandlande myndigheten utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen om det framkommer att det finns vissa i paragrafen angivna brister i leverantörens verksamhet, t.ex. att leverantören har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen eller har åsidosatt

tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter. Enligt den nu föreslagna bestämmelsen får den upphandlande myndigheten inte låta sådana händelser som är äldre än tre år ligga till grund för ett beslut om uteslutning enligt 3 §. Förutsättningarna för att utesluta en leverantör enligt 3 § varierar något beroende på vad missförhållandet består i. När det t.ex. gäller uteslutningsgrunden i 3 § 2 b krävs för uteslutning att leverantören står under tvångsförvaltning. Om tvångsförvaltningen har upphört finns inte längre skäl för uteslutning enligt denna grund. Bestämmelserna om tidsgränser får i ett sådant fall inte någon betydelse.

19 kap.

1 § Detta kapitel gäller för

1. upphandling eller projekttävling vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 eller 2 §, och
2. upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 och bilaga 2 a.

För upphandling av tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 a vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § ska dock endast *12, 13 och* 35–39 §§ tillämpas.

I paragrafen regleras kapitlets tillämpningsområde. Förslaget behandlas i avsnitt 10.

Andra stycket har ändrats på så sätt att reglerna om annonsering i 19 kap. 12 och 13 §§ ska tillämpas vid upphandlingar av sådana tjänster som anges i bilaga 2 a vars värde beräknas understiga tillämpligt tröskelvärde.

12 § En upphandlande myndighet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska genom en annons informera om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks (efterannons).

Trots första stycket får myndigheten vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem eller av kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 och bilaga 2 a samla efterannonserna kvartalsvis. I sådana fall ska de samlade annonserna skickas för publicering senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

En myndighet behöver inte efterannonsera

1. vid tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal, *eller*

2. vid direktupphandling, om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.

Paragrafen innehåller bestämmelser om efterannonsering av upphandlingar. Förslaget behandlas i avsnitt 10.

Ändringen i *tredje stycket* innebär att stycket har delats upp i två punkter, där den *första punkten* motsvarar det tidigare tredje stycket. Innehållet i *andra punkten* är nytt och anger att efterannonsering enligt första stycket inte behöver ske vid direktupphandlingar vars värde understiger 100 000 kronor.

33 § En upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 eller bilaga 2 a, och som bevaras enligt 31 § tredje stycket, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 20–*25* §§.

Paragrafen reglerar den upphandlande myndighetens skyldighet att på begäran från en leverantör lämna ut kontrakt. Förslaget behandlas i avsnitt 5.2.

Andra stycket har ändrats på så sätt att hänvisningen till 12 kap. även omfattar den nya bestämmelsen i 12 kap. 25 § om skyndsam handläggning i mål om utfående av kontrakt, se kommentaren till den paragrafen.

36 § En upphandlande myndighet som avser att upphandla en sådan tjänst som anges i bilaga 2 a vars värde beräknas understiga tröskelvärdet, ska informera om upphandlingen *i* en annons.

Första stycket gäller dock inte om

1. värdet av upphandlingen beräknas understiga 28 procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § och som gäller för sådana tjänster som anges i bilaga 2 a,
2. förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12–19 §§ är uppfyllda, eller
3. det finns synnerliga skäl.

Paragrafen innehåller bestämmelser om offentliggörande av en upphandling av sådana tjänster som anges i bilaga 2 a vars värde understiger tillämpligt tröskelvärde. Förslaget behandlas i avsnitt 10.

Första stycket har ändrats på sätt att en annons om upphandling inte längre ska publiceras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. I stället gäller enligt 19 kap. 13 § att samtliga annonser enligt 19 kap. ska publiceras i annonsdatabaser som är registrerade enligt lagen om upphandlingsstatistik.

20 kap.

5 a § *Mål om överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet ska handläggas skyndsamt.*

Paragrafen är ny och anger att mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet ska handläggas skyndsamt. Förslaget behandlas i avsnitt 5.2.

Föreskriften om skyndsamhet innebär att målen bör handläggas som s.k. förtursmål i domstolarna, jfr 20 § förordningen (1996:380) med kammarrättsinstruktion och 17 § förordningen (1996:382) med förvaltningsrättsinstruktion.

5 b § *En omständighet som den sökande leverantören åberopar till grund för sin talan senare än två veckor från den dag då ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten, får beaktas av rätten endast om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.*

Paragrafen är ny och innehåller en bestämmelse om preklusion i mål om överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet i förvaltningsrätten. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.

Enligt bestämmelsen får en omständighet som leverantören åberopar till grund för sin ansökan först efter två veckor från det att ansökan kom in till förvaltningsrätten beaktas av rätten endast om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars har

haft giltig ursäkt att inte göra det. Bestämmelsen utgör en handlingsregel för domstolen och innebär att rättens prövning begränsas till sådana fel och brister i upphandlingen som leverantören åberopar inom den angivna tiden. Tillsammans med den åberopsbörda som ålagts parterna i praxis (RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2015 ref. 55) innebär bestämmelsen ett förbud för domstolen att efter den aktuella tidpunkten beakta vissa åberopade omständigheter. Med omständigheter avses endast s.k. rättsfakta. Bestämmelsen omfattar alltså inte s.k. bevisfakta eller bevis.

Mot bakgrund av att leverantören är näringsidkare och ofta företräds av ombud, bör undantagen tillämpas restriktivt. Ett exempel på en situation när leverantören inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare är när den, först efter det att fristen för åberopande har gått ut, får kännedom om förhållanden av betydelse för ansökan. Detta förutsätter dock att leverantören själv har gjort de efterforskningar som varit möjliga och rimliga att göra inom fristen. Eftersom möjligheten att beakta nya omständigheter i ett sent skede av processen som sagt bör tillämpas restriktivt, bör kraven på leverantörens förmåga att göra efterforskningar ställas högt. Det förhållandet att en viss utredningsåtgärd kostar pengar bör i princip inte tillmätas någon betydelse. Detsamma bör gälla för andra hinder som hänför sig till leverantörens personliga eller ekonomiska förhållanden.

Med giltig ursäkt avses t.ex. den situationen att leverantören inte har haft anledning att göra åberopandet tidigare. Om motparten åberopar en ny omständighet bör leverantören tillåtas att åberopa de omständigheter som behövs till bemötande av detta. I sådant fall ligger det i sakens natur att sökanden har giltig ursäkt att inte ha åberopat den nya omständigheten tidigare. Det förhållandet att leverantören först i ett sent skede har anlitat ett juridiskt ombud eller bytt ombud bör däremot inte godtas som en giltig ursäkt.

Enligt 5 a § ska mål om överprövning handläggas skyndsamt. Preklusionsfristen utgör inte i sig något hinder för rätten att avgöra målet tidigare än två veckor från ansökan, under förutsättning att målet i övrigt bedöms vara färdigberett.

5 c § *En omständighet som en part åberopar till grund för sin talan först i kammarrätten, får beaktas av rätten endast om parten gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten i förvaltningsrätten eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.*

Rätten får dock alltid beakta sådana omständigheter som åberopas till grund för att ett avtal ska få bestå vid en prövning enligt 14 §.

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om preklusion i mål om överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet i kammarrätten. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.

Enligt *första stycket* får en omständighet som en part åberopar först i kammarrätten beaktas av rätten endast om parten gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten i förvaltningsrätten eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.

Giltig ursäkt bör anses föreligga när en leverantör, vars ställning som anbudsgivare har påverkats genom förvaltningsrättens domslut, inte har fått möjlighet att yttra sig i målet i förvaltningsrätten. Om kammarrätten inte visar målet åter för ny prövning i förvaltningsrätten, innebär en sådan

situation vidare att även övriga parter bör tillåtas att åberopa de omständigheter som behövs till bemötande av den leverantörens talan i kammarrätten. Första stycket motsvarar i allt väsentligt 5 b §, se kommentaren till den paragrafen.

Enligt *andra stycket* ska reglerna om preklusion inte tillämpas på sådana omständigheter som åberopas till grund för att ett avtal ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 14 §.

5 d § *Bestämmelserna i 5 b och 5 c §§ gäller inte vid en överprövning av ett avtals giltighet på yrkande av en leverantör enligt 7 §.*

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om undantag från preklusionsfristerna i 5 b och 5 c §§. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.

Bestämmelserna om preklusionsfrister ska inte tillämpas vid en sådan överprövning av ett avtals giltighet som, enligt 7 §, sker på yrkande av en leverantör under en pågående överprövning av en upphandling.

17 § En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 10 kap. 4 §,
2. *en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik har publicerat en annons enligt 19 kap. 12 §, eller*
3. den upphandlande myndigheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

I paragrafen regleras tidsfristerna för att ge in en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet. Förslaget behandlas i avsnitt 8.4.

I *andra stycket andra punkten* har en ny regel införts som reglerar tidsfristen för att ansöka om överprövning av avtal på det icke-direktivstyrda området. Enligt bestämmelsen ska en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ges in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att en efterannons enligt 19 kap. har publicerats av en registrerad annonsdatabas.

Bestämmelsen i det tidigare andra stycket andra punkten har flyttats till *tredje punkten*. Paragrafen är i övrigt oförändrad (se prop. 2009/10:180 s. 363 och 364).

21 § *En* talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från *det att leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att ett* avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör. *Om ett avtal* har förklarats ogiltigt enligt 13 §, *får dock en talan om skadestånd alltid väckas inom ett år från den tidpunkt då avgörandet fick* laga kraft.

Om talan inte väcks i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

I paragrafen anges inom vilken tid en talan om skadestånd enligt 20 kap. 20 § ska väckas vid allmän domstol. Paragrafen har ändrats för att överensstämma med EU-domstolens praxis (se domarna i Uniplex, mål C-406/08,

EU:C:2010:45 och MedEval, mål C-166/14, EU:C:2015:779). Förslaget behandlas i avsnitt 9.2.

