

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 uppdragas 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 upphandlingskadeavgift

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

Frist för väckande av talan om skadestånd

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

1 Författningsförslag

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

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

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

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

4 kap.

5 §¹

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

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

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

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

¹ Senaste lydelse 2010:571.

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

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

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

Överprövning av en upphandling

16 kap.

6 §²

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

² Senaste lydelse 2011:1030.

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

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

Mål om överprövning av upphandling ska handläggas skyndsamt.

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

6 a §

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

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

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

Skadestånd

20 §³

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

³ Senaste lydelse 2010:571.

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

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

21 §⁴

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

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

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

⁴ Senaste lydelse 2011:1030.

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