



REGERINGSKANSLIET

Remiss

2015-03-16

Fi2015/1216

Finansdepartementet

Enheten för upphandlingsrätt

STOCKHOLMS STAD Kommunstyrelsen Registraturet	
Ink.	2015 -03- 24
Dnr:	110-527/2015
Till:	RI

**Överprövningsutredningens betänkande Överprövning av upphandlingsmål
m.m. (SOU 2015:12)**

Remissinstanser:

1. Riksdagens ombudsmän (JO)
2. Justitiekanslern (JK)
3. Riksrevisionen
4. Svea hovrätt
5. Hovrätten över Skåne och Blekinge
6. Göteborgs tingsrätt
7. Falu tingsrätt
8. Kammarrätten i Stockholm
9. Kammarrätten i Göteborg
10. Kammarrätten i Sundsvall
11. Kammarrätten i Jönköping
12. Förvaltningsrätten i Stockholm
13. Förvaltningsrätten i Uppsala
14. Förvaltningsrätten i Göteborg
15. Förvaltningsrätten i Malmö
16. Förvaltningsrätten i Umeå
17. Förvaltningsrätten i Härnösand
18. Förvaltningsrätten i Växjö
19. Förvaltningsrätten i Linköping
20. Domstolsverket
21. Polismyndigheten
22. Konkurrensverket (KKV)
23. Kommerskollegium
24. Försvarets materielverk (FMV)
25. Försvarets radioanstalt (FRA)
26. Ekonomistyrningsverket (ESV)
27. Statens servicecenter
28. E-legitimationsnämnden
29. Skatteverket
30. Kronofogdemyndigheten
31. Kammarkollegiet
32. Statskontoret

33. Socialstyrelsen
34. Vinnova
35. Stockholms universitet (Juridiska fakulteten)
36. Göteborgs universitet
37. Post & Telestyrelsen (PTS)
38. Trafikverket
39. Luftfartsverket
40. Sjöfartsverket
41. Transportstyrelsen
42. Tillväxtverket
43. Regelrådet
44. Arbetsförmedlingen
45. Gällivare kommun
46. Göteborgs kommun
47. Halmstads kommun
48. Haparanda kommun
49. Jönköpings kommun
50. Kalmar kommun
51. Kils kommun
52. Malmö kommun
53. Mörbylånga kommun
54. Orusts kommun
55. Oskarshamns kommun
56. Rättviks kommun
57. Sigtuna kommun
58. Skövde kommun
59. Staffanstorps kommun
60. Stockholms kommun
61. Strömsunds kommun
62. Sunne kommun
63. Tanums kommun
64. Tyresö kommun
65. Täby kommun
66. Ulricehamns kommun
67. Umeå kommun
68. Uppsala kommun
69. Östersunds kommun
70. Norrbottens läns landsting
71. Skåne läns landsting
72. Stockholms läns landsting
73. Västra Götalands läns landsting
74. Jönköpings läns landsting
75. Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)
76. SKL Kommentus Inköpscentral AB
77. Sveriges advokatsamfund
78. Almega
79. Företagarna
80. Stockholms handelskammare

- 81. Svenskt Näringsliv
- 82. Sveriges Byggindustrier
- 83. Återvinningsindustrierna
- 84. Trä- och Möbelföretagen
- 85. Sveriges Offentliga inköpare (SOI)
- 86. Sveriges Offentliga leverantörer (SOL)

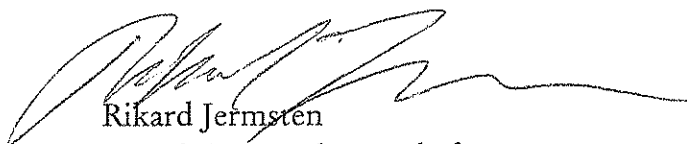
Remissvaren ska ha kommit in till Finansdepartementet senast **måndagen den 15 juni 2015**. Svaren ska skickas i elektronisk form i både i wordformat och pdf-format. Remissvaren ska skickas till följande e-postadress: fi.registrator@regeringskansliet.se.

I remissen ligger att regeringen vill ha synpunkter på förslagen eller materialet i betänkandet.

Myndigheter under regeringen är skyldiga att svara på remissen. En myndighet avgör dock på eget ansvar om den har några synpunkter att redovisa i ett svar. Om myndigheten inte har några synpunkter, räcker det att svaret ger besked om detta.

För **andra remissinstanser** innebär remissen en inbjudan att lämna synpunkter.

Råd om hur remissyttranden utformas finns i Statsrådsberedningens promemoria *Svara på remiss – hur och varför* (SB PM 2003:2). Den kan laddas ner från Regeringskansliets webbplats www.regeringen.se.



Rikard Jermsten
Expeditions- och rättschef

Kopia till

Fritzes kundservice, 106 47 Stockholm
Riksdagens utredningstjänst
Finansutskottet
Registrator, Fi

Överprövning av upphandlingsmål m.m.

Betänkande av Överprövningsutredningen

Stockholm 2015



STATENS OFFENTLIGA
UTREDNINGAR

SOU 2015:12

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

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

Svara på remiss – hur och varför.

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

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

Layout: Kommittéservice, Regeringskansliet.

Omslag: Elanders Sverige AB.

Tryck: Elanders Sverige AB, Stockholm 2015.

ISBN 978-91-38-24239-1

ISSN 0375-250X

Till statsrådet Ardalan Shekarabi

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

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

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

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

Utredningens uppdrag är därmed avslutat.

Sundsvall i mars 2015

Christer Sjödin

/Åse Nevhage

Innehåll

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

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

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

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

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

Särskilt yttrande	233
--------------------------------	------------

Litteraturförteckning	243
------------------------------------	------------

Bilagor

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

Sammanfattning

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

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

Ansökningsavgift och processkostnadsansvar

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

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

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

Förlängd avtalsspärr

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

Pröva efter ogiltigförklaring eller efter avtal

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

Preklusionsfrist m.m.

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

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

Tidsfrist och direktupphandling

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

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

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

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

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

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

Tidsfrist för ansökan om upphandlingsskadeavgift

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

Frist för väckande av talan om skadestånd

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