Enligt *första stycket första meningen* är huvudregeln att fristen för att ansöka om skadestånd börjar löpa vid den tidpunkt då leverantören har, eller borde ha, fått kännedom om att ett avtal har ingåtts. I enlighet med EU-domstolens praxis börjar fristen att löpa vid den av dessa händelser som infaller tidigast.

Genom att fristen börjar att löpa redan då leverantören borde ha fått kännedom om avtalet, läggs ett visst ansvar på denne att hålla sig informerad. Det bör t.ex. kunna krävas av leverantören att den tar del av efterannonser som den upphandlande myndigheten eller enheten publicerar. Myndigheten bör som regel kunna utgå ifrån att en leverantör har fått kännedom om avtalet senast vid tidpunkten för efterannonsering.

För de upphandlingar som inte efterannonseras får en bedömning göras i varje enskilt fall. Om t.ex. en upphandlande myndighet, på ett sätt som tidigare har angetts i upphandlingsdokumenten, har meddelat anbudsgivarna att avtal har tecknats bör inte den omständigheten att en anbudsgivare har underlåtit att bevaka inkommande meddelanden hindra att fristen börjar löpa. Bevisbördan för att meddelandet har skickats ligger dock hos den upphandlande myndigheten. En leverantör som har ansökt om överprövning av ett avtals giltighet måste vidare anses ha haft kännedom om avtalet allra senast vid tidpunkten för ingivandet av ansökan.

Av undantagsregeln i *första stycket andra meningen* framgår att om domstolen har bifallit en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet börjar fristen att löpa tidigast i samband med att avgörandet får laga kraft. I en sådan situation förlängs alltså fristen med ett år för de leverantörer som redan har, eller borde ha, fått kännedom om att avtal har ingåtts. Fristen för de leverantörer som trots avgörandet varken har fått, eller borde ha fått, kännedom om att avtal har ingåtts påverkas dock inte.

Enligt *andra stycket*, som är nytt, går rätten till skadestånd förlorad om talan inte väcks i rätt tid. Bestämmelsen motsvarar den nuvarande andra meningen i paragrafen och någon saklig ändring i förhållande till den är inte avsedd (se prop. 2009/10:180 s. 366 och 2015/16:195 del 2 s. 1157 f).

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2022.

2. Bestämmelserna i 20 kap. 5 b–5 d §§ ska inte tillämpas i mål om överprövning där ansökan har getts in till förvaltningsrätten före ikraftträdandet.

3. Den nya bestämmelsen i 20 kap. 17 § ska inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

4. Den nya lydelsen av 20 kap. 21 § ska tillämpas även på fordringar som uppkommit före ikraftträdandet, om rätten till skadestånd inte dessförinnan gått förlorad enligt äldre föreskrifter.

I *första punkten* anges att lagen träder i kraft den 1 januari 2022. De nya bestämmelserna om preklusion i 20 kap. 5 b–5 d §§ ska dock, enligt *andra punkten*, inte tillämpas i sådana mål om överprövning som har inletts genom en ansökan till förvaltningsrätten före ikraftträdandet.

I *tredje punkten* finns en särskild övergångsbestämmelse i fråga om ändringen i 20 kap. 17 §. Enligt denna ska de nya bestämmelserna inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Övergångs-

bestämmelsen har utformats på motsvarande sätt som övergångsbestämmelsen vid införandet av tidigare ändringar i upphandlingslagarna. Enligt Högsta förvaltningsdomstolen bör tidpunkten för när en upphandling påbörjas anses sammanfalla med den tidpunkt när ett upphandlingsbeslut kan bli föremål för överprövning (HFD 2013 ref. 31). Av praxis från EU-domstolen framgår att denna tidpunkt inträffar när det stadium har passerats då rent interna överväganden och förberedelser görs inom en myndighet inför en upphandling (Stadt Halle, C-26/03, EU:C:2005:5, punkten 39). Ett upphandlingsförfarande får därmed anses ha påbörjats när den upphandlande myndighetens beslut att inleda ett upphandlingsförfarande kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser.

Enligt *fjärde punkten* ska den nya bestämmelsen om skadestånd i 20 kap. 21 § första stycket inte tillämpas på upphandlingar där tiden för att väcka talan om skadestånd har gått ut vid lagens ikraftträdande.

Förslaget behandlas i avsnitt 12.

14.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

12 kap.

24 § *Mål om utlämnande av kontrakt ska handläggas skyndsamt.*

Paragrafen är ny och anger att mål om utfående av kontrakt ska handläggas skyndsamt. Förslaget behandlas i avsnitt 5.2.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 25 § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

13 kap.

1 a § *En upphandlande enhet får inte låta en dom som meddelades för mer än fem år sedan ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör enligt 1 §.*

Paragrafen är ny och reglerar tidsgränsen vid uteslutning på grund av brott enligt 1 §. Förslaget behandlas i avsnitt 11.

Paragrafen genomför delvis reglerna om tidsgränser i artikel 80.1 i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 13 kap. 1 a § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

4 a § *En upphandlande enhet får inte låta händelser som inträffade för mer än tre år sedan ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör enligt 4 §.*

Paragrafen är ny och reglerar tidsgränsen vid uteslutning på grund av sådana missförhållanden i leverantörens verksamhet som anges i 4 §. Förslaget behandlas i avsnitt 11.

Paragrafen genomför delvis reglerna om tidsgränser i artikel 80.1 i LUF-direktivet. Paragrafen motsvarar 13 kap. 3 a § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

19 kap.

12 § En upphandlande enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska genom en annons informera om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks (efterannons).

Trots första stycket får enheten vid tilldelning av kontrakt enligt ett dynamiskt inköpssystem eller av kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2 samla efterannonserna kvartalsvis. I sådana fall ska de samlade annonserna skickas för publicering senast 30 dagar efter utgången av varje kvartal.

En enhet behöver inte efterannonsera

1. vid tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal, *eller*

2. vid direktupphandling, om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.

Paragrafen innehåller bestämmelser om efterannonsering av upphandlingar. Förslaget behandlas i avsnitt 10.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 12 § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

33 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska på begäran av en berörd leverantör lämna ut en kopia eller en utskrift av ett kontrakt som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 2, och som bevaras enligt 31 § tredje stycket, om kontraktet ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 20*–24* §§.

Paragrafen reglerar den upphandlande enhetens skyldighet att på begäran från en leverantör lämna ut kontrakt. Förslaget behandlas i avsnitt 5.2.

Andra stycket har ändrats på så sätt att hänvisningen till 12 kap. även omfattar den nya bestämmelsen i 12 kap. 24 § om skyndsam handläggning av mål om utfående av kontrakt, se kommentaren till den paragrafen.

20 kap.

5 a § *Mål om överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet ska handläggas skyndsamt.*

Paragrafen är ny och anger att mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet ska handläggas skyndsamt. Förslaget behandlas i avsnitt 5.2.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 5 a § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

5 b § *En omständighet som den sökande leverantören åberopar till grund för sin talan senare än två veckor från den dag då ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten, får beaktas av rätten endast om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.*

Paragrafen är ny och innehåller en bestämmelse om preklusion i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet i förvaltningsrätten. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 5 b § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

5 c § *En omständighet som en part åberopar till grund för sin talan först i kammarrätten, får beaktas av rätten endast om parten gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten i förvaltningsrätten eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.*

Rätten får dock alltid beakta sådana omständigheter som åberopas till grund för att ett avtal ska få bestå vid en prövning enligt 14 §.

Paragrafen är ny och innehåller en bestämmelse om preklusion i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet i kammarrätten. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 5 c § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

5 d § *Bestämmelserna i 5 b och 5 c §§ gäller inte vid en överprövning av ett avtals giltighet på yrkande av en leverantör enligt 7 §.*

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om undantag från preklusionsfristerna i 5 b och 5 c §§. Förslaget behandlas i 6.3.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 5 d § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

17 § En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 10 kap. 5 §,
2. *en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik har publicerat en annons enligt 19 kap. 12 §, eller*
3. den upphandlande enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 12 kap. 13 §.

I paragrafen regleras tidsfristerna för att ge in en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet. Förslaget behandlas i avsnitt 8.4.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 17 § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

21 § *En* talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från *det att leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att ett* avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör. *Om ett avtal* har förklarats ogiltigt enligt 13 §, *får dock en talan om skadestånd alltid väckas inom ett år från den tidpunkt då avgörandet fick* laga kraft.

Om talan inte väcks i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

I paragrafen anges inom vilken tid en talan om skadestånd enligt 20 kap. 20 § ska väckas vid allmän domstol. Förslaget behandlas i avsnitt 9.2.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 21 § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2022.

2. Bestämmelserna i 20 kap. 5 b–5 d §§ ska inte tillämpas i mål om överprövning där ansökan har getts in till förvaltningsrätten före ikraftträdandet.

3. Bestämmelsen i 20 kap. 17 § ska inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

4. Den nya lydelsen av 20 kap. 21 § ska tillämpas även på fordringar som uppkommit före ikraftträdandet, om rätten till skadestånd inte dessförinnan gått förlorad enligt äldre föreskrifter.

I *första punkten* anges att lagen träder i kraft den 1 januari 2022. De nya bestämmelserna om preklusion i 20 kap. 5 b–5 d §§ ska dock, enligt *andra punkten*, inte tillämpas i sådana mål om överprövning som har inletts genom en ansökan till förvaltningsrätten före ikraftträdandet.

I *tredje punkten* finns en särskild övergångsbestämmelse i fråga om ändringen i 20 kap. 17 §. Enligt denna ska de nya bestämmelserna inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Enligt *fjärde punkten* ska den nya bestämmelsen om skadestånd i 20 kap. 21 § inte tillämpas på upphandlingar där tiden för att väcka talan om skadestånd har gått ut vid lagens ikraftträdande.

Bestämmelserna motsvarar övergångsbestämmelserna till lagen om ändring i lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till dessa bestämmelser. Förslaget behandlas i avsnitt 12.

14.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner

11 kap.

1 a § *En upphandlande myndighet eller enhet får inte låta en dom som meddelades för mer än fem år sedan ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör enligt 1 §.*

Paragrafen är ny och reglerar tidsgränsen vid uteslutning på grund av brott enligt 1 §. Förslaget behandlas i avsnitt 11.

Paragrafen genomför delvis reglerna om tidsgränser artikel 38.10 i LUK-direktivet. Paragrafen motsvarar 13 kap. 1 a § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

4 a § *En upphandlande myndighet eller enhet får inte låta händelser som inträffade för mer än tre år sedan ligga till grund för ett beslut om uteslutning av en leverantör enligt 4 §.*

Paragrafen är ny och reglerar tidsgränsen vid uteslutning på grund av sådana missförhållanden i leverantörens verksamhet som anges i 4 §. Förslaget behandlas i avsnitt 11.

Paragrafen genomför delvis reglerna om tidsgränser i artikel 38.10 i LUK-direktivet. Paragrafen motsvarar 13 kap. 3 a § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

15 kap.

5 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession enligt detta kapitel, ska informera om sin avsikt genom en förhandsannons. Detta gäller dock inte vid direktupphandling enligt 6 §.

Vid upphandling av koncessioner som avser tjänster av sådant slag som anges i bilaga 3 tillämpas bestämmelserna om annonsering i 8 kap. 2 §, om värdet av koncessionen uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §.

En upphandlande myndighet eller enhet som har tilldelat en koncession ska efterannonsera om upphandlingsresultatet i enlighet med 8 kap. 6 §. *Myndigheten eller enheten behöver dock inte efterannonsera om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.*

Paragrafen innehåller bestämmelser om annonsering av upphandlingar. Förslaget behandlas i avsnitt 10.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 12 § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

16 kap.

5 a § *Mål om överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet ska handläggas skyndsamt.*

Paragrafen är ny och anger att mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet ska handläggas skyndsamt. Förslaget behandlas i avsnitt 5.2.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 5 a § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

5 b § *En omständighet som den sökande leverantören åberopar till grund för sin talan senare än två veckor från den dag då ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten, får beaktas av rätten endast om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.*

Paragrafen är ny och innehåller en bestämmelse om preklusion i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet i förvaltningsrätten. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 5 b § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

5 c § *En omständighet som en part åberopar till grund för sin talan först i kammarrätten, får beaktas av rätten endast om parten gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten i förvaltningsrätten eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.*

Rätten får dock alltid beakta sådana omständigheter som åberopas till grund för att ett avtal ska få bestå vid en prövning enligt 14 §.

Paragrafen är ny och innehåller en bestämmelse om preklusion i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet i kammarrätten. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 5 c § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

5 d § *Bestämmelserna i 5 b och 5 c §§ gäller inte vid en överprövning av ett avtals giltighet på yrkande av en leverantör enligt 7 §.*

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om undantag från preklusionsfristerna i 5 b och 5 c §§. Förslaget behandlas i 6.3.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 5 d § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

17 § En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 8 kap. 6 §,
2. *en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik har publicerat en annons enligt 15 kap. 5 §, eller*
3. den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.

I paragrafen regleras tidsfristerna för att ge in en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet. Förslaget behandlas i avsnitt 8.4.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 17 § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

21 § *En* talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från *det att leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att ett* avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör. *Om ett avtal* har förklarats ogiltigt enligt 13 §, *får dock en talan om skadestånd alltid väckas inom ett år från den tidpunkt då avgörandet fick* laga kraft.

Om talan inte väcks i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

I paragrafen anges inom vilken tid en talan om skadestånd enligt 16 kap. 20 § ska väckas vid allmän domstol. Förslaget behandlas i avsnitt 9.

Paragrafen motsvarar 20 kap 21 § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2022.
2. Bestämmelserna i 16 kap. 5 b–5 d §§ ska inte tillämpas i mål om överprövning där ansökan har getts in till förvaltningsrätten före ikraftträdandet.
3. Bestämmelsen i 16 kap. 17 § ska inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.
4. Den nya lydelsen av 16 kap. 21 § ska tillämpas även på fordringar som uppkommit före ikraftträdandet, om rätten till skadestånd inte dessförinnan gått förlorad enligt äldre föreskrifter.

I *första punkten* anges att lagen träder i kraft den 1 januari 2022. De nya bestämmelserna om preklusion i 16 kap. 5 b –5 d §§ ska dock, enligt *andra punkten*, inte tillämpas i sådana mål om överprövning som har inletts genom en ansökan till förvaltningsrätten före ikraftträdandet.

I *tredje punkten* finns en särskild övergångsbestämmelse i fråga om ändringen i 16 kap. 17 §. Enligt denna ska de nya bestämmelserna inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Enligt *fjärde punkten* ska den nya bestämmelsen om skadestånd i 16 kap. 21 § inte tillämpas på upphandlingar där tiden för att väcka talan om skadestånd har gått ut vid lagens ikraftträdande.

Förslaget behandlas i avsnitt 12. Bestämmelserna motsvarar övergångsbestämmelserna till lagen om ändring i lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till dessa bestämmelser.

14.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

15 kap.

7 § En upphandlande myndighet eller enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska genom en annons informera om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats eller ramavtalet ingicks (efterannons).

Första stycket gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal*, eller*

2. om upphandlingens värde understiger 100 000 kronor.

Paragrafen innehåller bestämmelser om efterannonsering av upphandlingar. Förslaget behandlas i avsnitt 10.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 12 § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

16 kap.

5 a § *Mål om överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet ska handläggas skyndsamt.*

Paragrafen är ny och anger att mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet ska handläggas skyndsamt. Förslaget behandlas i avsnitt 5.2.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 5 a § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

5 b § *En omständighet som den sökande leverantören åberopar till grund för sin talan senare än två veckor från den dag då ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten, får beaktas av rätten endast om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.*

Paragrafen är ny och innehåller en bestämmelse om preklusion i mål om överprövning eller överprövning av ett avtals giltighet i förvaltningsrätten. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 5 b § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

5 c § *En omständighet som en part åberopar till grund för sin talan först i kammarrätten, får beaktas av rätten endast om parten gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten i förvaltningsrätten eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det.*

Rätten får dock alltid beakta sådana omständigheter som åberopas till grund för att ett avtal ska få bestå vid en prövning enligt 14 §.

Paragrafen är ny och innehåller en bestämmelse om preklusion i mål om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet i kammarrätten. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 5 c § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

5 d § *Bestämmelserna i 5 b och 5 c §§ gäller inte vid en överprövning av ett avtals giltighet på yrkande av en leverantör enligt 7 §.*

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om undantag från preklusionsfristerna i 5 b och 5 c §§. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 5 d § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

17 § En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 8 kap. 3 § eller ett meddelande enligt 15 kap. 23 §,
2. *en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik har publicerat en annons enligt 15 kap. 7 §, eller*
3. den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 10 kap. 10 §.

I paragrafen regleras tidsfristerna för att ge in en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet. Förslaget behandlas i avsnitt 8.4.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 17 § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

21 § *En* talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från *det att leverantören fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om att ett* avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör. *Om ett avtal* har förklarats ogiltigt enligt 13 §, *får dock talan om skadestånd alltid väckas inom ett år från den tidpunkt då avgörandet fick* laga kraft.

Om talan inte väcks i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

I paragrafen anges inom vilken tid en talan om skadestånd enligt 16 kap. 20 § ska väckas vid allmän domstol. Förslaget behandlas i avsnitt 9.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 21 § lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den paragrafen.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2022.
2. Bestämmelserna i 16 kap. 5 b– 5 d §§ ska inte tillämpas i mål om överprövning där ansökan har getts in till förvaltningsrätten före ikraftträdandet.
3. Bestämmelsen i 16 kap. 17 § ska inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.
4. Den nya lydelsen av 16 kap. 21 § ska tillämpas även på fordringar som uppkommit före ikraftträdandet, om rätten till skadestånd inte dessförinnan gått förlorad enligt äldre föreskrifter.

I *första punkten* anges att lagen träder i kraft den 1 januari 2022. De nya bestämmelserna om preklusion i 16 kap. 5 b –5 d §§ ska dock, enligt *andra punkten*, inte tillämpas i sådana mål om överprövning som har inletts genom en ansökan till förvaltningsrätten före ikraftträdandet.

I *tredje punkten* finns en särskild övergångsbestämmelse i fråga om ändringen i 16 kap. 17 §. Enligt denna ska den nya bestämmelsen inte tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Enligt *fjärde punkten* ska den nya bestämmelsen om skadestånd i 16 kap. 21 § inte tillämpas på upphandlingar där tiden för att väcka talan om skadestånd har gått ut vid lagens ikraftträdande.

Förslaget behandlas i avsnitt 12. Bestämmelserna motsvarar övergångsbestämmelserna till lagen om ändring i lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till dessa bestämmelser.

Sammanfattning av betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12)

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 överprövnings-

processen 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

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.

Sammanfattning av betänkandet Möjligt, tillåtet och tillgänglig – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (2018:44)

Utredningens huvudsakliga uppdrag kan sammanfattande beskrivas med att utredningen ska lämna förslag till lagstiftning i två delar. I den första delen ska utredningen lämna förslag om hur reglerna i LOU och LUF om upphandling under EU:s tröskelvärden och om upphandling av de tjänster som anges i lagarnas bilaga 2 (sociala tjänster och andra särskilda tjänster) kan göras enklare och flexiblare. De upphandlingarna regleras i 19 kap. LOU och LUF. I betänkandet benämns dessa upphandlingar icke direktivstyrda upphandlingar. Utredningen ska vidare överväga om de regler som utredningen föreslår för LOU och LUF också ska tas in i LUK och LUFS. Denna del av uppdraget redovisas i betänkandets del 1.

I den andra delen av uppdraget ska utredningen överväga vilka åtgärder som kan vidtas för att minska antalet överprövningsmål, och lämna förslag till regler om ansökningsavgift i överprövningsmål samt om skyldighet för den förlorande parten att ersätta motpartens processkostnader. Denna del av uppdraget redovisas i betänkandets del 2. I betänkandets del 3 finns överväganden som är gemensamma för de båda föregående delarna.

Del 1 – Ett enklare och flexiblare regelverk

Upphandlingsregler förr och nu

Sverige har under lång tid haft regler för upphandling. Den första lagen som genomförde EU-rättsliga upphandlingsregler var 1992 års LOU. Sedan den lagen har upphandlingslagarna blivit fler till antalet, och de har kommit att innehålla ett allt mer omfattande regelverk. Detta gäller även för den icke direktivstyrda regleringen, som allt sedan 1992 års LOU har tagits in i särskilda kapitel i respektive upphandlingslag. I 19 kap. LOU respektive LUF finns 34 paragrafer.

Det görs också många hänvisningar till andra bestämmelser i lagen. Det finns hänvisningar till hela kapitel, delar av kapitel och enskilda paragrafer. Hänvisningarna finns främst samlade i en ”katalogparagraf” i kapitlets inledning men det görs även hänvisningar i flera av de följande paragraferna i kapitlet.

I det senaste större lagstiftningsärendet genomfördes tre upp- handlingsdirektiv från 2014 genom att tre nya lagar beslutades – LOU och LUF, som ersatte 2007 års LOU och LUF, och en helt ny lag, LUK. Lagrådet ansåg då att den valda lagstiftningstekniken i 19 kap. LOU och LUF gör regleringen svåröverskådlig och otymplig. Utredningen instämmer i Lagrådets synpunkter.

Ett enklare och flexiblare regelverk

Ett sätt att förenkla de icke direktivstyrda upphandlingarna kan vara att lämna dem oreglerade, eller helt eller delvis undanta sådana upphandlingar från upphandlingslagarna.

Utredningen anser emellertid att såväl samhällsekonomiska aspekter som enskilda leverantörers intressen starkt talar för att de icke direktivstyrda upphandlingarna även fortsättningsvis bör vara reglerade. Ett grundläggande regelverk behövs för att tillgodose allmänhetens och leverantörernas krav på insyn och förutsebarhet i upphandlingar. Vidare talar rättssäkerhetsskäl samt det övergripande intresset att minska risken för korruption för att det ska finnas regler som styr hur konkurrensutsättning ska genomföras vid de aktuella upphandlingarna.

Ett nytt regelverk bör vara enklare till såväl utformning som innehåll. En målsättning bör vara att möjliggöra för upphandlande myndigheter och enheter och leverantörer att göra goda och sunda affärer med varandra. Regelverket bör utgå från de grundläggande principerna för upphandling och ange ramarna för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme, samtidigt som det innehåller nödvändiga skyddsregler för leverantörerna.

En målsättning bör också vara att inom respektive lag ha så få olika regelsystem och nivåer som möjligt, för att undvika gränsdragningsproblem och tvister.

Utredningen anser att det förenklade regelverket för den icke direktivstyrda upphandlingen bör arbetas in i befintliga upphandlingslagar. Utredningen förordar således inte alternativet att den icke direktivstyrda upphandlingen regleras i en eller flera separata lagar.

Utredningen anser däremot att om lagarna disponerades i avdelningar skulle det kunna ge tydligare, mer överskådliga och mer lättillgängliga lagar. En sådan disposition är enligt utredningen mycket lämplig just för rättsområdet upphandlingsrätt, som så utpräglat består av olika regelsystem och nivåer, vilka delvis ska tillämpas separat, delvis gemensamt. Utredningen har dock valt att inte lägga fram sitt förslag i den formen, bl.a. av tidsskäl. Det förslag som utredningen lägger innebär alltså att de förenklade icke direktivstyrda reglerna arbetas in i lagarna med bibehållen struktur.

Principiella utgångspunkter för utredningens förslag

Utredningen har utformat sina författningsförslag med följande principiella utgångspunkter.

- Det finns en mängd andra regler, utöver upphandlingsreglerna, som styr och påverkar hur upphandlande myndigheter och enheter samt deras anställda får och kan agera i upphandlingar.
- Den absoluta merparten av de upphandlande myndigheterna och enheterna vill göra rätt, och vill söka upp konkurrens för att få till stånd en sund och god affär.
- Den absoluta merparten av leverantörerna till offentlig sektor strävar efter en sund och god affär.

Upphandlingsregler i några andra stater

Utredningen har undersökt hur den icke direktivstyrda upphandlingen är reglerad i ett flertal EU- och EES-stater. Utredningen kan konstatera att det inte finns någon enhetlighet i regleringen de undersökta staterna emellan. Tvärtom är det påfallande hur stor variation som uppvisas, redan vid en jämförelse mellan de valda lösningarna i våra nordiska grannländer. Det kan antas att en betydande del av den samlade upphandlingen inom EU och EES-området genomförs med tillämpning av dessa olika regelverk. Om ökad enhetlighet kunde uppnås, borde det kunna gynna och öka den gränsöverskridande handeln inom unionen. Vägen dit synes emellertid vara lång.

Däremot går det att hämta inspiration från andra stater. Utredningen har i detta avseende särskilt funnit regleringen i Norge intressant, såväl när det gäller författningarnas innehåll som hur författningarna är strukturerade. Även Finland och Danmark har lösningar som är intressanta.

Andra regler som har betydelse för upphandling

Utredningen har inventerat och översiktligt beskrivit vilka regler utöver själva upphandlingsreglerna som de upphandlande myndigheterna och enheterna har att följa när de genomför sina upphandlingar. Utredningen konstaterar att det finns en mängd sådana bestämmelser. Olika regler gäller emellertid för olika kategorier av upphandlande myndigheter och enheter. Tillämpning av de olika bestämmelserna aktualiseras också vid olika stadier av en upphandlingsprocess och tar sikte på olika aspekter av organisationens verksamhet. Utredningen konstaterar att många av dessa regler delvis överlappar dem som återfinns i upphandlingslagstiftningen.

En annan reflektion i denna del är att många av de krav på offentlig verksamhet som redovisas ovan i det praktiska upphandlingsarbetet har fått stå tillbaka för de mer detaljerade kraven som återfinns i upphandlingslagstiftningen. Likaså står de krav som följer av andra regelverk än upphandlingslagstiftningen sällan i förgrunden när den regleringen av den offentliga upphandlingen diskuteras. En del av de krav som utredningen beskriver ovan utgör förvisso mer allmänna målsättningsstadganden än rättsregler avsedda att tillämpas det i dagliga upphandlingsarbetet eller (över)prövas i domstol.

Ett regelverk som motverkar korruption

Det har inte ingått i utredningens uppdrag att göra någon övergripande översyn av upphandlingsreglerna ur korruptionssynpunkt. Utredningens utgångspunkt är emellertid att översynen av de nationella upphandlingsreglerna inte ska medföra sådana förändringar som kan innebära att risken för korruption i sådana upphandlingar ökar. Den offentliga upphandlingen framstår som ett riskområde för korruption, även om omfattningen av sådan korruption är svår att få någon närmare uppfattning om.

Utredningens slutsats i denna del är att korruption i offentliga upphandling främst bör motverkas på andra sätt än genom regelreformering. Utredningen framhåller att det är av vikt att offentlig sektor aktivt verkar

för att förbättra bilden av den offentliga upphandlingen i allmänhet och dess motståndskraft i synnerhet – och detta oavsett hur stort problemet med korruption i offentlig upphandling faktiskt är. Utredningen konstaterar vidare att regelförenkling i sig kan motverka riskerna för korruption i offentlig upphandling genom att minska incitamentet till överträdelse av regelverket.

Bestämt gränsöverskridande intresse

Att upphandlingar under tröskelvärden inte omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv innebär inte att de alltid faller utanför unionsrätten. EU-domstolen har nämligen utvecklat ett antal grundläggande principer som i vissa fall gäller också för sådana upphandlingar. Dessa principer är direkt grundade på EUF-fördragets bestämmelser och principer, särskilt principerna om likabehandling och icke-diskriminering, och den därav följande skyldigheten att lämna insyn. Principerna ska iakttas i upphandlingar när kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse. Med detta förstås att upphandlingen kan vara av intresse för en leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat.

Utredningen anser att det inte behövs några regler i lagarna om fall då kontrakt är av bestämt gränsöverskridande intresse, med ett undantag. Undantaget är nödvändigt då utredningen föreslår att en nationell princip ska gälla för direktupphandlingar, i stället för som i dag de EU-rättsliga grundläggande principerna för upphandlingar. För det fall att ett kontrakt som ska direktupphandlas är av ett bestämt gränsöverskridande intresse, måste det emellertid finnas en regel som anger att de EU-rättsliga principerna ska gälla. I den regeln bör dock det abstrakta begreppet bestämt gränsöverskridande intresse inte användas. I stället bör regeln mer konkret ange att om upphandlingen kan vara av intresse för någon leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat eller EES-stat, ska den genomföras i enlighet med de grundläggande principerna.

Några särskilda regler utöver detta behövs dock inte. Enligt utredningen bör en förenklad lagstiftning nämligen kunna utformas med utgångspunkt från två förhållanden. Dels att ett bestämt gränsöverskridande intresse normalt inte finns för direktupphandlade kontrakt, dels att i de fall det faktiskt finns ett sådant intresse har den upphandlande myndigheten eller enheten normalt vetskap om detta. Det ligger då – även utan uttryckliga regler – i myndighetens eller enhetens intresse att se till att utforma upphandlingen utifrån detta, t.ex. i fråga om att offentliggörandet bör ske på ett sådant sätt att de utomlands etablerade leverantörerna ges möjlighet att informeras om upphandlingen.

Principer för upphandling

Utredningen anser att för sådan icke direktivstyrd upphandling som ska annonseras ska de EU-rättsliga grundläggande principerna för upphandling gälla även fortsättningsvis.

När en upphandlande myndighet eller enhet använder direktupphandling, och upphandlingen inte kan vara av intresse för någon leverantör etablerad i annan EU- eller EES-stat, ska dock en nationell

princip gälla. Principen innebär att de konkurrensmöjligheter som finns ska utnyttjas. Kostnaderna för att genomföra upphandlingen ska dock stå i rimlig proportion till upphandlingens uppskattade värde. Den upphandlande myndigheten ska även genomföra upphandlingen på ett sakligt och opartiskt sätt.

Genom den föreslagna principen för direktupphandlingar uppnås enligt utredningen en rimlig balans mellan å ena sidan intresset av att inköp görs efter en tillräckligt omfattande konkurrensutsättning och å andra sidan de upphandlande myndigheternas och enheternas, och de berörda leverantörernas, intresse av effektivitet och flexibilitet. Det ligger i sakens natur att det normalt bör ställas högre krav på omfattningen av det konkurrensuppsökande arbetet ju högre värde direktupphandlingen har.

Upphandlingens utformning

Utredningen anser att såväl utformningen som tillämpningen av det icke direktivstyrda upphandlingsregelverket bör kunna vila på synsättet att allt som – inom ramen för de grundläggande principerna – är möjligt, tillåtet och tillgängligt genom den tämligen utförliga regleringen på det direktivstyrda området är möjligt, tillåtet och tillgängligt också vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området. Det behövs inte detaljerade bestämmelser i lagen som anger detta.

Sådana upphandlingar som inte på grund av värdet eller av andra skäl får direktupphandlas, ska även fortsättningsvis konkurrensutsättas genom annonsering i en allmänt tillgänglig databas.

De upphandlande myndigheterna och enheterna ska vara fria att utforma förfarandet vid upphandling. De ska då också fritt kunna använda sig av olika metoder för upphandling, som exempelvis ramavtal eller dynamiska inköpssystem. Allt under förutsättning att de grundläggande principerna för upphandling iakttas.

En viktig förutsättning för att de upphandlande myndigheterna och enheterna ska kunna ges detta handlingsutrymme är att myndigheten eller enheten tydligt informerar i upphandlingsdokumenten i varje upphandling om hur upphandlingen ska genomföras. På så sätt ges leverantörerna möjlighet att bedöma om en upphandling är affärsmässigt intressant. Det gör det också möjligt för såväl leverantörer som tillsynsmyndigheten att reagera för det fall genomförandet av en upphandling i något avseende skulle strida mot de grundläggande principerna för upphandling.

Dialog i upphandlingar

Vid utredningens externa kontakter har företrädare för såväl upphandlande myndigheter och enheter som leverantörer i princip genomgående hållit fram det otillfredsställande i att det är så begränsade möjligheter att tillåta ändringar av brister i anbud med nuvarande bestämmelser om rättelse av fel, förtydligande och komplettering och den stränga praxis som finns kring bestämmelserna. Utredningen har därför ägnat denna fråga särskild uppmärksamhet.

Utredningen föreslår en bestämmelse om dialog i upphandlingar, som är inspirerad av norska bestämmelser om detta. Syftet är bl.a. att lagstiftning-

en ska möjliggöra rättelser och kompletteringar av anbud och anbudsansökningar när så kan ske utan att de grundläggande principerna för upphandling träds för när. Inlämnade anbud och anbudsansökningar i upphandlingar uppvisar ofta brister av olika slag. Det är enligt utredningen nödvändigt att lagstiftningen förhåller sig till denna realitet.

Förfarandebestämmelser för icke-direktivstyrd upphandling

Utöver bestämmelser om upphandlingens utformning (val av förfarande, annonsering och upphandlingsdokumentens innehåll), samt den föreslagna bestämmelsen om dialog i upphandlingar, behövs det vissa förfarandebestämmelser för att ge ramar för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme, och nödvändigt skydd för leverantörerna.

Ramarna för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme ges genom bestämmelser om kommuniceringsformer, tidsfrister, skyldighet att informera om vissa beslut och en skyldighet att dokumentera upphandlingen.

När det gäller kommuniceringsformer ska förfarandet alltjämt som huvudregel vara skriftligt. Utredningen anser dock att muntlig kommunikation ska kunna användas som ett komplement i en upphandling när myndigheten eller enheten bedömer det som lämpligt och om den dokumenterar sådana uppgifter som är av betydelse för upphandlingen. Det innebär en viss lättnad och framför allt en enklare regel än i dag. Utredningen anser vidare att det varken är lämpligt eller behövligt med en regel som påbjuder att kommunikation ska ske med användning av allmänt tillgängliga elektroniska medel.

I fråga om tidsfrister för att lämna in anbud och anbudsansökningar har utredningen övervägt att föreslå en skärpning, med hänsyn till vad utredningen erfarit om att många leverantörer upplever att dessa frister många gånger sätts alltför kort. Utredningen har emellertid stannat för att det i nuläget inte behövs någon skärpning och att regeln alltså fortfarande ska föreskriva att anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud.

Som skyddsregler för leverantörer föreslår utredningen bestämmelser om rätten för leverantörer att få lämna anbud i grupp, och rätten för leverantörer att åberopa andra företags kapacitet. Vidare föreslås bestämmelser om en skyldighet för de upphandlande myndigheterna och enheterna att kommunicera med en deltagande leverantör i vissa fall – nämligen inför ett eventuellt beslut om uteslutning på grund av bristande lämplighet, och när myndigheten eller enheten överväger att utesluta ett anbud på grund av att det är onormalt lågt.

I fråga om bestämmelsen om onormalt låga anbud anser utredningen således att det inte, till skillnad från i dag, bör finnas en författningsreglerad skyldighet för de upphandlande myndigheterna och enheterna att agera om ett anbud förefaller vara onormalt lågt. Det ligger nämligen i myndighetens eller enhetens eget intresse att göra det. Detta är en tillräcklig garanti för att så också sker när det är befogat. De upphandlande myndigheterna och enheterna kan anförtros att göra denna bedömning. En föreskriven skyldighet kan däremot ge upphov till utdragna överpröv-

ningar i frågan om myndigheten eller enheten gjorde en felaktig bedömning när den ansåg att skyldigheten inte inträdde. Av samma skäl bör det inte heller föreskrivas någon skyldighet för de upphandlande myndigheterna och enheterna i fråga om förkastande av onormalt låga anbud.

Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

De sociala tjänsterna och de andra särskilda omfattas bara av ett fåtal regler i direktiven, det s.k. enklare systemet. De har också ett eget tröskelvärde – 750 000 euro i LOU-direktivet (cirka 7,1 miljoner kronor) och 1 000 000 euro i LUF-direktivet (cirka 9,4 miljoner kronor). Dessa tjänsterna anges i bilaga 2 till LOU och LUF och regleras i lagarnas 19 kap.

Det rör sig främst om sådana tjänster som i direktivens skältexter kallas personliga tjänster, t.ex. vissa sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster. Dessa tjänster har på grund av sin natur fortfarande en begränsad gränsöverskridande dimension. Detta gäller också för vissa andra, särskilda tjänster, som därför också omfattas av det enklare systemet, exempelvis hotell- och restaurangtjänster, vissa juridiska tjänster, räddningstjänster samt undersöknings- och bevakningstjänster.

Regeringen har i prop. 2017/18:158 lämnat förslag om särskilda regler i LOU för upphandling av välfärdstjänster – hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och utbildningstjänster. Dessa tjänster är en del av de sociala tjänster och särskilda tjänster som omfattas av utredningens uppdrag och förslag.

Utredningen föreslår att alla sociala tjänster och särskilda tjänster ska regleras på samma sätt, dvs. utan någon åtskillnad mellan exempelvis välfärdstjänster och andra tjänster. Utredningen föreslår också att reglerna ska tas in i både LOU och LUF.

Upphandlingar över tröskelvärdet ska göras enligt de föreslagna reglerna för annonspliktiga upphandlingar, med vissa särskilda regler som följer av krav i direktiven, framför allt beträffande annonsering på unionsnivå.

Upphandlingar under tröskelvärdet ska enligt utredningens förslag få göras med användning av direktupphandling. De upphandlande myndigheterna och enheterna ska då iaktta den nationella principen om konkurrensutsättning.

De viktigaste skillnaderna mellan utredningens förslag och förslagen i nämnda proposition beträffande upphandling av välfärdstjänster enligt LOU är att det genom utredningens förslag om direktupphandling inte görs obligatoriskt att annonsera upphandlingarna i en allmänt tillgänglig databas. Det blir alltså upp till den upphandlande myndigheten att själv avgöra hur konkurrensutsättning bäst sker i varje upphandling. Som nyss nämnts ska upphandlingen också genomföras med iakttagande av en nationell princip som innebär ett krav att ta tillvara konkurrensen i rimlig utsträckning. Enligt regeringens förslag ska några principer i motsvarande fall inte gälla vid genomförandet av upphandlingen.

Utredningen anser att dess förslag är ändamålsenligt och innebär en rimlig balans mellan intresset av en flexibel reglering och intresset av att konkurrensutsättning sker i tillräcklig omfattning. Förslaget ger goda

förutsättningar för små och lokala företag samt idéburna aktörer att, trots deras ofta begränsade administrativa resurser, delta i upphandlingarna samt att faktiskt också erhålla de kontrakt det är fråga om.

Direktupphandling

Enligt utredningens förslag ska direktupphandlingsgränserna anges i lagarna i nominella belopp. Gränsen ska bestämmas till 600 000 kronor vid upphandling som omfattas av LOU och 1 100 000 kronor vid upphandling som omfattas av LUF. Direktupphandling ska få användas i samma utsträckning som enligt gällande lagar.

Utredningen förslår vidare en ny bestämmelse om täckningsköp – direktupphandling i samband med överprövning. Bestämmelsen innebär ökade möjligheter för upphandlande myndigheter och enheter att lösa akuta behov av inköp, som har uppstått till följd av att en upphandling är överprövad i domstol och därför stoppad. Av unionsrättsliga skäl måste dock tillämpningen begränsas på så sätt att värdet av upphandlingen inte får överstiga tillämpligt tröskelvärde.

Direktupphandlingar ska dokumenteras, på samma sätt som tidigare. Utredningen föreslår dock, av förenklingsskäl, att den nuvarande nedre gränsen för dokumentationskravet om 100 000 kronor tas bort.

Rätten att ansöka om överprövning

Utredningen anser att leverantörers rätt att ansöka om överprövning av upphandlingar och av avtals giltighet vid icke direktivstyrd upphandling ska vara oförändrad. Rättsläget ska vara oförändrat även beträffande i vilka fall allmän förvaltningsdomstol får besluta om upphandlingsskadeavgift.

LUFS ska ändras, men inte LUK

Utredningen bedömer att det är både möjligt och lämpligt att införa motsvarande regler som föreslås för LOU och LUF i LUFS. Vissa skillnader är dock nödvändiga och motiverade av att LUFS reglerar upphandling på försvars- och säkerhetsområdet och därför har särskilda direktivstyrda regler om undantag från upphandlingsskyldighet i vissa fall. Vidare är tjänster i LUFS alltjämt indelade i s.k. A- och B-tjänster – i LUFS finns alltså inte det enklare system för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster som infördes genom 2014 års LOU-, LUF- och LUK-direktiv.

När det gäller LUK föreskriver regleringen för icke direktivstyrd upphandling i 15 kap. LUK endast ett minimum av bestämmelser. Utredningen anser att det inte finns skäl att föreslå ändringar beträffande den lagen i syfte att förenkla eller öka flexibiliteten.

Följdändringar i MBL

Utredningen anser att det är en förbryllande ordning, enligt nuvarande regler i MBL, att utrymmet för den fackliga vetorätten är mindre vid upp-

handlingar på det direktivstyrda området än vad det är vid upphandlingar på det icke direktivstyrda området.

Den fackliga vetorätten bör kunna grundas på omständigheter som medför att en leverantör *ska* eller *får* uteslutas, vid upphandlingar både på det direktivstyrda och icke direktivstyrda området. I alla händelser anser utredningen att utrymmet för den fackliga vetorätten bör vara detsamma, oavsett om upphandlingen är direktivstyrd eller inte.

Del 2 – Vissa regler om överprövningsmål

Fakta om överprövningar

Av tillgänglig statistik kan utläsas att *antalet* överprövade upphandlingar har varit relativt konstant under flera år, och *andelen* överprövade upphandlingar har till och med minskat något under samma tid. Enligt Domstolsverkets prognos kommer det komma in ungefär 3 300 överprövningsmål per år under de närmaste åren. Utredningen konstaterar att det knappast finns anledning att utgå från att antalet överprövningsmål eller överprövade upphandlingar kommer att öka under överskådlig tid. Tillgängliga uppgifter tyder enligt utredningen snarare på motsatt utveckling. Detta skulle givetvis kunna komma att förändras om konjunkturen skulle vika eftersom fler företag då kan förväntas intressera sig för och delta i offentliga upphandlingar. Utredningen noterar att statistiken även påverkas av hur målen registreras av domstolarna.

Utredningen konstaterar vidare i den utsträckning antalet överprövningsmål i Sverige verkligen är högre än i andra medlemsstater, vilket i vart fall statistiken från kommissionen tyder på, är det sannolikt en rad omständigheter som bidragit till denna situation. Frånvaron av såväl processkostnadsansvar som avgifter för överprövning har sannolikt bidragit till att den ekonomiska tröskeln för en leverantör att begära domstolsprövning i Sverige är lägre än i många andra länder. Vidare är Sverige i dag ett land där en betydande del av det offentligas verksamhet kommit att utföras av privata utförare. Detta förhållande kan även ha fått till följd att fler leverantörer uppmärksammar inte bara de affärsmöjligheter offentlig sektor erbjuder utan även nyttjar möjligheterna till överprövning av de beslut som påverkar dessa affärsmöjligheter. Utredningen vill också lyfta fram betydelsen av den svenska offentlighetsprincipen, som i upphandlingsärenden sannolikt bidrar till att leverantörer uppmärksammar fler fel och brister i upphandlingar än i andra medlemsstater. Därtill har sannolikt affärskultur och synen på relationen mellan offentlig och privat sektor i de olika medlemsstaterna bidragit till systemen har utformats på olika sätt och nyttjas i olika utsträckning.

Utredningen konstaterar vidare att överprövningsmålen naturligtvis medför kostnader för de allmänna förvaltningsdomstolarna, för upphandlande myndigheter och enheter och för leverantörer. Domstolsverket har uppskattat styckkostnaderna för handläggningen av överprövningsmål till 12 361 kronor i förvaltningsrätt, 11 691 kronor i kammarrätt och 18 463 kronor i Högsta förvaltningsdomstolen. Utredningen har vidare utifrån tillgängliga siffror uppskattat snittkostnaden för ett överprövningsmål till cirka 23 000 kronor för den upphandlande myndigheten eller enheten och

cirka 60 000 kronor för en leverantör. Uppskattningarna är emellertid förknippade med stora osäkerheter och varierar dessutom givetvis mellan olika mål.

Ett processkostnadsansvar i överprövningsmål

Utredningen lämnar enligt sina direktiv ett lagförslag om ett processkostnadsansvar i överprövningsmål och anser att ett sådant bör införas i alla fyra upphandlingslagar.

Ett processkostnadsansvar skulle innebära ett betydande incitament för leverantörer att tänka igenom sitt beslut att ansöka om överprövning. Det kan stimulera en utveckling mot att leverantörerna väljer alternativa sätt att komma till rätta med upplevda fel och brister i upphandlingarna. Ett sådant alternativ kan vara att vända sig till den upphandlande myndigheten eller enheten innan tilldelningsbeslut har meddelats och påpeka felen och bristerna. En konstruktiv dialog i tidiga skeden av upphandlingarna är positiv för alla inblandade aktörer.

Ett ömsesidigt processkostnadsansvar skulle även återställa den processuella balansen mellan parterna genom att båda parter då kan få ersättning för sina kostnader om de vinner målen. För närvarande är denna möjlighet öppen endast för leverantörer (se NJA 2013 s. 762). För att kunna utnyttja denna möjlighet måste leverantören emellertid föra talan om skadestånd i allmän domstol. Utredningen anser att det finns en processekonomisk fördel i att alla frågor om ersättning för kostnaderna i överprövningsmål prövas där de har uppkommit, och inte i allmän domstol.

Det är slutligen viktigt att framhålla att införandet av ett processkostnadsansvar även kan stärka rättssäkerheten för leverantörer, genom att de får bättre möjligheter att få ersättning för sina processkostnader i de fall de vinner framgång med sin talan. Denna konsekvens får särskild vikt om Överprövningsutredningens förslag, att möjligheten för leverantörer att få skadestånd för sina processkostnader ska tas bort, leder till lagstiftning. Det förslaget bereds för närvarande i Regeringskansliet.

Enligt utredningens förslag får rätten, enligt vad som är skäligt, förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i mål om överprövning av en upphandling och mål om överprövning av ett avtals giltighet. Regleringen av processkostnadsansvaret omfattar även tredje parts rätt till ersättning för kostnader liksom tredje parts skyldighet att ersätta motpartens kostnader i målen. Processkostnadsansvaret införs genom nya bestämmelser i samtliga fyra upphandlingslagar.

De kostnader som kan ersättas i överprövningsmål är parts skäliga kostnader för förberedande och utförande av talan i målet, inklusive kostnad för partens arbete och tidspillan samt arvode till ombud eller biträde. Ersättningen ska även innefatta så kallad dröjsmålsränta enligt räntelagen. De kostnader som ska vara ersättningsgilla i överprövningsmål ska därmed i princip vara desamma som ersätts i tvistemål som handläggs enligt RB.

Utredningen föreslår även att det införs en regel om att en parts ombud eller biträde ska kunna göras solidariskt ansvarig med parten för motpartens kostnader i överprövningsmål.

Utredningen anser vidare att rätten på yrkande av en upphandlande myndighet eller enhet ska kunna förordna att en utländsk medborgare eller en

utländsk juridisk person som ansöker om överprövning av en upphandling eller av ett avtals giltighet ska ställa säkerhet för de rättegångskostnader som denne genom avgörandet i målet kan bli skyldig att betala. Utredningen förslår därför att lagen (1980:307) om skyldighet för utländska kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnader ska ändras i enlighet med detta.

En avgift för att ansöka om överprövning

Utredningen föreslår i enlighet med sina direktiv att det införs en avgift i mål om överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet i samtliga fyra upphandlingslagar. Utredningen anser att övervägande skäl talar för införandet av en sådan avgift.

En avgift kan stimulera en utveckling mot en ökad dialog i upphandlingarna genom att leverantörerna styrs mot att föra fram sina synpunkter direkt till den upphandlande myndigheten och enheten under upphandlingens gång, i stället för att vända sig till domstol i ett sent skede av förfarandet. En avgift av den storlek som utredningen föreslår bör också få den avsedda och önskade effekten att leverantörerna ”tänker till en gång extra” innan de beslutar sig för att ansöka om överprövning. Samtidigt är beloppet så pass lågt satt att avgiften är överkomlig även för små företag. Rättssäkerheten för de företagen hotas därför inte. Sammantaget bedömer utredningen att en ansökningsavgift om 7 500 kronor skulle leda till färre överprövningsmål utan en försämrad rättssäkerhet.

Avgiften ska betalas av leverantören innan rätten inleder handläggningen av målet, men betalning av avgiften ska inte vara ett villkor för att den förlängda avtalsspärren ska börja löpa. Om avgiften inte betalas i samband med att målet inleds ska rätten, ska rätten förelägga sökanden att erlägga ansökningsavgiften. Rätten ska avvisa en ansökan om överprövning om inte sökanden följer ett föreläggande att betala ansökningsavgiften. Utredningen anser att det inte ska gälla någon tiodagarsfrist om rätten avvisar ansökan på den grund att ansökningsavgift inte har betalats efter föreläggande. Ett beslut om avvisning på grund av utebliven ansökningsavgiften kan överklagas med stöd av befintliga bestämmelser i FPL. Om en förvaltningsrätt överlämnar en ansökan till en annan förvaltningsrätt ska ansökningsavgiften tas ut av den förvaltningsrätt till vilken ansökan överlämnats.

Utredningen har övervägt olika alternativ till utformning av avgiften, men anser att avgiften ska utgöras av ett fast belopp. Ansökningsavgiften ska fastställas i förordning och ska vara 7 500 kronor. Avgiften ska tillfalla statskassan.

Utredningen anser att det inte ska krävas någon avgift för överklagande till högre instans i överprövningsmål.

Om det införs ett processkostnadsansvar i överprövningsmål ska detta även omfatta ansökningsavgiften, som alltså utgör en ersättningsgill processkostnad.

Domstolarnas handläggning av överprövningsmål

Utredningen har övervägt två ytterligare åtgärder som skulle kunna minska antalet överprövningsmål eller i vart fall minska de negativa konsekvenserna av att en upphandling blir överprövad.

Utredningen konstaterar att varje åtgärd från förvaltningsdomstolarna som kan öka förutsebarheten angående när ett avgörande i ett överprövningsmål kan förväntas har stor betydelse för parterna i målet och övriga intressenter. Utredningen anser dock att det inte bör införas en uttrycklig skyldighet för förvaltningsdomstolarna att upprätta tidsplaner i överprövningsmål.

Utredningen anser vidare att förvaltningsdomstolarna har ett stort ansvar för aktiv materiell processledning i överprövningsmål, ett ansvar som dessutom blir av än större vikt om ett processkostnadsansvar införs. Utredningen anser däremot att domstolarnas ansvar i detta avseende för närvarande inte bör förtydligas genom lagstiftning.

Del 3 – Gemensamma överväganden

Ikraftträdande

Utredningen föreslår att samtliga författningsförslag ska träda i kraft den 1 juli 2019. Vad gäller de föreslagna förändringarna av förfaranderegleрna i upphandlingslagarna kommer bör dessa att kunna tillämpas i upphandlingar som påbörjas från och med denna dag.

Vad gäller förslagen om att införa en ansökningsavgift och ett processkostnadsansvar i överprövningsmål ska dessa tillämpas i mål vid de allmänna förvaltningsdomstolarna som har inletts vid en förvaltningsrätt från och med tidpunkten för ikraftträdande. För tillämpningen av dessa bestämmelser saknar det således betydelse när upphandlingen har påbörjats eller när avtalet har ingåtts. En leverantör som den 1 juli 2019 ansöker om överprövning av en upphandling eller ett avtal ska betala en ansökningsavgift, och rätten ska tillämpa bestämmelserna om processkostnadsansvar i sådana mål.

Konsekvenser

Utredningen bedömer att förslagen som syftar till ett enklare och flexiblare regelverk för de icke direktivstyrda upphandlingarna ger flera positiva effekter och saknar egentliga negativa effekter. Flera av de föreslagna förändringarna av regelverket, till exempel de förenklade reglerna för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster, kommer sannolikt att få mindre betydelse för statliga myndigheter än för kommuner och landsting. De ökade möjligheterna till direktupphandling av sådana tjänster bedöms även kunna underlätta för lokala, små företag och idéburna organisationer att delta i upphandlingarna och erhålla kontrakt.

Förslagen avseende ansökningsavgifter och processkostnadsansvar i överprövningsmål skulle kunna minska antalet överprövningsmål, vilket har övervägande positiva effekter för staten, kommuner och landsting men

kan förväntas få såväl negativa som positiva effekter för företagen, särskilt små företag.

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 §[8]

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, 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.

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.

[8] Senaste lydelse 2010:571.

Överprövning av en upphandling

16 kap.
2 §[9]

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 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

[9] Senaste lydelse 2011:1030.

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 §[10]

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 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 §[11]

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

[10] Senaste lydelse 2010:571.
[11] Senaste lydelse 2011:1030.

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. 5 § andra stycket och 16 kap. 6 § fjärde stycket, för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

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 §[12]

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 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

[12] Senaste lydelse 2011:1031.

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.

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 §[13]

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.

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

[13] Senaste lydelse 2011:1031.

kunnat åberopas vid förvaltningsrätten, eller

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

Skadestånd

20 kap.

7 §[14]

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.

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 §[15]

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

[14] Senaste lydelse 2010:572.
[15] 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.

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.

Betänkandets (SOU 2018:44) lagförslag (delar av)

Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

dels att 19 kap., 1 kap. 1, 4, 7 och 8 §§, 2 kap. 8 §, 5 kap. 8 §, 10 kap. 2 och 4 §§, 20 kap. 1–3 §§, 6, 10, 13–15 §§, 21 kap. 1 och 4 §§ samt rubriken närmast före 1 kap. 4 § ska ha följande lydelse,

dels att det ska införas ett nytt kapitel, 19 a kap, sju nya paragrafer i 1 kap. 11 a §, 5 kap. 7 a §, 20 kap. 13 a, 13 b, 19 a–19 c §§, en ny bilaga, bilaga 2 a, samt nya rubriker närmast före 20 kap. 19 a och 19 c §§, med följande lydelse.

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
20 kap.	
10 §	
När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrättenhar avgjort målet.	När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrättenhar avgjort målet. *Detta gäller dock inte när en förvaltningsrätt har beslutat att avvisa en ansökan enligt 19 a § tredje stycket.*
När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet. När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från beslutet om återförvisning.	
Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.	
	Ansökningsavgift
	19 a §
	En leverantör som ansöker om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet ska betala en ansökningsavgift.

Om leverantören inte betalar avgiften i samband med att ansökan ges in till förvaltningsrätten ska rätten förelägga leverantören att inom viss tid betala avgiften vid påföljd att ansökan annars avvisas.

Om avgiften inte har betalats inom förelagd tid, ska förvaltningsrätten avvisa ansökan.

19 b §

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela ytterligare föreskrifter om avgiften.

Processkostnader

19 c §

Rätten får, enligt vad som är skäligt, förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i mål om överprövning av upphandling och mål om överprövning av ett avtals giltighet.

De kostnader som kan ersättas med stöd av första stycket är parts skäliga kostnader för förberedande och utförande av talan i målet, inklusive kostnad för partens arbete och tidspillan samt arvode till ombud eller biträde. Ersättningen ska även innefatta ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen då målet avgörs till dess betalning sker.

Rätten får besluta att ombud eller biträde är solidariskt ansvarig för kostnader i sådana situationer som avses i 18 kap. 7 § rättegångsbalken.

---

1. Denna lag träder i kraft den 1 juli 2019.

2. Äldre bestämmelser gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Bestämmelserna i 20 kap. 10 § och 19 a–c §§ ska dock tillämpas i mål hos de allmänna förvaltningsdomstolarna som har inletts vid förvaltningsrätt den 1 juli 2019 eller därefter.

Bilaga 4

Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

dels att 19 kap., 1 kap. 1, 4, 6 och 7 §§, 2 kap. 15 §, 5 kap. 7 §, 6 kap. 5 §, 10 kap. 2 och 5 §§, 20 kap. 1–3 §§, 6, 10, 13–15 §§, 21 kap. 1 och 4 §§ samt rubriken närmast före 1 kap. 4 § ska ha följande lydelse,

dels att det ska införas ett nytt kapitel, 19 a kap, sju nya paragrafer i 1 kap. 9 a §, 5 kap. 6 a §, 20 kap. 13 a, 13 b, 19 a–c §§, en ny bilaga, bilaga 2 a, samt nya rubriker närmast före 20 kap. 19 a och 19 c §§, med följande lydelse.

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
20 kap.	
10 §	
När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.	När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet. *Detta gäller dock inte när en förvaltningsrätt har beslutat att avvisa en ansökan enligt 19 a § tredje stycket.*
När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet. När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från beslutet om återförvisning.	
Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.	
	Ansökningsavgift
	19 a §
	En leverantör som ansöker om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet ska betala en ansökningsavgift.
	Om leverantören inte betalar avgiften i samband med att ansökan ges in till förvaltningsrätten ska rätten förelägga leverantören att inom viss tid betala avgiften vid påföljd att ansökan annars avvisas.

Om avgiften inte har betalats inom förelagd tid, ska förvaltningsrätten avvisa ansökan.

19 b §

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela ytterligare föreskrifter om avgiften.

Processkostnader

19 c §

Rätten får, enligt vad som är skäligt, förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i mål om överprövning av upphandling och mål om överprövning av ett avtals giltighet.

De kostnader som kan ersättas med stöd av första stycket är parts skäliga kostnader för förberedande och utförande av talan i målet, inklusive kostnad för partens arbete och tidspillan samt arvode till ombud eller biträde. Ersättningen ska även innefatta ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen då målet avgörs till dess betalning sker.

Rätten får besluta att ombud eller biträde är solidariskt ansvarig för kostnader i sådana situationer som avses i 18 kap. 7 § rättegångsbalken.

---

1. Denna lag träder i kraft den 1 juli 2019.

2. Äldre bestämmelser gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Bestämmelserna i 20 kap. 10 § och 19 a–c §§ ska dock tillämpas i mål hos de allmänna förvaltningsdomstolarna som har inletts vid förvaltningsrätt den 1 juli 2019 eller därefter.

Bilaga 4

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 15 kap., 1 kap. 1 och 2 §§, 2 kap. 1 §, 3 kap. 6 §, 16 kap. 1–3 §§, 6, 10, 13–15 §§ samt 17 kap. 1 och 4 §§ ska ha följande lydelse,

dels att 2 kap. 31, 32 och 33 §§ ska upphöra att gälla,

dels att det ska införas ett nytt kapitel, 15 a kap, sex nya paragrafer i 3 kap. 4 a §, 16 kap. 13 a, 13 b, 19 a–c §§ samt nya rubriker närmast före 16 kap. 19 a och 19 c §§, med följande lydelse.

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
	16 kap.
	10 §
När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.	När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet. *Detta gäller dock inte när en förvaltningsrätt har beslutat att avvisa en ansökan enligt 19 a § tredje stycket.*

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet. När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Ansökningsavgift

19 a §

En leverantör som ansöker om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet ska betala en ansökningsavgift.

Om leverantören inte betalar avgiften i samband med att ansökan ges in till förvaltningsrätten ska rätten förelägga leverantören att inom viss tid betala avgiften vid påföljd att ansökan annars avvisas.

Om avgiften inte har betalats inom förelagd tid, ska förvaltningsrätten avvisa ansökan.

19 b §

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela ytterligare föreskrifter om avgiften.

Processkostnader

19 c §

Rätten får, enligt vad som är skäligt, förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i mål om överprövning av upphandling och mål om överprövning av ett avtals giltighet.

De kostnader som kan ersättas med stöd av första stycket är parts skäliga kostnader för förberedande och utförande av talan i målet, inklusive kostnad för partens arbete och tidspillan samt arvode till ombud eller biträde. Ersättningen ska även innefatta ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen då målet avgörs till dess betalning sker.

Rätten får besluta att ombud eller biträde är solidariskt ansvarig för kostnader i sådana situationer som avses i 18 kap. 7 § rättegångsbalken.

---

1. Denna lag träder i kraft den 1 juli 2019.

2. Äldre bestämmelser gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Bestämmelserna i 16 kap. 10 § och 19 a–c §§ ska dock tillämpas i mål hos de allmänna förvaltningsdomstolarna som har inletts vid förvaltningsrätt den 1 juli 2019 eller därefter.

Bilaga 4

Förslag till lag om ändring i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner

Härigenom föreskrivs att det i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner

dels att 16 kap. 10 § ska ha följande lydelse,

dels att det ska införas tre nya paragrafer, 16 kap. 19 a–c §§, samt nya rubriker närmast före 16 kap. 19 a § och 19 kap. c §, med följande lydelse.

Nuvarande lydelse	*Föreslagen lydelse*
	16 kap.
	10 §
När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.	När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet. *Detta gäller dock inte när en förvaltningsrätt har beslutat att avvisa en ansökan enligt 19 a § tredje stycket.*
När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet. När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän 10 dagar har gått från beslutet om återförvisning.	
Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.	
	Ansökningsavgift
	19 a §
	En leverantör som ansöker om överprövning av en upphandling eller överprövning av ett avtals giltighet ska betala en ansökningsavgift.
	Om leverantören inte betalar avgiften i samband med att ansökan ges in till förvaltningsrätten ska rätten förelägga leverantören att inom viss tid betala avgiften vid påföljd att ansökan annars avvisas.
	Om avgiften inte har betalats inom förelagd tid, ska förvaltningsrätten avvisa ansökan.

19 b §

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela ytterligare föreskrifter om avgiften.

Processkostnader

19 c §

Rätten får, enligt vad som är skäligt, förordna att förlorande part ska ersätta vinnande parts kostnader i mål om överprövning av upphandling och mål om överprövning av ett avtals giltighet.

De kostnader som kan ersättas med stöd av första stycket är parts skäliga kostnader för förberedande och utförande av talan i målet, inklusive kostnad för partens arbete och tidspillan samt arvode till ombud eller biträde. Ersättningen ska även innefatta ränta enligt 6 § räntelagen (1975:635) från dagen då målet avgörs till dess betalning sker.

Rätten får besluta att ombud eller biträde är solidariskt ansvarig för kostnader i sådana situationer som avses i 18 kap. 7 § rättegångsbalken.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2019. Bestämmelserna ska tillämpas i mål hos de allmänna förvaltningsdomstolarna som har inletts vid förvaltningsrätt den 1 juli 2019 eller därefter.

Bilaga 5

Förteckning över remissinstanserna (SOU 2015:12)

Efter remiss har yttranden över betänkandet Överprövning av upphandlingsmål m.m. (SOU 2015:12) lämnats av Almega, Arbetsförmedlingen, Domstolsverket, Ekonomistyrningsverket, E-legitimationsnämnden, Falu tingsrätt, Företagarna, Förvaltningsrätten i Göteborg, Förvaltningsrätten i Härnösand, Förvaltningsrätten i Linköping, Förvaltningsrätten i Malmö, Förvaltningsrätten i Stockholm, Förvaltningsrätten i Umeå, Förvaltningsrätten i Uppsala, Förvaltningsrätten i Växjö, Försvarets materielverk, Förvarets radioanstalt, Göteborgs kommun, Göteborgs tingsrätt, Hovrätten för nedre Norrland, Justitiekanslern (JK), Jönköpings kommun, Kammarkollegiet, Kammarrätten i Göteborg, Kammarrätten i Jönköping, Kammarrätten i Stockholm, Kammarrätten i Sundsvall, Kils kommun, Kommerskollegium, Konkurrensverket, Kronofogdemyndigheten, Luftfartsverket, Malmö kommun, Oskarshamns kommun, Polismyndigheten, Post- och telestyrelsen, Regelrådet, Region Jönköping, Region Skåne, Region Stockholm, Riksdagens ombudsman (JO), Sjöfartsverket, Skatteverket, SKL Kommentus Inköpscentral, Socialstyrelsen, Staffanstorps kommun, Statens servicecenter, Statskontoret, Stockholms universitet, Sveriges advokatsamfund, Sveriges Kommuner och Regioner, Sunne kommun, Svea hovrätt, Svenskt näringsliv, Tanums kommun, Tillväxtverket, Trafikverket, Transportstyrelsen, Tyresö kommun, Umeå kommun, Västra Götalandsregionen, Återvinningsindustrierna, Östersunds kommun,

Göteborgs universitet, Riksrevisionen, Trä- och möbelföretagen och Vinnova har avstått från att yttra sig.

Yttrande har dessutom kommit in från Advokatfirman Cederquist, Advokatfirman Delphi, Advokatfirman Lindahl, Affärsverket Svenska kraftnät, Byggherrarna, Falu Energi och Vatten, Havs och vattenmyndigheten, Husbyggnadsvaror HBV Förening, Konkurrenskommissionen, Läkemedelsindustriföreningen, Nacka kommun, Sveriges bussföretag, Swedish Medtech, Stena metall AB och Säkerhetspolisen.

Förteckning över remissinstanserna (SOU 2018:44)

Efter remiss har yttranden över betänkandet Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål (2018:44) lämnats av Affärsverket svenska kraftnät, Almega, Arbetsförmedlingen, Arbetsgivarverket, Byggherrarna, Domstolsverket, Energiföretagen, Enköpings kommun, Eskilstuna kommun, Falu kommun, Famna – Riksorganisationen för idéburen vård och omsorg, Funktionsrätt Sverige, Företagarna, Försvarets materielverk, Försvarsmakten, Förvaltningsrätten i Göteborg, Förvaltningsrätten i Härnösand, Förvaltningsrätten i Linköping, Förvaltningsrätten i Malmö, Förvaltningsrätten i Stockholm, Förvaltningsrätten i Umeå, Förvaltningsrätten i Uppsala, Förvaltningsrätten i Växjö, Gävle kommun, Göteborgs kommun, Haninge kommun, Kammarkollegiet, Kammarrätten i Jönköping, Kammarrätten i Stockholm, Kiruna kommun Kommerskollegium, Konkurrensverket, Kungsbacka kommun, Landskrona kommun, Landsorganisationen i Sverige (LO), Lantbrukarnas Riksförbund, Lantmäteriet, Linköpings kommun, Luftfartsverket, Lunds kommun, Malmö kommun, Migrationsverket, Myndigheten för delaktighet, Myndigheten för digital förvaltning, Myndigheten för samhällsskydd och beredskap, Nacka kommun Naturvårdsverket, Post- och telestyrelsen, Regelrådet, Region Jämtland Härjedalen, Region Norrbotten, Region Skåne, Region Stockholm, Region Värmland, Sandvikens kommun, Sjöfartsverket, Skatteverket, SKL Kommentus inköpscentral AB, Socialstyrelsen, Statens servicecenter, Statskontoret, Stockholms kommun, Stockholms tingsrätt, Stockholms universitet (juridiska fakulteten), Strängnäs kommun, Sundsvalls kommun, Svenskt Näringsliv, Sveriges advokatsamfund, Sveriges Byggindustrier, Sveriges kommuner och regioner, Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut (SMHI), Sveriges offentliga inköpare, Tillväxtverket, Tjänstemännens Centralorganisation, Torsby kommun, Trafikverket, Transportstyrelsen, Trä- och möbelföretagen, Upphandlingsmyndigheten, Vinnova, Umeå universitet (samhällsvetenskapliga fakulteten), Västra Götalandsregionen och Örebro kommun.

Degerfors kommun, Ersta diakoni, Forum – idéburna organisationer med social inriktning, Gotlands kommun, Herrljunga kommun, Härjedalens kommun, Hässleholms kommun, IVA Ingenjörsvetenskapsakademin, KRAV, Lika Unika – Federationen mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättning, Livsmedelsföretagen, Norrtälje kommun, Osby kommun, Piteå kommun, Sollefteå kommun, Strömsunds kommun, Varbergs kommun och Östersunds kommun har avstått från att yttra sig.

Yttrande har dessutom kommit in från Advokatfirman Cederquist, Advokatfirman Kahn Pedersen, Advokatfirman Titov och parters, Contracta AB, Moll Wendéns advokatbyrå, Inköp Gävleborg, Eskilstuna kommun, Fysioterapeuterna, Livsmedelsgrossisterna, Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll, Front advokater AB, Setterwalls advokatbyrå, Swedish Medtech, Sveriges allmännytta, Sveriges arkitekter, Sveriges läkarförbund, Patrik Pettersson, Clas Thorén Consulting, Svensk

kollektivtrafik, Sveriges bussföretag, Konkurrenskommissionen, Visita svensk besöksnäring, Kommunal, Tenders Sverige AB, Småföretagarnas riksförbund, Coompanion kooperativa utveckling.